

Львівський державний університет внутрішніх справ

На правах рукопису

**ГУРАЛЕНКО НАТАЛІЯ АНАТОЛІВНА**

УДК 340.142

**Судовий прецедент в системі джерел права:  
філософсько-правовий аспект**

Спеціальність 12.00.12. - філософія права

**Д и с е р т а ц і я**  
на здобуття наукового ступеня  
кандидата юридичних наук

Науковий керівник  
**СЛИВКА СТЕПАН СТЕПАНОВИЧ,**  
доктор юридичних наук, професор

Львів - 2009

## Зміст

<b>Вступ.....</b>	<b>3</b>
<b>Розділ 1. Детермінація розвитку вчення про судову правотворчість та судовий прецедент: історіографічний огляд проблематики та аналіз методологічних підходів</b>	
1.1. Стан наукового опрацювання проблеми.....	12
1.2. Методологічні проблеми дослідження судової правотворчості та судового прецеденту в сучасній Україні.....	35
Висновки до розділу 1.....	51
<b>Розділ 2. Категорія “джерело права” як об’єкт філософсько-правового аналізу</b>	
2.1. Основні концептуальні підходи до визначення поняття «джерело права».....	53
2.2. Система та види джерел права: онтологічний вимір.....	72
2.3. Аксіологічний аспект різноджерельного права в Україні.....	101
Висновки до розділу 2.....	111
<b>Розділ 3. Судовий прецедент як форма існування права</b>	
3.1. Онтологічні аспекти судового прецеденту.....	113
3.2. Гносеологічні основи судової правотворчості.....	133
3.3. Аксіологічні константи судового прецеденту.....	157
3.4. Філософське обґрунтування судового прецеденту в системі джерел права України.....	169
Висновки до розділу 3.....	187
<b>Висновки.....</b>	<b>189</b>
<b>Список використаних джерел.....</b>	<b>193</b>

## ВСТУП

**Актуальність теми.** Демократичні трансформації закладають основи громадянського суспільства і правової держави в сучасній Україні: здійснюється судово-правова реформа; вибудовуються нові суспільно-правові відносини; відбувається докорінне переосмислення ролі права як основного засобу забезпечення суспільної гармонії, обстоювання загальнолюдських цінностей, охорони і захисту природних прав людини.

У практичній реалізації теоретичної платформи правової держави значну роль покликана відігравати власне судова гілка влади, до першочергових завдань якої належить не формальне, а реальне забезпечення ефективного механізму захисту основних прав і свобод людини. При цьому колишні концептуальні схеми, які орієнтують на дещо спрощене розуміння суду як бюрократичної установи, що рутинно займається виключно розглядом конкретних цивільних, кримінальних та адміністративних справ, позбавлені актуальності. Виникає потреба в нових методологічних підходах, що дали би змогу розглянути цю інституцію з ширших позицій: вбачаючи в ній реального гаранта природних прав людини, який у випадках нелегітимності юридичних приписів органів держави, наявності розривів між конституційними положеннями та реальною дійсністю був би не лише правозастосовником, а й творцем права.

Необхідність інтесифікації досліджень у зазначеному напрямі значно посилюється високою динамікою суспільного життя, що неможливо передбачити, а тим більше - законодавчо закріпити. При цьому домінуюча в останні десятиліття нормативістська концепція права, що визнавала єдиним джерелом права нормативно-правовий акт, перешкоджала розвиткові інших важливих механізмів належного й ефективного регулювання правовідносин, які виникали у суспільстві. Але однобічний підхід до визнання джерелом права тільки продукту діяльності держави та зведення його сутності і змісту лише до закону не відповідають вимогам сучасної правореалізації. Нові тенденції у

правопізнанні вимагають перегляду традиційних уявлень про монопольне становище закону і водночас створюють необхідні передумови для адекватного, новітнього переосмислення й визнання судового прецеденту важливим джерелом права, який, відображаючи багатогранність реального життя, здатний виступати засобом балансування між належним і суцям, абстрактним і конкретним, загальним і окремим, динамічним і статичним, екзистенціальним і есенціальним, духом і дійсністю.

Крім цього, постановка окресленої проблеми актуалізується підставами зовнішнього характеру – реформуванням правової системи України відповідно до міжнародних норм права. Ратифікація Європейської конвенції про захист прав і основних свобод людини, визнання на державному рівні обов'язковості прецедентних рішень Європейського суду з прав людини свідчать про те, що судова складова в системі джерел вітчизняного права реально об'єктивується в сучасній системі правового регулювання і неможлива без судового прецеденту як основного елемента судової правотворчості.

**Ступінь наукової розробки проблеми.** Вагомий внесок у дослідження різноманітних юридичних і філософських проблем, які безпосередньо стосуються суддівського вільного правознаходження, визнання творчої ролі суддів у здійсненні правосуддя, розмежування емпіричного та логічного, визначення меж судового розсуду, здійснили, насамперед: засновники філософії прагматизму – Ч. Пірс, І. Джемс, Дж. Дьюї; послідовники правового реалізму – К. Левеллін, Дж. Френк, Г. Оліфент; фундатори прагматичного інструменталізму – Р. Паунд, О. Холмс, Б. Кардозо та представники школи «живого права» - Ф. Гек, І. Герман, Ф. Жені, Г. Зінціймер, І. Канторович, Е. Фукс та інші.

Основним теоретико-методологічним підґрунтям для дисертаційного дослідження стали класичні роботи правників і філософів права, зокрема: Г.В.Ф. Гегеля, Р. Дворкіна, Є. Ерліха, І. Канта, Г. Кельзена, Б. Леоні, Д. Ллойда, Ш. Монтеск'є, П. Рікера, Г. Радбруха, Л. Фуллера, Р. Циппеліуса, Л. Штрауса та інших.

Різнманітні аспекти дисертаційної теми, зокрема, питання суддівського активізму та суддівського обмеження, різності та ієрархії джерел права, вільного

пошуку права, співвідношення дійсності і можливості у праві, особливостей суддівського правозастосування висвітлено у працях швейцарського науковця М. Ребіндера, французьких правників Ж.-Л. Бержеля, Е. Серверена, ізраїльського теоретика права А. Барака, німецьких філософів права О. Хеффе, Ю. Габермаса, англійських науковців Б. Візера, К. Барнара, білоруського юриста Г. Василевича, а також таких російських вчених як: С. Алексеев, Л. Алексеева, В. Баранов, В. Бойцов, Л. Бойцова, С. Бошно, Л. Голомазова, Н. Гранат, П. Гук, Т. Гурова, Ю. Дмитрієв, В. Жуйков, Є. Колесніков, О. Коростелкіна, М. Кучін, Р. Лівшиц, Г. Манов, Є. Мартинчик, Е. Колокова, О. Наумов, Н. Подольська, В. Ржевський, Н. Чепурнова, С. Соболев, А. Цихоцький та інші.

Серед дореволюційних правників, які спробували виокремити певні джерела права, розмежувати джерела позитивного й природного права, визначити зміст судової правотворчості, розглядаючи її в теоретичному та галузевому плані як правовий і філософський феномен, а також із позицій соціології та психології варто відзначити, насамперед, С. Будзинського, Є. Васьковського, Д. Грімм, Г. Демченко, С. Дністрянського, Б. Кістяківського, А. Коні, М. Коркунова, Д. Мейера, І. Михайловського, С. Пахмана, Л. Петражицького, І. Покровського, В. Случевського, В. Соловйова, В. Спасовича, Є. Трубецького, І. Фойніцького, М. Чижова, Г. Шершеневича та інших.

У радянській теорії права впродовж багатьох років прецедент як джерело права заперечували (А. Боннер, С. Зівс, В. Лазарєв, К. Комісаров, В. Пучинський), хоча й були спроби теоретично обґрунтувати доцільність створення й застосування судової практики вищими судовими органами – С. Братусь, А. Венгеров, С. Вільнянський, П. Орловський, В. Туманов, А. Піголкін, А. Піонтовський, А. Черданцев та інші. Визнаючи вагомий внесок вищезгаданих авторів у розробку проблеми, водночас слід зауважити наявність у їхніх дослідженнях чималої кількості ідеологічних нагромаджень, які були характерними для того часу, а тепер втратили актуальність.

Сучасні концепції судової правотворчості обґрунтовує і виправдовує ціла плеяда таких українських вчених, як: О. Константиї, Л. Корчевна, І. Овчаренко,

А. Осетинський, Л. Петрова, О. Скакун, Р. Тополевський, В. Трофименко, С. Шевчук та інші. Залежність розвитку прецедентного права від особливого стилю юридичного мислення, взаємоз'язок із правовою свідомістю, світоглядом досліджували В. Братасюк і Б. Малишев. Проблеми герменевтичного аналізу права, аксіологічної ролі суддів у цьому процесі висвітлювали у своїх роботах такі вчені, як А. Манукян, А. Мережко, А. Смірнов, М. Тесленко. Серед дослідників філософських проблем, що мають неабияке значення для осмислення різноманітних аспектів окресленої теми, зокрема питань єдності предметної форми і духовно-ідеального змісту, природно-правового і позитивного начал, взаємозумовленості права, свободи і справедливості, взаємозв'язку сутності та явища, раціонального й емпіричного, статичного і динамічного у праві варто назвати таких учених як: Х. Алварт, Р. Байніязов, М. Байтін, О. Бандура, В. Бачинін, В. Бігун, Р. Ваймар, Т. Вюртенбергер, В. Гіряєва, М. Гуренко, О. Данільян, Н. Зазаєва, Д. Керімов, А. Козловський, О. Костенко, М. Костицький, І. Лихолат, С. Максимов, С. Мурашова, І. Осіпов, П. Рабінович, С. Савчук, С. Сливка, Е. Тінант, В. Шкода та інші.

Окремі фрагменти, певні грані проблем становлення, закономірностей розвитку та функціонування судового прецеденту як джерела права у правовій реальності романо-германської правової сім'ї та сім'ї загального права знаходимо у працях українських і зарубіжних компаративістів і теоретиків права, зокрема таких, як: Ж.-Л. Бержель, Г. Берман, В. Бернхем, Р. Давид, А. Дмитрієв, К. Жоффре-Спинози, В. Журавський, О. Зайчук, О. Копиленко, Р. Кросс, Х. Кьотц, М. Марченко, Н. Оніщенко, Н. Пархоменко, І. Ситар, Р. Уолкер, К. Цвайгерт, О. Чернецька, А. Шепель, В. Шилінгов, В. Шишкін та інші.

Не применшуючи ролі та значення доробки попередньо зазначених науковців, необхідно визнати, що проблема філософсько-правового осмислення судового прецеденту як джерела права не стала предметом самостійного, комплексного, системного дослідження ні в українській, ні у зарубіжній літературі. Останнє й зумовило вибір теми і мети дослідження, його наукову новизну і практичне значення.

**Зв'язок роботи з науковими програмами, планами, темами.** Дослідження виконано відповідно до «Пріоритетних напрямів наукових і дисертаційних досліджень, які потребують першочергового розроблення і впровадження в практичну діяльність ОВС, на період 2004-2009 р.», що затвержені наказом МВС України від 05.08.2004р. № 755, а також згідно з темою досліджень кафедри теорії та історії держави і права Львівського державного університету внутрішніх справ «Методологія вивчення державно-правових явищ, філософії права, стану і перспектив розвитку ОВС України» (шифр роботи 0113; державний реєстраційний № 0106U003648).

**Мета і завдання дослідження.** Метою дисертаційної роботи є комплексне виявлення і науково-теоретичне обґрунтування онтологічного виміру, сутнісних аспектів, аксіологічних констант судового прецеденту й визначення об'єктивних закономірностей формування його як важливого компонента вітчизняної системи джерел права.

Відповідно до мети дослідження поставлено такі завдання:

- 1) виокремити проблематику методологічних підходів при дослідженні питання про визнання судового прецеденту джерелом національного права;
- 2) висвітлити основні концептуальні підходи до розуміння категорії «джерело права» на тлі ретроспективного аналізу;
- 3) проаналізувати функціональну роль судового прецеденту в контексті формування сучасного права з позицій єдності аксіологічного та гносеологічного підходів;
- 4) сформулювати визначення та розкрити сутнісні характеристики судового прецеденту як філософсько-правової категорії;
- 5) виявити й охарактеризувати гносеологічні засади судової правотворчості як способу конструювання правової реальності;
- 6) обґрунтувати рольову значущість судового прецеденту в умовах реформування правової системи України з урахуванням інтеграційних процесів сучасності.

*Об'єктом дослідження є судовий прецедент у системі джерел права.*

*Предметом дослідження* – філософсько-правові аспекти судового прецеденту в контексті формування сучасного національного права.

*Методи дослідження.* Виходячи з того, що методологія будь-якого філософсько-правового дослідження має чотириступеневу структуру (філософсько-світоглядні підходи, загальнонаукові, спеціальні та конкретні методи), для цього дослідження ми обрали діалектичний підхід (для огляду протилежних концептуальних позицій щодо судового прецеденту), аналітичний (із послуговуванням такими його методичними прийомами, як визначення, класифікація, доведення, спростування тощо), синергетичний (у дослідженні різноджерельності правової системи України як самоорганізованої структури), метафізичний (для вивчення елементів системи джерел права трансцендентально, у незмінному вигляді), аксіологічний (у з'ясуванні спроможності судового прецеденту забезпечити потреби суспільства з урахуванням ціннісних орієнтацій).

Загальнонаукові методи – логічний, історичний, системно-структурний, функціональний, когнітивний, моделювання та інші – дали змогу логічно відтворити генезу досліджуваного феномена, розкрити систему джерел права як багатогранне і динамічне утворення, з'ясувати сутнісно-функціональне призначення у ній судового прецедента і вивести нову концептуальну модель для вивчення філософського зрізу судового прецеденту.

Серед спеціальнонаукових методів ми використали, зокрема, психологічний – для розмежування нормативного і природничого розуміння «живого права»; з-поміж конкретнонаукових – спеціально-юридичний (для аналізу повноти чинного законодавства і практики його застосування в судах), порівняльно-правовий (який допоміг виявити загальні ознаки і специфічні особливості різних концептуальних підходів до розуміння основних категорій, що досліджуються у дисертації) та інші.

Принципи методологічного плюралізму та взаємодоповнюваності позбавили роботу тенденційності, дозволили використати ширший спектр наукових поглядів з метою узагальнення теоретичного матеріалу, вироблення обґрунтованих висновків і пропозицій. Використання вказаних підходів, методів



і прийомів дослідження сприяло систематизації наявного фактичного і теоретичного матеріалу, що дозволило отримати позитивні результати, необхідні для досягнення поставленої в роботі мети.

**Наукова новизна одержаних результатів** зумовлена вибором теми, яка в українському правознавстві не була системно досліджена на дисертаційному рівні, та низкою поставлених науково-теоретичних завдань. У даному дослідженні вперше в українській юридичній науці здійснено комплексний філософсько-правовий аналіз судового прецеденту як важливого джерела права, визначено чинники впливу на його становлення та розвиток в умовах реформування правової системи України. Виходячи з отриманих висновків, подано вичерпне наукове обґрунтування визнання судової правотворчості, а також її результатів, зокрема судового прецеденту, джерелом сучасного вітчизняного права. У процесі вивчення проблеми вперше виявлено низку чинників, які перешкоджають становленню й поступовому розвитку цих правових явищ, запропоновано рекомендації щодо їх усунення.

Найсуттєвіші результати, які відображають внесок дисертації у розробку означеної проблеми, зводяться до того, що:

- *уперше:*

1. продемонстровано гносеологічне обґрунтування судової правотворчості, судового прецеденту та прецедентного права через використання методологічного інструментарію метафізичного (трансцендентального) підходу до права, який синергетично структурований, опосередкований та утворює нелінійну, непозитивну, об'ємну площину вимірювання правової реальності;

2. запропоновано авторське визначення судового прецеденту через філософсько-правовий зріз, що проявляється в онтологічному, гносеологічному, аксіологічному та антропологічному аспектах;

3. встановлено, що в умовах реформування національної правової системи прецедентні судові рішення, виступаючи засобом балансування між належним і суцям, абстрактним і конкретним, динамічним і статичним, найбільше здатні відобразити складність і багатогранність сучасного реального суспільного життя;

4. визначено об'єктивні чинники, які впливають на рольове визнання судового прецеденту як важливого компоненту вітчизняної системи джерел права в умовах сучасних інтеграційних процесів;

*- удосконалено:*

5. розуміння категорії «джерело права» через багатоаспектний підхід, суть якого полягає у всебічному дослідженні цієї філософсько-правової категорії за допомогою методологічного плюралізму, відповідно до принципу доповнюваності з урахуванням основних концептуальних підходів до праворозуміння - нормативного, природно-правового, соціологічного, психологічного, історичного;

6. аксіологічний та гносеологічний підходи до різноджерельності сучасного українського права, у формуванні якого одну із пріоритетних ролей відіграє судовий прецедент;

*- набуло подальшого розвитку:*

7. положення, згідно яким у випадках розрізнення духу права і букви закону суддям як суб'єктам правозастосування слід орієнтуватися на принципи природного права як на засіб вираження і розкриття істинного змісту права;

8. філософське осмислення судової правотворчості як зумовленої об'єктивними закономірностями комплексної діяльності суддів, що складається з розумово-пізнавальних операцій, у результаті яких в усталену систему джерел права входить новий елемент – судовий прецедент, що регламентує окремий аспект буття суспільства.

**Практичне значення одержаних результатів** полягає насамперед у можливості їх використання для:

1. пришвидшення інтеграції правової системи України у правову систему Ради Європи та Європейського Союзу;

2. удосконалення функціонування діяльності судових органів і підвищення якості нормативно-правового матеріалу з питань судочинства, статусу суду та його рішень, судової практики (наведені в дисертації висновки можуть полегшити роботу юристів-практиків, які стикаються зі ситуаціями прогальності, недостатності й дефектності чинного законодавства; обстоювання

необхідності й наявності достатніх підстав для визнання судового прецеденту джерелом вітчизняного права дозволить не тільки заповнити існуючі прогалини у законодавстві, а й внести елемент стабільності в умови правозастосування);

3. подальшої наукової розробки загальнотеоретичної концепції судової правотворчості, її філософсько-правової характеристики, а також дослідження проблем ефективності результатів судової практики в умовах реформування національної правової системи;

4. навчально-методичного забезпечення процесу викладання курсів «Філософія права», «Загальна теорія держави і права», «Конституційне право», «Судові та правоохоронні органи», «Конституційне судочинство», а також у науково-дослідницькій роботі студентів, аспірантів.

**Апробація результатів дисертації.** Окремі положення дисертаційного дослідження були оприлюднені під час виступів і доповідей на міжнародній науково-практичній конференції «Правове життя: сучасний стан та перспективи розвитку» (м. Луцьк, 2007р.); всеукраїнській науково-практичній конференції «Проблеми та перспективи реформування права України очима молодих вчених» (м. Запоріжжя, 2007р.); всеукраїнській науково-практичній конференції «Формування правової держави в Україні: проблеми і перспективи» (м. Тернопіль, 2007 р.); всеукраїнській науково-практичній конференції «Проблеми правової реформи та розбудови громадянського суспільства в Україні» (м. Львів, 2007 р.); міжнародній науково-практичній конференції «Шості осінні юридичні читання» (м. Хмельницький, 2007 р.); міжнародній науково-практичній конференції «Права людини в умовах сучасного державотворення: теоретичні і практичні аспекти» (м. Суми, 2007 р.); міжнародній науково-практичній конференції «Правове життя: сучасний стан та перспективи розвитку» (м. Луцьк, 2008р.).

**Публікації.** Основні результати дисертації викладені в шести статтях у журналах і збірниках, що входять до переліку наукових фахових видань, затверджених Вищою атестаційною комісією України, та семи опублікованих матеріалах вищезазначених конференцій.

# РОЗДІЛ 1. ДЕТЕРМІНАЦІЯ РОЗВИТКУ ВЧЕННЯ ПРО СУДОВУ ПРАВОТВОРЧІСТЬ І СУДОВИЙ ПРЕЦЕДЕНТ: ІСТОРІОГРАФІЧНИЙ ОГЛЯД ПРОБЛЕМАТИКИ ТА АНАЛІЗ МЕТОДОЛОГІЧНИХ ПІДХОДІВ

## 1.1. Стан наукового опрацювання проблеми

Активні процеси змін у вітчизняній правовій системі, створення новітніх дієвих механізмів захисту прав людини, а також необхідність ефективного регулювання всіх правовідносин у суспільстві актуалізують вивчення характеру і видів діяльності судів, а також юридичної природи прийнятих ними рішень. Наукові дискусії, що ведуться навколо цієї проблематики, найчастіше фокусувалися на допустимості офіційного визнання й реального існування судової правотворчості як такої, а також на характері й особливостях суддівського права, конкретними формами вираження якого є судові прецеденти в різних проявах.

Таке тенденційне ставлення до правотворчої діяльності в різних правових системах, включаючи вітчизняну, – не тільки факт минулого, а й сучасного правотворення. Однак, при всій дискусійності досліджуваного питання, слід зазначити, що останнім часом у науковій літературі переважає позиція, відповідно до якої судові прецеденти, постанови, визначення й інші юридичні акти, що створюються у вищих судових інстанціях, є одночасно джерелами системи національного права різних країн і міжнародного права. Вивчення їх так само, як і інших елементів і аспектів судової правотворчості, вимагає особливої уваги й окремого розгляду, що здійснювалося як у зарубіжній, так і у вітчизняній науковій літературі.

У західному правознавстві значну актуалізацію проблем суддівського правознаходження та вільного правознавства здійснив засновник сучасного соціологічного напрямку в праві, фундатор руху вільного права, австрійський юрист, колишній ректор Чернівецького університету – Є. Ерліх, який наголошував на потребі створення нового підходу, що спрямував би зусилля законодавства на судову практику, подолав би розрив між законом і фактичними

суспільними відносинами, спромігся би пристосувати право до життєвих реалій. Критикуючи нормативне розуміння права як таке, що не здатне охопити всю багатогранність правового життя, Є. Ерліх протиставляв цьому розумінню своє «вільне» трактування права. Він зазначав, що не всі норми чинного законодавства застосовуються або виконуються, існує чимало відносин, які взагалі не врегульовані законодавством, зате діють й іноді застосовуються судами інші норми, вироблені у процесі співжиття – «живе право». Їхня чинність є меншою за чинність формального права, але їхнє практичне значення буває інколи навіть більшим, бо існує менша ймовірність наявності правових суперечок, ніж при чіткому формально-визначеному праві. Живе право – це лише те право, що «входить у життя, стає живою нормою, все інше – це лише голе вчення, норма, рішення, догма чи теорія» [370]. Живе право відповідає на перманентно змінні запити дійсності, саме змінюється відповідно до життєвих потреб, органічно розвивається і вдосконалюється в контексті суспільних відносин – в силу цього власне воно і має бути регулятором суспільних відносин.

Щоби зрозуміти, яке право є «живим», слід дослідити середовище його виникнення й дії як емпіричної реальності. Відтак, джерелом пізнання права мають стати не закони, юридична догматика, а безпосереднє спостереження вчинків, вивчення документів, що відображають його реалізацію. Розглядаючи право як відображення соціальних тенденцій та етичних інтересів, Є. Ерліх указував на те, що визначеність права – не результат логічних операцій, а наслідок органічного впорядкування процесу вільного здійснення судової влади. Він вважав, що правосуддя – це індуктивний процес вироблення правових норм у зростаючій пропорції; подібно до того, як формуються доктрини експериментальної науки, формується і прецедентне право – шляхом застосування права до обставин кожної справи. Суттєвим чинником розвитку прецедентного права є особистість судді, його становище як вільного та творчого, але обмеженого практикою диспозитивного статусу суб'єкта. Суддя має вміти самостійно відшукати норму для вирішення конкретної справи, незалежно від того, вирішує він дану справу на основі правової норми чи без

неї. Вільне правознаходження суддею в момент прийняття рішення щодо конкретного випадку – найефективніший спосіб вирішення проблем правосуддя, тому що «... особиста нота у всі часи була властива судовій практиці й у всі часи на неї необхідною мірою впливали суспільні, політичні й культурні течії». Крім того, «не можна аж ніяк заперечувати той факт, що особи, які покликані застосовувати право, діти свого народу і свого часу, будуть застосовувати право в дусі їхнього народу та їхнього часу, який є і їхнім духом, а не в дусі минулих століть згідно з намірами законодавця» [370, с. 140].

Зважаючи на незалежну, критичну, споглядальну роль, яку Є. Ерліх відводив практикуючим юристам і суддям у царині права, його ідеї, нарівні з ідеями інших представників школи «вільного права» - Ф. Гека, І. Германа, Ф. Жені, Г. Зінцймера, І. Канторовича, Е. Фукса, хоч і були поширеними, однак тривалий час не сприймалися у контексті континентальної європейської традиції права, орієнтованої на чітку ієрархію джерел права, пріоритет законодавства як основи винесення судових рішень. З більшим ентузіазмом їх сприйняли в межах американської соціологічної юриспруденції, що пояснюється особливостями правової системи, в якій суттєва роль відводилась «праву в дії», аніж «праву в книгах».

Ідеї визнання творчої ролі судді при здійсненні правосуддя, розширення сфери судової правотворчості, досягнення справедливості у кожній конкретній справі в основному розвинуті у працях засновників філософії прагматизму – Ч. Пірса, І. Джемса, Дж. Дьюї, послідовників правового реалізму – К. Ллевелліна, Дж. Френка, Г. Оліфента та класиків прагматичного інструменталізму Р. Паунда, О. Холмса, Б. Кардозо, Р. Саммерса, Дж. Грея. Саме в наукових дослідженнях американських вчених-прагматиків (Ч. Пірса, І. Джемса, Дж. Дьюї) озвучено низку оригінальних думок стосовно 1) практичної спрямованості будь-якого дослідження, ототожнення істинності знань з їхньою практичною корисністю; 2) наголошено на створенні такого підходу, який спрямував би зусилля законодавства на судову практику, подолав би розрив між законом і фактичними суспільними відносинами, спромігся би пристосувати

право до життєвих реалій; 3) обґрунтовано підхід до дослідження права як динамічного соціально-юридичного явища.

Прагматичне уявлення про динаміку права і статичку правової норми набули ще більшої радикалізації у працях представників правового реалізму. Надаючи вирішального значення у правовому процесі емпіричним чинникам, реалісти демонстрували відверто негативне ставлення до нормативного начала взагалі. Представники цього напрямку сприймали право лише через багатоманітність конкретних проявів. Воно, на їхню думку, перебуває в постійному русі, його створюють суди та адміністрації. Так, К. Ллевеллін якого вважають найвидатнішим представником правового реалізму, включав у поняття права тільки «те, що творять судді при вирішенні спорів», але аж ніяк не «паперові норми». На його думку, джерело права – це індивідуальний досвід судді, його психологічні властивості, емоційні спонукання, настрої та інші ірраціональні чинники. Посилання на норму робиться вже після того, як рішення фактично склалося у свідомості [380, 381].

Скептичне ставлення до формалізму, прийнятих абсолютів, «довершених» систем поділяв і Дж. Френк. При цьому він, порівнянно з іншими правовими реалістами, зводив до мінімуму вплив нормативного чинника на процес прийняття судових рішень. Він узагалі не бачив користі від чітких законодавчих формулювань, оскільки, якими чіткими і визначеними не були б формальні юридичні норми, інтерпретація фактів, на яких базується судочинство, унеможлиблює чітке передбачення майбутніх рішень. За його словами, оскільки ніхто не знає, які саме факти встановить суд, то ніхто не може здогадатися, який прецедент повинен бути або буде застосований [373].

Тенденції до вивчення права в дії, а також протиставлення актуальних проблем «динамічної» юридичної практики «статичному» нормативному началу спостерігаються у працях засновника прагматичного інструменталізму, декана юридичного факультету Гарвардського університету – Р. Паунда. Вихідне положення його доктрини: «право – це не що інше як знаряддя для досягнення мети». Сучасне правове мислення має базуватися на функціональному підході і

тенденції досліджувати те, як діють правові норми, як потрібно їх створювати, щоб можна було за їх допомогою досягти відповідних результатів, а не те, чи правильний в абстрактному розумінні цього слова, зміст цих норм. Учений визнавав, що всі правові теорії є нічим іншим, як «боротьбою за примирення вимог, що конфліктують між собою: вимоги стабільності та вимоги змін; право має бути стабільним, але при цьому не може стояти на місці» [382]. Тому суддя має завжди у своїх рішеннях забезпечувати цей баланс, будувати «мости» між писаним правом і потребами суспільства, оскільки зміни без стабільності призводять до анархії, а стабільність без змін – до регресу. Одним із сучасних засобів побудови цього мосту є теорія «динамічного тлумачення» або «автономного значення», коли суддя при тлумаченні положень нормативно-правового акта надає йому такого значення, що відповідає вимогам сучасного життя [382].

Визначити право на основі емпіричного матеріалу намагався у своїх дослідженнях О. Холмс. У праці «Загальне право», він визначив основне правило методології прагматичної юриспруденції: життя права – це не логіка, а досвід. Використовуючи приклади зі судової практики, О. Холмс доводив, що загальні положення не вирішують конкретних справ. Наявність певної норми не визначає наперед зміст судового рішення. Приймаючи за основу ту чи іншу загальну правову норму, суд може вирішити справу багатьма шляхами на свій вибір. Відчутні потреби часу, вплив панівних моральних і політичних теорій, інтуїція щодо публічної політики, як проголошена так і підсвідома, навіть забобони, що поділяють судді зі своїми сучасниками, мають набагато більше значення, ніж застосування логічних силогізмів для визначення норм, якими мають керуватися люди. Цей постулат передбачає зміщення акцентів з «логістики» права на правову прагматику, з формально-логічних моментів юридичного аналізу на «буттєву» практику права. Однак О. Холмс не ігнорує формально-логічні аспекти права, а тільки закликає виявляти ті соціальні та психологічні явища, які стоять за тією чи іншою правовою формою. «За логічною формою стоїть судження про відносну цінність і важливість конфліктуючих законодавчих мотивів; часто невизначене і неусвідомлене судження є істинним і становить



коріння, нерв усього процесу» [376]. Не відкидаючи повністю можливість використання у правознавстві формально-логічних методів, О. Холмс наполягав на тому, що сила логіки в жодному разі не може замінити сили досвіду.

Справжнє життя права вбачав у суддівській діяльності й суддя Верховного Суду США Б. Кардозо, відзначаючи, що позитивне право, яке базується на утвердженні стабільності права, не завжди встигає пристосовуватись до нових умов. Розуміння права, в основу якого покладена відокремлена правова норма і регламентований процес її застосування до певного казусу, з часом перестає відповідати новим реаліям і потребам суспільного розвитку. Право не можна вмістити в межі писаних документів, що виражають зв'язок із минулим. А тому в його творенні вирішальну роль мають відігравати судді, користуючись суверенною владою вибору у своїх рішеннях [361, 362].

Значний внесок у дослідження проблем суддівського правозастосування, подолання розриву між законодавчим задумом і практикою правозастосування; вивчення помилок, що унеможливають реалізацію прийнятого закону зробив представник природно-правової думки Л. Фуллер, який у своїй праці «Анатомія права» досліджував такі важливі теми, як відповідальність законодавців, внутрішні проблеми та суперечності права, роль суддів у тлумаченні й застосуванні законів, різноманітні відхилення у функціонуванні права та системи правозастосування, відповідність дій суддів наміру законодавця. На думку Л. Фуллера «закон» - це аж ніяк не термін, призначений для опису виключно реальних подій; його невід'ємною властивістю є прогнозування, встановлення того, що має бути. Сполучною ланкою між Словом і Дією має виступати суд. Оскільки жодну норму не можна скласти так, аби бути абсолютно впевненими в можливості її універсального застосування, то суттєво важливим стає призначення суддів із повноваженнями виконувати обов'язкове тлумачення норм права й авторитетно визначати їхнє належне застосування у спірних випадках» [322]. Але на відміну від правових реалістів Л. Фуллер не зводив право виключно до діяльності суддів і визнавав можливість судової помилки. Якщо суд (свідомо чи ні), неправильно витлумачив наміри

законодавця, то утворюється розрив між словом і дією права. Однак це може проявитися і на нижчому рівні, коли закон не відповідає життєвим реаліям, взагалі не застосовується судами. Вивчаючи можливість подолання розриву між текстами нормативних актів і практикою правозастосування, гарантіями реалізації законодавчого наміру він вбачав лише обрання суддями чесних і здібних людей і забезпечення їхньої посади тією мірою незалежності, яка захистить їх від зовнішнього впливу.

В іншій роботі - «Мораль права» - Л. Фуллер порушує проблему «внутрішньої моральності закону» та «зовнішньої моральності права». Застосовуючи ціннісний підхід до права, автор прагне показати, що в сучасних умовах різноманітні правові феномени: законодавство, тлумачення права, судочинство мають здійснюватися з позицій моралі. На його думку, «... справа тлумачення законів – це щось більше», ніж «просто виконання наміру законодавця» [323]. Л. Фуллер підкреслює необхідність застосування у правовому житті принципу інтерсуб'єктивності, антропологічного підходу, бо вони дозволяють гуманізувати, робити ефективнішими і законотворчість, і застосування права, і правову реальність загалом.

Питання суддівської правотворчості протягом багатьох років привертало увагу не тільки американських і західноєвропейських авторів, а й видатних українських учених-правознавців дореволюційного періоду, зокрема Є. Васьковського [54, с.101-117], А. Владімірова, Д. Грімм [78], Г. Демченко [88-90], Д. Мейєра, М. Коркунова [142], А. Коні, Є. Трубецького [314], С. Пахмана [226], Л. Петражицького [230], І. Покровського [247], Ф. Тарановського [296, с. 185-192], Г. Шершеневича [353, с. 20-48] та інших.

Незалежно від того, на яких позиціях у вирішенні проблем ідентифікації джерел права перебували ті чи інші автори, незмінно в полі їхнього зору знаходилися питання не тільки традиційні для позитивістської і природно-правової теорії права, а й ті, що стосуються суддівської правотворчості.

Відповідно до характерного для даної епохи «абсолютизму закону й неоднозначного ставлення до суддів» [334, с. 739], освоєння доктрини

прецедентного права здійснювалось або в контексті форм права [78; 89; 132; 292; 314], або в історичному аспекті [226, с. 32-36], або у зв'язку зі спостереженнями за англосаксонською правовою системою [351].

Здебільшого судовий прецедент розуміли як правило, створене судом при ухваленні ним рішень в окремих випадках. При цьому його нерідко зіставляли і співвідносили з правовим звичаєм, що розглядали як “правило, сформоване в суспільному середовищі і лише констатоване судом” [352, с. 86]. Так, прирівнюючи судову практику у формі прецеденту до звичаю, Є. Трубецької вважав, що, “по суті, звичай зводиться до прецеденту” і “він є не що інше, як множинний прецедент” [314, с. 101]. Прихильником визнання того, що судова правотворчість є видом звичаєвого права, був і С. Будзинський. “До звичаїв належить і судова практика, вироблювана суддями”, – зазначав він [47, с. 32].

Але необхідно зауважити, що серед прихильників визнання правотворчості судових органів не завжди панувала єдність у питанні про те, який вид джерел права вони створюють. У цьому контексті характерним видається зауваження М. Коркунова про те, що судова практика займає ніби середнє, посередницьке місце між звичаєм і законом, відрізняючись від звичаю тим, що, по-перше, вона подібно до закону виникає внаслідок свідомого прагнення до реалізації даної норми, по-друге, її норми створює не суспільство, а установа, отже, вони мають юридично визначену форму вираження – судові рішення [142, с. 295-296]. При цьому джерелом права М. Коркунов вважав саме судову практику, а не прецедент, і зазначав, “що, визнаючи судову практику самостійним джерелом права, ми повинні зауважити, що це не слід розуміти так, щоб раз прийняте судом рішення щодо якого-небудь спірного питання безумовно обмежувало суд надалі”. Водночас він визнавав, що “одна з умов правосуддя – це те, щоб закони застосовувалися до всіх однаково, а це неможливо без єдиної, стійкої судової практики” [142, с. 298].

Своєрідну позицію щодо окресленої проблеми займав І. Фойницький. З одного боку, він стверджував, що “влада судова не може створювати нових норм” [321, с. 163], а з іншого – зауважував, що “судова інтерпретація в тих випадках, коли судове місце заповнює прогалини у законодавстві, постає

самостійним джерелом права, конкурує із законодавством” [321, с. 161]. Визнаючи існування судових прецедентів, які він розумів як “приблизні рішення, здатні вплинути і на подальшу практику” [321, с. 164], учений вважав, що “всі судові місця за силою тлумачення рівні між собою”, тому “прагнення прищепити сенатським роз’ясненням законів загальнообов’язкове для всіх судових місць значення глибоко суперечить природі й завданням судової практики, оскільки її суттєва властивість полягає в мінливості” [321, с. 165].

Якщо І. Фойницький обережно підходив до ідеї судової правотворчості, то деякі дослідники того часу взагалі не визнавали рішення судів джерелами права, підкреслюючи їх виключно моральний авторитет – Г. Шершеневич [353], С. Познишев [246, с. 92], В. Случевський [286], Л. Петражицький [230] та інші.

Однак, незважаючи на повторюваність і дискусійність питання про позитивну можливість і реальність існування судового прецеденту як самостійного джерела післяреформеного права, таке визнання одержало підтримку з боку багатьох провідних тогочасних правознавців. Зокрема, Г. Демченко в дисертаційному дослідженні на тему “Судовий прецедент”, визначаючи межі судової нормотворчості, вказував, що визнання судового прецеденту джерелом права є “провідним чинником установлення законності в судах і втілення права в життя” [88, с. 6-7]. Судді постійно доводиться або тлумачити закон при його застосуванні, або створювати норму, вирішуючи питання, про які законодавець взагалі не думав, і тому ніякого рішення не пропонував і навіть не думав запропонувати. Й у першому, й у другому випадку діяльність судді матиме творчий характер [89].

Прихильником офіційного наділення судів правом на творення правових норм був також Д. Грімм, який відносив до джерел права не тільки судову практику як сукупність рішень, обов’язкових унаслідок того, що їх визнають такими для себе самі судді, а й судовий прецедент як рішення суду, обов’язкове вже через те, що його прийняв суд певного рівня [78, с. 4]. О. Градовський та Є. Васьковський стверджували, що роль судді наближається до ролі законодавця у випадку, коли він заповнює прогалини [55, с. 84-86; 76, с. 76]. Цю позицію

підтримував і Є. Трубецької, на думку якого, в житті суспільства “зустрічаються випадки, законом не передбачені, і суд, розглядаючи такі випадки, покликаний відігравати творчу роль; він має вирішувати всілякі казуси і, стикаючись із новими казусами, мимоволі змушений створювати для них нові норми права» [314, с. 132]. «Так чи інакше, частково через прецедент, частково завдяки звичаю судова практика, безсумнівно, створює нові норми як доповнення до закону, і тому її слід розглядати як самостійне джерело права» [314, с. 103].

Визнаючи позитивну роль судової правотворчості, В. Спасович доводив, що в “народів освічених” позитивне право виражається не тільки в писаному законі, а й у судових рішеннях, що “не можуть знищити або навіть переінакшити закон позитивний”, але можуть заповнити прогалини в ньому [292, с. 69].

Прихильником суддівського права був видатний український юрист і громадський діяч Б. Кістяківський: «Активісти формалістичної юриспруденції, логічно конструктивного розуміння права зазвичай наполягають на тому, що будь-яке застосування права становить собою суто логічну операцію побудови певного силогізму. Норма права, яка підлягає застосуванню, відіграє у цьому силогізмові роль верхнього засновку, той випадок, до якого вона має бути застосована, є нижній засновок, а саме застосування – висновок. З такого погляду вимога індивідуалізації під час застосування правових норм, напевно, є логічно безсенсова. На противагу цьому ті, хто висуває вимогу індивідуалізації як неодмінної умови справедливого застосування правових норм, виходять з глибшого розуміння права, що охоплює його у цілому, зокрема, вони беруть до уваги ірраціональну природу здійснюваного або суб’єктивного права [132, с. 195].

Для радянської правової науки характерним було категоричне заперечення і традиційне ухилення від вивчення основних аспектів прецедентного права, що пов’язувалося із небезпечністю, судовим свавіллям і порушенням законності [182, с. 126-129; 298, с. 111, 405; 266, с. 214-223; 111, с. 176-180]. Розширення обсягів суддівського тлумачення норм породжує невизначеність і нестабільність правопорядку, – підкреслював В. Пучинський [252, с. 10]. Аналогічний погляд на існування судового прецеденту як джерела радянського права поділяли й інші

автори, зокрема, як вважав В. Лазарєв, «... було б крахом принципу законності, якщо б під виглядом тлумачення створювались нові норми» [158, с. 67]. На думку С. Зівса, “прецедент веде до відступу від начал законності й підриває роль представницьких органів держави в законодавчій діяльності” [111, с. 176-180].

Слід відзначити, що неприйняття радянськими вченими судового прецеденту пов’язане, насамперед, із некритичним ставленням до теорії безпрогальності права, а також із абсолютизацією ролі закону в системі джерел права. Як стверджував К. Комісаров, “закон не потребує уточнення, оскільки він досить визначений, а тому завдання суду полягає лише в тому, щоб точно застосувати його” [140, с. 51]. Досліджуючи процес застосування аналогії та субсидіарного застосування права, А. Боннер писав, що використання цих способів подолання прогалин, не вносить нічого нового у систему норм. Суддя бере з цієї системи вже діючу норму, що регулює загальні питання, й застосовує її. При цьому справа вирішується за допомогою прийнятої у встановленому порядку норми права, нехай навіть із вищим ступенем узагальненості. Судовий розсуд будується у межах діючого права, а тому судді не потрібно бути «законодавцем» [39, с. 61-62]. Інші радянські науковці - А. Безіна та В. Лазарєв - також зауважували, що в процесі застосування права судом постійно відбувається конкретизація загального масштабу норми права, але при цьому не можна плутати правоконкретизуючу діяльність із правотворчою, а положення, що виробленні органами судової влади «у процесі конкретизації, є прямим поглибленням норм права. Ними не можна скасувати чи змінити юридичні норми, що існують» [23, с. 7].

Звернення права до суто інструментального засобу за допомогою вузьконормативного підходу; ототожнення його із законом та розуміння як явища державно-політичного, пов’язаного з державним інтересом та державною владою; визнання методологічним підґрунтям освоєння правової реальності діалектичний та історичний матеріалізм, не дозволяли сприймати систему джерел права як гетерогенну, комплементарну та ієрархічну. Звісно, така ситуація не сприяла визнанню й адекватному пізнанню судової правворчості та прецедентного права.

Незважаючи на стійкості догматів радянського права та використання деякими авторами відомих ще з радянських часів аргументів щодо неприйнятності для вітчизняного права ідей судової правотворчості [207; 239, с. 19; 168], останнім часом, як справедливо зазначає Б. Малишев, «у юридичній літературі спостерігається зростання чисельності прихильників активізації ролі суду у створенні юридичних норм» [178, с. 70]. Так, на думку О. Константія, «правотворчість на сучасному етапі не вичерпується діяльністю щодо розробки та видання нормативно-правових актів. Нового значення набувають й інші способи правовстановлення, серед яких особливу роль відіграє прийняття судового прецеденту» [141, с. 8].

Аналізуючи обов'язковість рішень Конституційного Суду України у контексті доктрини судового прецеденту, С. Шевчук наголошує на існуванні в Україні судової правотворчості та квазіпрецедентного права [346, с. 48]. О. Скакун прогнозує, що у майбутньому «визначне місце (субсидіарна властивість) у системі джерел права України буде належати правовому, особливо судовому прецеденту» [278, с. 71]. Виразно звучить ідея про необхідність здійснення правотворчості судовими органами й у І. Овчаренко. У своєму дисертаційному дослідженні цей автор акцентує на важливому суспільному значенні судового прецеденту, що в Україні реалізується через такий механізм: прийняття судового рішення – апробація вищими судовими органами України (якщо рішення приймав інший суд) – опублікування рішення – застосування його іншими судами; а також наголошує на потребі легалізації цього джерела права. До останнього, на думку вченого, спонукає й те, що з прийняттям Закону «Про ратифікацію Європейської конвенції про захист прав людини і основних свобод 1950 року» наша держава визнала юрисдикцію Європейського Суду з прав людини, рішення якого (у мотивувальній частині) є прецедентами, що повинні використовуватися в національній судовій практиці [211, с. 9]. С. Сливка, досліджуючи сучасний період розвитку джерел права, зазначає: «Використовуючи принцип верховенства права, підвищилась роль Конституційного Суду і судів загальної юрисдикції. Ці суди починають творити нові правові норми, їх ухвали, звичайно, претендують у майбутньому стати

джерелами права». Як висновок, автор слушно зауважує, що загалом у сучасній Україні формується тенденція до зародження прецедентного, «живого права», до появи нових природніших джерел права [283, с. 105].

Не заперечуючи цінність вищезазначених положень, треба водночас зазначити, що суттєвою умовою, яка спричиняє активізацію науково-дослідницьких пошуків у напрямі задекларованої проблеми, є нестача у вітчизняному правознавстві монографічних праць із питань судової правотворчості, судового прецеденту та прецедентного права. Лише С. Шевчук у роботі «Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні» послідовно викладає теоретичні основи судової правотворчості; розглядає деякі особливості суддівського правозастосування, зокрема, питання суддівського активізму та суддівського обмеження, судової правотворчості у тлумаченні норм права, застосуванні правових принципів, здійсненні судової дискреції; викладає загальну теорію судового прецеденту як джерела права та особливості його дії у сучасних правових системах і на міжнародному рівні; звертає увагу на перспективи судової правотворчості в Україні у контексті міжнародно-правового співробітництва, діяльності Конституційного Суду України, судів загальної та спеціалізованої юрисдикції [348].

Відмова сучасної вітчизняної науки від позитивістського підходу у визначенні права, від його одержавлення та закріплення основних принципів природно-правової концепції в Конституції України 1996 р. стали вагомими чинниками, що спричинили перегляд традиційних уявлень про систему джерел права. Сьогодні на зміну радянському державному етатизмові, уявленням про монопольне становище «єдино правильного» джерела права, традиціям юридичного позитивізму приходить визнання різноджерельного права, утвердження принципу персоналізму (індивідуалізму) та поширення тенденцій, близьких до теорії природного права. Багатовікова суперечність між природним правом і правовим позитивізмом стає дедалі більш відносною, і їх різке протиставлення – вже пройдений етап, про що у своїх працях неодноразово



наголошують В. Бачинін [22], В. Баранов [21], В. Ваймар [49], Н. Зазаєва [108], О. Костенко [147], В. Кравець [150], С. Максимов [175], С. Сливка [282-283].

При цьому слід зазначити, що інтеграція природного і позитивного у праві проявилася, насамперед, у зміні оцінки співвідношення закону і права. “Можна констатувати, – визнавав Р. Давид, – що хоча правотворча роль законодавця велика, саме по собі право – це щось більше, ніж тільки закон” [84]. На думку В. Казимірчука, М. Козюбри, Г. Мальцева, В. Нерсесянца та інших, наявність у законодавстві недіючих норм, декларативних принципів, які не відповідають сутності суспільних відносин, спростовує твердження про ідентичність законодавства і права [216, с. 30; 250, с. 29]. Про розрізнення правового і неправового в соціальному бутті, його критерії, а також про правовий закон як основний регулятивний засіб правової держави пишуть П. Біленчук, В. Гвоздецький, С. Сливка: «в онтологічному аспекті розрізнення права та закону (у різних його варіантах), відповідаючи на запитання, що таке право, дозволяє розкрити об’єктивні сутнісні властивості права, лише наявність яких у законі дозволяє характеризувати його як правове явище, тобто як явище, що відповідає сутності права, як зовнішній прояв і реалізація правової сутності» [317, с. 7].

В. Шкода, характеризуючи конструктивний момент відмінності права і закону, зауважує, що таке положення “дозволяє оцінювати прийняті в державах закони як відповідні і не відповідні праву” [357, с. 276]. Інакше ототожнення права виключно з юридичними нормами, обмеження джерела права лише діяльністю органів законодавчої влади зумовлюватимуть появу тоталітарного й авторитарного політичних режимів, суттєвою ознакою яких є удержавленість суспільства, фактичне приниження народовладдя і людини в соціальному бутті. Останнє як одна із передумов сприяє тому, що в сучасній науковій літературі дедалі більш відкрито визнають, що за нинішніх умов абсолютний суверенітет закону є фікцією і що поряд із ним існують ще й інші важливі джерела права, серед яких особлива роль відводиться судовому прецеденту. Зокрема, на думку французького правника Ж.-Л. Бержеля, «не існує такого юридичного устрою, який віддавав би перевагу виключно одному з джерел права і нехтував усіма

іншими, але існують системи, де одне з джерел переважає над іншими. Закон, звичай, судовий прецедент і тлумачення закону – все, хоча і по-своєму, сприяє такій реалізації [25, с. 145-146, 456].

На необхідності трансформації права у напрямі різних юрисдикцій наголошується й у вітчизняній науковій літературі. Як зазначає українська дослідниця Л. Корчевна, віднині держава не має монополії у творенні права. Норми звичаю чи договору за своїм походженням демократичніші за законодавче право, бо їх створюють самі учасники реальних життєвих відносин. Аналогічно, джерелами права недержавного походження є правова доктрина і судовий прецедент. Закон має смисл лише в єдності з цими джерелами або формами права недержавного походження. Санкціонування державою звичаю, договору, доктрини чи прецеденту підтверджує їхню нормативну або зобов'язальну силу як джерел права; несанкціонування – не позбавляє цієї сили. Такий підхід неабияк актуалізує питання про підставу нормативності звичаєвої, договірної, доктринальної, суддівської норми [145].

Досліджуючи чинники, які зумовлюють необхідність визнання різності й ієрархії джерел національного права, вивчаючи філософський смисл проблеми правових джерел, Л. Петрова наголошує, що радикальна постановка питання про правові джерела властива філософському, а не позитивному підходові до права з його одноманітним розумінням єдиного витoku цього права. Якщо філософія осмислює право у його цілісності й граничності, то природно виникає питання, чи спроможна позитивістська юриспруденція з притаманним їй визначенням права як сукупності норм, що виражають волю держави і забезпечуються її примусовими санкціями, осмислити цілісність і граничність усіх правових речей? Якщо зважити на те, що держава є лише часткою людського буття і в кожному прояві цього буття діє ціле, і ці прояви стверджують своє часткове буття на єдиній всезагальній основі, то очевидно, що позитивістська теорія джерел права з її недостатньою глибиною мислення не спроможна відтворити ціле й граничне усіх правових речей, а відтак, проблема різності й ієрархії правових джерел є для неї принципово невирішеною. На

думку дослідниці, чинниками, які необхідно визнати як джерело права і які спроможні до адекватного відтворення права у його цілості і граничності є судова практика, правова доктрина та звичаєве право [237, с. 335-336].

В. Селіванов аналізуючи право в умовах сучасних правових реалій, однозначно наголошує, що його сучасне розуміння не має вести лише до однієї із форм юридичного аспекту - закону [272, с. 8], адже сьогодні добре відомо, що держава як форма органу управління суспільством виникає лише на певному етапі соціального розвитку, який відбувався за допомогою інших соціальних норм, не будучи продуктом законодавчої діяльності держави [271, с. 55]. Таку ж позицію підтримує й С. Максимов: «для того, щоби право діяло в нашому суспільстві, недостатньо сконцентрувати всі зусилля тільки на одному законодавстві ... Право не знаходиться в готовому вигляді в законі, з якого його можна безпосередньо витягнути. Суддя обмежений законом, що має силу. Але і закон має бути співвіднесений і з визнаними в даному суспільстві принципами справедливості, і з природою речей, тобто справедливістю в конкретній ситуації. Тому методи конкретного правового рішення, як і методи позитивного законодавства, також дедуктивно-індуктивні. Тут відбувається як процес інтерпретації норми, так і процес конструювання конкретних обставин. При цьому якщо законодавство враховує можливі життєві обставини, то правосуддя – певні фактичні життєві обставини. У результаті відбувається наповнення належності моментом суцього і збагачення суцього належним. Правосуддя – це творча робота, а не просте застосування закону на основі силогізму, субсумції» [175, с. 186].

Цілком слушно наголошує на потребі впровадження в Україні системи різних юрисдикцій Р. Тополевський: «... право повинно розглядатися не як «наказ суверена», а як засіб забезпечення суспільної гармонії, узгодження точок зору різних суспільних суб'єктів, врешті-решт як справедлива і рівна міра свободи. Це стає можливим при розгляді права як різноджерельного феномена, який формується не лише внаслідок цілеспрямованих зусиль законодавця, але також через інші соціальні канали» [310, с. 1].

У сучасних умовах методологічні проблеми різноджерельного права та визнання функції правотворчості судовими органами, об'єктивно набувають дедалі більшого значення. Їх актуальність суттєво загострюється не тільки у зв'язку з історичною необхідністю здійснення відповідної трансформації правової системи країни, а й через «тісний зв'язок» з найважливішими дискусійними в юридичній науці проблемами, в силу чого вони потребують глибокого теоретичного аналізу. Чи не найкраще в українській правовій думці це питання опрацювала Л. Корчевна, яка слушно підкреслює, що «теорія різноджерельного права дає змогу по-іншому, ніж досі, підійти до вирішення сучасних актуальних проблем українського державознавства і правознавства. Насамперед, це стосується теорії і практики народного суверенітету, безпосередньої демократії, поділу влади, верховенства права, правової держави, громадянського суспільства. Різноджерельне право здатне відіграти вирішальну роль у здійсненні демократичних реформ у галузі права і забезпечити їх відповідність європейським і світовим стандартам» [146, с. 8].

Таким чином, право як сукупність соціальних регуляторів не завжди може бути відображене у відповідній законодавчій формі. Колізію між правом і писаним законом вирішує суд, і його рішення при цьому стають обов'язковими не тільки для правозастосовувача, а й для держави. При цьому новому “образу права”, що формується у правовій реальності, далеко не завжди відповідає зміст діючих законів, які вимагають судового тлумачення, а іноді й доповнення. Як наголошують Л. Алексєєва [9], Х. Аділкарієв [1], А. Наумов [205, 206], певну норму законодавства дуже важко сформулювати у чіткому зрозумілому вигляді для правильного її застосування суб'єктами правовідносин. Тому норми права, на їхню думку, для ефективного регулювання суспільних відносин обов'язково припускають певну «абстрактність», зміст яких потребує суддівської конкретизації та оцінки. З цього приводу М. Тесленко зазначає, що у випадках неможливості розв'язання законом конкретної ситуації, суддя вимушений звернутися до загальних начал, щоб, спираючись на соціальну реальність і свіжі ідеї, можна було «будувати» такі рішення, які відповідали би принципам

справедливості й вимогам, зумовленим ситуацією [301, с.40]. Різноманітні несподіванки життя завжди становитимуть джерело ускладнень навіть для найретельніше складених нормативних актів. Тому для забезпечення працездатності будь-якої системи офіційних норм має існувати інший, оперативний механізм реагування на постійно змінну дійсність. Ці обставини, на думку Н. Подольської, слугують рушійною силою розвитку ідей судової правотворчості [244].

Визнання правотворчого характеру діяльності суддів є необхідним для встановлення гармонії між правовими актами та судовою практикою їх застосування відповідно до потреб суспільства, для подолання «розриву» між правом і дійсністю – наголошують російські правники Т. Гурова [82-83] і В. Жуйков [103]. Коли соціальна реальність змінюється, право також має змінюватися разом із нею. Здатність права змінюватись разом зі зміною суспільних відносин становить головну ознаку його ефективності та визначає його спроможність слугувати надійним регулятором суспільних відносин. Досліджуючи цю проблему, А. Кауфманн зауважував, що право може стати дійсністю лише в живій взаємодії людей, їхніх правовіносинах, оскільки право це не що інше як «правильна дія і правильне рішення в конкретній ситуації» [378, с. 131], а не те, що міститься в нормах, не схема для правильної дії. Таку позицію поділяє також професор Д. Керімов, який вважає, що право – це, передусім, життя, а не формально-абстрактне його відображення [128]. Певну увагу питанням діалектичної єдності об'єктивних і суб'єктивних начал у процесі правотворчості та правореалізації приділив у своїх працях А. Козловський, досліджуючи гносеологію права [133].

Ведучи мову про регулятивні функції прецеденту як джерела права, не можна залишити поза увагою питання про його прямий і тісний зв'язок зі законом, якому в межах романо-германського права відводиться пріоритетна роль. При розгляді питання про судовий прецедент як самостійне джерело сучасного права, особливо коли йдеться про його співвідношення зі законом, дуже важливо мати на увазі і враховувати суперечливість поглядів авторів на цю проблему не тільки у відносно недалекому минулому, коли норми, що містяться

в прецеденті, іноді розглядали в порівнянні з нормами законів як деякі другорядні феномени, як норми права меншого значення, а й у теперішній час.

Стосовно сучасних реалій більшість авторів, які визнають суддівське право, не прирівнюють формуючі його норми до норм законів. Досить поширеною щодо цього і, як видається, цілком виправданою є точка зору, відповідно до якої акти судових органів займають своєрідне місце в системі джерел права [161, с.14]. Загалом серед авторів, які виступають за визнання судового прецеденту джерелом сучасного права, домінує теза, відповідно до якої майбутнє розвитку правової системи окремої держави – за сумісністю суддівської правотворчості з парламентською, за поєднанням закону та судового прецеденту. Як стверджує М. Марченко, питання майбутнього суддівського права, поряд із парламентським правом, і судової практики як джерела права необхідно вирішувати не окремо одне від одного, не в ізоляції від інших соціально значущих явищ, інститутів та установ, а в їхньому взаємному зв'язку і взаємодії [194, с. 408-409]. Досліджуючи окреслене питання, І. Покровський зауважує: “Закон і суд – не дві протилежні сили, а два однаково необхідні чинники юрисдикції. Обидва вони мають ту саму мету – досягнення матеріально справедливого; закон для досягнення цієї мети потребує живого доповнення і співробітництва судді. Не варто боятися творчої діяльності судді: суддя не менше, ніж законодавець, син свого народу і свого часу й у не меншому ступені носій тієї ж суспільної правосвідомості” [247, с. 95].

Аналізуючи проблему застосування судового прецеденту в системі загального і континентального права, М. Кучин зазначає: “Ведучи мову про судовий прецедент як про джерело права, не слід протиставляти його законові. Кожний із них виконує своє призначення, займає власну нішу в правовій системі” [155, с.73]. На думку С. Поленіної, мова може йти не про відмову від закону як основного джерела права на користь прецеденту, а про доповнення останнього першим: “Органічно доповнюючи закон, прецедент дозволяє правовій системі загалом найповніше відображати суперечливі й далеко не однозначні процеси в суспільному житті і чутливо реагувати на них” [248, с. 15]. При цьому заслуговує на увагу позиція вітчизняного дослідника англійської

системи прецедентного права Б. Малишева, що запровадження прецедентного права в Україні має бути поступовим і багатовекторним процесом, пов'язаним з укріпленням незалежності судової влади, підвищенням професійних вимог до суддів (особливо вищих судів), забезпеченням належного рівня правової культури населення [177, с. 15], а також зі зміною старих стереотипів правового мислення. Саме останнє, як вважає учений, є одним з головних чинників, що забезпечують нормальне функціонування доктрини прецеденту, лише за допомогою специфічного стилю юридичного мислення відбувається з'ясування змісту прецедентної норми права та обґрунтування її застосування (або незастосування) до обставин конкретної справи [179, с. 146]. Про генетичність взаємозв'язку прецедентного права і стилю мислення говорить сучасний український філософ права В. Братасюк. На думку цього вченого, апеляція постмодерного мислення до принципу плюралістичності та поліметодологізму докорінно змінює погляд на проблему судочинства. Єдність права не шукають більше на глобальному рівні, на рівні державної юридичної позитивної системи. Смысл шукають казуістичним способом, свій – для кожного визначеного випадку, тобто в децентралізованому просторі. Внутрішня цілісність і логічність продовжують бути метою, але тепер не даються одразу. Децентралізація права вказує на занепад традицій єдиного автора нормативного порядку. Як бачимо, за цих умов незрівнянно зростає роль судді і судочинства. Континентальна правова система перестає бути «закритою», вона відкривається, впускаючи прецедент, апелюючи до живого права; розширюється «набір» критеріїв істини, їхня об'єктивність доповнюється суб'єктивними моментами [44, с. 158].

Перманентну актуальність питання про сутність і роль прецеденту пов'язують також зі зміною поглядів на суд, його функції та масштаби діяльності, а також на роль судової влади у механізмі захисту прав людини. Як щодо цього зауважує П. Пацурківський, «понад сімдесят років радянський суд займався розглядом конкретних цивільних і кримінальних справ. І нікому не приходило в голову називати це судовою владою. Судової влади не було в реальному житті, тому й не могло бути відповідного поняття і в нашому

політичному, юридичному, науковому лексиконі. Але коли після довгих років самоізоляції ми нарешті зрозуміли, що приєднатися до світової цивілізації можна, лише засвоївши і прийнявши за початок відліку загальнолюдські цінності, однією з яких є концепція правової держави, – ось тоді посттоталітарна суспільна свідомість сприйняла ці ідеї як свої власні, тоді ми близько підійшли до необхідності дати вичерпну відповідь на запитання, з яких елементів складається судова влада і як «вмонтувати» її в систему нашої сьогодишньої державності» [227, с. 187]. Характеризуючи нові функції вищих органів судової влади, С. Алексєєв підкреслює, що, очевидно, настала пора взагалі змінити наше бачення правосуддя, інтерпретацію його призначення лише як застосування права. Досвід розвинутих демократичних країн, причому не тільки англо-американської групи, свідчить, що високий рівень правового розвитку досягається в суспільстві тоді, коли суд, спираючись на Конституцію, закон, на загальновизнані права людини, також творить право. Тому надання рішенням вищих судових інстанцій країни функцій судового прецеденту видається справою назрілою, цілком виправданою” [8, с. 219].

Сьогодні замість принципу верховенства закону приходить принцип верховенства права, на основі якого найбільш повно розкривається юридична природа основних прав і свобод людини, надається їх безпосередній судовий захист, унеможлиблюється свавілля державної влади, забезпечується єдність правозастосовної практики. А це виявляється неможливим без відповідної діяльності оновленого судового корпусу, методологічною основою діяльності якого стала доктрина судового прецеденту. Суди у процесі розгляду конкретних справ покликані підтримувати делікатний баланс між конфліктуєчими інтересами та залагоджувати існуючі суперечності. Це досягається завдяки судовій правотворчості, заперечення якої є одночасним визнанням нездатності суддів вирішувати конфлікти у суспільстві за допомогою права та здійснювати правосуддя у так званих «складних справах». Стосовно цього Х. Аділкарієв зазначає, що позитивне право не може бути абсолютно досконалим, тобто у законодавстві завжди існують прогалини, які судді повинні заповнювати при



вирішенні конкретних справ. В іншому разі, якщо «чітко додержувати формальної логіки, то кожного разу, стикнувшись із недосконалістю законодавства, суд повинен призупинити розгляд справи або відмовити у здійсненні правосуддя [1].

Водночас треба звернути увагу ще на один ціннісний аспект судової правотворчості, коли суди не тільки надають захист основним правам, а й знаходять їх, користуючись теорією «прихованих прав», тобто ті права, що знаходяться у «сутінковій зоні» конституційних норм або у доктрині природного права. Вирішення останнього питання має глибокий філософський смисл, і його усвідомлення є ключем до з'ясування проблеми суддівської свободи та визначення меж судового розсуду, які й сьогодні у правовій доктрині вважаються дискусійними.

С. Максимов стверджує, що «...світ права – це світ, що будується за законами, що відрізняються від законів емпіричного світу, а його структурними елементами виступають не факти, а смисли і значення. Тут ми маємо справу з особливою логікою – деонтичною, тому і пізнавальні засоби повинні бути особливими, відмінними від тих, що застосовуються при пізнанні емпіричного світу, оскільки поєднують у собі пізнавальні й оцінні моменти. У зв'язку з цим суддя має вирішувати справу, насамперед, у категоріях деонтології – вільної волі зобов'язання, відповідальності, а потім уже в категоріях емпіричної онтології – спадковості, соціального середовища, не підмінюючи першого другим» [175, с. 154]. Аналізуючи судову практику як формальне джерело права, в якому проявляються антропологічні джерела права – розум і воля, – В. Трофименко стверджує, що вольова діяльність набуває змістового вигляду, коли «у розгляді справи суддею, з одного боку, проводиться інтерпретація правових норм, а з іншого – конструюються конкретні життєві обставини» [313, с. 13].

Сьогодні в умовах взаємодії різних правових систем простежується важлива тенденція до конвергенції сучасних підходів: у правових системах країн англо-американської правової сім'ї дедалі більшу роль порівнянно зі судовими прецедентами починають відігравати законодавчі акти, тоді як у континентальній Європі увага суддів, законодавців, практичних працівників і вчених зосереджується на судовому прецеденті як повноцінному джерелі права.

Констатуючи цей факт, А. Осетинський зазначає: «...не виникає сумнівів, що стрижневим напрямом діяльності вищих судів у Європі є забезпечення здійснення правосуддя судами відповідно до принципів і положень Конституції та законодавства країни, законності та єдності правозастосовної практики судів, тлумачення правових норм, що нерідко у тій чи іншій формі (найчастіше через закріплення обов'язкового характеру правових позицій, викладених у рішеннях цих судів) проявляється у створенні судових прецедентів» [218, с. 11].

Історичні умови виникнення, утвердження судового прецеденту як джерела права як у країнах загального права, так і в країнах романо-германської правової сім'ї досліджували у своїх роботах російські теоретики права П. Гук [80-81], С. Загайнова [105-106], М. Кучін [153-155]. При цьому, як слушно зазначає І. Богдановська, “у кожній конкретній правовій системі прецедентне право має свій власний розвиток” [35, с. 7]. Крім цього, чималий інтерес у контексті нашого дослідження викликають роботи як вітчизняних, так і зарубіжних компаративістів і теоретиків права, таких як Ж-Л. Бержель [25], Г. Берман [26], В. Бернхем [27], Р. Уолкер [315], Р. Кросс [151], К. Цвайгерт, Х. Кьотц [328], Р. Давид, К. Жоффре Спинози [84], А. Дмитрієв, А. Шепель [94], М. Марченко [184-194], Н. Оніщенко [216], В. Журавський, О. Зайчук, О. Копиленко [250], І. Ситар [274], Н. Пархоменко [220-225], О. Чернецька, В. Шилінгов [336], В. Шишкін [354-355] та інші.

Не применшуючи ролі і значущості доробку попередніх авторів, зазначимо, що їхні дослідження мали в основному загальнотеоретичний характер, з позиції теорії права та галузевих наук. Однак філософсько-правовий аналіз проблем судової правотворчості та судового прецеденту не здійснювався. А тому в сучасних умовах нагальною постала потреба розкриття змісту цих категорій не лише у теоретичному, а й в онтологічному, гносеологічному, аксіологічному, антропологічному вимірах. Недостатня розробка окреслених проблем, наявність суперечливих концептуальних підходів до їх вирішення, необхідність їх переосмислення під кутом зору нових вітчизняних реалій і зумовили вибір теми дисертаційного дослідження.

## **2.1. Методологічні проблеми дослідження судової правотворчості та судового прецеденту в сучасній Україні**

Проникнення в таємниці будь-якого правового вчення передбачає, насамперед, осмислення того, яким закономірностям воно підпорядковується, яким способом досягнуті його результати, які перспективи його подальшого розвитку. Вирішення окреслених проблем зумовлює потребу враховувати не тільки теоретичну думку, а й методологію, внаслідок чого саме вчення у вигляді певної сукупності ідей, теорій, концепцій, поповнюється сукупністю прийомів, методів наукового мислення, що управляють пізнавальним процесом. Останнє й відображає аксіологічну роль методології у пізнавальному дослідженні, оскільки саме по собі правове вчення до розуміння і опису його з точки зору певного методу, за вдалим висловом Л. Петрової, «це лише алогічний матеріал» [236, с. 2].

Досліджуючи проблему методів і методології, відомий англійський філософ Ф. Бекон порівнював процес пізнання об'єктивної реальності без володіння істинним методом із ходінням у п'ятні навпомацьки. Він називав істинний метод світильником, що освітлює подорожньому шлях у темряві і «незмінною дорогою веде через ліси досвіду до відкриття аксіом» [227, с. 194]. Цієї ж думки додержують й мислителі сучасності. Зокрема, на думку Д. Керімова, «будь-яке дослідження можна вважати науковим, якщо воно істинне, тобто якщо воно відображає реальність глибоко й повно, точно й адекватно і на цій основі не тільки пояснює теперішнє, а й передбачає обриси майбутнього. Істинність наукового дослідження є його іманентною якістю. Однак, щоб досягти наукової істини, необхідно оволодіти методологією її досягнення [128, с. 499].

У сучасній юридичній літературі під методологією переважно розуміють сукупність підходів, способів, методів, прийомів і процедур, що застосовуються в процесі наукового пізнання та практичної діяльності для досягнення наперед визначеної мети [320, с. 374]. Але слід зазначити, що, будучи базисом усієї системи пізнавального дослідження, методологія має своїми складовими компонентами не тільки систему методів і вчення про них, а й певну світоглядну позицію дослідника. Як щодо цього зауважує С. Сливка, «розуміння методології

лише як вчення про методи примітивне, оскільки метод у методології є вторинним, а первинними являються світогляд, ідеологія, установки, закладена основа пізнання» [285, с. 6]. Схожі міркування висловлює П. Рабінович: «... не існує методології соціального пізнання, абсолютно нейтральної у соціально змістовному аспекті, тобто методології, так би мовити, соціально дистильованої, «очищеної» від залежності, від впливу з боку загального світогляду, переконань і установок дослідника» [319, с. 19-20]. З огляду на світоглядні позиції визначає методологію і М. Костицький: «Методологія – це світоглядний рівень, це рівень філософії права і частково теорії права, це та світоглядна позиція, яку має юрист, якої він набув в університеті у зв'язку з отриманою освітою, набутими знаннями, які він використовує як інструмент для своєї наступної практичної діяльності» [149]. На думку О. Данільяна, методологія є системою світоглядних принципів, що проявляються на всьому шляху збагнення того чи іншого об'єкта [318, с. 23].

Світогляд - це система поглядів, переконань, принципів, життєвої позиції особистості, її становища й ролі в суспільному житті. Він детермінує підхід і напрям діяльності кожного індивіда у вирішенні посталих перед ним завдань. Найбільшого значення світогляд набуває в науково-дослідній діяльності при вирішенні складних проблем правового буття, беручись за вивчення яких дослідник неминує проявляє власне ставлення до цих проблем і до всіх тих співпричетних наукових рішень, що вже наявні й висвітлені в літературі. Критична оцінка цих рішень здійснюється на основі професійної світоглядної орієнтації автора, його належності до тієї чи іншої школи або напряму в науці, лише після ознайомлення з якими стає зрозумілим, чому конкретне питання, вибране для дослідження, ставиться й вирішується саме так, а не інакше.

Численні філософсько-світоглядні концепції постають експлікацією двох основних категоріально-світоглядних суперструктур, макромоделей, в основі яких лежить матеріальна чи духовна субстанція. На думку А. Козловського, вказана ієрархійна структура моделей першооснов буття має свої логічні підстави бути методологічною основою для аналізу правових явищ і правових

категорій. Зокрема, для концепцій природного або позитивного права найважливішим завжди було питання, з чого випливає право – чи то з людської природи, соціальних взаємовідносин, об'єктивного духу, чи то з волі суверена; головним же було з'ясувати питання, що є основним джерелом права [134, с. 8]. Також залежно від філософсько-світоглядних уявлень дослідника по-різному осмислювали і проблему інтерпретації судової правотворчості, судового прецеденту та прецедентного права. Якщо прибічники природно-правової концепції прецедентну модель права сприймають адекватно, то юридичний позитивізм із властивими йому нормативістськими началами неминуче суперечить сутності прецедентного права.

Але в будь-якому разі правова концепція чи теорія має не лише онто-, а й гносеологічну структуру і може бути віднесена за своєю онтологією до певної світоглядної позиції з відповідною їй гносеологією. Наявність різних гносеологічних інтенсивностей неодмінно призводить до появи різного методологічного інструментарію, який, зі свого боку, сприяє неоднозначному обґрунтуванню проблем права. Зокрема, залежно від використання різної методологічної основи при осмисленні проблеми джерел права можна спостерігати глибокі розбіжності в отриманих результатах пізнання. Якщо емпірична методологія формує доктрину, яка визначає право як сукупність норм, що виражають волю держави і забезпечуються її примусовими санкціями, а його основною формою і головним джерелом - законодавство, то метафізична методологія обґрунтовує духовну сутність права, щоб за зовнішньою юридичною формою проглядало те, що називається справедливістю й опрацьовує різноджерельну його природу. У зв'язку з цим заслуговує на увагу позиція тих учених, які стверджують, що представники різних філософсько-правових підходів мають чітко й відповідально уявляти та визнавати, до яких дослідницьких і практико-прикладних наслідків може призвести використання обстоюваних ними постулатів і методологічних підходів [319, с. 23].

В Україні методологія у старій формації виконувала функцію ідеологічного наглядача та йшла попереду знання і пізнання. Виходячи з певних класичних

засад радянського права, вважалося, що той, хто користується правильним методом діалектичного чи історичного матеріалізму, правильно пізнає, правильно думає, правильно бачить, правильно приймає закон, розуміє і застосовує його. Тобто методологія виконувала певну функцію контролю, нагляду за пізнанням, а будь-які проблеми, що виникали, щезали і вирішувалися автоматично за допомогою «оптимального» методу. Однак, як свідчить досвід, такого методу не існує, оскільки правова реальність постійно змінюється, розвивається, ускладнюється. І нова складна правова реальність вимагає принципово нового вирішення проблем права. Зі свого боку вирішення проблем нового права породжує нову теорію права, нову методологію. У цьому контексті А. Козловський пише: «Проблема реальності веде до теорії, теорія - до методу. Новий ефективний метод завжди є результатом переосмислення самої теорії, появу котрої спровокувала реальність як первинна мета наукового дослідження» [136, с. 76]. Ці висновки цілком актуальні й при дослідженні проблеми методології джерел вітчизняного права. Адже відмова від радянського державного етатизму сприяє переглядові доктрини юридичного позитивізму з її абсолютизацією моноджерела права, з одного боку, а з іншого – конституційне закріплення природного права сприяє утвердженню різноджерельного права та поширенню метафізичного пізнання правової реальності.

Слід зазначити, що типова ситуація, при якій адекватне осмислення нової об'єктивної реальності неминуче вимагає якісної зміни дослідницького контексту, залучення принципово нових для даної галузі знань наукових методів, які б відзначалися парадигмальним характером, складається не лише при вивченні обраної нами проблеми, а й у всьому правознавстві, сучасний етап розвитку якого характеризується тією особливістю, що право вже більше не може задовольнятися тими пізнавальними методами, які воно некритично виробило в собі. Пізнавальна інтенсивність права як одного з основних і найважливіших джерел його розвитку та функціонування вимагає сьогодні релевантних пізнавальних методів, що відповідають сучасному рівневі гносеологічного інструментарію. Останнє як основна передумова сприяло тому,

що у вітчизняній юриспруденції неодноразово наголошують на потребі подолати світоглядно-філософський монізм, притаманний адміністративно-командній системі радянського періоду, відійти від низки положень єдино дозволеної історико-матеріалістичної парадигми, що не виправдали себе, і, спираючись на дорадянський і зарубіжний досвід, запровадити у дослідницькі пошуки такі філософсько-правові підходи, які раніше розглядали у нас як об'єкт нищівної критики з огляду на їхнє суб'єктивно чи об'єктивно ідеалістичне підґрунтя. Основою таких підходів має бути принципове методологічне положення про необхідність того, щоби правові дослідження базувались на іншому гносеологічному засновку, на принципово іншій методологічній орієнтації пізнання. Новітнього концептуально-методологічного опрацювання потребує також проблема джерел національного права, і це, щонайменше, зумовлюється декількома причинами.

По-перше, відбулася кардинальна зміна статусу і призначення права у структурі соціуму. Вітчизняне право за сучасних умов дедалі більше наближається до людини, стає невід'ємним елементом її індивідуального буття, набирає ознак персоналістичності. Конституційно визнавши людину найвищою соціальною цінністю і проголосивши, що її права і свободи визначають зміст і спрямованість діяльності держави, була вирішена проблема первісних засновків права. Саме людина, а не держава почала становити суть його глибинного виміру. Хоча це положення потребує подальшого філософсько-правового обґрунтування і за необхідності може сприяти оновленню всієї правової системи України. С. Бігун справедливо наголошує, що якщо людина займає центральне місце серед інших соціальних цінностей, то й оновленням права має бути його олюднення як теоретичне, так і практичне у напрямі формування його як гуманістичного, тобто людиномірного явища [29, с. 2]. Аналізуючи індивідуально-суб'єктивний, гуманістичний сутнісно-змістовний вимір права, відомий вітчизняний теоретик і філософ права П. Рабінович дійшов висновку, що деформалізація, антропологізація, глобалізація зачіпає не лише зміст об'єктивного юридичного права. Але вони торкаються також і зовнішніх форм

(джерел) цього права, які стають за сучасних умов більш різноманітними, плюралістичними [255] й набувають ознак гетерогенності. Такі зрушення у правовому регулюванні мають загалом гуманістичну, людиноцентриську спрямованість, адже вони дають можливість при вирішенні юридичних справ брати до уваги конкретні особливості життєвої ситуації, ретельніше враховувати й повніше реалізовувати індивідуальні інтереси окремих осіб - суб'єктів правовідносин, забезпечувати не тільки законність і обґрунтованість, але й справедливість правозастосовних рішень.

По-друге, однією з основних причин оновленого осмислення проблеми джерел права, що спонукає до надання нової властивості нормотворчості й нормозастосовній практиці, є остаточна втрата монопольного становища в юриспруденції марксистської методології і, як наслідок цього, переоцінка догматичного підходу до права.

Сучасна правова реальність зіткнулася з онтологічною антиномією догматичного підходу, яка полягає у тому, що, з одного боку, формальна визначеність правового регулювання забезпечує такі потрібні властивості, як чіткість, зрозумілість, організованість правових відносин, а з іншого боку – це форма антибуття, оскільки виходить у своїй інтенції на небуття. Насправді реальне буття не статичне, а динамічне, прогресивно-регресивне, але у жодному разі не незмінне. Догматизм же завжди стоїть на перешкоді утвердження нового і прогресивного [133, с. 48]. Основна гносеологічна вада догми полягає у тому, що вона будь-які зміни схематизує, конструює й завжди постає як істина, а все інше, як неістинне, має підганятись під неї. В останньому і виражається небезпека й ускладнення, що ведуть нерідко до спотвореного, але не належного нормотворення і нормозастосування. Завдання догматичного методу зводиться до групування й коментування діючого права, тобто до емпіризму, розвитку сухої формалістики й бюрократичної рутини. Однак в умовах ускладнених процесів суспільного розвитку, наявності матеріальних і духовних, економічних і соціальних, політичних і правових чинників впливу право не можна вважати конструкцією міцно з'єднаних одна з одною норм, які чітко і точно дозволяють



знайти відповідь на будь-яке питання, як це тривалий час вважалося в методології права. Навпаки: система права складається зі значної кількості принципів і засадничих начал, до яких, за умови відсутності необхідної конструкції, слід звертатися, щоб знайти рішення у кожному конкретному випадку [63, с. 5]. Подібні принципи права визначають, як слід здійснювати «добудову права». Як зазначає Р. Ціппеліус, «часто трапляються ситуації, за яких на певному етапі застосування правової норми виникає потреба встановити і заповнити прогалину в правовому регулюванні, порушується питання про її співвідношення з певними загальними принципами права або з'являються кілька варіантів її тлумачення» [329, с. 17]. За таких умов очевидно, що догматичний підхід до розуміння права не може охопити всього різноманіття властивостей, притаманних йому, не сприяє пізнанню істинної природи правових інститутів. Внаслідок цього догма перебуває у «відриві» від дійсних потреб практики. Осторонь залишається важлива площина контекстуальної проблеми, що в ідейно-світоглядній площині охарактеризовує більш глибокі, більш активні, динамічні, нелінійні, синергетично опосередковані боки розвиткового становлення статичного права, які позитивне, догматичне право принципово не в змозі істинно визначити і вивчити.

Сучасне право вже не може задовольнятися роллю формальної системи, а потребує глибшого фундаменту, щоб за зовнішньою, юридичною формою проглядало те, що називається справедливістю. Тому право має відповідати ідеалу справедливого. Ідеал справедливості вищий щодо позитивного права; людина мусить прагнути до цього ідеалу і може як орієнтир використати природне право. Ідея, згідно з якою справедливість стає головною цінністю, виражається в особливій владі судді щодо оцінки фактів, у владі визначати міру справедливості й відповідності моралі, а також в особливій ролі загальних принципів права [25]. Якщо право є вираженням надпозитивної справедливості, має надюрідичну сутність, де роль «вищого критерію» відіграють до- і надпозитивні правові принципи, то у випадку суперечності між принципом і законом необхідно виміряти значення того й іншого, виходячи при цьому з

пріоритету принципа перед законом. Можливість «коректування» закону, згідно з вимогами легітимності, засвідчує про існування такого джерела права, зміст якого визначав би легітимність юридичних приписів органів держави. Останнє надає нові властивості судовій правотворчості, а також постає необхідною методологічною і концептуальною передумовою визнання її результату - судового прецеденту як важливого джерела права.

Незважаючи на те, що такі характеристики емпіризму, як звільнення від особистісно-ціннісного виміру, звернення до моноджерела, моноістини у праві, домінанта державного і державно-групового, були переосмислені й одержали відповідну критичну оцінку, слід погодитись із висновком А. Демідова у тому, що іноді в пострадянському правознавстві трапляється «певна ретардація в методології, яка проявилася у намаганні зберегти звичну марксистську парадигму у тлумаченні правової реальності» [87, с. 16-17]. Крім цього, така оцінка доречна і справедлива не лише у сфері теорії, а й практики, зокрема, щодо адаптації існуючої правової системи України до нових умов, а не її докорінного реформування. Досліджуючи стан сучасної правової системи України, Л. Луць наголошує на ідеї «деформації» у її розвитку. Ці деформації проявляються у зниженні ефективності правотворчої та правозастосовної діяльності; нестабільності нормативних актів, наявності в них колізій і дублювань; зменшення дієвості правового регулювання; розвитку правового нігілізму й існуванні досить великої кількості випадків позаправового вирішення соціальних конфліктів [169, с. 190]. Погоджуючись із тим, що сучасна правова система і сучасне законодавство, як її складова, не виконують свої функції адекватно до існуючих реалій життя, вважаємо, що такі «деформації» є логічним, закономірним результатом старої методологічної традиції, старого стилю мислення, що вичерпав свої потенції.

Важливою методологічною вимогою, якої треба обов'язково додержувати в процесі наукового пізнання правових явищ, є необхідність врахування повноти і єдності методологічного підходу та об'єкта дослідження. Як справедливо щодо цього зазначає Д. Керімов, «методологічні погляди й методи набувають

пізнавальної сили тільки в тому разі, якщо вони “переведені” на конкретні установки та вимоги, зумовлені природою самого об’єкта пізнання» [128, с. 87]. Іншими словами, не можна відокремлювати реальний об’єкт дослідження від власне методологічних основ процесу його пізнання. За таких умов слушна теза про необхідність нерозривної єдності онтологічних і гносеологічних аспектів пізнання правової дійсності завжди залишатиметься швидше побажанням, аніж реальним фактом. Відрив методології від реальних конкретних правових явищ і зовнішніх зв’язків веде до підміни безпосереднього вивчення реального об’єкта [227, с. 200]. Такий парадокс можна спостерігати й у теорії і практиці сучасного українського права, коли, з одного боку, визнання й утвердження природного права, принципу персоналізму (індивідуальності), плюралістичної концепції джерел права, а з іншого – застосування при цьому як методологічного підґрунтя наукових досліджень і методологічної основи у професійній діяльності не метафізичної методології, а діалектичного матеріалізму, призводить до небажаних результатів.

Сучасні науково-практичні визначення детерміновані зовсім іншою, неопозитивною методологією – методологією трансцендентальною, синергетично структурованою та опосередкованою, яка утворює зовсім іншу площину вимірювання - нелінійну, неопозитивну, об’ємну, де позитивна правова методологія є лише її звичайною методикою. На відміну від позитивізму з його незмінним сповіданням методології діалектичного матеріалізму, що стосується безпосередньої дійсності, зміни конкретних частковостей, і схиляється до некритичного сприймання реальності з усіма її недоліками, трансцендентальне пізнання має справу з тим, що можливе. Воно виходить за межі безпосередньої реальності і звертається до можливості систематичних змін, які в ній містяться [236, с. 2]. У трансцендентальному пізнанні проблема не «затушовується» і навіть не відсувається на друге місце «онтологічно», а підхоплюється в повному обсязі і просувається до вирішення.

Крім цього, такий підхід не вириває зі системи чинників тих або інших суспільних процесів їх окремі елементи з подальшою їх абсолютизацією, а

з'ясовує явище загалом, у всьому багатстві його проявів. Квінтесенція цього найбільш виразно й повно проявляється у дослідженні проблеми джерел права. Якщо, за позитивістським визначенням, основною формою і основним (абсолютним) джерелом права постає законодавство, якому інші джерела, у тому числі й прецедент підпорядковані або злиті з ним, то утвердження метафізичної або трансцендентальної методології сприяє тому, що аналіз джерел права, які беруть участь у формуванні й упорядкуванні суспільного устрою, стає більш складним. Трансцендентальне пізнання основний смисл проблеми вбачає у тому, що закон у значенні загального правила вступає у сферу конкретної емпірії з множинністю, яка не піддається ніякому передбаченню. Пошуки «досконалого законодавства», що охоплювало б усі подробиці й передбачало всі можливі випадки, безглузді і згубні. З часом закон неминуче залишиться на рівні абстрактності і всезагальності. І якщо він прагнутиме педантично передбачити й регламентувати кожний прояв життя, то виникне поліцейська держава, в якій все буде підпорядковано законові й нагляду, в якій закон протистоятиме живому людському духові як чужа, зовнішня сила, що пригнічує і переслідує людину. Вирішення цієї проблеми вбачається в тому, що закони мають містити тільки всезагальні основоположення, які адекватно формулюють «право в собі» в його абсолютному змісті [237, с. 375], а модифікаціями сутності цього змісту мають бути інші джерела права - звичай, доктрина, судовий прецедент. Лише за таких умов законодавчі основоположення підлягатимуть подальшій «спеціалізації» в межах дійсної необхідності, а центр тяжіння буде перенесений з «абстрактного правила» на живу дійсність. Багатство змісту життєвих відносин, які породжують справжнє «живе», а не «писане» право, неможливо описати абстрактними юридичними нормами. «Життя настільки багатогранне, тому щодо деяких його сторін правові норми не мають взагалі ніякого відображення, а в інших – діють зовсім інші нормативні системи – мораль, релігія чи соціальні традиції, або взагалі «ненормативні» емоції, почуття, різні імпульси та інстинкти», - пише Д. Ллойд [164, с.300]. Іноді право породжує конкретна екзистенціальна ситуація, що не вкладається в просте

вирішення нормативного характеру, а зумовлюється екзистенцією, досягнення якої через трансцендування є формою самовизначення й самореалізації людини. Трансцендування – творчий, напружений, вольовий інтелектуальний процес, і саме воно є єдиним екзистенціальним механізмом вирішення правової ситуації в екзистенції, механізм екзистенціального права. У випадку законодавчих прорахунків, прогалин «відшукувати», «вилучати» це право з конкретного змісту самої справи повинен суддя. За таких умов абстракція стає не просто формою мови, а вираженням «живої» дійсності, сприймається не лише як дещо реальне, а й як «надособистісне», більш реальне і сублімаційне.

Найбільш очевидна відмінність онтологічно-гносеологічних настанов абстрактного і конкретного, статичного і динамічного, змісту і форми, явища і сутності, абстрактної форми і «живої» дійсності проявляється у зіставленні статутного та прецедентного права. Так, якщо перше виходить з онтології, яку в основному обґрунтував ще Гегель у своїй «Філософії права» (розвиток права узгоджується з розвитком світового, абсолютного духу, якому притаманні такі властивості, як системність, ієрархійність, повнота, фундаментальність [71]), а основною умовою його функціонування є створення чіткої, логічної системи законодавства, в якій достатньо легко знаходити необхідний нормативно-правовий акт або відповідну його статтю, тоді що стосується другого, то у ньому право діє виходячи з практичних міркувань, замість громіздкого механізму законотворення, страшенно розтягнутого у часі, створюється механізм прецеденту, ефективний, швидкий, конструктивний, який, вирішуючи конкретний спір про право в процесі судочинства, водночас заповнює прогалини у правовій системі. До того ж, річ у зовсім іншій методології: точність й однозначність дефініції законодавчого акта завжди спрощує і схематизує складне й унікальне відношення, а тому зовсім не гарантує реалізацію справедливості, якраз навпаки, деформує, «підштовхує» це відношення під створену законодавцем схему, що зі свого боку, робить не зовсім справедливим і судові рішення. У зв'язку з цим не можна констатувати однозначно, в якому

праві (статутному чи прецедентному) здійснюється більш відповідальний підхід до реалізації справедливості.

Пізнання антиномії точності й однозначності закону та непередбачуваності й багатозначності реальності може бути специфічною формою пізнання іншої гносеологічної антиномії – пізнання тактико-технічної і духовно-екзистенційної першооснови права, аналіз якої, зі свого боку, має важливе значення і для сучасного права. Тут треба відзначити, що є первинною та основною складовою правового процесу – дух чи буква, ідея чи техніка. Право не може бути не оформленим, безтілесним, форма не може бути пустою, беззмістовною, однак коли форма поглинає зміст, сублімує ідею, вона реально просто знищує дух, а разом із ним - і саме право. За своєю сутністю право є духом. Про духовну природу права писав ще Г.В.Ф. Гегель: «Підгрунття права – це загалом духовне», а система права – це «світ духа, породжений ним самим, мовби другою натурою» [70]. Пошук духовного підгрунття права є наслідком усвідомлення цілковитої неспроможності й немочі безідейно-бездуховного права. Це розуміння недостатності та мізерності для повноцінного правового життя зовнішніх форм прояву права, не сповнених внутрішнім глибинним змістом. Водночас юридична техніка, юридична буква – важливий елемент права, без якого його існування також неможливе. Багато досягнень права зроблені у формі й завдяки юридичній техніці. Однак якщо припустити, що саме техніка визначає право, імовірним стає процес заміни права технікою, відсутністю в ньому ідеї та справедливості. При такому підході, коли право зображають у вигляді інвентаризованих конструкцій, норм і законів, зникає «душа права», а залишається лише його «соціальне тіло». Обмеження змісту права, визначення його лише як зовнішньої форми регулювання суспільних відносин веде до втрати глибинного, сутнісного розуміння права та його значення як умови духовної самореалізації особистості. Але здійснити це призначення здатне лише духовне право, зміст якого розкриває категорія справедливості. Саме завдяки духовно-субстанційній справедливості право стає правом. Лише за таких умов воно є одночасно життєво-матеріальним і сутнісно-ідеальним, враховує потреби

та інтереси людини, дає впевненість і гарантію того, що особливість правової ситуації, в якій вона опинилася, неодмінно враховується, а вирішення цієї ситуації буде не лише адекватним особливим життєвим умовам та обставинам, а й відповідатиме її духовній природі. Ось чому класичні західні й сучасні вітчизняні філософи-правники надають такого великого значення духовній основі права при його творенні та застосуванні. Суддя не мусить застосовувати закон, йдучи услід його букві, бо на цьому шляху педантичного пристосування, справжню справедливість неможливо відшукати. Між загальним правилом, поданим у законі, й одиничним випадком завжди залишається розбіжність, що вимагає того, щоб закон був модифікований судовим рішенням.

За теоретичними проблемами формальної визначеності права, визнання його субстанційної першооснови лежить фундаментальне розмежування діалектико-матеріалістичного й метафізичного світоглядів, юридико-позитивістського і онтологічно-теологічного способів мислення, належність до яких, зі свого боку, відображає методологічну позицію юриста у його професійній діяльності.

Осмислюючи практичну ситуацію, юрист формує для себе певну світоглядну платформу, методологічні основи, компоненти яких він поміщає у правовий простір для вироблення цілеспрямованої лінії професійної діяльності. Методологічну позицію юриста у професійній діяльності відображає застосування правових норм. Особливу методологічну роль у застосуванні правових норм відіграє стадія пошуку правової норми відповідно до конкретного правового явища. Цей процес залежить не тільки від теоретичних знань юриста, а й від практичного досвіду, методологічної правомірності самостійного обґрунтування юридичних значущих фактів, умілого тлумачення правової норми [285, с. 13].

Так, для юриста у якого правосвідомість позитивістськи налаштована, юридичний силогізм - зв'язок норми права з конкретною життєвою ситуацією – завжди даватиме правильний результат. Силогізм, що виходить із конкретної норми, завжди відповідатиме на запитання: застосовується норма до тієї чи

іншої ситуації чи ні. Відповідно до такого методологічного підходу, користуючись відомою цитатою фахівця методології К. Енгіша, застосування права відбувається за допомогою кидання погляду «туди-сюди» - то на норму, то на ситуацію, а також за допомогою такого самого почергового переходу від аргументації, яка використовується в ситуації, до аргументації, яка стосується норми [63, с. 5]. У цьому випадку мотивація вибору методологічної позиції ґрунтується на чинному законодавстві з підтасовкою під конкретну міру покарання, але така методика застосування правових норм не завжди може забезпечити справедливе вирішення конкретної ситуації. Для юристів з такою методологічною основою, завжди діють прекрасні норми. Однак, як зазначає Є. Ерліх, «незважаючи на формальну тотожність таких норм, у різних ситуаціях вони можуть трактуватись зовсім по-різному. Тому потрібно завжди проникати в суть того змісту, який лежить за зовнішньою формальністю норми. Як неможливо вивчити сімейне право без опису сім'ї або пояснити майнове право, не знаючи видів речей, так неможливо і подати договірне право подати без проникнення у зміст укладених договорів. Тому юриспруденція має прагнути до створення діючих норм, які цілком присвятили себе вивченню життя суспільства з юридичної точки зору, і володіють тонким чуттям реальних речей. А основною проблемою у цьому є проблема так званого «вільного знаходження права» й ролі спеціалістів-судів у такому процесі» [195, с. 81].

Вбачаючи корінний недолік юридико-позитивістського способу мислення в його нездатності зрозуміти смислову цілісність правової реальності, Л. Петрова стверджує: «Слід продумати, що станеться з нашим психічним і соціальним світом, якщо він буде зведений до суто зовнішніх відношень, що вимірюються. Немає ніякого сумніву, що в цьому випадку справжнє проникнення в соціальну реальність унеможлиблюється. Кожний конкретний факт чи подія містить у собі ціле, тож, якщо ми хочемо зрозуміти такий конкретний феномен, як ситуація чи нормативний зміст якого-небудь середовища, то суто механічної схеми недостатньо, і необхідно ввести додаткові концепти, які дозволяють адекватно зрозуміти смислові, невимірні елементи» [237, с. 170].



Прагнення до чіткості, визначеності положень, орієнтація на юридичну практику роблять позитивізм привабливим для юристів. Але зведення складного феномена права винятково до позитивного права робить юридичний позитивізм уразливим для критики. На думку німецьких компаративістів К. Цвайгерта і Х. Кьютца, «вивчення лише національного позитивного матеріалу обмежує повноту і різноманіття можливостей, які має юрист для вирішення будь-якої правової проблеми» [328]. Будь-яка даність стосується лише поверхні того, про що вона свідчить. І навпаки, пізнання проникає в глибину, його тенденція полягає в тому, щоб виявити внутрішнє. Індукції юридико-позитивістського мислення залишаються, по суті, незавершеними, ніколи не даються як даність, здебільшого їх треба знайти. Коли б таке мислення було вже даним, то не було би потреби в подальшому проникненні в нього і в науковому методі. Пізнання ніколи не може бути справою на рівні даності. Це категоріальна праця вищих синтезів, які мусить здійснювати свідомість, що пізнає.

Позитивістська школа готувала висококваліфікованих фахівців з юридичної техніки, однак нездатних до самостійного мислення. Такий стан речей має місце і навіть поширений ще й сьогодні, коли провідні правники орієнтують юриста-практика бути суворо, беззастережно обмеженим законом, незалежно від його уявлень щодо правості останнього. Як результат – односторонність і неповнота правопізнання, спрощене уявлення про правову діяльність, що розвивається. Тому думка Г. Шершеневича про те, що «юридичні науки страждають догматизмом, оскільки базуються на поняттях, які вони сприймають без будь-якої критики» [351, с. 16], залишається актуальною і сьогодні. Юрист не повинен займатися тільки вивченням того, що є, обмежуватись розумінням та інтерпретацією суті норми, не ставлячи питання, чи могла б вона бути кращою. Адже, крім спеціальної діяльності юриста, існує людська потреба досліджувати ідею справедливості або те, яким має бути право [363]. Як слушно зауважує Д. Керімов, «нема нічого простішого, як завжди і всюди бачити в праві самі правові норми, проголошувати їхню сукупність “чистим правознавством”». Збагачений такого типу нехитрим ученням, юрист у будь-якій законодавчій системі легко

знаходить необхідні йому норми, розуміє їхній смисл, так чи інакше їх застосовує й перебуває в захваті від осягнення істини. Але істина здебільшого виявляється десь “по той бік” [128, с. 14].

На жаль, праворозуміння більшості практикуючих українських юристів ґрунтується на уявленні, що право може міститися лише у правових нормах, сформульованих і промульгованих державною владою. В Україні, наприклад, з таких норм складається Конституція і чинне законодавство, під яким треба розуміти «закони України, чинні міжнародні договори України, згода на обов’язковість яких надана Верховною Радою України, а також постанови Верховної Ради України, укази Президента України, прийняті в межах їхніх повноважень та відповідно до Конституції України і законів України» [148]. Тому судові рішення, в якому подано офіційне тлумачення і сформульовано новий правовий принцип або судовий прецедент, не вважається формою права і є обов’язковим лише для сторін у справі. Натомість у сучасній західній філософії, що розвинулася в руслі філософського ідеалізму, методологічна увага зосереджена на різність і ієрархію джерел права. Для юриста, який у процесі правопізнання застосовує трансцендентальну філософію, субстанційною сутністю права є справедливість, а однією із модифікацій цієї сутності є судові рішення. Право створюється тільки в процесі своєї реалізації, його природа різноджерельна. Закон, звичай, судовий прецедент – все це, хоча і по-своєму, сприяє такій реалізації. Взаємний вплив і взаємне доповнення правових джерел за всієї їх різноманітності пояснюється їхньою природою і функціональною спорідненістю.

В нинішніх умовах, коли відбувається повномасштабна реформа правової системи України, постає потреба реформування також методологічного вчення про джерела права, що тривалий час розвивалося як догматизоване, деформалізоване, «закрите», звернене на себе, збагатити його творчим підходом, зробити більш гнучким і динамічним, ґрунтувати його на принципах єдності, плюралістичності та метафізичному (трансцендентальному) підході.

## Висновки до розділу 1.

Однією з новітніх тенденцій розвитку правової системи України є подолання вузьконормативного (формального) підходу, в межах якого право ототожнювалося і некритично зіставлялося зі законом. Сьогодні конвенційне поняття права вже не зводиться суто до сукупності правових норм, які виражають волю держави і забезпечуються її примусовими санкціями, а його визначають через надпозитивні безумовні етичні комунікаційні регулятори – справедливість, моральність, правдивість, порядок тощо. Якщо закон не узгоджено зі змістом такого розуміння права, він вважається неправовим, нелегітимним, узаконеним свавіллям, примхою законодавця, а його дія унеможливується. Механізм унеможливлення дії неправового закону ґрунтується на вченні про різність та ієрархію джерел права і конституційному принципі верховенства права. Саме на основі останнього найбільш повно розкривається юридична природа основних прав і свобод людини, надається їх безпосередній судовий захист, унеможливується свавілля державної влади, забезпечується єдність правозастосовної практики. Правонормуючою силою змістовного орієнтиру, фундаментального джерела позитивного права виступають принципи природного права. У випадку суперечності між ними та законом, необхідно виміряти значення того й іншого виходячи при цьому із пріоритету перших. У результаті таких трансформацій утворюється інший вимір права, що називається легітимністю. Можливість «коректування» закону, згідно із вимогами легітимності, засвідчує про існування такого джерела права, зміст якого визначав би легітимність юридичних приписів органів держави. Сучасна правова реальність настільки багатогранна, що в ній важко все передбачити, а тим більше законодавчо закріпити. Між правилом, поданим у законі, й одиничним випадком завжди залишатиметься розбіжність, яка вимагатиме того, щоб закон був модифікований судовим рішенням. Останнє надає новій властивості судовій правотворчості, а також постає необхідною передумовою адекватного, новітнього переосмислення та визнання судового прецеденту важливим джерелом права. Водночас науково-практичне опрацювання цієї

проблеми детерміноване органічним, онтологічно-теологічним способом мислення, недогматичним пізнанням, трансцендентальною методологією. На відміну від діалектичного матеріалізму з його незмінною абсолютизацією «єдино правильного» джерела права; схематизацією правової дійсності; ідеалізацією права як конструкції міцно з'єднаних абстрактних норм, які взмозі регламентувати будь-яке проблемне питання, трансцендентальна методологія синергетично структурована, утворює іншу площину вимірювання – нелінійну, непозитивну, об'ємну, ієрархічну та складну, а також дозволяє пізнати й охарактеризувати правову реальність як явище динамічне, непросте і різноманітне.

При цьому теоретична дискусія, що ставить в основу методології правопізнання дотримання догматичного чи трансцендентального підґрунтя, має ще й практичну значущість. Виняткове застосування догматизму, деформалізму як методологічної позиції у професійній діяльності обмежується лише вивченням об'єктивного права, національного позитивного матеріалу. Сприяє механічній підтасовці окремої норми під конкретну міру покарання, що не завжди забезпечує справедливе вирішення ситуації. За змінюваними юридичними нормами, неусталеним законодавчим масивом зноходиться дещо більше – стала ідея права, яка допомагає досягнути істинний дух і сенс юридичних приписів позитивного права. Лише оволодівши цією ідеєю права, можна віднайти розбіжність між належним і суцим, духом і дійсністю, окремим і загальним, досягнувши начала правового мислення, які дозволять в майбутньому розібратися в усіх інших питаннях права. У зв'язку з цим однією із основних проблем реалізації останнього постає проблема вільного пошуку права, позитивне вирішення якої вимагає від суддів приймати самостійні ціннісні міркування, що не завжди можуть бути виведені з позитивного права; розпізнавати правовий і неправовий (нелегітимний) закон; бути не лише правозастосовниками, а й творцями права.

## РОЗДІЛ 2. КАТЕГОРІЯ «ДЖЕРЕЛО ПРАВА» ЯК ОБ'ЄКТ ФІЛОСОФСЬКО-ПРАВОВОГО АНАЛІЗУ

### 2.1. Основні концептуальні підходи до визначення поняття «джерело права»

Уперше поняття «джерело права» застосували понад дві тисячі років тому, однак і до цього часу воно залишається в центрі обговорення наукової спільноти. І це не випадково, адже аксіологічність дослідження цієї категорії зумовлюється не лише знаковим чинником.

По-перше, саме в джерелах права, чи не найбільше, проявляються загальносоціальні риси права, ті загальні закономірності та специфічні особливості, що характерні праву загалом або окремим його галузям. По-друге, розробка та вивчення цієї проблеми дозволяє краще не тільки пізнати сучасне право, а й визначити сутність права на кожному окремому етапі його розвитку [345, с. 10]. Стосовно цього М. Марченко зазначає: «... не можна не враховувати історичний аспект процесу формування та розвитку уявлень про джерела та форми права, оскільки право еволюціонує разом зі своїми джерелами, постійно змінюється, розвивається й удосконалюється» [193, с. 4]. По-третє, дослідження цього питання актуалізується і тим, що серед вчених досі не вироблено єдиної позиції щодо розуміння самого поняття «джерело права». На думку більшості, ця правова категорія характеризується нечіткістю, неоднозначністю [265, с. 194; 204], невизначеністю та є однією зі складних об'єктів пізнання. У такій ситуації вирішення обраної нами проблеми набуває особливої гостроти, тим більше, що юридична практика застосування даного поняття в усі часи також характеризувалася суперечністю й інтуїтивністю, підтвердженням чого є відсутність його нормативного визначення у чинному законодавстві.

Наукове осмислення будь-якої проблеми неможливе без проведення історичного аналізу. Ретроспективна оцінка сприяє глибшому розумінню сучасності та точнішому прогнозуванню майбутнього. Починаючи досліджувати

питання про зміст, сутність і динаміку розуміння категорії «джерело права», насамперед, слід згадати автора цього поняття – Тита Лівія, який понад дві тисячі років тому у своїй праці «Римська історія» вперше вжив цей термін, назвавши Закони XII таблиць “*fons omnis publici privatique iuris*” –джерелом усього приватного і публічного права [345, с. 32; 209, с. 6]. Таке розуміння джерела права ґрунтувалось на первинному лінгвістичному значенні слова «джерело», яке сучасні словники тлумачать як «те, що дає початок чомусь», «будь-який початок чи підставу, корінь і причину, вихідне положення».

На рівні правозастосування зрозуміти, що є джерелом формування діючих у суспільстві приписів, намагалися з давніх-давен. Однією з найперших моделей такого уявлення було середньовічне припущення про божественне походження права, яке розуміли як різновид взаємодії вищих сил із людиною. Так, наприклад, для Ф. Аквінського право було вираженням дії справедливості в божественному порядку людського співжиття, а його джерела - своєрідною формою еманациї волі божества. Особливу увагу у своїй правовій доктрині мислитель приділяв законам. На його думку, вони пов'язані між собою зв'язками підлеглості й поділяються на вічний, природний, людський і божественний. Вершину законів займає вічний закон – універсальні норми, загальні принципи божественного розуму, що керують всесвітом. Його Ф. Аквінський ототожнював із Богом і вважав первинним щодо інших. Другий вид закону – божественний, надано людині в Біблії, він є необхідним, оскільки людський розум самостійно не може дійти до єдиного уявлення про правду, а людський закон не здатний повністю знищити зло. Природний закон, що є відображенням вічного закону в людському розумі, приписує прагнути до самозбереження і продовження роду, зобов'язує шукати істину (Бога) і поважати гідність людей. Природний закон конкретизується в людському (позитивному) законі, призначення якого примушувати людину уникати зла і досягати чеснот [311, с. 14].

За такого підходу тематика божества як творця всього зумовлювала зміщення акценту при намаганнях пояснити в межах цієї теорії сутність джерела

права з питання про те, що таке джерело права, на питання про те, хто створює і надає авторитету правовим приписам.

У XVII - XVIII ст.ст., в період ранніх буржуазних революцій на зміну релігійно-схоластичному світоглядові Середніх віків прийшла філософія раціоналізму, а разом з нею й ідея природного права [302, с. 64]. Поява принципово нових учень про джерело права були пов'язані з кардинальними змінами, що відбулися у сфері філософських і світоглядних позицій. Представники школи природного права почали відходити від християнської метафізики, шукаючи засади формування права у природі людини, її розумі та в суспільстві. Так, Т. Гоббс наголошував на великому значенні письмової форми для законодавства і підкреслював, що для належного функціонування форм права обов'язковим є доведення їх до відома суб'єктів права. Дж. Лільберн обґрунтував ідею переваги природного права над позитивним, згідно з якою закони держави повинні контролюватись загальними принципами, ідеями розуму та справедливості. Ч. Беккарія виклав свої міркування щодо судового тлумачення та розсуду, вбачаючи велике зло в законах, юридичній техніці й нечіткій мові. Німецький філософ Г.В.Ф. Гегель, виходячи зі суб'єктивістських позицій, визначав джерело права як вічні та абсолютні ідеї, національний дух і традиції народу. У праці «Філософія права» він писав, що підґрунтям права є духовне взагалі, а його найближчим місцем і вихідним пунктом – вільна свобода, оскільки свобода становить її субстанцію і визначення, і система права є царством реалізованої свободи, світом духу, який породив він сам як іншу правову природу [70, с. 31].

Починаючи з XIX ст. тема про джерела права стає предметом наукового дослідження не одного десятка вчених. Ця правова категорія наповнюється змістом з огляду належності дослідника до тієї чи іншої філософсько-правової школи. Вважається, що у цей час право було ареною напруженою боротьби двох підходів у його розумінні: природного й позитивістського. Проте, звернувшись до відомих постулатів цих правових концепцій, стає зрозуміло, що

існуючі між ними відмінності значно були зумовлені саме специфікою трактування понять “форма права” і “джерело права”.

Форми та джерела позитивного права (як і саме право) характеризуються тісним і безпосереднім зв'язком з «державним сувереном» [193, с. 65]. За позитивістським визначенням, право - це сукупність норм, що виражають волю держави і забезпечуються її примусовими санкціями. Ці три елементи – норми, суверенна влада і санкції - є суттєвими ознаками права. Звідси його основною формою і головним джерелом постає законодавство [146, с. 6], яке вимагає абсолютної покори і виконання, навіть якщо й видається комусь несправедливим. «Закон є закон», «нехай навіть усе загине, а залишиться закон» - ось головні принципи цього праворозуміння. Закон виступає вищим проявом вічних зачатків розуму, справедливості, що не піддаються ніякому тлумаченню. Ніщо і ніхто не може бути кращим за нього, а всі інші джерела, насамперед, звичай, прецедент і справедливість повинні підпорядковуватись йому або зливатись із ним [195, с. 30].

Зовсім інше розуміння цієї проблеми пропонувала природно-правова концепція права. Виходячи зі складності й багатогранності останньої, в юридичній і філософській літературі немає єдиного визначення природного права, а також його форм і джерел. Залежно від об'єктивного чи суб'єктивного природного права, всі джерела поділяються на первинні та вторинні. До первинних джерел відносять матеріальні умови життя окремих людей і всієї людської спільноти (матеріальне джерело), саму життєдіяльність людини в оточуючому матеріальному середовищі як розумної істоти (біологічне джерело), а до вторинних – оточуюче соціальне середовище (соціальне джерело), в історичних межах якого воно народжується, живе й розвивається. Але основним джерелом природного права є все ж таки розум, інтелект людини, можливість сприйняття законів природи і пристосування до їх дії.

Представники нормативістської школи права вбачали джерело в абстрактній «основній нормі», що і дає початок усьому праву [241, с. 8; 166, с. 20; 345, с. 35]. Наприклад, Г. Кельзен вважав, що всі правові норми статичним



чи динамічним способом виводять з основної норми, а кожна вища норма є джерелом для нижчої, що перебуває у підпорядкуванні до першої. Конституція держави є джерелом законів, а закони – джерелом судових рішень. Судове ж рішення є джерелом зобов'язання, яке воно покладає на одну зі сторін. Застосовуючи закон, судовий орган створює індивідуальну норму, яка міститься в його рішенні [379, с. 264]. Відповідно до нормативістського типу розуміння норма є не лише єдиним джерелом права, а й загальнолюдською цінністю. Проте останнє є екзистенційно суперечливим. Людина справді не може існувати без норми. Сприймаючи норми зовнішнього світу, роблячи їх своїми, людина зливається з цим світом, живе тепер не тільки в ньому, а й разом з ним. Норма - це спосіб залучення до соціального життя, спосіб включення її в роботу суспільного організму, а також запорука стабільності, надійності існування, захисту. Однак поступово на певному етапі норма починає «обмежувати» людину, протистояти прояву її особистості, оскільки це те, що суперечить самій природі людини як творчої істоти. Будучи основою людського існування, вона ж стає гальмом людського розвитку. Адже норма підводить усіх, таких різних, під одне загальне правило. Іншими словами, хоча норма й зближує людей, але сама вона й пригнічує їхню свободу [133].

Наслідком негативної реакції на тотальну експансію нормативістської концепції у праві, яка не тільки нездатна була належним чином реалізувати принципи справедливості, свободи, а й узагалі виходила з неадекватного розуміння природи самого права, був правовий психологізм. Крім того, причиною виникнення останнього був революційний розвиток самої психологічної науки, який виявив у структурі людської свідомості чимало чинників правового характеру. Концепції Ч. Ломброзо, Л. Петражицького, З. Фрейда та інших неминуче підводили до висновку, що якщо норми права, закони не торкаються свідомості людини, залишаються для неї байдужими, тоді самі вони втрачають усякий сенс. Так чи інакше, свідомість людини, її психологія, і передусім, воля є безпосереднім предметом впливу законодавства. Ефективність цього впливу визначає ефективність права взагалі, міру його

регулятивності та характер правопорядку загалом. На думку Л. Петражицького, право – це явище духовного світу, психічне явище, явище нашої душі [231, с. 9], його не можна обмежити нормами діючого права. Його основою, джерелом є внутрішня сфера, життя людини.

Тобто, у визначенні першоджерел правової матерії акценти поступово почали зміщуватись від чисто нормативного підходу до гуманістичного. Саме засновнику психологічної школи права - Л. Петражицькому вперше вдалося акцентувати увагу на суб'єктивних аспектах правової поведінки і правовідносин загалом. Завдяки йому сьогодні вважається, що право – це не чисто об'єктивне явище соціально-економічного, нормативного походження, воно має й інший бік – суб'єктивний, без урахування якого не може реалізуватись і функціонувати як таке [135, с. 62].

Однак концепція Л. Петражицького має також суттєві недоліки, які до певної міри нівелюють її переваги. По-перше, негативним моментом можна вважати тотальну психологізацію права загалом, що в теорії Л. Петражицького перетворилося, по суті, в розділ психології або в юридиздовану експериментальну психологію.

По-друге, особливо негативно ми сприймаємо те, що автор психологічної теорії ототожнює такі взаємопов'язані, але водночас різні поняття як право та його джерела. У своїй праці «Теорія права і держави у зв'язку з теорією моральності» (1907) він пише: «якщо б зоологи називали собак, кішок “джерелом тварин” і сперечалися з цього приводу, що таке джерело тварин, як воно співвідноситься зі самою твариною і чи є воно формою її існування, то така думка була б однорідною з тією, яка існує в сучасному правознавстві при вивченні так званих джерел права» [230]. У зв'язку з цим автор робить висновок, що джерело права - звичаєве право, законне право тощо – не що інше, як саме право, вид позитивного права, різновид права. Таким чином, учений ототожнював зміст і форму права, які є діалектично співвідносними сторонами одного й того ж соціального цілого.

Згідно з положеннями історичної школи права, право виникає спонтанно, внаслідок вираження «національного духу», тоді як закони можуть лише розвивати звичаї і не суперечити їм. Для Г. Пухти джерелом права (в розумінні сили, що їх породжує) є той духовний зв'язок, який зі самого початку характеризує народ як єдине ціле. Виходячи з того, що юристи – представники загальної волі народу, які призначені розвивати право, що міститься в народі, і таким чином заповнювати прогалини законів і звичаїв, пристосовувати норми права до істинних потреб, вказувати нові аспекти, що диктуються життям, і слугувати оплотом проти свавільних і противних духові народів законів, тоді самостійною формою права слід визнати право юристів або право науки [311, с. 17].

Значного розвитку проблема джерел права набула завдяки соціологічному напрямку юриспруденції. Представники цього напрямку визначали джерело права через «особливості біологічної природи людини», «соціальну реальність» або практичну діяльність суддів і чиновників.

Виникнення соціологічної школи права (як і психологічної) було реакцією на панування юридичного позитивізму [268, с. 8], який акцентував увагу саме на специфіці правового матеріалу, вираженого у формі нормативного акта, без урахування соціальних умов його прийняття [112, с. 102-191]. В той час, коли пануюча доктрина юридичного позитивізму розглядала позитивний закон як єдине монопольне джерело права, судова практика і представники науки, які стояли близько до неї, скептично ставились до цих «бездушних паперових тиранів», вбачаючи єдиний доцільний вихід - у наданні судді більше правотворчих повноважень. Тоді, як основою позитивістського типу праворозуміння були постулати типу: «лише те, що функціонує як норма права і є право», «право є логічно-завершеним і здатне регулювати всі суспільні відносини», представники соціологічного підходу ставили інші питання: «чи справді право «безпрогальне», «що робити, якщо закон не зможе «підказати», як прийняти правильне рішення» та інші.

Такі запитання не є безпідставними, адже, справді, закон маючи консервативний характер, не може охопити всі сфери соціального життя. Він не

завжди встигає за динамікою соціальних та економічних змін, не завжди відповідає новим умовам господарювання й соціальних взаємодій і, як наслідок, стримує розвиток суспільства. Закріплена в законодавстві й забезпечена державою норма права є, насамперед, результатом попереднього аналізу й осмислення існуючих у суспільстві відносин: ця норма або закріплює вже сформовані правовідносини, що відповідають інтересам суспільства, або спрямована на блокування виявлених негативних форм поведінки, або ж – на формування позитивних типів і моделей поведінки суб'єктів права. У будь-якому випадку закріплена норма права є наслідком розвитку суспільства в минулому, але нав'язується реципієнтам як імператив для їхньої майбутньої поведінки, яка, звичайно, буде зумовлюватись іншими обставинами, умовами й особливостями, а тому не завжди адекватно відповідатиме ситуації й ефективно виконуватиме регулятивну функцію. Норма стає негнучкою схемою, під яку просто залишається «підганяти» все розмаїття конкретних ситуацій, що зазвичай не відповідає довічному ідеалові справедливості у вирішенні спорів щодо права. Саме на такі суттєві недоліки позитивізму неодноразово вказували представники соціологічної школи права.

Ініціатор вільно правового руху, автор концепції «вільного суддівського знаходження права» Є. Ерліх підкреслював: «Центр тяжіння розвитку права у наші дні, як і в усі часи, - не в законодавстві, не в юриспруденції, не в судовій практиці, а в самому суспільстві» [370]. Виходячи з такої тези, Є. Ерліх будує свою правову концепцію. Право, на його думку, розкривається в подвійному порядку. Один порядок містить норми, які відпрацьовуються при вирішенні спорів, інший – норми, за якими здійснюється повсякденна людська діяльність. Перші він називає нормами рішень, інші - нормами організаційними, а також суспільним правом. Суспільне право виражається безпосередньо через суспільні сили, а правові положення виникають завдяки судовим рішенням і законам. Правопорядок, який створюється самостійно, суперечить правопорядкові, що створюється через правові положення і реалізуються тільки через діяльність суду й державних установ. Саме завдяки соціологічному напряму в

юриспруденції право та його джерела почали розглядати не як надсуспільну силу, а як специфічну форму відносин між людьми.

Аналізуючи все вищесказане, можна констатувати, що системне вивчення джерел права було започатковано лише з виникненням самостійних правових концепцій і шкіл. Позитивним моментом у цьому став різнобічний аналіз джерел права. Застосування різноманітних методів призводило до виявлення та вивчення ще нерозкритих пластів складної структури цього правового феномену. На стадії формування основних шкіл права світова юридична думка змогла нарешті подолати історично зумовлені обмеження у сприйнятті джерел права (як, наприклад, абсолютно домінантне розуміння джерела права як нормотворчої волі чи традиційно недостатня аналітична увага до формального аспекту його буття). Джерела права стали самодостатнім об'єктом наукового аналізу, синкретичний розгляд цього правового явища відбувався в умовах концептуального плюралізму, в якому самодостатні теорії відіграли основну, методологічну роль. Плюралізм поглядів був зумовлений, передусім, гносеологічно. Багатозначність, різноаспектність і розмаїтість категорії «джерело права» не дозволяло обмежити його пізнання якимось одним абсолютно правильним способом його осягнення та осмислення. Аналізуючи переваги й особливо недоліки того чи іншого підходу до розуміння категорії «джерело права», можна зробити висновок про неможливість їх абсолютизації. Тільки раціональне врахування всього позитивного, що є в них, дає можливість адекватно й усебічно дослідити цей складний правовий феномен.

На необхідності дослідження категорії «джерело права» неодноразово наголошували й мислителі початку ХХ ст. «Відшукуючи джерела права, - писав М. Чижов, - людина отримувала більш-менш чітке розуміння права. Тому відповідь на запитання, що таке джерело права, пов'язана із визначенням поняття самого права. Визначити поняття «право» означає його розуміти. Ось чому питання про джерела права можна звести до розуміння людиною права» [339, с. 5]. М. Коркунов вважав, що вивчення права та всього, що з ним пов'язано, надає різноманітні відомості, які за допомогою правил формальної

логіки можуть бути зведені у поняття, однак останні виражають у концентрованому вигляді лише те, що ми знаємо про предмет, тому науково обґрунтованим є не одне, а декілька понять права. При цьому автор розрізняє: 1) визначення права за змістом; 2) визначення права за джерелом; 3) визначення права за примусовим характером норм [142, с. 60-74]. Вчений дійшов висновку, що визначення права за другим критерієм, є ефективнішим ніж за першим.

У юридичній літературі того часу поняття «джерело права» розкривалося, як правило, через співвідношення сутності природного та позитивного права. Як зазначає з цього приводу А. Поляков, дореволюційній правосвідомості не був відомий дихотомічний доміант «право-закон», у зв'язку із чим «поганому» праву (закону) протиставлялась мораль (сумління), яка виконувала функцію вищої інструкції щодо останнього. У Західній Європі аналогічну функцію відігравало природне право [249, с. 94].

Залежно від обов'язковості, як зазначав філософ права Є. Трубецької, - усі правові норми можна поділити на дві основні форми. Так, якщо обов'язковість передбачається санкцією того чи іншого зовнішнього авторитету (держави, церкви) – це суть норми позитивного права. На противагу цьому існують норми права природного, обов'язковість яких зумовлюється лише вимогою розуму. На думку М. Чижова, визначення поняття «джерело права» залежить від того, де його шукати, зовні чи в самому суб'єкті, в результаті чого право виступає або як зовнішня примусова сила, або як згода з природою тієї основи, заради якої воно створене [339, с. 33].

Незважаючи на пильну увагу з боку теоретиків, філософів права дореволюційного періоду до проблеми джерел права, можна констатувати, що серед них все ж таки не було досягнуто єдності думки з таких важливих питань, як визначення поняття цієї категорії, її онтологічної сутності, розробки універсального підходу до її розуміння. Стосовно неоднозначного трактування цього поняття І. Михайловський писав: «...хоча термін «джерело права» розуміють по-різному і щодо нього існують суперечки ... майже всі вчені трактують це поняття однаково, як чинники, що творять право, а розбіжності

виникають тільки у вирішенні питання, що слід вважати правотворчим чинником, тому ... незабаром усі непорозуміння, пов'язані з тлумаченням цього поняття, обов'язково будуть вирішені» [200, с. 237]. Однак у цьому автор помилявся, адже час показав зовсім інше.

Для радянської юридичної науки була притаманна суттєва недооцінка питання про джерела права. Достатньо сказати, що за весь післявоєнний період було опубліковано лише два загальнотеоретичні дослідження з цієї проблеми та незначна кількість праць, у яких розглядаються джерела права в окремих галузях і правових системах. Вагомими причинами недостатньої теоретичної розробки цієї проблеми радянськими юристами необхідно визнати чинники ідеологічного характеру, а також багатозначність і нечіткість самого поняття «джерело права». У зв'язку з останнім С. Кечек'ян зазначав, що воно «належить до найбільш незрозумілих у теорії права. Не лише немає поняття, а й спірний навіть сам зміст, у якому застосовується термін «джерело права». Адже «джерело права» - це не більше, як образ, який швидше покликаний допомогти розумінню, ніж дати розуміння того, що позначає цей вираз» [129].

Одним із фундаментальних припущень, що склало основу розуміння цього правового феномену в радянський період, була теза про нерозривний зв'язок категорії «джерело права» (або форми права, які вважалися тотожними) з нормою права. Так, на думку С. Зівса, форма права не існує і не може існувати поза джерелом права – оболонкою буття правової норми. Тому форму встановлення і вираження чинних правових норм найчастіше прийнято називати джерелом права. Причому в поняття джерела права входять два важливі елементи. По-перше, зовнішня форма права – форма встановлення, форма прояву. По-друге, елемент конструктивний – повідомлення, надання нормі ознак правової норми. Джерело права – це зовнішня форма об'єктивації правової норми» [111, с. 9-10].

Деякі вчені таку позицію піддавали обґрунтованій критиці, вважаючи, що норма права може бути формою тільки щодо «закладеного» в неї правила поведінки, а не права загалом. Зокрема, М. Александров стосовно цього резонно

зауважував, що правова норма – це не форма права, а саме право. Якщо погодитися з твердженням про те, що юридична норма – форма права, тоді потрібно визнати той факт, що позитивне право щодо норми виконує функцію її змісту [3, с. 48]. Але ж право – це й є сукупність норм, а ціле не може виступати змістом для своєї частини. Сам М. Александров пропонував визначити джерело права через категорію «нормотворча діяльність держави». «Джерело права, - зазначав він, - це вид діяльності держави, що полягає у встановленні юридичних норм або визнанні інших норм юридичними» [4, с. 15, 49]. Дещо схожими були погляди В. Хвостова, який розумів це поняття як діяльність, завдяки якій норми поведінки набувають характеру права, стають об'єктивно визначеними [325].

Однак позицію ототожнення джерел права та правотворчої діяльності також не можна вважати обґрунтованою. Як наголошував А. Шебанов, правотворча діяльність держави не є силою, що створює право, а лише формою реалізації такої сили. Норма права набуває характеру та значення права не тому, що вона є результатом будь-якого виду діяльності, а тому, що в ній виражена воля панівного класу, держава, зі свого боку, забезпечує її виконання [345]. Схожі міркування висловлювали С. Голунський та М. Строгович, які писали: «джерело права в юридичному розумінні – це той засіб, яким правилу поведінки держава надає загальнообов'язкову силу» [261, с. 16].

Деякі вчені під джерелом права розуміли не нормотворчу діяльність держави, а результат такої діяльності – нормативно-правовий акт. Об'єктивований у документальному вигляді акт правотворчості, - зазначає С. Алексєєв, - є юридичним джерелом відповідних юридичних норм і одночасно формою офіційного буття, існування [204].

Д. Керімов вважає, що відмінності між двома останніми зазначеними попередньо підходами до розуміння джерела права не мають принципового значення, а тому і нормотворчу діяльність, і результат цієї діяльності він об'єднує загальним поняттям «зовнішня форма права» [127, с.218].

Своєрідну точку зору висловив Г. Швеков, який розумів під зовнішньою формою права не тільки офіційні форми вираження права, а й усе те, в чому



проявляє себе право: і юридичні поняття, і презумпції тощо [344, с. 45, 47]. В даному випадку очевидно, що автор свідомо чи мимоволі змішував поняття джерела права та інших категорій теорії права, чого робити, звичайно, не слід.

Аналізуючи всі вищезазначені підходи до розуміння поняття «джерело права», можна констатувати, що майже всім їм притаманна спільна негативна риса: розуміння права та його джерел як суто об'єктивного явища. Але право у своїй сутності, за своєю природою є не лише об'єктивним, а й суб'єктивним. З того факту, що право як зовнішня детермінанта поведінки людини здебільшого проявляє свою неефективність, а саморегуляція відбувається скоріше за рахунок узгодження мотивів та інтересів на міжіндивідуальному рівні, можна зробити висновок про наявність суб'єктивних чинників у соціальних відносинах.

Більш узагальнений підхід до визначення джерела права, на нашу думку, запропонував С. Кечек'ян. Під категорією «джерело права» він розумів специфічні способи чи форми вираження державної волі, за допомогою яких ця воля стає правом [130]. Схожу думку до визначення цього поняття пропонував цивіліст О. Йоффе, який розумів під джерелом права волю держави, що визначена економічними умовами життя суспільства [118, с. 34]. «Саме воля, - писав Д. Керімов, - як предметний, дійовий вид свідомості, як поєднання потреб, інтересу та мети є творцем права» [127, с. 134].

Таке розуміння джерела права має суттєве як теоретичне, так і практичне значення. Передусім, йдеться про адекватне розуміння самої природи права як явища, яке, хоча й зумовлене у своєму розвитку різними об'єктивними обставинами, але виникає в результаті волевиявлення відповідних суб'єктів соціальних відносин. Це означає, що право зазвичай ніколи не «копіює» фактичні відносини, а є волею до встановлення кращого, з позицій правотворчого суб'єкта, порядку відносин. Відповідно, визначена і позитивна норма – це насамперед веління, вираження чиеїсь волі. Іншими словами, наукова цінність такого підходу – відображення складної діалектики суб'єктивних та об'єктивних начал у процесі формування права.

Негативним моментом у вищезазначених правових позиціях С. Кечек'яна та О. Йоффе є визначення джерела права лише через волю держави. Право – це продукт людської творчості, його створює людина у процесі усвідомленої вольової діяльності. Сама сутність, природа права у тому, що його створюють свідомі істоти для свідомих істот, думаючі суб'єкти для думаючих суб'єктів. Щодо цього югославський теоретик Л. Серб зазначав: «припущення про те, що адресатом права є держава, таке ж нереальне, як твердження про те, що адресатом транспортного права є транспортні засоби» [166]. Держава не має іншої волі, крім волі людей, які управляють її справами.

Питання про те, чия воля отримує зовнішнє закріплення у формах права, є одним із найважливіших у юриспруденції. Так, на думку Ж. Руссо, джерелом права є загальна воля, у Канта – чиста воля (практичний розум), у Г.В.Ф. Гегеля – вільна воля. Але спільним у всіх цих поглядах є те, що право – це вольовий регулятор суспільних відносин, і його джерело – це воля.

Нові умови і якісно новий характер сучасного правопізнання зумовлюють необхідність виявлення тих чинників, які раніше не враховували або ігнорували. Тим більше це стосується філософського рівня пізнання, адже втрата монопольного становища «єдино правильного» діалектико-матеріалістичного підходу дозволяє використовувати у правових дослідженнях потужні концептуальні розробки сучасних світових філософських напрямів і таким чином забезпечувати максимально можливу універсальність отриманих результатів.

Створення цілої низки нових концепцій у сучасній юриспруденції стало однією із причин відсутності єдиної загальноприйнятої дефініції «джерело права». Труднощі з формулюванням визначення цього поняття ще більше посилюється великою кількістю значень цього терміну, зміст яких дуже різноплановий. У юридичній літературі джерело права розуміють і в матеріальному, й у формально-юридичному смислі, і як джерело пізнання права (джерело права в гносеологічному значенні), і як джерело права у

філософському розумінні, і як історичне джерело права, виділяють рецептивно-запозичені, легітимаційні та соціальні джерела права.

М. Гранат дотримується теорії про два підходи до розуміння даного поняття: в широкому значенні – як причини і закономірності правоутворення або генези права, у вузькому – як спосіб закріплення та існування норм права чи як джерело, з якого будь-який суб'єкт права черпає норми права [77].

Матеріальне розуміння права та його джерел запровадив у юридичну науку історичний матеріалізм задля того, щоби підкреслити «надідеалістичну» природу права, матеріальний детермінізм його розвитку.

У юридичній літературі під джерелом права в матеріальному сенсі розуміють: 1) економічні, соціальні умови життя суспільства, які визначають державну владу та виступають правотворчою силою суспільства [122, с. 3]; 2) матеріальні умови життя суспільства як безпосередню засаду правотворчості та коло органів, уповноважених творити право в певній спільноті [199, с. 119]; 3) розвиток суспільних відносин [259]; 4) умови життя людей і суспільства [81]; 5) причини, що зумовили зміст права [220].

Автор дослідження про джерела конституційного права С. Карапетін, обґрунтовуючи необхідність обліку поняття «джерело права» в матеріальному розумінні, пише: «Вплив на право новітньої економічної реальності, соціальних проблем, розвитку інформаційних та інших технологій – невідворотний. І тому так же невідворотно в юридичний аналіз має входити дослідження матеріальних чинників, що породжують ті чи інші правові положення, які впливають на їхній розвиток».

Деякі вчені, зокрема М. Баглай, Б. Габричидзе, дотримуються діаметрально протилежної думки. Вони з різкою критикою накинулися на термін «джерело права в матеріальному розумінні» стверджуючи, що ця категорія ніякого корисного, прикладного значення для розуміння права не має. А. Міцкевич також не вважає за потрібне виділяти джерело права в матеріальному розумінні, оскільки не можна звести всю проблему формування права лише до його матеріальної зумовленості. Враховуючи широке коло чинників, що впливають

на формування права, на його думку, правильніше говорити не про матеріальні джерела права, а про визначний чинник – спосіб упровадження та безпосередню силу, яка створює право. В сучасній літературі всі ці чинники об'єднують єдиним поняттям «загальносоціальні джерела права». Зокрема, О. Скакун відносить до загальносоціальних джерел права економічні, соціальні, політичні, морально-культурні чинники, що породжують або об'єктивно зумовлюють виникнення правових норм [276, с. 334]. На думку М. Марченка, до чинників, які породжують або об'єктивно зумовлюють виникнення права, слід віднести: географічні, кліматичні, економічні, соціальні, політичні, культурні та інші [193].

У радянській правовій літературі особливу увагу приділяли економічним чинникам, іноді навіть переоцінюючи їхнє значення. У наш час таку позицію обґрунтовано критикують, оскільки окремо взятий чинник об'єктивно не зумовлює виникнення права, а лише їх цілісна система. Тому можна вважати конструктивною позицію західного вченого Н. Фостера про те, що, досліджуючи поняття загальносоціального джерела права, потрібно враховувати всі об'єктивні й суб'єктивні чинники, а не якийсь окремих із них. До об'єктивних чинників учений відносить географічне розташування країни, її природні багатства, клімат, традиції народу, а до суб'єктивних - все те, що пов'язане з людською свідомістю.

Таким чином, загальний термін «соціальне джерело» охоплює всі аспекти розуміння терміна «джерело», за винятком формального. Це поняття визначає всі умови та чинники, які впливають на створення формального джерела права.

Під формальним джерелом права (або джерелом права у формальному (юридичному) значенні) розуміють: 1) певну форму закріплення та зовнішню форму вираження правових норм; 2) сукупність способів зведення до закону волі політичних сил, що знаходяться при владі [122, с. 3]; 3) офіційно-документальні форми вираження і закріплення норм права, що виходять від держави і надають їм юридичного, загальнообов'язкового значення [66, с. 57]; 4) формально виражені нормативні приписи як підставу юридичної обов'язковості правових норм [199, с. 119]; 5) причини юридичної обов'язковості норми [220, с. 86].

С. Кечек'ян зазначав, що, застосовуючи термін «джерело права в юридичному значенні», науковці, як правило, мають на увазі не силу, яка творить право, а тільки форми, способи його вираження [129].

Розуміння джерела права як зовнішньої форми вираження права загалом сприйняли більшість науковців у пострадянський період. Так, В. Гайворонський під джерелами права розуміє способи зовнішнього вираження і закріплення правової норми [66]. Ту ж саму ідею проводить О. Скакун, яка визначає юридичне джерело права як офіційну, документальну форму вираження і закріплення норм права, що виходить від держави і надає юридичне, загальнообов'язкове значення [276]. Категорія «джерело права» в юридичному розумінні за своїм змістом співпадає з поняттям «форма права». Досліджуючи останню важливо пам'ятати, що вона, як і кожне явище реальності, знаходиться в діалектичному зв'язку зі змістом. Зміст і форма – відмінні за суттю, але взаємопов'язані сторони однієї дійсності. Зміст становить сукупність усіх складових елементів об'єкта, його властивостей, внутрішніх процесів, зв'язків, суперечностей, тенденцій. А форма є способом вираження та існування змісту. Між ними існує складний діалектичний взаємозв'язок, який полягає у тому, що зміст завжди оформлений, а форма - змістовна [62, с. 14]. Ведучи мову про предмет як форму і забуваючи про його змістовий бік, прийдемо до того, що форма буде застосовуватись довільно, не за призначенням, і ефективність її використання буде зведена нанівець [265, с. 194].

Формально-юридичний підхід у розумінні джерела права, будучи найпоширенішим у юриспруденції, все-таки не розкриває сутності цієї юридичної категорії, спрощує її зміст та приховує діалектичний зв'язок між формою та змістом.

У науковій літературі категорію «джерело права» використовують і в розумінні джерела пізнання права. Джерело пізнання права – це матеріали, за допомогою яких ми пізнаємо характер, зміст права. Матеріалами, які допомагають пізнати зміст права є закони, звичаї, судові справи, літописи, археологічні пам'ятки тощо.

Джерела права, що втратили свою безпосередню юридичну силу, проте лягли в основу певного діючого нормативного акта називають рецептивно-запозиченими.

Легітимаційна суть джерела права відповідає правовій свідомості як побажання майбутнього права. Правова свідомість - це ставлення до наявного, реального права, діяльності правозастосування та законодавця, а також до бажаного права. Виникненню правових конструкцій у всіх їх формах передують інтелектуальна діяльність, спрямована на їх розробку, особливо коли право створюється цілеспрямованими зусиллями. Однак поза залежністю від виду форми права вона має ідеальні основи, але вони мають нерациональний, несистематизований характер, виникають спонтанно. Тобто, легітимаційна суть відображає стадію переходу джерел у форму права.

Традиція виділення джерел права в легітимаційному розумінні відображена у працях С. Карапетян, яка пише: «Суттєве значення для права мають механізми встановлення юридичних норм. Останнє доцільно визначити як «джерело права в матеріальному розумінні». Згідно з поглядами М. Александрова, цей аспект відповідає розумінню джерел права як діяльності держави, що полягає в установленні юридичних норм: законотворчості, судовій і адміністративній практиці. Легітимація в описаній інтерпретації є діяльністю з надання правил, нормам державного статусу або шляхом безпосередньої творчості, або санкціонуванням. Такий підхід не дає можливості трансформуватися у форму права доктринальним джерелам, судовій практиці та іншим явищам, за винятком звичаїв і нормативних актів. Таке розуміння джерел права охоплює ті моменти дійсності, які служать засобами переведення у власне юридичні норми або джерела права в юридичному розумінні.

Отже, легітимаційне джерело права виступає як сила, що надає чомусь властивості форми права. Так, для нормативного акта легітимаційним джерелом виступають правотворчі органи і процедури, для звичаїв – суспільство та його практика, а для доктринальних форм права – ідеї, концепції та теорії.

Досліджуючи джерело права у філософському розумінні необхідно звернути увагу на характер філософських ідей, концепцій, політико-правових учень, що лягли в її основу. Так, наприклад, основний постулат нормативізму – це розуміння джерела права як основної норми; юридичного позитивізму – як зовнішнього прояву формально-визначеного, загальнообов'язкового правила поведінки, встановленого державою і забезпеченого її примусом; визначення джерела права через категорії справедливості, свободи, рівності властиве природно-правовій концепції права; а для психологічної теорії права, джерело права – не що інше, як саме право.

Беручи до уваги велику кількість існуючих концепцій права, ми вважаємо неможливим чи, принаймні, малоімовірним створення єдиного, загальноприйнятого, узагальненого визначення поняття «джерело права», адже вибір і формулювання суттєвих ознак, що ідентифікують означуване явище з-поміж інших близьких до нього елементів одного класу, приречені залежати від варіанту того чи іншого типу праворозуміння. Кожна концепція як універсальна логічна конструкція є, по суті, спекулятивною системою, що базується на низці фундаментальних положень-припущень, сумнівів чи заперечень, пропонує свій погляд на право, претендуючи на універсальне пояснення його джерел і буття. Зрештою, навіть якби створення універсального позаконцепційного визначення було б можливим, доцільність його створення перебуватиме під великим питанням, оскільки всі визначення, які базуються на основі узагальнення, можуть вважатися повними лише у певних історичних умовах, оскільки наші знання про об'єкт постійно змінюються, як змінюються і оточуючі обставини, і, ймовірно, сам об'єкт. Таким чином, можна констатувати, що неоднозначність і методологічні ускладнення, які постають на шляху визначення поняття «джерело права», зумовлюються щонайменше двома знаковими чинниками: по-перше, величезною кількістю правових концепцій і шкіл, які вивчали та досліджували цей соціально-правовий феномен, по-друге, історичним періодом, під час якого відбувалося те чи інше дослідження проблеми.

## 2.2. Система та види джерел права: онтологічний вимір

У сучасній правовій науці по-різному застосовують поняття «система» до характеристики найбільш загальних категорій позитивного та природного права. Зокрема, в теорії, зорієнтованій на внутрішньодержавне право тієї чи іншої країни, використовують поняття «система права» і «система законодавства». У правовій компаративістиці, що досліджує найрізноманітніші варіанти зіставлення правових явищ суверенних держав, традиційно вживають поняття «правова система». Чинний соціальний устрій суспільства і держави визначає, зрештою, ту чи іншу систему джерел права.

У сучасних умовах пізнання широких правових явищ заслуговує на підтримку розробка та застосування системного підходу. Адже останній дозволяє, на основі відповідних узагальнених визначень і понять, поставити дуже важливе питання про ті вихідні позиції та складові, які в сукупності утворюють відповідну нову властивість, а також визначити первинний матеріал, з якого, врешті, й складається відповідна система [69, с. 39]. Системний підхід є однією із фундаментальних стратегій наукового дослідження, історично викликаною необхідністю вивчення складноорганізованих, багатограних, різноякісних систем адекватними пізнавальними засобами. Якщо конкретизувати і розглядати значення системного підходу при вивченні системи джерел права як складного правового утворення, то такий підхід здатний забезпечити поглиблене пізнання цієї категорії, виявити глибинні зв'язки між її елементами й дати важливі рекомендації щодо вдосконалення системи джерел права загалом. Використання системного підходу при дослідженні форм і джерел права означає, перш за все, що до їх аналізу слід підходити не як до окремо взятих або існуючих у простій, механічно створеній сукупності правових інститутів, а як до сформованої природним шляхом, цілісної системи [193, с. 99].

У юридичній, філософській і соціологічній літературі поняття «система» трактують неоднозначно. Багатозначність визначень, наявність різних тверджень і поглядів на цю категорію, специфічність авторських підходів



свідчать про активну творчу розробку цієї проблеми. Однак при всій різноманітності характеристик системи широке тлумачення все-таки видається більш переконливим, оскільки відображає сутність, основні ознаки цього поняття - наявність структурних елементів і системотворчих зв'язків між ними. Крім цих ознак, які характеризують даний правовий феномен, можна виділити й інші: цілісність, принципову неможливість ототожнення ознак системи зі сумою ознак елементів, що її складають, неможливість виводити з останніх ознаки цілого; залежність кожного елемента, ознак і відносин системи від її місця, функцій всередині цілого; структурність; взаємозалежність системи і середовища тощо [250].

Не маючи можливості звертатися в процесі розгляду форм права зі системних позицій до всіх ознак і властивостей, які характеризують систему як явище і відповідну категорію, акцентуємо увагу тільки на деяких, найбільш важливих із них, які стосуються розглядуваної матерії, тобто системи джерел права.

Система джерел права – складний світ, багатогранна реальність зі своїми несучими конструкціями, побудовою і логікою, які відрізняють від інших сфер буття. Це складне, багаторівневе, ієрархічне і динамічне утворення, що характеризується багатоманітністю і видовим розмаїттям її елементів. Але така багатоманітність не є довільною. Система юридичних джерел права – це система, в якій всі її елементи займають чітко визначене місце й об'єднані спільною метою, завданнями, виконують певні загальні функції, що, до речі, не свідчить про однорідність й ідентичність останніх. Іншими словами, система джерел права – це не просто система неорганізованої сукупності компонентів, а система органічна, суть якої полягає в тому, що всі її елементи знаходяться між собою у зв'язках і відносинах, й дослідивши характер і сутність цих зв'язків, можна побачити ті ознаки, якими система наділена як цілісність [311, с. 34].

У науковій літературі визначаються три великі блоки зв'язків, які необхідно охопити при дослідженні системи джерел права. Це системний блок структурних, функціональних і генетичних зв'язків. Так, Р. Тополевський,

систему юридичних джерел права визначає як «сукупність усіх форм юридичного закріплення і організаційного забезпечення інформації про загальнообов'язкові правила поведінки у сукупності їхніх взаємозв'язків (генетичних, структурних і функціональних), через які об'єктивуються нормативні приписи галузі права, нормативні складові національної або регіональної правової системи чи міжнародного правопорядку» [310, с. 9-10].

Системі юридичних джерел права, як і будь-якій системі, притаманна інтегративність. Це означає, що всі її елементи так чи інакше пов'язані між собою, поєднані в одне ціле і, перебуваючи у єдності, виконують загальні й специфічні функції.

Рівень ієрархічності форм і джерел права далеко не однаковий і, крім того, не завжди очевидний. Виразніше він проявляється у формах позитивного права, особливо в нормативно-правових актах. Менш чітко - у джерелах природного права. Зрозуміло, що цей факт наявний тільки тоді, коли дослідники, які займаються даною проблематикою, проводять чітке розмежування між формами і джерелами права. Натомість, у тих випадках, коли їх не розмежовують, форми і джерела права як ідентичні явища і відповідні їм поняття розглядають завжди як однорівневі в системно-ієрархічному плані правові феномени. Іншими словами, однорівневий системно-ієрархічний характер наявний тоді, коли ті чи інші положення природного права лягають в основу і закріплюються в нормативно-правових актах – формах позитивного права. У таких випадках ієрархія форм природного права буде не що інше, як ієрархія форм позитивного права. Що стосується джерел природного права, то їх усіх належить розглядати, на наш погляд, тільки на одному рівні, причому тільки в одному – системному, але ніяк не в ієрархічному плані, бо між ними нема ні структурного, ні функціонального, ні будь-якого іншого ієрархічного за своїм характером співвідпорядкування.

Система джерел права характеризується динамічністю, що пов'язано з постійною необхідністю збагачення засобів правового регулювання, забезпечення їх відповідності потребам правової практики. У динамічній

системі завжди існує рух, що потребує постійного доповнення системи новими елементами. Особливо яскраво ця риса проявляється сьогодні, коли система джерел права України перебуває на стадії свого розвитку. Протягом багатьох років юридична наука і практика нашої країни розглядала закон як єдине джерело права. Але як свідчить правова дійсність, результати судової правотворчості, принципи права і доктрину необхідно визнати також джерелами права.

Характеризуючи систему форм позитивного права, варто відзначити її об'єктивний характер. Суть останнього полягає в тому, що системність форм позитивного права не привноситься ззовні і ніким не наділяється, а властива їм від самої їхньої природи [193, с. 97-98]. Будь-яка система, зауважує щодо цього Д. Керімов, об'єктивна і зовсім не залежить від мети суб'єкта, який її пізнає. Суб'єктивний чинник системи джерел права не є і не може бути вирішальним. При всій своїй важливості та значущості він має свої межі, які врешті-врешт, визначає об'єктивний чинник [193, с. 103-104].

Дослідження питань системи юридичних джерел права передбачає розгляд низки методологічних проблем: співвідношення системи права, системи законодавства й системи юридичних джерел права; співвідношення системи джерел права та правової системи.

У сучасній науковій літературі співвідношення категорій „система права” і „система законодавства” розглядають по-різному. З одного боку, ці поняття подають окремо, підкреслюють як їхні спільні, так і відмінні ознаки, виділяють самостійні основи побудови, звертають увагу на особливості окремих елементів. З іншого боку, побутує положення, згідно з яким поняття «система права» і «система законодавства» тотожні, і це вчені пояснюють недосконалістю законодавства, неможливістю виділення структурних елементів його системи, посиленням на те, що і система права, і система законодавства виражають один і той же феномен – право, але з різних сторін – внутрішньої та зовнішньої. У зв'язку з цим система права і система законодавства співвідносяться як зміст і форма [34, с. 22-27; 141]. Так, І. Сенякін зазначає, що система законодавства і

система права – це тісно пов’язані категорії, що становлять два аспекти однієї сутності права: вони співвідносяться між собою як форма і зміст. Система права, за його змістом – це внутрішня структура права, що відповідає характерові регулювання ним суспільних відносин. Система законодавства – зовнішня форма права, що виражає побудову його джерел, тобто систему нормативно-правових актів. Право не існує поза законодавством, а законодавство в широкому його розумінні і є правом. Вважаємо, що така точка зору була б зрозумілою при розгляді так званого соціалістичного права, коли формально-визначене існування права було можливим лише у формі закону. Проте в сучасному світі право існує не тільки у законодавчих і підзаконних актах, воно має й інші форми прояву: судовий прецедент, норма-звичай, нормативно-правовий договір. Тому доцільно стверджувати, що зі системою права як зміст і форма співвідносяться не система законодавства, а система джерел права.

Аналізуючи все вищесказане, слід зазначити, що не може бути визнана прийнятною і спроба поставити знак рівності між системою джерел права і системою нормативно-правових актів, оскільки остання за своїм обсягом значно вужча, адже охоплює лише частину джерел права – нормативно-правові акти.

Будучи, в принципі, відокремленим системним утворенням, система джерел права, водночас, є залежною від такого правового феномену, як правова система. Визначити повністю об’ємне поняття останньої, можна лише через призму широкого підходу розуміння цієї категорії, за яким правова система - це зумовлена об’єктивними закономірностями розвитку суспільства цілісна система юридичних явищ, які постійно діють внаслідок їхнього відтворення і використання суб’єктами для досягнення певних цілей [196, с.26; 120, с.36; 250, с.24; 278, с.7].

Правова система – складний і багатоплановий феномен, структуру якого становлять: право як сукупність норм, що створені й охороняються державою; система джерел права, зокрема її складові - законодавство як форма вираження цих норм (нормативні акти), правові принципи, судова та інша юридична практика; правові установи, які здійснюють правову політику держави; механізм

правового регулювання; правореалізаційний процес; права, свободи і обов'язки громадян (право в суб'єктивному значенні); правова діяльність; система сформованих у суспільстві правовідносин; законність і правопорядок; правова ідеологія (правосвідомість, юридичні доктрини, теорії, правова культура тощо); суб'єкти права (індивідуальні і колективні); системні зв'язки, які забезпечують єдність, цілісність і стабільність системи; інші правові явища (юридична відповідальність, правосуб'єктність, правовий статус, режим, гарантії, законні інтереси тощо), які утворюють «інфраструктуру правової системи».

Наукове дослідження правової системи передбачає вивчення як статичних, так і динамічних компонентів [216, с. 48]. Якщо динамічний аспект відображає процеси у сфері правотворчості, правозастосуванні і тлумаченні права, то статичний – підсистеми юридичної практики, правосвідомості, юридичних інституцій тощо [311, с. 74].

Одним із елементів правової системи, що пов'язаний як із динамічною стороною правової системи, так і з функціонуванням її статичної сторони, є система юридичних джерел права. Дослідження питання про місце системи джерел права у правовій системі не випадкове. Його розуміння дозволяє досконаліше усвідомити чинники, що впливають на юридичні джерела права у процесі їх формування, виявити взаємозв'язок і місце, яке займає система джерел права у правовій системі.

Система джерел права має вирішальне значення для характеристики правової системи тієї чи іншої країни. Правові системи сучасних держав відрізняються, зокрема, тим, яке із джерел права переважає в національній правовій системі певної країни. Наприклад, у країнах романо-германського права основним джерелом права визнають нормативні юридичні акти, а основною особливістю правової системи англо-американського права є визнання та широке використання як джерела права судового прецеденту. Таким чином різні правові системи „довіряють” пошук і формування права різним силам – народу, парламенту, суддям, адміністраторам, ученим тощо; найчастіше до правотворчості допускають багатьох суб'єктів, але з різними

застереженнями, відступами та при змінній ієрархії актів, які вони створюють. Якщо говорити про сучасну українську правову систему, то тут вищим джерелом права визнається воля народу, і, відповідно, Конституція України як результат народного волевиявлення, є нормативним актом, вищою юридичною силою [264, с. 25-26].

Кожна правова система має свої позитивні й негативні аспекти, які необхідно враховувати при побудові системи джерел права. Так, романо-германська правова система насичена нормативно-правовими актами, що становлять її основу. Тобто кожен крок правовідносин повинен мати конкретну власну норму регулювання. Передбачити всі соціальні явища, які можуть виникнути у суспільному розвитку, і нормувати їх – завдання непосильне для законодавця. Тому романо-германська правова система має чи не найбільшу кількість прогалин у праві, що значно ускладнює реалізацію правових норм [283, с. 39]. Англо-американська правова система характеризується казуїстичністю. Останнім часом під впливом інтеграційних і глобалізаційних процесів відбувається зближення національних правових систем та їхніх інститутів [216, с. 3; 51, с. 5]. Сьогодні у світі практично не існує абсолютно замкнутих національних правових систем. Нині основу всіх розвинутих правових устроїв становлять універсальні, а не національні елементи, внаслідок чого основні правові поняття та практика їх втілення більш чи менш спільні в усіх сучасних правових системах [233, с. 65-66].

Система юридичних джерел права відіграє у правовій системі роль консолідуючого чинника, одного з основних «центрів тяжіння». Аналізуючи характер, зміст системи джерел права у певному суспільстві, можна зробити висновок про сутність правової системи цього суспільства, правової політики і правової ідеології держави. Крім того, система джерел права – ефективний інструмент, за допомогою якого і на основі якого правова система здійснює свої функції, виконує свої завдання [311, с. 74]. Будучи структурним компонентом правової системи, система юридичних джерел права тісно взаємопов'язана з рештою її елементів, особливо з правосвідомістю.

Як зазначає один із прихильників феноменологічного підходу до права С. Гайерд Фарб, глибинні джерела права містяться у свідомості, яка виступає як онтологічно існуюче, а право виступає як модальність людського буття [175, с. 120]. Правосвідомість – джерело правової активності і внутрішній регулятор юридично значущої поведінки суб'єктів механізму її здійснення; це внутрішній особистий механізм регулювання поведінки (діяльності) людей у юридично значущих ситуаціях [216, с. 69; 250, с. 59].

На тісних взаємозв'язках цих правових феноменів також наголошує Р. Тополевський. Він відзначає, що 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 – правосвідомість громадянського суспільства [311]. Система джерел права має відповідати правосвідомості, інакше в суспільстві зростатиме розрив між бажаним і дійсним, що, зі свого боку, призведе до поглиблення суспільних суперечностей, продовження складних суспільних конфліктів, гальмування соціального розвитку.

Тому в сучасних умовах формування національної правової системи України все більшого значення набуває вирішення питання про те, як побудувати систему юридичних джерел права, яка піддавалася б волі і свідомості людей; що можна змінювати без негативних наслідків для її ефективності, а що – ні; як співвідносяться об'єктивні закономірності її функціонування і суб'єктивні межі її побудови тощо. Необхідність адекватного відображення і закріплення в зовнішній формі права чинних відносин – ось передумова функціонування системи джерел права. Звичайно, за допомогою самого джерела права неможливо регламентувати всі існуючі в державі суспільні відносини, тому вчені, характеризуючи елементний склад системи джерел права, пропонують виділяти різні набори її компонентів.

Так, С. Алексєєв виділяє три основні види юридичних джерел: нормативний юридичний акт, санкціонований звичай і відзначає, що в деяких правових системах, зокрема під час їх становлення, значення юридичного джерела набувають форми правосвідомості, правової ідеології [5, с.315].

Г. Василевич серед важливих джерел (форм) права називає такі: 1) нормативно-правові акти державних органів (до них дослідник відносить міжнародні договори, які стали обов'язковими для держави у зв'язку з ратифікацією, приєднанням, затвердженням); 2) правові звичаї; 3) судові прецеденти; 4) загальні принципи права [51, с. 2].

Залежно від способу закріплення та існування норм права Н. Гранат виділяє такі види джерел права: правовий звичай; судовий прецедент; нормативно-правовий акт; нормативний договір; загальні принципи права; правову ідеологію, або точніше – правосвідомість; релігійні тексти [77, с. 7].

Н. Оніщенко наголошує на соціальній цінності всіх видів джерел права, і вважає, що не менш цінними за закон є статuti організацій і об'єднань різного характеру, що пройшли відповідну реєстрацію; акти юридичних угод (договори), юридична сила яких, якщо вони приймаються на основі і на виконання закону, повинна прирівнюватися до сили останнього; судові акти у конкретних справах; звичаї, що мають на сьогодні не завжди впорядкований статус у правовому регулюванні [216, с. 89].

На думку А. Денисової, систему джерел права становлять: нормативно-правові акти; судові прецеденти та санкціоновані звичаї [91, с. 147-148].

С. Бодров зазначає, що в загальнотеоретичному плані на основі узагальнення різних правових систем уже давно склався певний реєстр джерел права, які виділяють за критеріями суб'єктів волевиявлення (їх співвідношення), способів об'єктизації юридичних норм, порядку їх установаження. Умовно цей реєстр можна подати так. По-перше, це закон, який розуміють як узагальнення будь-яких правових актів (законодавства). По-друге, публічний договір. По-третє, звичай. По-четверте, прецедент. По-п'яте, канон як релігійне джерело



права. По-шосте, доктрина. По-сьоме, природне право. І нарешті, по-восьме, суспільні принципи та норми міжнародного права [36, с. 18-19].

Р. Тополевський виділяє дві групи джерел права: традиційні та нетрадиційні. До перших учений відносить нормативно-правовий акт, нормативно-правовий договір, правовий звичай, правовий прецедент, а до других – принципи права, корпоративні акти, релігійно-правові тексти, акти «м'якого права» (рекомендаційні акти міжнародних організацій) [310, с. 4].

Таким чином, враховуючи все вищесказане, слід зазначити, що до загального переліку джерел права традиційно включають: правовий звичай; нормативний акт; судовий прецедент; договір нормативного змісту; принципи права; правові ідеї та доктрини. Однак, аналізуючи фахову літературу, можна констатувати, що для вітчизняного права перелік його джерел не настільки широкий, а стосовно тих правових явищ, які все ж вважаються його джерелами, наявні спірні моменти у їх науковому розумінні та практичному застосуванні. Останнє пов'язане з існуванням неминучого суб'єктивізму, коли сформоване уявлення про визнання того чи іншого виду джерела права більш або менш зумовлене світосприйняттям (свідомістю) певного соціального суб'єкта. Абсолютно усунути цей суб'єктивізм неможливо, а тому навіть загальновизнані існуючі форми права будуть постійно перевіряти.

Проблему щодо визначення того, які саме акти можуть бути віднесені до системи джерел права, висвітлювали у своїх публікаціях не один десяток науковців. У своїй працях вчені порушували питання про критерії класифікації джерел права, з дискусійних позицій висвітлювали специфіку таких явищ, як традиційні та нетрадиційні джерела, акцентували увагу на поширенні окремих підходів у вивченні джерел права. Однак у своїх дослідженнях науковці, як правило, розглядали лише окремі концептуальні положення з означеної проблеми та переважно у теоретико-правовому контексті. Тому наголосимо, що в процесі даного дослідження нас цікавлять не тільки теоретичні аспекти змісту окремих джерел права, а й філософсько-аналітичне обґрунтування кожного з них.

Філософське осмислення усіх правових феноменів і джерел права, зокрема, починається з розмежування права на природне і позитивне. Подібно до того, як у людині ми розрізняємо тіло й душу (дух), так і в усіх правових феноменах ми виявляємо предметну форму і духовно-ідеальний зміст, за якими історично закріпилася назва „позитивне право” та „природне право”. Позитивне право – це чинне у певному суспільстві право, що розглядається в аспекті його конкретно-визначеного змісту і форми, тобто таким, яким воно безпосередньо виступає як регулятор суспільних відносин [283, с. 13]. Позитивне право – це національне право кожної держави, зовнішньою формою якого є нормативно-правові акти, прийняті в законодавчому порядку [150, с. 7]. Позитивне право формують в основному елементарні, традиційні форми права, які регулюють поведінку (дію) людини. Джерела позитивного права охоплюють все те, що склалося в суспільстві, що прийняла влада і що вона змушує сприймати як догму. Але, незважаючи на те, що позитивне право забезпечується встановленими суспільством правовими інститутами, йому, як і природному праву, характерне спільне джерело – практичний розум, і єдина мета – загальне благо [150]. Першоджерелом правового змісту має бути природне право, оскільки джерела природного права закладені в самій природі людини, в її онтології.

Для якісного усвідомлення цінності того чи іншого джерела права слід поєднувати форму позитивного із філософським змістом природного права. У формуванні позитивного права необхідно його зміст наближати до природного, тобто природне право «розчиняти» в позитивному. При цьому перше має бути критерієм і оцінкою всіх норм другого. А, норми позитивного права, зі свого боку, - джерелом закріплення й конкретизації природного права.

Сучасним правовим системам характерне відродження тенденцій, близьких до теорії природного права. Не існує такого юридичного устрою, який віддавав би перевагу виключно одному з джерел права і нехтував усіма іншими, але існують системи де одне з джерел переважає над іншими [144, с. 21]. Так, у країнах романо-германської сім'ї первинним та широкомасштабним джерелом права розглядають закон [51, с. 3], однак визнання його абсолютного

суверенітету є фікцією, адже поряд з ним існують й інші джерела права – судові рішення, доктрина, загальні принципи, наукові праці [144, с. 21], й закон має смисл лише у єдності з ними [233, с. 67]. На думку сучасних правників, законодавче право не може претендувати на єдино практичне та справедливе. Адже закон, як й інші форми права, має як переваги, так й недоліки. Позитивність закону вбачаємо в тому, що закон формально визначений, а тому чіткий, зрозумілий та однозначний. Він зручний у регулюванні поведінки суб'єкта, оскільки конкретно вказує умови, порядок, спосіб і наслідки його дії. Лише закон не залежить від особистих бажань чи уявлень суб'єкта та обов'язковий до виконання [133, с. 5]. Саме у ньому містяться первинні норми, базові положення з основних питань суспільного життя [91, с. 141]. За змістом закон, як правило, регулює найважливіші суспільні відносини. Крім того, реалізація будь-якої функції держави не може бути виконана без його видання. Саме в ньому оголошуються мета, завдання, визначаються засоби і способи їх вирішення, передбачається результат, якого необхідно досягти [250, с. 30]. Закон є єдиною формою права, яка може виконувати соціально необхідну функцію нормування поведінки індивіда, що вписується в суспільні відносини, і політично насильно закріплює тенденцію до володіння засобами виробництва [123, с. 14]. Крім того, не можна ігнорувати й той факт, що в нинішніх умовах форми правоутворення, особливо законодавство, є юридично змістовнішими. Вони не прямо відображають нормативність права, що закладена в суспільних відносинах, а безпосередньо через власні норми, покликані виконувати роль юридичного механізму регулювання суспільних відносин [19, с. 6].

Водночас останнім часом спостерігається поступове послаблення віри у пріоритет закону, розуміння помилковості уявлень про те, що прийняття рішень – це лише технічна й автоматична операція [144, с. 20]. Незважаючи на всю прогресивність закону, при всій його досконалості, він не може охоплювати всі можливі ситуації, які наявні й можуть бути у суспільстві. Становлячи окрему матерію життя суспільства, право весь час перебуває у процесі розвитку. А тому цілком незрозуміло, як логічне мислення може зі самого себе створити

розгалужену систему норм, якщо на створення тільки однієї норми позитивного права витрачаються місяці, а то і роки напруженої праці, або як може розум створити систему, значущу всюди і завжди, якщо час, місце і люди постійно міняються.

Окремі норми закону можуть бути зі самого початку неправильними або можуть надалі втратити правовий характер [19, с. 6]. Крім того, при аналізі правової кризи не завжди враховують нелінійні тенденції розвитку суспільства. Тобто, приймаючи закон, законодавець вдається до найпростішого, такого, що «горить». Як наслідок - виникають негнучкі правові норми, які здебільшого є ситуативними, разовими, але продовжують бути чинними [283, с. 3].

Іншими словами, враховуючи динамічність життя, важливість передбачення нових суспільних процесів, закон не можна вважати найефективнішою формою права. Через об'єктивні причини будь-яке законодавство має тенденцію до старіння, відставання від потреб суспільства, які розвиваються [264, с. 25]. Старіючи, закон втрачає здатність бути адекватним дійсності, що змінюється й не встигає регулювати нові життєві проблеми, які постійно виникають. Його зміст вимагає постійного оновлення з метою приведення у відповідність до насущних потреб людей [56, с. 123].

Предмет регулювання закону не безмежний. З одного боку, він окреслюється сферою правового регулювання, за межами якої залишаються відносини, основані на нормах моралі, звичаях, традиціях тощо, а з іншого – навіть у сфері правового регулювання предмет закону має певні межі, зумовлені принципом розподілу влади, зокрема визначеною компетенцією парламенту [95, с. 14].

У характеристиці закону як джерела права є ще один негативний момент. Хоча позитивні закони і створюються для того, щоби забезпечити людяність у відносинах між суб'єктами, однак ніхто не може дати гарантію, що вони не перетворяться у протилежне. Тільки у виконанні рішення стає очевидним, наскільки вдалою виявилася природна модель співіснування [175, с. 128]. Завжди існує можливість маніпулювання нормами, і тоді найбільша

несправедливість може вершитися „за законом”. Яскравим прикладом цього є Нюрнберзький процес, де підсудні, захищаючись, висували, зокрема, такі аргументи: на якій підставі їх судять? Як громадяни німецької держави, вони виконували її закони, а отже, діяли правомірно. Однак відомо, що самі ці акти були несправедливими, антиправовими, оскільки суперечили природним правам людини, народів, людства [66, с. 61]. У зв'язку із цим нагальною вимогою сьогодення є аналіз законів з точки зору їхньої спроможності сприяти поставленій меті. Сутність і мета закону розкриваються через філософське розуміння його як джерела правового регулювання вищої форми, що спирається на гармонійне поєднання всіх інших правових джерел існуючих у суспільстві. Закон має реалізовувати прагнення кожного індивіда до свободи, рівності, справедливості, щоб не були порушені ні суспільні інтереси загалом, ні інтереси окремих осіб. Тому слід погодитися із позицією С. Максимова, що законодавче встановлення норм не є самоціллю, а проводиться для здійснення справедливості, прав людини [175, с. 45].

Важливою умовою забезпечення реалізації справедливості та пріоритету основних прав і свобод людини – це підвищення якості закону, тобто ознак, властивих йому як ефективно діючому регулятору суспільних відносин. Неякісний та неефективний закон – це закон, прийнятий без урахування основ природного права, без належного вивчення природи і структури соціальних потреб, якими він був викликаний, без урахування специфіки правосвідомості суб'єктів-реципієнтів, на яких він був розрахований [133, с. 5]. Показник якості закону – це відносини, що ними регулюються і реалізуються в процесі виконання законодавчих приписів [250, с. 35].

Існують чимало чинників, які впливають на створення «недосконалих законів». Відомо, що під час багатьох революцій здебільшого панівні закони «викидають на смітник» і починають все спочатку (хоча це в принципі не завжди є виправданим). Так, з перших років незалежності Україна не припинила чинності практично жодного радянського закону, а поступово замінювала новими законами, які насправді мало чим відрізнялися від попередніх. Тому

фактично відбувся застій правової думки, який породив боязнь відходу від раніше усталених правових стереотипів.

У результаті поєднання закону з природним правом утворюється правовий закон [283, с. 3]. Правовий закон є формальним закріпленням права, заснованого на гуманістичних і прогресивних поглядах, максимальною реалізацією суспільних ідей розвинутого громадянського суспільства, демократичної та правової держави [79, с. 8]. Соціальна цінність такого закону полягає у тому, що він є основою розвитку цивілізації, культури даного суспільства та впливає не тільки на поведінку, а й на свідомість, психіку, волю людей. Правовий закон впливає на виховання і формування правових поглядів, людських вчинків і поведінки, на підтримку законності і правопорядку.

Прийняття правових законів, формулювання в них правових приписів – найскладніша справа законодавців. Тим самим вони реалізують ті вимоги, які ставлять суспільні відносини, що є об'єктивним за обставинами і природним за умовами місця і часу, що впливає із «природи речей». Постановка питання про реалізацію права законодавцем може базуватися як на позитивістському праворозумінні, так і на метафізичному, природно-правовому, філософському уявленні про право. Але обов'язком законодавця є наслідування конституції держави [283, с. 40].

Отже, закони, що за своєю суттю ґрунтуються на соціальній справедливості, свободі, рівності, є ознаками правового закону. Тільки правовий закон є формою прояву права, інакше він є недієвим, «паперовим» чи взагалі свавільним. Закон може бути інструментом реалізації права, а може суперечити йому, бути формою офіційно-владного визнання як правових, так і неправових вимог і заборон, знаряддям обмеження чи придушення свободи людини. Тільки як форма прояву сутності права закон є правовим явищем.

Від відповіді на запитання, як відрізнити правовий закон від не правового залежить коректність ідеї розмежування права і закону [342, с. 5]. Проблема співвідношення права і закону як центральна методологічна й теоретична проблема наукового праворозуміння не є якоюсь новиною, зокрема, у філософії

права і правознавстві. Різницю між правом (jus) і законом (lex) вбачали ще стародавні римські юристи, які вважали, що в разі розбіжності між цими явищами lex необхідно було приводити у відповідність до jus.

Суттєве значення має те, що кожний історичний владно-політичний режим по-своєму вирішував зазначену проблему, спираючись на панівні у суспільстві соціальні цінності, зумовлені в основному загальними інтересами владарюючих у конкретний час соціальних сил [272, с. 8].

Усі міркування філософів права з приводу співвідношення категорій „право” і „закон” коливалися в досить широких межах. Використовуючи різні способи і засоби, вчені приходили до різностороннього пізнання цих правових явищ. Одні – їх ототожнювали, інші – розмежовували, а дехто висловлював припущення, що право індивіда взагалі недоречно виражати у формі закону – оскільки природа цієї форми недосконала. Насправді ж відповідь на питання про співвідношення права і закону прямо залежить від того, що слід розуміти під правом.

Прихильники позитивістського підходу розглядаючи право як систему норм, як його внутрішню структуру, а нормативні акти, насамперед закони - як форми його вираження, як зовнішню структуру, водночас розглядали ці категорії у органічній єдності, невіддільно один від іншого. Наукові дослідження сфокусувалися на текстах права, на його джерелах. Перевагу віддавали вивченню закону, а юридична наука перетворювалася в догму, в коментування тексту, норми, зв'язок зі соціальними явищами й процесами ігнорувався [123, с. 15].

Водночас цей підхід, що домінував також у радянський період, обмежувався постановкою і вирішенням проблеми про змістовий критерій справедливості в законі. До того ж, осторонь залишається суб'єкт права як справжній носій належного [175, с. 76]. У всіх цих та багатьох інших випадках обмеження прав та інтересів громадян було очевидним, але все відповідало законодавству. Якщо вважати, що закон і право співпадають, то всі ці порушення слід визнати правовими. Так і було при тоталітарному устрої, при

командно-адміністративній системі. Але так не може бути навіть при переході до правової держави. У тому високому розумінні права, яке складає фундамент правової держави, воно не може бути зведене до закону. Право не може бути індиферентним до змісту закону. З цих позицій закон може бути правовим (якщо він відповідає ідеям права) і неправовим (коли він їм не відповідає) [160, с. 29].

На відміну від нормативної концепції прихильники широкого розуміння права (природного права) переносять акценти на розмежування понять «право» і «закон» [227, с. 59], аргументуючи це тим, що право закріплюється, виражається не тільки в законах, а й у різних раціональних надбудовах (як одна із форм суспільної свідомості), у моральних началах (для тих, хто зводить право до справедливості).

Проводячи розмежувальну лінію між ідеєю закону взагалі та позитивними законами держави, Платон робив висновок, що закон тільки розкривають люди, але вони його не створюють. Закон, за Платоном, має божественне походження, і завдання людини - розкрити його істинні правила [123, с. 16].

Цікаві міркування щодо розмежування понять «право» і «закон» можна знайти й у Т. Гобса. «Необхідно розрізняти *jus* і *lex* – право і закон, - наголошував філософ, - хоча той, хто пише на цю тему, звичайно, сплутує ці поняття, оскільки право полягає у свободі чинити або не чинити щось, тоді як закон визначає і зобов'язує до того чи іншого складника певної альтернативи. Отже, закон і право різняться між собою так само, як обов'язок і свобода, щодо однієї і тієї ж речі [272, с. 8].

Г.В.Ф. Гегель також не ототожнював ці категорії. Відстоюючи філософське поняття права, він гостро полемізував з юристами-позитивістами: «Закон може за своїм змістом відрізнитися від того, чим є право ... Те, чим є право, згідно з розумом (ідеєю), і те, що міститься в певному законодавстві як чинному праві, утворюють дві різних категорії ... Можлива колізія між тим, що є, і тим, що мусить бути, між правом, пізнаним розумом, та емпірично-позитивістським визначенням того, чим є право. Логосом права є ідея права, або природне право.



Субстанційну сутність природного права становлять людська свобода, модифікацією цієї сутності є звичаї, договори, закони, правові принципи, судова практика. Все право, відтак, не є творінням державного законодавця. Закони можуть суперечити логосові права, що й змушує мислителя досліджувати проблему неправових законів, проблему неправу» [146, с. 240].

Деякі прихильники жорсткого розмежування понять «право» і «закон» зокрема В. Гессен, Л. Нельсон, Б. Де Жувеналь, Г. Яррейс, зазначають, що праву індивіда взагалі невластиво проявлятися у формі закону, оскільки природа цієї форми недосконала. Так, російський юрист В. Гессен зазначав, що юридичний позитивізм продемонстрував вражаючу неповагу до права, підкресливши його високий духовний феномен, звівши його до становища інструменту „політики сили”, представивши його рефлексивну систему, що реагує на злобу дня. „Розуміти закон як абсолютний і незаперечно зафіксований пункт є, з точки зору вибору, не тільки свавільною, а й, із герменевтичної точки зору, ілюзорною дією”, - писав німецький юрист Л. Нільсон. Закон, який виражає спільну, загальну волю народу, - ілюзія, - вважав також французький соціолог Б. де Жувеналь. Деспот, якого політичні хвилі піднесли до влади, може вертати законом у фантастичних масштабах, що втрачають будь-яку визначеність форми. Спільна воля є ґрунтом для розмноження законів, які дедалі більше відхиляються не тільки від божественного, а й від людського розуму”. Коли право, що перебуває у плинному стані, постійному русі, намагаються подати як закон, базований на спільній волі, коли маса таких законів збільшується, тоді саме право втрачає свою душу [123, с. 14].

Водночас підхід жорсткого розмежування «права» і «закону» також не можна абсолютизувати. Згадані високі, але абстрактні ідеали за всієї їхньої значущості самі по собі не можуть виступати критерієм правомірної і неправомірної поведінки. Право ж за своєю природою не може бути чимось аморфним, не може існувати позаінституційним, «знаковим» проявом у відповідних юридичних джерелах [216, с. 32; 250, с. 20]. А тому сучасне пізнання поняття права не має вести як до заперечення нормативного характеру

права, так і до розуміння його лише в аспекті закону. Якщо та чи інша справедлива ідея не отримує нормативного закріплення, вона залишається у сфері етики, залишається побажанням, яке не має обов'язкової сили. Це ще не право. Якщо ж справедливу ідею нормативно закріплюють, то вона і стає законом, і в право перетворюється. А коли нормативне закріплення отримує несправедлива ідея, то законом вона стає, а правом – ні. Несправедливий закон не є правом [160, с. 33]. Таким чином, право вужче за закон, оскільки не всі закони є справедливими. З іншого боку, право ширше від закону, адже містить й інші джерела права, зокрема: принципи, звичаї, правову доктрину, суддівську правотворчість тощо.

Право і закон - не одне і те ж, однак намагання відірвати одне від іншого, протиставити одне одному також далекі від істини і не можуть не позначитись негативно на ставленні до закону та його виконання, на загальному стані правопорядку в країні, не підживлювати правовий нігілізм. А це в сучасних умовах не тільки вкрай не бажане, а й небезпечне важкими наслідками для суспільства [227, с. 60]. Як слушно зазначає В. Кудрявцев, «необхідно твердо відстоювати єдність духу і букви закону. Інше розхитує правовий порядок, веде до волюнтаризму, а потім - до свавілля, яке аж ніяк не сприяє стабільності в нашому неспокійному суспільстві» [272, с. 8].

Сьогодні необхідно переглянути стару наукову доктрину, яка визнавала єдиним джерелом права продукт діяльності держави. Треба визнати ту позицію, що для цивілізованого розвитку сучасної держави і права концепції юридичного позитивізму недостатньо. Потрібно шукати джерела права у природі людини, її розумі, моральних принципах ідеї справедливості [51, с. 2]. Сучасне розуміння права має формуватися на поєднанні «раціональних зерен» концепції природного права, згідно з якою право і закон розмежовуються, першість належить праву як нормативному закріпленню справедливості, що базується на природних правах людини, які є невід'ємними від її народження, а закон розглядається як його форма покликана відповідати праву як його змістові [66, с. 60]. Таким чином, духовною сутністю, першоджерелом правового змісту всіх

правових норм має бути право, а офіційною формою нормативної конкретизації, відображення і захисту права – закон.

Найбільш природною і безболісною формою існування права є живе право. Як і природне право, живе право „надпозитивне”. Позитивне право становить тільки актуалізовану частину живого права, оскільки норми останнього живуть у суспільній свідомості й відкриваються у позитивних формах лише у процесі правореалізації. Живе право існує не всюди, а лише в тих суспільствах, де право виникає зі звичаю [123, с. 11].

Під звичаєм у юридичній літературі розуміють: 1) правила поведінки, які внаслідок багаторазового тривалого застосування входять у звичку людей і таким чином регулюють їхню поведінку [210, с. 133]; 2) соціальну норму, правило поведінки людей, що склалося у процесі їх співжиття в результаті фактичного його застосування впродовж тривалого часу [283, с. 41]; 3) стереотипне правило і засіб поведінки, що стихійно самовідтворюється у певному суспільстві або соціальній групі і є звичним для їх членів [304, с. 9]; 4) форму поведінки людей, яка внаслідок багаторазового повторення її у часі і просторі набуває певної стійкості, закріплюється в практичному досвіді, психології, а потім і в ідеології тієї чи іншої соціальної групи і стає орієнтиром, інструкцією до дії членів групи [215]. У західній літературі під звичаєм прийнято розуміти стереотипи і тенденції, що склалися в поведінці людей, і мають підсвідомий, автоматичний характер [36, с. 38].

З'явившись задовго до правової форми суспільного буття [123, с. 14], саме звичай був основною формою соціального регулювання поведінки членів первісного суспільства [210, с. 133]. В його основі лежали елементи суспільної необхідності, які на початкових етапах робили звичай близьким до реальних людських потреб [283, с. 41]. Коли панівні у формі звичаїв основи активності людей переставали ефективно виконувати свою роль (не справлялися з функціями соціалізації), держава визнавала за звичаями загальнообов'язковість [133, с. 54], формальну визначеність, можливість забезпечити його державним примусом [91, с. 146], перетворюючи цим останній у правовий звичай.

Правовий звичай – це звичай, санкціонований державою, і цим перетворений у форму права [283, с. 41]. Сутність санкціонування полягає в тому, що у процесі його здійснення звичай як джерело права перетворювався у правовий звичай.

Таким чином джерелом виникнення звичаю визнається суспільство, а держава виконує щодо нього оціночно-ієрархічні дії. З одного боку, органи державної влади оцінюють зміст звичаєвих норм на предмет їх відповідності вимогам моралі, закону, а з іншого – позитивна оцінка включає правовий звичай у ієрархічну систему форм права [43, с. 171].

Радянській вітчизняній юриспруденції було притаманне неоднозначне ставлення до такого джерела права як правовий звичай [345, с. 47]. Вважаємо, що причиною цього були ідеологічні установки. Адже правовий звичай і зміна політичної, соціальної, економічної систем революційним шляхом – явища несумісні. Звичай „консервує” ситуацію, він зберігає і закріплює традиції минулого [51, с. 5]. Тому збереження звичаєвого права могло заважати знищенню всього дореволюційного ладу.

Сьогодні ставлення учених-юристів до інституту звичаєвого права доволі суперечливе. Так, І. Овчаренко вважає, що правовий звичай швидше за інерцією продовжують розглядати як джерело права [211], тоді як реальних прикладів його застосування немає. Вважаємо таке твердження передчасним, оскільки назване джерело права нині існує, а його практична роль значно більша, ніж це видається на перший погляд. Підтвердженням останнього може слугувати фактичне визнання Україною положень Загальної декларації прав людини, яка передбачає можливість застосування звичаєвих норм як матеріально-правової підстави нормореалізаційної діяльності.

Навіть якщо звичай не визнавати джерелом права, у правовому масиві для нього все одно будуть «ніші» в регулюванні. Це відбувається або тому, що держава з якою-небудь причини не може забезпечити застосування правових форм регуляції, або тому, що за допомогою правових форм недоцільно регулювати ці відносини [304, с. 12]. Нормами звичаєвого права урегульоване

все торгове право, включаючи морське [146, с. 288]. Цивільне право визнає звичай ділового обороту – правила поведінки, що склалися і широко застосовуються у певній галузі підприємницької діяльності [123, с. 18]. Нормами звичаєвого права врегульовані й ділові стосунки у сфері бізнесу. Важливими з них є ті, що свідчать про втрату чи доброго імені, чи ділової репутації. Норми звичаєвого права регулюють і щоденні людські відносини у професійних групах, політичних партіях, етнічних спільнотах, релігійних громадах тощо.

Чіткість розуміння звичаю як джерела права починається лише тоді, коли встановлюються його онтологічна сутність, гносеологічний зміст і аксіологічне значення. Тому вважаємо за потрібне детальніше зупинитись на цих питаннях.

Більшість західних учених підтримують двочленну структуру поняття звичаю, що складається з матеріального та психологічного елементів. Матеріальний елемент полягає у поведінці, змісті відносин, які стали звичними. Під психологічним елементом мають на увазі почуття обов'язкового характеру цього поняття [58, с. 340].

Суть правового звичаю – часова форма соціального нормування, що перетворюється у позитивне право. До основних онтологічних ознак, яким має відповідати практика, що становить зміст звичаю, як правило, відносять:

а) тривалість її існування: звичай не проголошується й не запроваджується, а поширюється й розвивається з плином часу. Визначити момент, коли він уперше набуває повної чинності можна, як правило, дуже приблизно [322, с. 54]. Давнина застосування звичаїв обмежена часом і служить основою їх легітимності і загального поширення [304, с. 9-10];

б) постійність і однорідність дотримання: на відміну від інших соціальних нормативних утворень звичай не дає приводу сумніватися в тому, дотримуватися його вимог чи не дотримуватися, оскільки не залишає можливості вибору. Тому, крім підвищеної стійкості, психологічної прив'язаності до нього людей, звичай характеризується також консервативністю; обмежуючи можливості прояву людської ініціативи, на

певному етапі свого існування він стає реакційним і вимагає тривалої, іноді болючої боротьби, внаслідок якої долається безвідмовність його вимог;

в) відсутність правотворчого суб'єкта: хоча можливо описати категорію осіб, серед яких той чи інший звичай поступово стає нормою поведінки, проте визначеного автора він не має: не існує людини чи органа, яких можна похвалити чи засудити за створення конкретного звичаю [322, с. 54];

г) незаперечення публічному порядку: публічність прояву звичаїв відрізняє їх від стереотипів (психологічних властивостей людини) і навиків (різного роду автоматизованих умінь) [304, с. 9-10];

д) високий ступінь динамічності [139, с. 100]: норми звичаєвого права не створюються спочатку, а потім проектується на поведінку, яку вони призначені регулювати. Вони проявляються у самій поведінці. Призначення норм звичаєвого права ніколи не проявляється відверто. Так, якщо закон може містити преамбулу, де пояснюється, якому лиху він призначений запобігти або якому благу сприяти, то у звичаєвому праві нічого такого немає. Зробити висновок щодо призначення норм останніх можна, припускаючи, що вони виникли з якоїсь потреби, яку відчули ті, хто вперше пристосував до них свою поведінку [322, с. 54-55];

є) обов'язковість виконання: якщо звичай правовий, він обов'язковий для всіх суб'єктів правовідносин. Визначеність звичаю висловлюється в достатній конкретності його розпоряджень. Відбір правил поведінки найбільше відповідає потребам соціальної регуляції норм, виявляє його розумність.

Ці та інші ознаки звичаю стосуються і правового звичаю. Це, насамперед, різні форми санкціонування його державою як засобу включення до правової системи [304, с. 9-10]. Так, на думку С. Сливки, звичай санкціонується державою у процесі судової або адміністративної діяльності шляхом або офіційного закріплення в нормативних актах можливості використання правового звичаю для регулювання певних суспільних відносин, або «мовчазної згоди» влади на фактичне застосування правового звичаю у певних

правовідносинах, або включення правового звичаю у законодавчі акти – зводи звичаєвого права [283, с. 41].

В. Муравський виділяє три форми санкціонування, які створюють нові джерела права: санкціонування законом, санкціонування за допомогою підзаконного акта, санкціонування через діяльність правоохоронних органів [202, с. 6].

І. Овчаренко зазначає, що звичай стає правовим: 1) у результаті санкції держави, коли норма-звичай включається в законодавчий акт – у цьому випадку відбувається його легалізація (узаконення), що властиво для романо-германської і звичаєво-общинної сім'ї (типу правових систем); 2) унаслідок визнання його таким, що захищається судом, коли звичай є підставою для вирішення спору – у цьому випадку відбувається його легітимація, він існує не в законі, а в судовому або адміністративному рішенні, що характерно для англо-американської сім'ї (типу правових систем) [211, с. 10].

Прагнення охопити законодавчим регулюванням якомога більше коло відносин, що спостерігається останнім часом, звичайно, обмежують сферу діяльності звичаїв. Однак у таких сферах, як торгівля, мореплавство роль звичаю як джерела права залишається досить помітною, а в деяких випадках він навіть має пріоритет перед законом [139, с. 100]. Торговельні звичаї ділового обороту, санкціоновані державою, дозволяють регулювати правовідносини, пов'язані з економічним оборотом, простішим і природнішим способом, ніж це впливає із законодавчої процедури. Звичай, який сприймають критично, може допомогти суддям виносити рішення, що відповідають духові добра та справедливості, особливо у справах, де національне право не може бути цілком застосоване [36, с. 45]. За взаємодії з іншими джерелами права його можна використовувати у тлумаченні закону і заповненні прогалин у праві. Слід також відзначити важливу роль звичаю в соціалізації особи. Адже він є первинною формою соціальної комунікації, регулятивним механізмом, який допомагає людині ввійти у суспільство [304, с. 10].

Таким чином, зважаючи на все вищесказане, слід зауважити, що звичай як джерело права набуває неабиякого аксіологічного значення. Проте необхідно пам'ятати, що це можливе тільки за хоча б відносно мирного співіснування звичаю і позитивного права, адже за певних умов між ними може виникнути різка розбіжність і конфлікт. Прикладом останнього може бути нав'язування суспільству форми правового устрою, яка не відповідає духові народу, його культурі, моральним цінностям, рівню його розвитку або у випадку деградації існуючої форми. Крім того, збільшення кількості правових звичаїв лише сприятиме підвищенню ефективності формування та реалізації правових норм. Адже звичаєве право завжди проходить значну апробацію, відображає інтереси членів суспільства та відображає різні форми національної самобутності й культури в процесі регулювання суспільних відносин [304, с. 8].

Крім звичаю, досить своєрідною формою соціальної регуляції є мораль. Якщо мораль є системою нічим не підкріплених вимог, то звичай – вимога, підкріплена традицією. Традиція у даному випадку виступає як узагальнення тривалої суспільної практики, що дає авторитетне підтвердження її ефективності. Те, що у звичаї є загальноприйнятим стереотипом, у моралі стає абстрактним внутрішнім почуттям [123, с. 14]. Однак, незважаючи на ці та інші відмінності, беззаперечним залишається той факт, що як мораль, так і звичай є першопричиною, основою, джерелом формування позитивного права. Перш ніж оформитися в позитивне право, мораль проявляється у формі природного права, суцільна обов'язковість якого підтверджується суспільною згодою. Якщо ж мораль не відповідає природному праву, вона перестає бути основою і орієнтиром для права позитивного. Так, норми моралі вплинули на скасування дуелей у Середньовіччі, пом'якшили правосуддя у європейських країнах, обмежили застосування катувань, сприяли переходу від інквізиційного до змагального процесу в суді [219, с. 41].

Одним із зовнішніх проявів позитивного права є правова доктрина. Доктрина - це розвинена новелістична теорія, яка відображає наукову думку, що склалася, і яка в силу своєї глибини й авторитетності затребувана суспільною



практикою та певним чином впливає на законодавця. Дослідження цього правового явища пов'язане з вирішенням багатьох питань: відповідність дефініції доктрини сучасним вимогам; ступінь її обов'язковості; можливість захисту державною примусовістю та інше. Але в межах нашого дослідження ми проаналізуємо тільки одну із граней цих проблем, а саме - можливість доктрини виступати джерелом права та її функціональна роль у системі джерел права.

Доцільність визнання доктрини самостійною формою права залежить від підходу до розуміння права та його сутності. Якщо юридичний позитивізм, не визнаючи самостійності правової науки, прагнув абстрактно оформити її в нормативних актах держави, то прихильники соціологічного підходу до суті права визнають самостійність доктрини і вбачають її регулятивні властивості у зв'язку з конкретними життєвими обставинами, що вирішувалися у судових чи інших юридичних органах. Зі свого боку, представники природно-правового напрямку не тільки визнають самостійний характер правової доктрини, а й говорять про її аксіологічне значення як джерела права.

Останнім часом доволі поширеною є думка про суттєве зниження ролі доктрини в житті держави і суспільства. У дуже спрощеній формі її можна подати так: у стародавні часи доктрина була самостійною, мало не панівною формою права, та поступово до нинішнього часу ця роль звелася до допоміжної [35, с. 82]. Такий підхід може бути виправданим у межах юридичного позитивізму, але неприйнятний із погляду природного права. Ми підтримуємо позицію тих учених, які вважають, що, незважаючи на деякі розбіжності, наявні у країнах різних правових систем, доктрина як неформальне джерело права незмінно відіграє провідну роль. Остання проявляється в тому, що саме доктрина створює словник і правові поняття, якими користується законодавець [85, с. 143; 77, с. 12]. Наука дає можливість розкривати положення права, не виражені прямо в законі, і впроваджувати ці положення в життя [123, с. 19]. Важлива також її герменевтична роль у встановленні тих методів, за допомогою яких відкривають і тлумачать право, на цій підставі наука іноді сприяє подальшому розвитку права, деколи виробляючи, з метою заповнення

прогалин, нові правові положення у зв'язку з вивченням життєвих явищ [66, с. 59]. Додамо до цього вплив, який доктрина може справити на самого законодавця, на його волю; останній часто тільки виражає ті тенденції, що встановлені в доктрині, і сприймає підготовлені нею пропозиції. Крім того, доктрина відіграє значну роль у застосуванні права. Вона є „нічим не замінним путівником” для юридичної практики: адміністративної, судової. Тільки озброєний науковими знаннями суддя або адміністративний чиновник може сприяти подальшому прогресивному розвитку права [123, с. 19]. Отже, використання доктринальних досліджень дозволяє зорієнтувати юридичну діяльність на прогресивний розвиток права і держави [77, с. 12], тобто на новий якісний рівень.

Виключно важливим і доволі суперечливим джерелом права є принципи права. Принципи права – це виражені у праві вихідні нормативно-керівні засади, управлінські ідеї, що характеризують зміст права, засади, які визначають закономірності суспільного життя [7, с. 102; 297, с. 151]; це зумовлені найбільш важливими закономірностями суспільного розвитку й механізму правового регулювання нормативно-регулятивні основи, що мають найвищу імперативність, загальну значущість і визначають процеси правоутворення, правореалізації і правоохорони [138, с. 39]. До недавнього часу вітчизняна правова доктрина, визнаючи важливу роль принципів права у правотворчості та правозастосуванні, водночас не визнавала за ними статусу джерела права в буквальному розумінні слова. На заваді цьому постала традиція правового позитивізму, яка аргументувала це тим, що принципи права не мають власної форми вираження, а наділені формою того акта, складовою частиною змісту якого вони є. А тому проблематично вимагати обов'язковості дотримання положення, яке чітко не прописане, а виведене з якоїсь абстрактної „вищої ідеї”. Нині така позиція вважається необ'єктивною. Так, ст. 38 Статуту Міжнародного Суду, доданого до Хартії Організації Об'єднаних Націй, визнає джерелом права загальні принципи права, визнані цивілізованими народами. 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 можуть ігнорувати установчі органи країн, які підписали ці домовленості.

Розвиток сучасного праворозуміння по-новому визначає онтологічну сутність принципів права, їхню роль і місце в системі джерел права. За своєю природою загальні принципи – це правила, які є ідейною основою права; це система положень директивного характеру, яким підпорядковані всі наступні процедури. Якщо осягнути їхній зміст, то можна зрозуміти одиничні, конкретні явища, які в сукупності позначаються цими принципами.

На основі принципів оцінюється рівень й ефективність функціонування системи джерел права. Вони сприяють консолідуванню всіх форм права, виконанню функції регулювання, їх розглядають як вищу оцінку правомірності вчинків людей. Що ж стосується взаємодії та взаємопроникнення принципів і форм права, то варто зауважити, що незалежність принципів права як джерела права не виключає того, що вони набувають зовнішнього оформлення, отримують письмову оболонку за рахунок інших форм права, які, сприймаючи ці принципи, деталізують їхні положення, надаючи їм характеру конкретних правил поведінки.

Найбільше проявляється зв'язок принципів права з таким джерелом права, як правова доктрина. Саме у принципах права остання найпоширеніше проявляє свою онтологічну сутність і найглибше проявляє свій зміст. Не можна не відзначити і зв'язок принципів права зі судовою практикою. Судді використовують принципи, коли необхідно визначити смисл незрозумілих і двозначних текстів. Якщо при аналізі певного правила виявляється його невідповідність принципіві, суд зобов'язаний дати чітку інтерпретацію такого правила. Але роль загальних принципів виявляється ще значнішою, коли йдеться про заповнення юридичних прогалів. Клопітка законодавча регламентація за всієї її розвиненості не може передбачити всього, тоді як загальні принципи можуть увібрати в себе велику кількість нових і непередбачених ситуацій. Як регулятори суспільних відносин, принципи права

мають і загальну цілеспрямованість: вони багато в чому визначають перспективи розвитку права. Іншими словами, будучи основою нормативного регулювання, принципи права є певним камертоном усієї подальшої нормотворчості. Вони гарантують безперервність, послідовність законодавчого процесу, забезпечують взаємозв'язок права та законодавства, адаптують відповідну нормотворчість держави до особливостей традиційної правосвідомості населення.

Таким чином, підсумовуючи все вищесказане, систему джерел права можна визначити як цілісне, динамічне, інтегративне, об'єктивне правове утворення, що визначається взаємозв'язком таких елементів, як закон, договір, звичай, правова доктрина, принципи права, суддівська правотворчість. Розвиток прецедентного, судового, договірної права, визнання процесу суспільного правоутворення, що є незалежним від правотворчості держави, пріоритет суб'єктивного права над об'єктивним, сприйняття та поширення звичаєвого права і норм ділової активності, відмова від абсолютизації законодавства, адміністративної нормотворчості і надання офіційного значення науковій інтерпретації права – всі ці чинники здатні вдосконалити структуру чинного в Україні права. Поліпшуючи як внутрішню побудову права, так і форму зовнішнього його прояву, у поєднанні з антидогматичним, антистатичним аспектом правової системи, вони здатні створити нове соціальне, демократичне, гуманістичне право.

### **2.3. Аксіологічний аспект різноджерельного права в Україні**

Незважаючи на те, що з давніх-давен українське право за своєю онтологічною сутністю характеризувалося різноджерельністю [283, с. 89-103], у попередні десятиліття, по суті, єдиним джерелом права визнавали нормативний акт. Договір, правову доктрину і судове право не визнавали такими, бо вони погано поєднувалися з вимогою однозначного розуміння і застосування закону, а звичай мав обмежену сферу застосування [146, с. 5].

Пріоритетний останнім часом юридичний позитивізм був байдужим до змісту права та вбачав його реальність лише у вираженні волі законодавця як вищого тлумача справедливості. Такий підхід відображав принцип тотожності права та влади держави. Справжню сутність права усвідомлювали, коли зображали його як однобічну проекцію влади, що походить від держави й нав'язується громадянинові. Лише те, що держава визначила як право, вважалося таким. Водночас нерідко траплялося, коли фактичне право, яке застосовували учасники правовідносин, і позитивне право, сформульоване державою для формального врегулювання цих правовідносин, не співпадали [311, с. 26].

Сучасна трансформація Української держави в ліберально-демократичну і соціально-правову сприяла закріпленню в конституційно-правових нормах перехід від доктрини легістського праворозуміння до концепції юридичного праворозуміння, від майже виключної офіційної монополії нормативно-правового акта до плюралістичної концепції джерел права. Однак позитивного закріплення положень щодо визнання різноджерельного права в Україні недостатньо, крім цього необхідно визначити ще й механізм формування та застосування такого права. Право, яке створюють різні юрисдикції, має неоднакову юридичну силу, не співпадає за часовим виміром, поширюється на різних суб'єктів і територіальний простір. Тому природно, що з часом між різними його формами можуть виникнути суперечності, що сприятиме ускладненню використання нормативного матеріалу. Щоб цього не було, щоб

джерела права функціонували належно функціонували, їх треба формувати на єдиних пізнавально-правових методах і єдиній концептуальній ідеї.

Як наголошує А. Козловський, право взагалі неможливо розглядати без паралельного теоретичного усвідомлення шляхів його пізнання. Останнє супроводжує право в будь-який момент його існування, є джерелом його регулятивної енергії. Пізнавальна інтенсивність – необхідна умова існування і функціонування права. Більше того, ми завжди отримуємо таке право, якими пізнавальними методами ми його відкрили і розробили. Інші методи – інше право, інша теорія пізнання – інша теорія права. Тож метод визначає все. З одного боку, він є результатом теорії, а з іншого – як розгорнута схема пізнавальної діяльності, сам створює теорію, є її основою [133, с. 264-267].

Вплив методології права на галузеву юриспруденцію, а відтак, і практику права, не прямий, а опосередкований через доктрину права. Будь-яка концептуальна модель права концентровано проявляє свою сутність у специфічному формулюванні методу права. Кожна концепція, чи то юриспруденція понять, природного права, чи права позитивного, – це певний метод. Наприклад, якщо юрист-позитивіст зорієнтований на методологію діалектичного чи історичного матеріалізму, то ця методологія, вочевидь, зумовлює й доктрину юридичного позитивізму. Якщо ж юрист вихований на метафізичній або трансцендентальній філософії, то його методологія безпосередньо зумовлює доктрину природного або надпозитивного права, глибшою сутністю якого є його різноджерельність.

Закріплення на конституційному рівні природного права і суспільного договору основою сучасного правоустрою України засвідчило, що ми визнали європейську правову позицію у вченні про державу і право. Але реалізація закріплених конституційних приписів значно ускладнюється тією обставиною, що у вітчизняній доктрині ще й досі не було належним чином переглянуте традиційне для юриспруденції попередніх десятиліть діалектико-матеріалістичне вчення про право та його джерела. Однобічний підхід до визнання джерелом права лише продукту діяльності держави, зведення його

сутності і змісту лише до закону не відповідають сучасним методам правореалізації, а тому не мають сьогодні перспективи. Закон відображає конкретно-загальні, формально-позитивні норми. Він актуалізує та конкретизує принципи, наближений до конкретного права, але ще не право у всьому його розмаїтті [175, с. 182]. Закон або інший юридичний припис не є єдиним джерелом права, поряд з ним існують інші важливі джерела права, такі, як звичаї, судова практика, правова доктрина, правові принципи, і закон має сенс лише в поєднанні з ними. За такого підходу очевидно, що в умовах різноджерельного права пізнання феномена права стає водночас і більш необхідним, і більш складним, ніж будь-коли. В зв'язку із цим вкрай важливо, що опрацювання теорії джерел права дає змогу сласти підґрунтя широкої концепції права.

Услід за європейською філософською і правовою традицією право слід досліджувати у його цілісності й доконечності, використовуючи метафізичні або трансцендентальні способи пізнання. Право у своїй цілісності – це різноджерельне право. Право у своїй доконечності – це свобода людини, як сутнісна ознака справедливості [238, с. 146].

У діалектико-матеріалістичному вченні образ людини редукований до такого, що людина – це істота, яка здатна розуміти адресовані їй накази, забезпечені погрозою застосування покарання. Розум, а точніше - мислення такої людини сприймає формалізацію, яка повністю знищує всі її суб'єктивні особливості. Людина нібито розчиняється у формально-раціоналізованій реальності норм позитивного права. Її буття у праві виражене лише логіко-розумовою стороною людської природи. Право є інструментом для вирішення її індивідуальних проблем, як і сама людина є тільки засобом для здійснення самодостатньої правової системи та деяких політичних цілей [175, с. 54].

Натомість використання трансцендентальної методології дозволяє стверджувати протилежне: право не може виражатися лише в законі й задовольнятися суто службовою функцією. Воно потребує глибшого підґрунтя, щоб за зовнішнім, юридичним виглядом жило те, що називається справедливим, тобто те, що відповідає людським інтересам. Щодо цього Б. Кістяківський

зазначав: «право має своїм джерелом не ту чи іншу позитивну державу, а трансцендентну природу особистості, людську волю» [133, с. 264-267]. Людина має право і повинна захищати свою духовну свободу не тільки від домагань церкви, а й від держави та суспільства. Особистість не є часткою якогось цілого; вона не частка суспільства, навпаки, космос – частка людської особистості. Вона не субстанція, а творчий акт, вона незмінна в процесі змін. В особистості ціле передує часткам. Особистість як дух не є самодостатньою, егоцентричною; вона переходить в дещо інше, ніж вона сама, - в «ти», і реалізує загальний зміст, який відображав дещо конкретне і відмінне від абстрактних універсалій [131, с. 189].

Іншими словами, право має перетворитися з права суспільства на право людини. В нинішніх умовах необхідно переглянути стару наукову доктрину, яка визнавала єдиним джерелом права продукт діяльності держави. Першопричину права слід шукати у природі людини, її мисленні, моральних принципах, ідеї справедливості [51, с. 2-6]. У контексті цього варто погодитися з Л. Петровою, що під кутом зору на право як елемент людського буття у його цілісності й доконечності, атрибут людського духу маємо визнати, порівняно з теорією позитивного права, наукову новизну й цілковиту своєрідність тлумачення субстанційної сутності права та істини про нього, його смислу і цінності, первісних засновників у сфері права і визнання права за його першоджерелом. Право обмежене закономірностями людського буття у його цілісності, і йому «вказують» місце у цій цілісності, бо воно – частка цілого, від якого не може відрізнятись за суттю. В духові слід вбачати глибину права і його первісну ясність, все подальше розростання права треба розуміти з цього первісного [236, с. 16].

Апеляція до природи і властивостей людської особистості з притаманними ідеями, ідеалами, цінностями, інстинктами дає змогу обґрунтувати ідею різноджерельного права, що формується не лише внаслідок цілеспрямованих зусиль законодавця, а й через трансцендентальну природу людини. Живі стосунки між людьми робить право можливим, а в актах визнання відбувається конститування людини як правоздатного суб'єкта [117]. Лише людина як приватний законодавець має формувати найбільш прийнятні норми захисту своїх



прав, свобод та інтересів. Методологічна характеристика таких положень подана в працях І. Канта, який писав: «Розумна природа тим відмінна від будь-якої іншої, що сама собі задає мету ... Ідея гідності розумної істоти полягає в тому, щоби підкорятися тільки тому закону, який вона сама собі встановлює» [124, с. 95].

Кантівська концепція здійснила революцію в обґрунтуванні об'єктивно-апріорних джерел праворозуміння і правової поведінки. Рациональне, апріорне, синтетичне мислення визнано основою нормативності. Було визначено, що у праві основну роль відіграє не об'єктивна сторона, а суб'єктивна, де саме суб'єкт є головною умовою виявлення й реалізації права. Сам процес правовиявлення, правореалізації здійснюється через його свідомість, а зміст правосвідомості суб'єкта визначає зміст суспільних правовідносин.

Кантівські судження дали можливість зробити надзвичайно важливий (і для сучасності) висновок, що право має розпочинатися з антропологічного моменту. Якщо право є людським творінням, то усвідомлення його сутності неможливе без розуміння природи людини в усіх її проявах, без проникнення в потреби людини, її здібності, прагнення.

Якщо буде усвідомлено, що людина є не об'єктом, а суб'єктом соціальних дій, що через неї відбуваються всі навколишні трансформації, що вона – не механізм і не чинник, а істота, яка має розум і вільну волю, то така позиція буде більш прийнятною для розуміння сутності сучасного права та його джерел [343, с. 130].

Зі здійсненого вище аналізу можна зробити такий висновок: для того, щоб право було дієвим, недостатньо його сконцентрувати лише на самому законодавстві. Необхідно трансформувати всю правову реальність, щоб усі її частини розвивалися синхронно в одному напрямі. Важлива умова такого процесу - звернути увагу на джерела права недержавного (людського) походження, зокрема такі, як звичай, договір, правова доктрина, судова практика (прецеденти). Норми недержавного різноджерельного права демократичніші за своїм походженням, бо виникають із реальної практики людських стосунків і створюються самими учасниками реальних життєвих відносин. Норми такого права дають можливість у вирішенні юридичних справ

брати до уваги особливості кожної життєвої ситуації, реальніше враховувати й повніше реалізовувати індивідуальні інтереси окремих осіб. А це означає, що правотворчий процес достатньо цілеспрямований та ефективний.

Крім цього, слід зазначити, що наявність єдиної, цілісної системи джерел права, створеної на основі не лише державних, а й людських чинників, сформованої на ідеях природного права, забезпечує правовій системі стабільність і надійність розвитку. Більше того, є підстави стверджувати, що тільки за наявності гнучких, динамічних джерел права недержавного походження, ревалентних природному праву, можливий оптимальний розвиток національно-правової системи, бо в іншому випадку (як це до певної міри спостерігається в Україні), коли немає ні визначеної онтології правотворчого та правореалізаційного процесу, ні тим більше, обґрунтованої моделі апріорного джерела правової поведінки, правова система не дає очікуваних результатів, а, навпаки, нагромадження несистематизованого, необґрунтованого, суперечливого нормативного матеріалу тільки розхитує ту систему права, що вже існувала.

Найбільш раціональним способом створення, формування функціональної, єдиної, цілісної моделі різноджерельного права в Україні, на наш погляд, є інвентаризація існуючих джерел права, методом співвідношення та порівняння. Попри їхню різноманітність, запропонований аналіз з погляду аксіологічної сутності, притаманної всім їм, значно спрощує завдання. Кожна з форм права має свої переваги і недоліки. Спостерігаючи за якоюсь конкретною сферою людського життя, доволі часто можна виявити, що одна з них є більш придатним засобом забезпечення порядку в суспільстві, ніж інші. Оскільки кожна з характерних форм права схожа на інструмент спеціального призначення придатний для вжитку в одних випадках і менш доречний в інших. Тому кожен форму треба застосовувати до тих ситуацій, де вона очевидно найефективніша.

Крім того, необхідним елементом формування моделі різноджерельного права, визначальним моментом її внутрішньої сутнісної структури є логіка. Те чи інше правове утворення стає повним і завершеним з дотриманням

внутрішньої логіки, яка дозволяє як визначити і розкрити певну правову структуру, так і задати механізм її реалізації. Ефективність конструкції різноджерельного права також визначається логічним поєднанням усіх її структурних елементів.

Одним із основних чинників, які потрібно враховувати при формуванні вітчизняної концепції джерел права є те, що основою такого правового утворення має бути природне право. Природне право - це вихідні принципи, на основі яких сприймають діюче право та його джерела й оцінюють їх. Суспільство оцінює право у кожний момент його існування, але тільки в принципах природного права воно знаходить свій вищий прояв і зворотний вплив на право. Норми природного права в нормативно-правових актах майже не зафіксовані [282, с. 212], але водночас вони неминуче пов'язані з критикою позитивного права, сприяють реалізації його кінцевої мети – розвиткові особистості [133, с. 56]. Якщо ж зовнішні вияви права не відповідають природному праву, вони перестають бути основою для права позитивного.

Таким чином, якісно новий підхід до розуміння права, використання метафізичної або трансцендентальної філософії, розширення сфери приватного права, визнання людини в якості приватного законодавця, необхідність створення ефективної плюралістичної концепції джерел права підвищують актуальність проблеми різноджерельного права в Україні.

Однак необхідність дослідження та виняткова важливість застосування різноджерельного права в Україні зумовлюється й іншими знаковими чинниками. Так, на думку Л. Корчової, головний внутрішній чинник полягає в сучасній трансформації України в ліберально-демократичну й соціально-правову державу, а головний зовнішній чинник – у глобалізації правоустроїв у сучасному світі. За Л. Корчовою, успішне вирішення проблеми різноджерельного права в сучасній Україні потребує, насамперед, осмислення усталених кореляцій європейського політико-правового досвіду і виявлення міри узгодженості з ними сучасного українського права. Якщо ми бажаємо опрацювати проблему українського різноджерельного права на рівні

європейських і світових вимог, то мусимо орієнтуватися на принцип універсалізму науки права і основний закон компаративістики.

Стати державою романо-германської правової сім'ї означає привести національне вчення про право у відповідність до принципів романо-германського праворозуміння, правотворення і 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 [146, с. 301].

Постановка проблеми різноджерельного права України актуалізується рівнозначно як у теоретичному, так і в практичному значенні. В теоретичному розумінні вона важлива для визначення правильного напрямку політики держави як у правовій, так і політичній сферах життєдіяльності суспільства. Створення сучасної загальної теорії джерел права на нових засадах з урахуванням принципу методологічного плюралізму і засад антропологічного підходу, який ставить людину в центр правової реальності, є одним із первинних завдань сучасної вітчизняної юриспруденції. У практичному значенні потреба в дослідженні та науковому переосмисленні плюралістичної концепції джерел права зумовлена тим, що: 1) Україна визнала ратифіковані парламентом міжнародні договори частиною національного законодавства, і за рахунок них зросла роль нормативно-правових договорів серед інших юридичних джерел права; 2) в Україні поширилася дія прецедентів Європейського суду з прав людини, а певні рішення Конституційного Суду України почали визнавати прецедентами тлумачення; 3) зберегли, а подекуди поновили своє значення правові звичаї (звичаї ділового обороту, торговельні звичаї, міжнародні звичаї тощо) і узвичаєння (адміністративні, торговельні) [310, с. 2].

Нова соціально-правова реальність в Україні формується на основі євроінтеграції. Вступ у Євросоюз і Раду Європи є фундаментальним чинником зміни пріоритетів у системі джерел права. Різноджерельне право цих міжнародних спільнот спонукає до необхідної трансформації у напрямі різних юрисдикцій і українське право. У зв'язку із цим аналіз плюралістичних джерел

права Євросоюзу виступає головним завданням як для вітчизняної правової науки, так і для міжнародно-правової практики України [311, с. 1]. Першочерговим у цьому контексті є необхідність визначення правових особливостей джерел права Євросоюзу, виокремлення правових форм і їхніх механізмів, потрібних для майбутньої євронтеграції, та приведення українського законодавства у відповідність до них. Проте слід пам'ятати, що модель запозиченого різноджерельного, євроінтеграційного права може виявитися зовсім нежиттєздатною, якщо не ґрунтуватиметься на глибинних національних засадах і потенціалу соціально-історичних надбань.

Теорія різноджерельного права дозволяє по-іншому, ніж це відбувається на ділі, вирішувати сучасні актуальні проблеми державознавства і правознавства. Щонайперше це стосується теорії і практики народного суверенітету, безпосередньої демократії, розподілу влади, права, верховенство права, правової держави, громадянського суспільства. Різноджерельне право здатне відігравати вирішальну роль при здійсненні демократичних перетворень галузі права і забезпечити їх відповідність європейським і світовим стандартам.

Дедалі більшої актуальності набуває той факт, що в умовах зростання ролі інформації «єдино-правильне» джерело права більше не може монополювати функцію закріплення правових норм. Останнім часом спостерігається явище, яке отримало назву «абсурд і парадокс права», коли масив правових норм збільшується, а рівень правової захищеності громадян при цьому зменшується [107, с. 5]. В такому разі лише різноджерельне право дає змогу усунути існуючі у праві прогалини, здійснити більш гнучке налагодження механізму регулювання суспільних відносин, що водночас сприятиме ефективному захисту прав, свобод та інтересів громадян.

Взаємний вплив і взаємне доповнення правових джерел за всієї їх різноманітності пояснюються їхньою природою і функціональною спорідненістю. Важко собі уявити чи можливе існування такої поки що не створеної концептуальної моделі джерела права, яка стояла б над усіма відомими зовнішніми проявами права, поєднуючи в собі всі їхні переваги й

жодну з їхніх вад. Нетерпляче прагнення певного абсолюту раціональності могло би підказати приблизно такий підхід: оскільки склад різноджерельного права схожий на механізм спеціального призначення, де кожний з його елементів придатний для застосування в кожному окремому випадку, то найдоцільніше застосовувати до конкретних ситуацій ту форму права, яка буде найефективнішою. При цьому зберігатиметься гнучкість у пристосуванні окремого компонента різноджерельного права до безпосередніх вимог життя, а не до асиметричної схеми, яка визначається історичними випадками та несподіваними конфігураціями суспільства.

Зростання ролі різноджерельного права пояснюється, насамперед, тим, що йдеться про динамічну правову форму, у якій можуть проявлятися різні за характером суспільні відносини, що виникають і відбуваються у правовій дійсності. У концептуальному аспекті розширення сфери застосування плюралістичної концепції джерел права призведе до суттєвої зміни не тільки самої філософії взаємовідносин між суб'єктами права, які в умовах децентралізації і деконцентрації державної влади мають можливість самостійного вибору поведінки в межах власної компетенції, а й до якісної зміни системи координат «держава - особистість», у якій індивіди та їхні асоціації змінюють свою поведінкову роль від фактичного підпорядкування до фактичної рівноправності [261, с. 119].

Отже, динамічність життя суспільства, важливість передбачення нових процесів і тенденцій, що виникають у державі, трансформація вітчизняного права у напрямі євроінтеграції визначають необхідність формування різноджерельного права в Україні. Взаємодія закону чи іншого юридичного припису із джерелами права недержавного походження, такими, як звичай, договір, правова доктрина, результати суддівської правотворчості, сприятиме ефективному регулюванню суспільних відносин, усуненню прогалин у праві, вдосконаленню судового захисту прав і свобод людини та формуванню правової держави.

## Висновки до II розділу

Аналіз філософсько-правових поглядів українських і зарубіжних учених свідчить, що вагому методологічну функцію у визначенні поняття «джерела права» відіграє праворозуміння. Відсутність у науковій літературі єдиної позиції стосовно пізнання істинного змісту цього явища викликала численні дослідження, сфера яких поширюється від абстрактно-метафізичних до вузькопрагматичних точок зору, від нормативістського розуміння джерела права як основної норми до повного ототожнення та абсолютизації його зі самим правом. При цьому осягнення суті категорії «джерело права» якимось одним «абсолютно правильним» методологічним підходом призводить до виокремлення та розкриття окремих пластів цього складного правового феномену, а отримані узагальнення можна вважати повними лише у межах певних історичних умов, за яких відбулося те чи інше дослідження проблеми.

В умовах сучасних радикальних соціально-економічних, державно-правових, духовних перетворен важливість передбачення нових процесів і тенденцій, що виникають у суспільстві, виступає однією з передумов становлення системи джерел права як складного, багаторівневого, ієрархічного, органічного, динамічного утворення, що характеризується різноманітністю й видовим розмаїттям елементів, які доповнюють і корегують одне одного щодо забезпечення принципу верховенства права. При цьому жодний із елементів даної системи не можна визначати як абсолютно (ідеально) практичний і справедливий, оскільки кожний у своїй сутності має не лише позитивні моменти, а й недоліки. Для того, щоби право було дієвим, недостатньо його сконцентрувати на самому лише законодавстві, оскільки склад системи джерел права схожий на складний механізм, де кожний компонент, як інструмент спеціального призначення, придатний для застосування в окремих випадках і менш доречний в інших, тому слід виходити з погляду аксіологічної сутності й застосовувати до конкретної ситуації те джерело права, яке зможе найефективніше врахувати і реалізувати права, свободи та інтереси особи, а вразі порушення, забезпечити їх захист. Формування системи джерел права має

відбуватися на основі узагальнення пізнавально-правових методів та єдиної концептуальної ідеї. Природне право має бути першоджерелом правового змісту і моральною оцінкою всіх позитивних норм, а, останні - джерелом закріплення й конкретизації природного права.

Ефективне функціонування національної системи джерел права можливе лише за умови її збагачення й ускладнення недержавними (людськими) джерелами права, посилення договірної регуляції, визнання суддівської правотворчості, тобто впровадження концепції різноджерельного права.



## РОЗДІЛ 3. СУДОВИЙ ПРЕЦЕДЕНТ ЯК ФОРМА ІСНУВАННЯ ПРАВА

### 3.1 Онтологічні аспекти судового прецеденту

Глибоке осмислення й успішне вирішення проблем права неможливі без дослідження особливостей, розкриття змісту його категоріального апарату. Чіткість розуміння права починається лише тоді, коли йдеться про конструювання нових понять і виявлення специфіки застосування вже наявних, які актуалізують правопізнавальний процес. Реалії сучасного суспільного й державного розвитку зумовлюють необхідність створення єдиного несуперечливого термінологічного апарату, а також вироблення загальних базових правових понять для їх однакового розуміння й застосування в усьому світі. Так, Н. Подольська зазначає, що в процесі зближення правових сімей першим етапом треба вважати уніфікацію правових понять, особливо основи кожної правової системи – джерел права. Однією з таких юридичних констант слід вважати дефініцію прецеденту [244, с. 149]. Безсумнівно, конструкція прецеденту неминуче видозмінюється відповідно до умов кожної конкретної країни, однак загальні системні властивості дозволяють генерувати юридичні поняття і вживані для їх позначення терміни, застосовувані у всіх правових системах, а також установлювати загальні ознаки, властиві цілій низці розрізнених окремих фактів правової дійсності, й давати узагальнене визначення виявленим закономірностям.

Питання щодо поняття, змісту й онтологічного статусу судового прецеденту завжди було дискусійним у юриспруденції. Акцентуючи увагу на тому, що судовий прецедент є одним із найдавніших джерел права і, згідно з пануючою, хоча й незагально визнаною думкою, незмінно займає дуже важливе місце в системі джерел права, у науковій юридичній літературі його ніколи не розуміли і не визначали однаково. Але проблема не тільки у цьому. Аналізуючи дослідження, в яких здійснювалися спроби визначити це джерело права,

неважко помітити, що вони не завжди видаються досить обґрунтованими, аргументованими й безпомилковими.

Згідно з найпоширенішим уявленням, під судовим прецедентом розуміли обґрунтування рішення суду з конкретної справи, що є обов'язковим для застосування судами тієї або іншої інстанції при вирішенні аналогічних справ. Так, на думку А. Черданцева, судовий прецедент – положення, що містяться в рішенні вищої судової інстанції у конкретній справі, обов'язкові для інших судів при вирішенні аналогічних справ [335, с. 189]. Н. Подольська визначає його як рішення суду вищої інстанції у конкретній справі, винесене в першій, апеляційній чи касаційній інстанції або в процесі нормативного чи казуального тлумачення правових норм, опубліковане в періодичному виданні, що не тільки є актом застосування права, а й містить норму права, обов'язкову для застосування як цим самим судом, так і судом рівної юрисдикції і нижчим судом [244, с. 149]. Н. Гранат розуміє під судовим прецедентом судове рішення, фактично використовуване як зразок іншими судами за аналогічних обставин [77, с. 8]. В. Гаврилов пише, що судовий прецедент – рішення суду, винесене у конкретній справі й обов'язкове для даного судового органа, а також для всіх судів нижчої інстанції при розгляді ними аналогічних справ надалі [64, с. 50-55].

При цьому слід зазначити, що у даних визначеннях не зовсім правильно відображений момент загальнообов'язковості положень судового прецеденту, які мають бути обов'язковими не тільки для даного суду й інших судових органів, а й для всіх правозастосовувачів - організацій і громадян, інакше вони не зможуть виступати дійсними джерелами права.

Іноді в юридичній літературі під судовим прецедентом називають будь-яке рішення суду [183; 267]. В такому випадку, як справедливо стверджує С. Боботов, необхідно розмежовувати поняття «судовий прецедент» і «судовий казус». Суди розглядають десятки і сотні тисяч кримінальних та цивільних справ, однак далеко не кожне з їхніх рішень стає прецедентом [32, с. 30-31].

Деякі вчені, наприклад, Т. Апарова й А. Цихоцький, характеризують це джерело права так: вищий судовий орган, розглядаючи конкретну справу,

виносить рішення або вирок; цей документ, з одного боку, є обов'язковим для сторін спору, а з іншого боку, як акт застосування права він сам по собі породжує правову норму і таким чином стає прецедентом, тобто обов'язковим взірцем для нижчих судів на той випадок, якщо перед ними постане аналогічне питання [14, с. 174; 332, с. 83]. Схоже розуміння прецеденту пропонує О. Іванюк і визначає його як норму права, що сформульована в рішенні уповноваженого органа, служить зразком при вирішенні наступних подібних справ і обов'язкова як для самого органа, що прийняв це правило, так і для нижчих інстанцій [115, с. 480]. З такою позицією авторів також не можна погодитись, оскільки у цьому випадку поняття «судовий прецедент» і «прецедентна норма права» застосовують як рівнозначні, що робити не слід, адже судовий прецедент є носієм, формою для прецедентної норми, а остання, зі свого боку, виступає його змістом. Категорії змісту і форми – діалектичні: кожна форма змістовна, а кожний зміст має свою форму. Взаємозв'язок двох сторін однієї реальності можна відобразити так: «прецедентна норма» виступає одним із компонентів – змістом, тобто упорядкованим, первинним елементом, що в сукупності з іншими правовими утвореннями (такими, як правові ідеї та принципи, якими керуються судді при створенні нових норм; правила застосування прецеденту; особливий стиль юридичного мислення тощо) формує комплексне, складне явище – «прецедентне право». Тоді як «судовий прецедент» є носієм, формою, способом існування та прояву цього змісту.

Аналіз наявних поглядів на дефініцію «судового прецеденту» свідчить про неоднозначність, різноплановість і значну розбіжність у її розумінні, а значить, потребує виваженого уточнення і, насамперед, аналітичного обґрунтування її суттєвих ознак, що, зі свого боку, сприятиме більш чіткій і повній характеристиці досліджуваного явища.

Аналізуючи проблему судового прецеденту, не можна забувати про те, що розуміння цього феномену в країнах романо-германської системи права і в країнах загального права суттєво різняться. У зв'язку з цим виникає плутанина у визначенні поняття “прецедент”, у яке іноді вкладають різний зміст. Якщо,

виходячи із класичного розуміння, до судових прецедентів відносять лише рішення суду в конкретній, індивідуальній юридичній справі, які створюють нову норму права й обов'язкові для судів при розгляді аналогічних справ, то щодо романо-германської правової системи, називаючи рішення суду прецедентним, у нього нерідко вкладають обивательський зміст: як неординарне рішення чи рішення, що раніше не зустрічалося в практиці судів; явище, що має преюдиціальне значення щодо яких-небудь фактів. Зокрема, Є. Мартинчик та Е. Колокова розглядають судовий прецедент у такому “розширювальному” аспекті й визначають його як будь-який акт судової діяльності, який може служити зразком або прикладом у майбутньому [183]. Водночас таке розуміння прецеденту ототожнює його з конкретним судовим рішенням, незалежно від того, створюється при цьому нова норма права чи виробляється певне положення про застосування норми права до конкретних обставин справи. Іншими словами, тут виникає проблема зіставлення судового прецеденту й судової практики, а також проблема встановлення меж між правозастосовною діяльністю і правотворчістю, з позиції якої слід розглядати досліджуване нами явище.

Що стосується першої проблеми, то, незважаючи на явні суперечності й розбіжності в розумінні деякими авторами “судової практики” і “судового прецеденту”, в більшості наукових досліджень ці явища і поняття розглядають як ідентичні й взаємозамінні, тому вони виступають під спільною назвою “прецедент” [81, с. 86]. Семантичні труднощі полягають у тому, що застосування одного терміна набуває різних смислових відтінків залежно від того, яке юридичне явище хочуть виразити. Така невизначеність вимагає глибокої теоретичної розробки не тільки для розмежування двох тісно дотичних правових категорій, а й для повного відображення їхньої юридичної природи, функціональної ролі та призначення. Іншими словами, інтерпретація категорій судового прецеденту і судової практики вимагає строгої наукової точності й коректності. Тому необхідно визначити, що варто розуміти під судовою практикою, а потім відповісти на питання, чи є ця практика тільки застосуванням закону, чи формує й саме право.

У юридичній літературі поняття “судова практика” розглядають у двох смислових значеннях - широкому і вузькому. У широкому розумінні це діяльність усіх судів, пов’язана з розглядом підвідомчих їм справ і прийняттям відповідних рішень за встановленою процедурою; рішення судової інстанції, яке актуальне з точки зору права, тобто має характер конкретного випадку застосування чинної правової норми [10, с. 48]. Саме в такому контексті досліджував судову практику Н. Єгоров, розглядаючи це поняття як багаторазове однакове вирішення судами однієї і тієї ж категорії справ [106, с. 67]. На думку В. Жуйкова, судова практика – це діяльність судів щодо застосування законодавства при розгляді конкретних справ, використання досвіду і результатів цієї діяльності [103, с. 5]. А. Цихоцький дає таке визначення судової практики: “Це узагальнений результат діяльності судів із застосування права, починаючи від рішення у конкретній справі й закінчуючи роз’ясненнями Пленуму Верховного Суду” [330, с. 164].

Отже, в розумінні вищезгаданих авторів, уся діяльність судів є основою для формування судової практики в широкому розумінні. Однак судова практика – це не просто розгляд судами тих чи інших справ, оцінюваний у показниках статистики. Такий підхід до судової практики виходить із презумпції, що суд – це просто “вуста” закону, і заперечення його творчих можливостей. Окрім того, звичайна практика судів щодо розгляду всіх підвідомчих їм справ є в основному правозастосовним процесом, результат якого – конкретні рішення на основі діючого закону, і тому джерелом права в цих випадках виступає закон. І лише практика, що здатна замінити дефектний закон або виправити його, може сама служити джерелом правового регулювання аналогічних випадків. Це сприяло тому, що деякі автори, такі, як С. Братусь [295, с. 13], С. Вільнянський [60, с. 57, 60] та інші, вважають, що під судовою практикою варто розуміти не всю діяльність судів, а тільки ту її частину, в межах якої однаково заповнюється, доповнюється або замінюється у зв’язку з дефектністю норма регулювання суспільних відносин у процесі вирішення конкретних справ.

Судова практика у вузькому розумінні – це певний прийом, спосіб вирішення окремих категорій справ, у результаті якого вищі судові органи в загальнодоступній формі формулюють нові загальнообов'язкові правоположення, що конкретизують, доповнюють чи замінюють діючі норми права з метою неодноразового використання до невизначеного кола суб'єктів права. Узагальнюючи вищесказане можна констатувати, що судова практика у вузькому розумінні зводиться до судового прецеденту як обов'язкового правоположення, сформульованого вищим судом при розгляді конкретної справи, що конкретизує, доповнює чи замінює нормативне регулювання певних суспільних відносин.

Відмінність між судовою практикою і класичним судовим прецедентом полягає у тому, що формулювання норми здійснив вищий суд не саморозглядом, на власний розсуд, на основі власного волевиявлення в результаті розгляду якоїсь конкретної справи без урахування сформованих позицій нижчих судів, а це відбулося через діяльність судової системи загалом. Тобто судова практика в широкому розумінні – це діяльність усієї системи, спрямована на врегулювання певних правових питань, що не одержали правового вирішення в законі.

За такого підходу співвідношення судового прецеденту й судової практики визначатиметься такими моментами: прецедент може стати першим зразком вирішення певної справи, і тоді діяльність судів щодо розгляду аналогічних справ базуватиметься на його основі, тобто прецедент породжує судову практику [143, с. 118]. У такому ракурсі судова практика за обсягом ширша, ніж судовий прецедент. Це по-перше.

По-друге, коли йдеться про судовий прецедент, то мають на увазі створення нової норми, натомість судовій практиці властивий правозастосовний характер. Вона вивчає, узагальнює і дає роз'яснення з питань застосування законодавства.

С. Алексєєв зауважує, що на відміну від прецеденту практика не веде до створення нової юридичної норми, а пов'язана з роз'ясненням вже існуючої норми права, з виробленням визначеного, “сталого” положення про

застосування норми права в аналогічних справах [5, с. 340-341]. На відміну від прецеденту судова практика, будучи додатковим джерелом права, дозволяє виробляти правоположення, що узагальнюють доцільний, такий, що не суперечить чинному законодавству, повсякденний досвід вирішення спірних ситуацій [81, с. 54].

Не заперечуючи наявність тісного взаємозв'язку між судовою практикою і правотворчістю, К. Комісаров вважає, що спеціальних завдань правотворчого характеру перед юридичною (у тому числі й судовою) практикою не ставлять. Її мета - не виробляти правила поведінки, а застосовувати їх. Тому цей учений відносить судову практику до сфери правозастосування і стверджує, що “судова практика – у будь-якому випадку – сфера правозастосування, правозастосовний процес і його результат” [140]. Аналогічної позиції дотримується й С. Загайнова: “судова практика, до якої відносять і рішення вищих судових інстанцій, – це результат правозастосування. Правозастосування закінчується винесенням судового рішення, що є актом індивідуального регулювання суспільних відносин” [106, с. 128]. За своєю суттю судова практика спрямована на те, щоб реально виникаючі казуси, випадки, що є предметом судового вирішення безлічі різних справ аналогічного характеру, одержали однакові способи вирішення у невизначено тривалий правозастосовний період щодо всіх учасників таких відносин [143, с. 145-146].

По-третє, судовий прецедент як джерело права передбачає не процес судової діяльності, а його результат, тобто судове рішення. Судова практика, як джерело права, вказує на сформовані судами загальні “правові положення” у вигляді правил, принципів, вказівок і визначень, що мають певний ступінь загальноновизнаності й загальнообов'язковості. Водночас М. Марченко вважає, що, коли мова йде про судовий прецедент як джерело, то мають на увазі не стільки процес судової діяльності, під час якої формуються правові положення, скільки результат цієї діяльності, а саме – самі ці вироблювані судовою діяльністю загальні “правові положення” [192, с. 396].

Ще одна відмінність полягає в тому, що судова практика – це діяльність усіх судів, а судовий прецедент – діяльність тільки вищих судів. С. Боботов з цього приводу пише: “Прецедент на відміну від судової практики, тобто сумарного результату розгляду конкретних справ, створюється окремо винесеним судовим рішенням, яке вправі ухвалювати лише вищі судові інстанції” [33, с. 30]. Звичайно, вищі судові інстанції можуть приймати рішення не лише в процесі правотворчості, а й у процесі правозастосовної діяльності. Але, крім зазначених вище відмінностей, існує обставина, що об’єднує явища судового прецеденту і судової практики. І перше, і друге виражають волю держави, мають офіційний характер, є юридично обов’язковими. Інша річ, що коло суб’єктів, для яких вони обов’язкові, різне. Якщо вказівки, що містяться у правозастосовному акті, мають обов’язкову силу лише стосовно тієї конкретної справи, щодо якої вони винесені, то правоположення правотворчого акта розраховані на невизначене коло осіб.

Таким чином, між судовим прецедентом та існуючою судовою практикою як сумарним результатом розгляду конкретних справ не можна ставити знак рівності. Окреслена проблема термінологічної розбіжності судового прецеденту й судової практики вимагає не просто оцінки коректності застосування логічних правил диференціювання, а й звертання до особливостей тих об’єктів права, які визначаються.

Водночас затяжні й переважно гострі дискусії ведуться не тільки стосовно онтологічного статусу прецеденту, співвіднесеності його зі судовою практикою, а й навколо інших питань, зокрема щодо допустимості самої суддівської правотворчості поряд із парламентською правотворчістю; значущості судового прецеденту в механізмі правового регулювання; юридичної чинності судового прецеденту і його юридичної природи. Ретроспективний аналіз юридичної літератури з усією очевидністю показує, що питання про потенційну можливість і реальність існування судового прецеденту як самостійного джерела вітчизняного права залишається ключовим за своєю значущості й досі.



У сучасній правовій реальності формується новий “образ права”, якому далеко не завжди відповідає зміст діючих законів і який вимагає судового, правового тлумачення, заповнення і найчастіше виправлення дефектного закону. Це нове розуміння права, як одна з передумов спонукає визнати судову правотворчість і робить необхідним переосмислення позитивістського вчення про право, хибність якого з філософсько-правової точки зору полягає в тому, що воно обмежує функції права покірним відображенням фактів, тоді як право може управляти цими фактами. Ще один недолік цього вчення пов’язаний з абсолютизацією влади і примусу, невизнанням вільної особистості, ідеї права як принципів соціального устрою, а також необмеженим домінуванням закону і повним підпорядкуванням йому інших джерел права, включаючи і судову практику. Як результат, домінуючий в останні десятиліття позитивізм опрацьовував лише один бік права і визначав його лише за формальними ознаками. Натомість сучасному праворозумінню властиво оцінювати право і його соціальну цінність не тільки за формальними, а й (насамперед) за змістовими критеріями. У зв’язку з цим заслуговує на особливу увагу думка В. Синюкова про те, що юридична форма може приховувати різний духовний зміст права, що аж ніяк не обмежується формальними характеристиками. Більше того, у трактуваннях права, адекватних сучасному рівню методології правосвідомості, форма джерел права вже не виступає на перший план, їхнє місце займають сутнісні і змістовні аспекти правового регулювання [83, с. 8]. Але потрібно зауважити, що онтологічний статус судового прецеденту як джерела права визначає його скоріше не як результат правопізнання, хоча, беззаперечно, і це важливо (його аналізу присвячений наступний підрозділ дисертації), а як певну підставу для подальшої правореалізаційної діяльності. Тобто визначає наявність у даному джерелі права певного юридичного потенціалу щодо визначення масштабу поведінки та його обов’язковості для окремих життєвих ситуацій.

Щоб з’ясувати, чи справді й у яких випадках судовий прецедент можна вважати підставою для подальшої правореалізаційної діяльності, необхідно спершу виявити всі його ознаки і навести докази того, що він має всі властивості

джерела позитивного права. Тільки після цього можна говорити про можливість його доктринального визнання.

Безсумнівно, в будь-якому аспекті розуміння судового прецеденту як юридичного явища мають відобразитися сутнісні характеристики судового акта (формальна визначеність, офіційне опублікування, принцип публічної доступності, загальнообов'язковість, забезпечення державним примусом), оскільки судовий прецедент не може існувати поза залежністю від конкретних рішень суду, що набуває властивості нормативності за певних умов. Це умови надання йому властивостей загальнообов'язковості за допомогою особливих приписів або сформованого узвичаєння, ухвалення рішення визначеним, уповноваженим на те судовим органом (як правило – вищим судом), доведення його до загального відома.

Але не всяке судове рішення можна вважати судовим прецедентом. На підставі загальної дефініції спробуємо визначити відмінні риси (в аспекті вчення про джерела права) звичайного судового рішення і такого, яке з дотриманням певних вимог набуло властивостей прецеденту.

По-перше, судове рішення, на відміну від судового прецеденту має точно визначене та обмежене коло адресатів своєї дії. По-друге, для прецеденту адресатом є не суб'єкти спору, а суддя (суд), для якого означене джерело права слугує підставою вирішення аналогічного спору, згідно з уже пізнаним і незаперечним правом. При цьому суддя (суд) поєднує у своїй особі як суб'єкта офіційного застосування джерела права, так і адресата такої реалізації відомостей про нього. Навпаки, функцію офіційного правозастосування звичайного судового рішення виконує державний виконавець (хоча можливе і добровільне виконання) стосовно визначених у ньому адресатів. По-третє, звичайне судове рішення за умови безстроковості існування, в принципі, остаточне у своїй реалізації, тобто його можна повністю виконати, «реалізувавши» все пізнане у ньому право. Процес реалізації права, сформульованого в судовому прецеденті, може повторюватися багато разів протягом тривалого часу. Крім того, результати правопізнання для звичайного

судового рішення та судового прецеденту мають різні аспекти формального закріплення. Для першого – це переважно резолютивна частина акта суду, яка констатує право особи у даному спорі, для другого – мотивувальна частина того ж акта, що містить принцип, згідно з яким слід вирішувати аналогічні справи відповідно до права [229, с. 36].

Крім того, не можна забувати про те, що не всі винесені судами рішення є обов'язковими прецедентами, яких надалі потрібно дотримуватися. Юридична чинність судового прецеденту визначається двома обставинами. По-перше, вона залежить від того, який суд прийняв рішення, і, по-друге, від того, стосовно якого суду оцінюється дія прецеденту. М. Марченко справедливо зазначає: “Ведучи мову про прецедент як про джерело права і як про результат правотворчої діяльності судів, слід особливо підкреслити, що йдеться про діяльність не всіх судів, а тільки вищих судових інстанцій” [192, с. 396]. Рішення судів, за ієрархією нижчих від того суду, якому пропонується керуватися цим рішенням, мають для останнього характер впливового прецеденту, тобто не є юридично обов'язковими [155, с. 64].

Формування придатних і справедливих норм права для різних, у тому числі непередбачуваних обставин життя є нелегким завданням [322, с. 113-114]. Тому, як зазначає Г. Радбрух, його не можна покладати на розсуд кожного судді. Це завдання можна доручити лише вищій судовій інстанції [257, с. 91], професіоналізм і висока репутація якої зумовлюють силу та чинність прецедентного права [84, с. 255]. Водночас у системі прецедентного права це завдання вважається колективною справою, воно триває у часі, і в ньому бере участь багато суддів. Користуючись такою системою координат, неважко зрозуміти, що внесок окремих суддів неминуче й слушно оцінюватиметься з урахуванням їхнього досвіду, їхніх знань, їхньої обізнаності у сфері життя, якої стосується конкретне судове рішення. Трансформація пізнання правової ситуації забезпечує своєрідне «переливання» підтвердженого практикою історичного досвіду суб'єкта у відповідні форми правових норм та інститутів, забезпечує їх адекватність і ревалентність [133, с. 105].

Таким чином у прецеденті закріплюються попередні досягнення пізнання, від яких відштовхуються в подальших дослідженнях. В даному разі судова правотворчість виступає як перебування між минулим і майбутнім. Цей процес нагадує закріплення накопиченого професійного досвіду, форм ефективної поведінки, які для наступних суддів слугуватимуть не лише надійною спільною опорою, а й спільною відправною точкою до нового права [322, с. 117]. Створене право наступне покоління суддів розглядає не як готову річ, а як щось таке, що можна переформулювати й удосконалити в контексті набутого досвіду й адекватного обмірковування – подібно до того, як чинний упродовж певного часу законодавчий акт може вдосконалюватися за допомогою поправок; так само, як законодавець, мабуть, утримається від переробки тексту законодавчого акта, складеного визнанням майстром, суддя також віддаватиме належне роботі, виконаній його попередниками, яка полягала не лише у прийнятті рішень, а в їхньому поясненні та обґрунтуванні.

За такого погляду прецеденти стають чимось схожим на спільну мову: вони зберігають ті системні елементи права, без яких було б неможливим спілкування між поколіннями правників та між правниками одного покоління. Водночас вони не стають нездоланною перешкодою для змін, оскільки можуть спрямовувати їхній хід. Виходячи з цієї установки, можна сформулювати фундаментальну онтологічну настанову прецедентного права: природний розвиток права залежить не лише від логіки, а й від досвіду. Проте щодо цього в літературі існує й діаметрально протилежне твердження, яке зумовлюється - позитивістським підходом до дослідження проблеми: «Логіка формує право, реалізує його, проявляє себе як фундаментальна константа загального розвитку права, тоді як право – це замкнута логічна система аксіом і умовиводів, з яких випливають, шляхом логічної дедукції - від більш загальних правових норм і принципів, - правильні висновки при вирішенні правових питань. Право – визначене, об'єктивне, уніфіковане і передбачуване, тоді як прийняття судових рішень – механічний, недискреційний процес» [157].

Критичною відповіддю на формалістичні тенденції типу: чи все право впливає з абстрактних принципів; чи завжди судові рішення є результатом лише формально-логічних операцій; як можна зводити право до логічно-структурованої догматики, якщо є ще «живе право» тощо - стала соціологічна юриспруденція, школа «вільного права», яка виступала проти абсолютизації використання у праві формальної логіки та доводила необхідність застосування логіки вищого порядку, яка би враховувала всю суперечливу динаміку соціально-правових процесів у суспільстві, тобто стверджувала б важливість переходу юридичної практики на рівень застосування діалектичної логіки права. Використання виключно формально-логічних правил у судовій діяльності призводить до розриву між фундаментальними теоретичними засадами юридичної логіки і практикою її застосування, до суперечності між статичною формально-логічною системою і динамічною, постійно мінливою, прогресивною системою живого права. Саме ця недостатність, неспроможність формальної логіки охопити, опанувати мінливе, «живе» право привело Є. Ерліха до радикального висновку про шкідливість застосування формальної логіки у праві, яка не тільки неспроможна охопити реальний процес судочинства, а й часто призводить при її використанні до винесення явно несправедливих вироків [368].

Застосування винятково формально-догматичного підходу до права зумовлено неправильним, частковим розумінням права, ототожненням його лише з позитивною нормою, тоді, як право проявляється із глибин суспільного життя і живе незалежно від волі законодавця, держави, яка може навіть заперечувати своє право. Застосування до аналізу права лише логічних прийомів зумовлює несвободу судді в знаходженні істини у праві, змушує його за кожним рішенням кожного конкретного випадку звертатися до законодавця. Застосування винятково формально-догматичного підходу – це до певної міри небезпечна «техніка», яка зрештою зводиться до маніпуляції поняттями, що необхідні для отримання бажаних результатів, і за допомогою якої виправдовується багато зловживань суддів [367]. Постійна зміна реальної правової ситуації в суспільстві не вкладається в сухий формальний механізм

дедуктивного мислення: від більшого засновку, який становить статичну правову норму в конкретному «живому» випадку, до висновку, який через їх поєднання, перетворюється в юридичну фікцію або, спрощено, у несправедливий вирок суду. Жодний логічний зміст не в змозі дати більше від того, що покладено в його основу. Загальні принципи позитивного матеріалу відволікаються індуктивним шляхом від позитивного матеріалу й тому узагальнюють лише те, що в ньому міститься, але не дають нічого більшого. Дедукція з цих принципів не може забезпечити вирішення казусу, фактичний склад якого не передбачений позитивним правовим матеріалом.

Розглядаючи право як відображення соціальних тенденцій, представники соціологічного напрямку в юриспруденції, підкреслювали його зв'язок з життям, соціальним буттям, ратували за те, що визначеність права – це не результат логічних операцій, а наслідок органічного впорядкування процесу вільного здійснення судової влади. Правосуддя – це індуктивний процес вироблення правових норм у зростаючій пропорції; подібно до того, як формуються доктрини експериментальної науки, формується і прецедентне право – шляхом застосування права до обставин кожної справи. Суттєвим чинником розвитку прецедентного права, на їхню думку, є особистість судді, його диспозитивне становище як вільного і творчого, але обмеженого практикою суб'єкта.

Критикуючи логічну замкнутість права, О. Холмс писав: “Життям права є не логіка, а досвід, відчуття насущних потреб часу, домінуючих моральних і політичних теорій, інтуїтивне розуміння суспільної політики, свідоме чи несвідоме, навіть забобони, які підтримують судді зі своїми товаришами по службі, мають набагато більше значення, ніж силогізми у визначенні правил, якими мають керуватися люди” [376, с. 1]. На думку В. Джеймса, “щире – це лише зручне в способі нашого поведіння. Щирий прагматизм визнає те, що найкраще “працює” на нас, що найкраще підходить до кожної частини нашого життя й поєднується зі всією сукупністю нашого досвіду” [92, с. 50, 55].

С. Алексеев зазначає, що прецедентне право характеризується тим, що підвищене значення надається процедурно-процесуальним правилам, і правова

система, не виражена в абстрактно-складній, логічно замкнутій побудові, має характер відкритої системи методів вирішення юридично значущих проблем [5, с. 144]. Коли ж певний тип проблем вичерпується, а нові прийнятими методами не вирішуються, настає потреба у виявленні нових процедур дослідження. Адже сформульовані досвідом методи завжди ґрунтуються на попередньому досвіді пізнання. Сам же досвід постійно розвивається і новому досвідові не можуть відповідати старі методи [133, с. 72]. Подолати проблему можна лише завдяки пошуковим настановам, структуризації нового знання, переформулюванню його у форму методів засвоєння.

Тому особливість прецедентного права полягає у тому, що формулювання його норм – це робота, яка ніколи не завершується. Прецедентна норма ніколи не встановлюється наперед, а поступово розробляється на підставі реальних справ, яким випадає стати предметом судових процесів, підставою прийняття судового рішення [322, с. 115-116]. При цьому саме по собі судове рішення не має особливого значення при розгляді інших справ; обов'язкове власне не воно, а та норма, принцип, на яких воно ґрунтується і доказом яких служить. Ця частина рішення одержала назву *ratio decidendi* (підстава рішення; положення чи принцип, чи основа, на якому чи на якій приймається рішення). Р. Крос визначає *ratio decidendi* прецеденту “як будь-яку норму права, яку прямо чи опосередковано суддя трактує як необхідний крок до досягнення рішення” [151, с. 88]. Р. Уолкер визначає *ratio decidendi* “як застосовуване до правових питань, що виникають у зв'язку з установленими судом фактами, правоположення, на якому ґрунтується рішення” [315, с. 159]. Для Дж. Салмонда *ratio decidendi* «це загальнообов'язковий правовий принцип судового рішення» [385, с. 387]. У. Джелдарт вважає *ratio decidendi* принципом, на якому базується судове рішення [374, с. 7]. М. Марченко розглядає *ratio decidendi* як аргумент, який використовують судді для обґрунтування свого рішення [190, с. 19].

Особливість *ratio decidendi* полягає в тому, що це правоположення суд трактує у судовому рішенні за конкретною справою. Тому для прецедентної норми характерний тісний зв'язок із фактичними обставинами справи. Ця

норма, по суті, казуальна за своєю природою, що дозволяє більш точно відобразити всі деталі й особливості конкретної справи й здійснювати правове регулювання максимального рівня індивідуальності [175, с. 145]. Якщо науковці при розгляді певного прецеденту ставлять питання, «яким є *ratio decidendi* цього рішення?», то судді дивляться на нього під іншим кутом зору: «чи містить ця справа відповідь на питання, що постало у зв'язку з розглядом спору?» [364, с. 50-51]. У більшості справ, які щорічно розглядають, питання права не підлягають дискусіям. Здебільшого спори стосуються фактичного боку справи, оскільки кожна сторона намагається обґрунтувати схожість обставин спору, що розглядається, за фактичними обставинами, за яких був створений вигідний для неї прецедент.

Застосування прецеденту можливе тільки в тих випадках, коли найбільш важливі фактичні складові розглядуваної суперечки чи ситуації не відрізняються від відповідних обставин справи, у якій раніше вже було винесене рішення, що має силу прецеденту. Більше того, зазначені факти мають відігравати ключову роль в обґрунтуванні прийняття саме такого рішення в минулому. Тому суди можуть дійти висновку про неможливість використання прецеденту, якщо встановлять, що відповідні справи відрізняються одна від одної деякими важливими фактичними обставинами, навіть якщо за зовнішніми ознаками вони видаватимуть дуже схожими одна на одну [64, с. 54].

Тим часом, не всі правоположення, закріплені в судовому рішенні, належать до *ratio decidendi*. Це прямо залежить від того, чи є правоположення основним для тих висновків, що викладені в резолютивній частині судового рішення або вироку. Всі інші правоположення, зафіксовані в мотивувальній частині, називають *obiter dictum* даного рішення. Причому положення, яке виступає *obiter dictum* в одному рішенні, в іншому може виконувати функцію *ratio decidendi*, і навпаки [155, с. 63].

На думку Б. Малишева, розуміння *ratio decidendi* як правового принципу, за допомогою якого була вирішена справа, є занадто широким і неконкретизованим критерієм для його подальшої ідентифікації у вирішенні



схожій справі. Така невизначеність із предметом пошуку зумовлює те, що *ratio decidendi* суддя виокремлює за допомогою своєрідного стилю юридичного мислення [179, с. 143]. Юридичне мислення – це активний процес безпосереднього та опосередкованого сприйняття правової реальності в чуттєво-мислинневих образах, в поняттєвому вираженні [45, с. 154]. Водночас під стилем юридичного мислення розуміють зумовлену певною правовою системою сукупність специфічних особливостей способу аргументації юристом своєї правової позиції при практичному застосуванні професійних знань. Іншими словами, стиль юридичного мислення – це результат впливу всіх об'єктивних і суб'єктивних елементів певної правової системи, що проявляється в наявності у більшості юристів цієї правової системи типових рис способу аргументації своєї правової позиції у практичному застосуванні професійних знань [179, с. 143]. Відповідно до відомої класифікації правових систем на сім'ї, в межах західної традиції права існує два найбільш поширені стилі юридичного мислення – англо-американський і романо-германський. Наприклад, в країнах романо-германської сім'ї право розвивається як система твердо встановлених правових правил, логічно-розсудкова форма, очищена від почуттів, цінностей, інтуїції, а основою юридичного мислення вважається оперування юридичними конструкціями та логічними прийомами. Деформалізоване, абстрактне, безособистісне, препароване на догоду етатизму, штучне й механістичне юридичне мислення, сформоване догматичним підходом до права, настільки абсолютизує раціональне, що в цьому втрачає зв'язок з живими правовідносинами, зводиться до формалізовано-алгоритмічних форм. Така конструкція знань виступає вже не як відображення дійсності, а як самоцінна механічна форма, яка з часом виявляє свою нездатність рухатися адекватно змінюваній дійсності, стає неповороткою, негнучкою або перетворюється в маніпуляції поняттями на догоду одному частковому інтересу. Таке мислення неспроможне на пошуки істини у праві.

На думку Ж.-Л. Бержеля, проста констатація розмаїття правил, які діють у межах правових систем, не становить жодного інтересу, оскільки в праві якщо

щось і варте уваги - то це перманентні принципи, відповідно до яких впорядковуються правила, що змінюються. Право не можна розглядати лише як сукупність норм. Якщо поглянути немовби збоку, найбільш суттєвими у праві постануть не норми, які воно містить у даний момент, а скоріше сама структура цього права, концепції, що становлять його основу. Саме викладання права треба здійснювати в цьому напрямі, оскільки за нормами, які змінюються, стоять певні відносно стабільні межі. Головне для того, хто вивчає право, - ознайомитися з його словником, зрозуміти основні концепції, які пізніше дадуть йому змогу розібратися в інших питаннях. Норми, з якими він ознайомився в процесі навчання, можуть змінюватися. Змінити чи скасувати якусь норму чинного права є компетенцією законодавця. Однак він практично не може змінити мову і специфіку стилю юридичного мислення [146, с. 115].

Специфіка стилю юридичного мислення, що притаманна прецедентному праву, проявляється у приблизно однаковій ролі логічних та інтуїтивних елементів у його структурі. Характерною ознакою логічних засобів стилю юридичного мислення, притаманного прецедентному праву, є застосування індукції, пізнання права від одиничного до загального, від окремого випадку до загальних принципів. Із цим учені пов'язують високу ефективність прецедентних норм права. Як зазначає Є. Ерліх, «саме в одиничному, конкретноосмисленому найбільше життя, тоді як загальне, абстрактне завжди бідніше від одиничного, в ньому є лише порожнеча» [367]. Р. Паунд описував спосіб мислення англо-американських юристів так: «Завдяки особливому юридичному мисленню юристи загального права розглядають будь-яку річ із конкретної, а не абстрактної точки зору, віддають перевагу практиці, а не абстрактним міркуванням, а обережне, засноване на досвіді просування вперед від прецедента до прецедента і розробку конкретних норм для кожного з них вони вважають кращим за прагнення усе звести до загального знаменника. Цьому способу мислення не властива амбіційність, що дає змогу приймати рішення у справі на основі узагальнено сформульованої норми. Нарешті, завдяки такому способу мислення міцно вкоренилася звичка бачити речі

такими, якими вони є, а не опосередковувати їх за допомогою абстрактно-універсальних формулювань» [146, с. 134-135].

Зі свого боку, інтуїтивність у процесі застосування прецедентної норми проявляє себе у тому, що суддя має «побачити норму очима свого попередника, тобто очима судді, що виніс рішення, яке стало прецедентом і яке належить застосовувати у вирішенні схожої справи» [179, с. 143]. За своєю сутністю такі інтуїтивні рішення дають змогу свідомості безпосередньо осягати пізнаваний предмет без опосередкованого впливу символічного й логічного інструментарію, а за допомогою професіоналізму та досвіду суддів вищих судів і детального вивчення великої кількості прикладів вирішення подібних справ у минулому. При цьому слід зазначити, що у сприйнятті правової реальності необхідно уникати двох крайностей: наївної раціональності, з одного боку, і надмірної інтуїтивності – з іншого. Найчастіше перше не витримує експериментальної перевірки, а друге – теоретичної критики. Тільки гармонійне поєднання раціонального та інтуїтивного у реальному процесі пізнання призводить до органічного мислення, що притаманне прецедентному праву, за допомогою якого суб'єкт легко вирішує теоретичну проблему та знаходить правильний вихід із життєвої ситуації.

Оскільки повністю аналогічних справ майже не існує, і суддя сам вирішує, чи є він «обмеженим» певним прецедентом вищого суду, то слід зауважити ще одну особливість прецеденту - його інтелектуальний, немеханічний характер. Суддя не може механічно використати попереднє судове рішення просто як шаблон: здебільшого прецедентне право для свого існування та розвитку вимагає специфічних інтелектуальних чинників, вплив яких можна простежити далеко за межами суду, бо вони поширюються на юридичну освіту, роль професії юриста, стиль складання текстів законопроектів [322, с. 129].

Прецедентного характеру набувають лише ті рішення вищих судів, що опубліковані у судових звітах. Це надає судовому прецеденту офіційності, доступності використання його у практичній діяльності, сприяє тому, що подібні справи вирішуються подібним способом [81, с. 67]. На думку Р. Давида,

такі офіційні збірники часто допомагають швидше відрізнити рішення, що заслуговують назви судової практики, від рішень, про які бажано взагалі забути [84, с. 137-138]. Крім того, вивчення таких рішень дозволяє практичним працівникам глибше проаналізувати правові принципи і юридичні аргументи, що були використані у відповідних ситуаціях, і домогтися прийняття більш виправданого, з правової точки зору, рішення в певному конкретному випадку [64, с. 54]. На відміну від практики, що склалася в інших правових системах, у загальному праві в друкованих збірниках судових рішень, як правило, дуже детально викладено обставини розглянутих судових справ, тобто ці збірники подають майже повну версію подій, що сталися до того, як справа надійшла у суд. Це часто збиває з пантелику правників континентальної Європи, які дивуються, чому звіти про окремі справи не обмежуються тими фактами, що безпосередньо стосуються судового рішення, роз'ясненого самими суддями. Однак насправді досить повне викладення фактів розглянутої судом справи – це реальна потреба тієї системи правового мислення, яку репрезентує загальне право [322, с. 115].

Таким чином, узагальнюючи вищесказане, судовий прецедент можна охарактеризувати як сформований на попередньому досвіді пізнання, за допомогою раціонально-інтуїтивного стилю юридичного мислення акт правотворчої діяльності одного з вищих судів, що містить обов'язкове правоположення, яке конкретизує, доповнює чи замінює нормативне регулювання певних суспільних відносин і слугує підставою для подальшої правореалізаційної діяльності. Основні постулати доктрини прецедентного права можна звести до таких тез: по-перше, позитивний юридичний матеріал не завжди достатній, щоби результат кожної конкретної справи на рівні винесення рішення був визначений логічно; по-друге, у таких випадках судді вирішують правові спори за допомогою досвіду судового розсуду; по-третє, основний чинник, що забезпечує ефективне функціонування прецедентного права – специфічний (із поєднанням логічних та інтуїтивних засобів) стиль юридичного мислення суб'єкта правотворчості.

### 3.2 Гносеологічні основи судової правотворчості

Розвиток різноманітних шкіл і концепцій права, існування різних національно-правових систем неминуче призводить до появи різного методологічного інструментарію, який, зі свого боку, сприяє неоднозначному обґрунтуванню проблем права. Так, використання різної логіко-методологічної основи при дослідженні питання, чи є джерелом права або хоча б формою правотворчої конкретизації судові правоположення, призводить як до ствердної відповіді, так і до діаметрально-протилежної. Очевидно, в обох випадках і генеза існування в нинішніх умовах судової правотворчості, і її відсутність зумовлюються інтенсивними гносеологічними процесами, що свідчать про сутнісну детермінованість цього правового феномену пізнанням. Гносеологічна інтенсивність дослідження даної проблеми слугує не лише критерієм теоретичної оцінки існування процесу судової правотворчості в українській правовій реальності, а й (за умови її визнання) передумовою ефективної реалізації на практиці. Адже чіткі правила віднесення тих чи інших судових актів до джерел права необхідні як для самого суду, що застосовує їх, так і для інших правозастосовувачів, які використовують їх у казуальному порядку. Необхідно це і законодавцю, оскільки подальше регулювання визначених ним правовідносин має бути пов'язане з раніше прийнятим і чинним судовим актом, що є джерелом права; і всім учасникам аналогічних правовідносин, оскільки кожен управі і зобов'язаний знати наслідки своїх дій, передбачені актами, що породжують юридичні наслідки.

У цьому контексті важливим є вирішення складної гносеологічної проблеми, а саме - виявлення гносеологічних особливостей процесу судової правотворчості як способу формування права й конструювання правової реальності, а також пізнавальних засад, що аргументують невизнання судового прецеденту як джерела права в умовах вітчизняної правової доктрини.

Загальновизнано, що буття правової матерії проявляє себе в різних формах, що ґрунтуються на глибинних засадах національної енергії та потенціалу соціально-історичних надбань. Право завжди національне, історично зумовлене,

і будь-яке його джерело є відображенням розвитку того середовища, в якому воно виникло і функціонує [133, с. 26]. Останнє, як сприйнята аксіома, дає підстави стверджувати деяким науковцям, таким як В. Лукашевич, Н. Комаров [165], В. Скоромоха [280, с. 10], що джерела права, на яких суттєво позначилися національно-історичні структури, ревалентні одній правовій системі, сприйматимуться іншою як «чужорідне тіло» та ігноруватимуться нею. Отже, феномен прецеденту вони розглядають виключно в контексті правового буття англо-американської правової системи та вважають неприйнятним для романо-германського права. Водночас інтегративні процеси в сучасній цивілізації зумовлюють необхідність пізнання і докорінного переосмислення багатьох правових явищ, у тому числі у сфері досліджуваної нами матерії. Прецедент, який завжди вважали невід'ємним елементом і характерною ознакою правових систем країн “загального права”, набуває нових ознак у застосуванні до умов “далеких” для нього раніше держав [115, с. 473]. Нехай з особливостями, зумовленими історичним шляхом розвитку і формальним запереченням можливості існування правових норм поза законодавчими актами, у формуванні континентального права дедалі більше зростає роль суддів, що розвивають, доповнюють і навіть змінюють писане право [216, с. 3].

Як зазначає С. Алексєєв, “у країнах континентальної Європи тенденція формулювання щораз більш абстрактних норм спричинила... посилення ролі судових органів у процесі юридичного регулювання, розвиток їхньої індивідуально-правової, творчої судової діяльності” [6].

«Якщо ми згадаємо про значну важливість юридичної практики для застосування, тлумачення, поповнення й омолодження закону і про “нормативну владу”, що тепер стала за нею визнаватися в багатьох країнах романо-германської правової системи, – пише Ж.-Л. Бержель, – ми змушені будемо визнати, що межа, яка раніше розділяла цю систему і правову систему англо-американського світу, поступово стирається” [25, с. 114-115]. Подібну ситуацію відзначають і німецькі вчені К. Цвайгер і Х. Кетц: “На континенті відбувається поступове послаблення помилковості уявлень про те, що прийняття рішень –

лише технічна й автоматична операція. Навпаки, в законі дедалі більше бачать тільки вираження загальних принципів, що дають великий простір для тлумачення, і внаслідок цього постійна судова діяльність стає самостійним джерелом права” [328, с. 138].

Більшість учених, які не визнають судовий прецедент самостійним джерелом права, одним із основних аргументів, що підтверджують висловлену думку, називають принцип “поділу влади” [207, с. 34; 252, с. 3; 168, с. 209-211], з якого випливає, що встановлювати юридичні норми є справою законодавця, а справа судді – тільки застосовувати ці норми до відповідних випадків життя: як законодавець не має права судити, так і суддя не має права законодавствувати. Для прикладу можна зіслатися на думку Г. Манова, який на початку 90-х рр. ХХ ст. виступав проти концепції судової правотворчості, що визнає за суддями нормотворчі повноваження. В основі такої позиції було переконання, що “в законодавця ширший соціальний світогляд і, відповідно, є можливість урахування в процесі прийняття рішень значно більшої кількості фактів”. Що стосується суддів, то вони мають справу лише з “конкретною, нехай навіть типовою ситуацією” [181, с. 266]. Із цього логічно випливає висновок про те, що суддя не зможе настільки ж успішно справитися з нормотворчими функціями, як це зробить законодавець. У цей же період аналогічний погляд на правотворчу діяльність судових органів відстоював В. Нерсисянц. На його думку, судова влада має утверджуватися й розвиватися лише на основі й у межах суворого і послідовного дотримання принципу поділу влади. З такою правовою перспективою явно розходяться уявлення про наділення суду не належними йому і не властивими його природі правотворчими повноваженнями [207, с.41].

С. Познишев також стверджував, що “судова влада є гілкою державної влади, яку мають здійснювати окремі органи, якій не притаманні адміністративні чи законодавчі функції і яка покликана здійснювати закон, утверджувати його панування ” [246, с. 87]. Негативну позицію в питанні про визнання судової правотворчості займає і С. Загайнова. Завдання судової влади, – зазначає автор, – застосовувати право, а не творити його. Судова влада не стає

слабшою, якщо вона не володіє правотворчістю. Переваги цієї влади полягають у тому, що саме вона здатна вирішувати ті суперечності, що виникають у сфері законотворчості чи виконання закону [106].

Оскільки у даному разі буттєвість судової правотворчості визначається через сутність судової влади та її сумісність із принципом розподілу влади, то найкращим шляхом пізнання першої є філософсько-правовий аналіз останньої.

Незважаючи на те, що до сьогодні більшість складових поняття “судова влада” вчені вже знайшли, досягти чіткості та ясності у з’ясуванні сутності цього явища все-таки не вдалося. У науковій літературі термін «судова влада» вживають у різноманітних значеннях. Зокрема, Ю. Дмитрієв та Г. Черемних характеризують судову владу як «самостійне публічно-правове утворення, що становить систему спеціальних державних органів, які володіють передбаченими законом владними повноваженнями, спрямованими на встановлення істини, відновлення справедливості, вирішення спорів та покарання винних...» [93, с. 48]. С. Шейфер і В. Яблоков пропонують визначати судову владу «як виключне повноваження судів щодо вирішення наявних у правовій сфері життя суспільства соціальних конфліктів з використанням встановленої законом процедури, що реалізується у формах конституційного, цивільного, кримінального, адміністративного судочинства» [350].

На думку П. Пацурківського сучасні трансформаційні перетворення сприяють утворенню нового підходу в теорії та практиці до становища суду в правовій державі, яке визначають не через загальні, властиві всім органам влади характеристики, а через констатацію нової, цілком особливої, унікальної ролі його як носія такої влади, якою не володіє ніхто інший у суспільстві й державі [227, с. 183-189]. Безперечно, основне завдання суду – розглядати й перевіряти достовірність наданих сторонами доказів, дати їм свою оцінку і викласти її у своєму рішенні. Іншими словами, суд повинен вирішувати спір та здійснювати об’єктивне, справедливе правосуддя. Але водночас судову владу як одну з основних структур правової держави не можна зводити лише до розгляду конкретних справ, передбачених нормами цивільного та кримінального права.



Такий підхід віджив. Понад сімдесят років радянський суд займався розглядом конкретних цивільних і кримінальних справ. І нікому не приходило на думку називати це судовою владою. Але коли після довгих років самореалізації стало зрозуміло, що приєднатися до світової цивілізації можна, лише засвоївши і прийнявши за початок відліку загальнолюдські цінності, однією з яких є концепція правової держави, тоді посттоталітарна суспільна свідомість сприйняла ці ідеї як свої власні, тоді постала необхідність дати вичерпну відповідь на запитання, з яких елементів складається судова влада і як «вбудувати» її в систему нашої сьогоденної державності.

На думку І. Іваннікова, складовими частинами судової влади є дві групи елементів, які можна класифікувати як ідеальні й матеріальні. Ідеальні компоненти судової влади – ті, що характеризують її сутність і природу. Це воля всього народу, авторитет влади і правова ідеологія. Матеріальними компонентами судової влади є елементи, що оформлюють її організаційно і роблять постійно функціональною й обов'язковою. Це система судів і законодавство про судоустрій і судочинство [114, с. 6].

Розглянемо природу судової влади детальніше.

По-перше, судова влада – це окремий випадок, прояви влади взагалі, одна із форм публічної влади, а саме - державної. У цьому зв'язку судова влада – метафізична й історична реальність, унікальні й водночас закономірно виникаючі суспільні відносини, природа яких полягає в потенційній здатності суспільства, базуючись у своїй діяльності на такій соціальній цінності, як право, мобілізувати свої ресурси на вирішення певних категорій соціальних конфліктів, а також наявність у суспільства права не тільки приймати рішення в процесі їхнього вирішення, а й домагатися шляхом неухильного дотримання норм права обов'язкового їх виконання. Іншими словами, судова влада – це властивий соціальній природі людини спосіб і необхідна умова функціонування соціальної спільноти, а також засіб загального зв'язку комунікації, що виникає між високоорганізованими людьми в процесі вирішення певних категорій

соціальних конфліктів; символічний посередник, що забезпечує виконання взаємних для громадян і держави зобов'язань на основі норм права.

По-друге, наявність у комплексі судових владовідносин суспільства, що виступає одночасно й об'єктом, і специфічним суб'єктом, оскільки існування судової влади (як і влади державної) поза суспільством абсолютно неможливе, тому що саме суспільство – її джерело.

По-третє, судова влада має власну структуру. В її основі - легітимність суду, його авторитет. Слід зазначити, що поняття “авторитет судової влади”, “авторитет суду” у вітчизняній юриспруденції розроблені доволі слабо. Причина цього прозаїчна. У радянський період розвитку нашого суспільства цим питанням майже не приділяли увагу, тому що для дослідників тієї пори була не зовсім зрозумілою природа як самого суду, так і здійснюваної ним влади. Суд розглядали як складовий елемент командно-адміністративної машини, в авторитеті якої тоді ніхто особливо не сумнівався. Оскільки авторитетом апріорі володіло ціле, то часткове – радянський суд – був авторитетним сам по собі. Водночас проблема авторитету судової влади вимагає ініціативної постановки, нових підходів і теоретичних розробок. Як зазначав Т. Гоббс, охорона авторитету суду є функцією верховної влади. Джерела авторитету судової влади нерозривно пов'язані зі загальним рівнем розвитку права, якістю правосвідомості конкретного суспільства, збалансованістю судово-правової політики, а також із порядком формування судів, самостійністю, незалежністю і непідкупністю суддів, законністю їхньої діяльності.

Авторитет судової влади, на нашу думку, зумовлюється цілим переліком чинників. По-перше, в основі авторитету судової влади лежить реальна, а не декларована підсудність; перелік категорій спорів, вирішення яких входить до компетенції суду. Чим ширший цей перелік, тим авторитетнішим є суд. По-друге, про рівень авторитету судової влади свідчать частотні й кількісні характеристики судововладних правовідносин. Чим частіше учасники спорів вступають у цей вид відносин, тим впевненіше можна казати про їхню авторитетність. По-третє, авторитет суду, як не дивно, зумовлений стабільністю

судово-правової політики держави. Водночас про авторитет судової влади ні в якому разі не можна говорити з огляду на авторитет конкретних судових установ, оскільки судова влада – це суспільні відносини загалом, а про авторитет конкретної судової установи судять, звичайно, за якістю роботи окремих чиновників.

Про реальне існування судової влади в державі можна говорити тільки у тому випадку, коли наявні всі її головні джерела, її носії, а сама вона виконує властиві їй функції. При цьому варто постійно пам'ятати, що судова влада функціонує не сама по собі, а в тісній взаємодії з іншими гілками державної влади. Всяка спроба розгляду судової влади в контексті проблеми її взаємодії з владою законодавчою і виконавчою, очевидно, має починатися з аналізу деяких основних ідей, які сформулювали основоположники теорії поділу влади. Вихідні положення цієї концепції зводяться до того, що суди не можуть визнавати нечинними акти парламенту – закони, судді повинні застосовувати, а не творити право, оскільки вони не обираються народом і не відповідають перед ним за свою діяльність. Закон як нормативний акт найвищої юридичної сили має бути для суддів священним, а принцип парламентського суверенітету – непорушним. Причому судам за цих умов традиційно відводилась роль «механічного правозастосувача», або, словами автора теорії поділу влади Ш. Монтеск'є, «вуст, що вимовляють слова закону» [201].

Щодо реальної ситуації перебільшення принципу розподілу влади та абсолютизація заборони судової правотворчості безвідносні [346, с. 45]. На наш погляд, останнім часом у юридичній літературі необґрунтовано перебільшується значення жорсткого розмежування принципу розподілу влади у формуванні демократичного суспільства та правової держави [279, с. 10; 239]. Оскільки в кожній сучасній державі, незалежно від форми правління, влада належить народові, корениться в народі й існує для народу, то логічніше в такому разі вести мову не так про поділ влади, як про поділ функцій, компетенції, сфер діяльності й повноважень різних державних органів [258, с. 57] з метою реалізації ними механізму стримувань і противаг. Сам по собі розподіл

повноважень між різними державними органами є засобом підвищення ефективності виконання ними своїх функцій, але аж ніяк не самостійним чинником у запобіганні узурпації влади.

Окрім того, наявність “чистої” теорії поділу влади, відповідно до якої з усієї розмаїтості повноважень, виконуваних кожною з трьох гілок, виключаються схожі чи змішані функції, не підтверджується досвідом державно-правового буття і реальною дійсністю [258, с. 55]. Як слушно зауважує Л. Лазарев, подібна теоретична модель не тільки “не підтверджується її сучасними модифікаціями, а й не втілена і не може бути реалізована жодною з існуючих правових систем” [159, с. 42]. В іншому випадку, розглядаючи теорію поділу влади як принцип повної ізоляції кожної гілки влади, стверджує П. Пашковський, ми неминуче одержимо те, проти чого початково висувалася ця концепція, – свавілля кожної з гілок влади при неможливості їхнього гармонійного співробітництва і впливу одна на одну [228, с. 50-51].

При ближчому розгляді реальної дійсності виявляється не тільки те, що діяльність усіх трьох гілок влади переплетена, а й те, що кожна з них використовує той самий спосіб управління – видання обов’язкових для виконання правил поведінки. Представницька влада приймає найважливіші загальні правила – закони. Виконавча влада ухвалює для виконання законів конкретніші правила. Нарешті, судова влада приймає правила, що уможливають вирішення спірних ситуацій. Визнання судової системи самостійною гілкою державної влади безпосередньо зумовлює наділення рішень судів властивостями джерел права [143, с. 35; 160; 82, с. 14], оскільки справді реальна і функціонуюча влада не може не впливати на правовідносини в суспільстві. Крім того, через суперечливість і прогальність законодавства, суд не може не приймати рішень, що формулюють правоположення, про належне регулювання спірних відносин. З метою стабільності й гарантії прав людини такі рішення з безпосередньою обов’язковістю призводять до підпорядкування такому рішенню не тільки учасників процесу, а й держави в особі її органів. Іншими словами, таке рішення стає правилом поведінки, що наділені

примусовою силою. У цьому розумінні воно не відрізняється від правової норми. Твердження, що норма має загальне застосування, а конкретне судове рішення персоніфіковане, є більше традиційним, ніж справедливим. Суть правової норми – в обов’язковості вміщеного в ній правила, але аж ніяк не в тому, скількох суб’єктів воно стосується. Можна надати владні функції й конкретному судовому рішенню, поширити його на значне коло аналогічних спірних ситуацій. Те, що такий механізм судового прецеденту абсолютно коректний із позицій влади, останнім часом неодноразово відзначається у правовій доктрині. А наявність недосконалого, пробільного законодавства, важливість динамічного передбачення нових процесів і тенденцій, що народжуються у суспільстві, необхідність формування ефективного механізму судового захисту прав і свобод людини, сприяють тому, що серед учених дедалі частіше звучать заклики визнати судову правотворчість і перейти до прецеденту як способу розвитку права. Так, В. Ржевський і Н. Чепурнова пишуть, що необхідно вирішити питання “про надання нормативного характеру правозастосовній діяльності суддів, що має розширити розуміння норми права” і “відкрити шлях здійсненню прецедентного процесу”. Ті ж автори відносять до джерел права як узагальнення низки судових рішень, так і окреме судове рішення (як зразок) і стверджують, що суди “просто зобов’язані в даний час створювати право” [262, с. 36, 61].

Осмислюючи сучасні процеси, А. Тоффлер доходить висновку, що сьогодні законодавство втрачає головне в дрібницях: воно не здатне виразити своєрідність і крихкість виникаючих у соціальній практиці ситуацій, діє грубо й абстрактно [48, с. 65]. Внаслідок цього існують важливі галузі права, в яких взагалі відсутнє правове регулювання або ж воно обмежується загальними посиланнями чи рамковими нормами. Ця обставина, а також нездатність законодавця вчасно реагувати на мінливу дійсність, на думку Н. Подольської, служать передумовою суддівської правотворчості [244].

На думку О. Венгерова, соціальна правова реальність свідчить, наскільки широким є коло питань, неврегульованих законом, без яких неможливо

реалізувати економічні й соціальні програми, продиктовані життям [56, с. 123]. Курс на прискорення реформ змушує законодавця якнайшвидше створити позитивні норми, які врегулювали б нові суспільні відносини. Водночас нагальність у прийнятті таких норм впливає на їхню якість, досконалість, ефективність і дієвість. Але соціальні проблеми, що вимагають законодавчого втручання, невичерпні. Одного разу визначивши деякі правила, закинувши в суспільство базисну нормативну інформацію, законодавець, ґрунтовніше осмислюючи об'єкт регулювання, часто зіштовхується з необхідністю нових, детальніших, зрозумілих, докладних визначень – аж до опису того, якому суб'єктові, як, у яких умовах необхідно діяти. Звідси – геометрична прогресія зростання кількості нормативних актів, від якої не рятують заходи з очищення законодавчого масиву від неактуального матеріалу що, як правило, супроводжують введення в дію знову створюваних актів [48, с. 65]. Але, незважаючи на це, будь-якій, навіть досконалій, позитивній системі норм властиві прогалини. Тому що, попри їхню досконалість, життя створює нові суперечливі ситуації, вирішити які має суд [295, с. 15]. Стосовно цього В. Жуйков наголошує: «прогалини в праві були, є і будуть завжди, як би законодавець не хотів і не вмів приймати необхідні закони, оскільки передбачити всі відносини, що потребують законодавчого регулювання, просто неможливо». В окремі історичні періоди навіть стабільне і добре розроблене законодавство, починає кардинально обновлятися, що неминуче призводить до значного зростання прогалин, заповнити які, на думку вченого, можна лише наділивши вищі суди правотворчою функцією [104, с. 147].

Позицію щодо існування у правовій реальності прогалин у праві, а також щодо необхідності визнання судової правотворчості для їхнього усунення не завжди поділяли у правовій доктрині. Досліджуючи цю проблему, В. Лазарев писав: «як фактично, так і юридично окремі положення постанов вищих судових інстанцій хоча і частково, але заповнюють прогалини у праві. В. Туманов назвав суд конституційної юрисдикції правотворчим органом по суті, хоча він формально й не належить до таких. З точки зору існуючої практики, важко з цим

погодитися. Однак у силу конституційного принципу розподілу влад Конституційний Суд не може бути законодавчим органом» [251, с.429].

Вважаємо таке твердження передчасним. Адже якщо виходити з того, що поняття законодавства вужче за поняття права, то закономірно ставити питання про те, чи може цей суд, не будучи законодавчим органом, бути органом правотворчим. Аналізуючи поняття правотворчості й законотворчості, варто погодитися з позицією В. Шишка про те, що ці категорії не слід ототожнювати, вони співвідносяться як ціле і частина, рід і вид, загальне й особливе. Якщо законотворчість як різновид правотворчої діяльності полягає у прийнятті законів, створенні позитивного права, то правотворчість – це розумова діяльність, щодо створення правових норм взагалі [356, с. 9]. Але в науковій літературі зустрічаються й протилежні підходи до аналізу правотворчої і законотворчої діяльності, зокрема щодо їхнього не розмежування, а ототожнення.

Розмаїтість поглядів стосовно визначення співвідношення категорій «правотворчість» та «законотворчість», а також визнання і розуміння похідних від них понять, зокрема досліджуваної нами судової правотворчості, значно спричинюється використанням різних методологічних підходів до дослідження проблеми, залежить від позиції автора щодо ототожнення чи розмежування права і закону, а також від його прихильності до тієї чи іншої концепції праворозуміння.

Так, в інтерпретації нормативної концепції простежується легістсько-позитивістське ототожнення права і закону, що, зі свого боку, призводить як до сплутування понять «законотворчість» і «правотворчість», так і до невизнання судової правотворчості як такої. Згідно з цією концепцією праворозуміння, право – це норми, що викладені в нормативних актах, а правотворчість – форма владної діяльності уповноважених державних органів, спрямована на створення, зміну та скасування нормативно-правових актів, за допомогою яких в чинній юридичній системі запроваджуються, змінюються чи скасовуються правові норми. Властиве юридичному позитивізму нормативне начало неминуче суперечить сутності прецедентного права [143]. Судової правотворчості не

існує, вважають прихильники цієї теорії, оскільки судді не створюють право, а постійно застосовують існуючі норми до обставин, щодо яких застосування певних норм ще не було оголошено. Як зазначав І. Блекстоун, право та думка судді не завжди одне й те саме, а оскільки суддя може помилятися у розумінні права, то йому не дозволяється вигадувати нові норми, проте його обов'язком є підтвердження та тлумачення вже існуючих, які закріплені рішеннями його попередників [31, с. 174, 178].

З позицій природно-правової концепції очевидно, що право – це не тільки «сухі» тексти законів, а й форма правосвідомості, осмислена суспільством система понять про загальнообов'язкові норми, заборони, права, обов'язки, умови їх виникнення та реалізації, порядок і форми захисту. Позитивні закони старіють і не завжди своєчасно оновлюються. Правосвідомість дає можливість суб'єктові права динамічніше реагувати на суспільні потреби та інтереси, ніж це робить законодавець. Крім того, нормативно-правовий акт не може бути власне правом доти, поки він не вплине на свідомість індивіда. А тому, в розрізі цієї концепції, під правотворчістю слід розуміти діяльність не тільки держави, а й окремого індивіда, спрямовану на встановлення, зміну чи скасування правових норм [116, с. 182]. Прибічники природно-правової концепції адекватно сприймають прецедентну модель права.

Проблема судової правотворчості для України не нова, однак підходи до її вирішення останнім часом змінилися радикально. У вітчизняній юриспруденції тривалий час панівною була точка зору, згідно з якою суди можуть здійснювати лише офіційне тлумачення закону, не створюючи нових норм, оскільки за своєю природою вони є правозастосовними органами, а створення норм відповідно до класичних канонів теорії розподілу влади, що становлять основу державного устрою України, залишається прерогативою законодавчих органів. Водночас ніхто не заперечує право органів виконавчої влади видавати нормативні акти, незважаючи на те, що це також суперечить цій теорії. Крім того, слід зазначити, що у діючому законодавстві відсутні норми, які забороняють судовим органам приймати нормативні акти. Побоювання, що при такому підході до ролі судової



практики інші гілки влади вважатимуть себе вправі привласнити повноваження суду, за принципом “якщо суд може творити право, то вони можуть вершити правосуддя”, не мають підстав, оскільки це прямо заборонено в ч. 1 ст. 124 Конституції України, відповідно до якої правосуддя в Україні здійснюють виключно суди.

Таким чином, у сучасних умовах соціального буття особливо актуалізується необхідність зосередитись на проблемах суддівської правотворчості, показати її як процес комплексної творчості, що зумовлюється потребами суспільного розвитку, будується на принципах природного права і має чіткі раціональні основи.

Судова правотворчість характеризується органічною єдністю трьох її основних компонентів: пізнання, діяльності й результату, що у своїх діалектичних взаємопереходах створюють відносно закінчений цикл цього процесу. Розпочинається судова правотворчість із виявлення об’єктивних суспільних закономірностей, що вимагають правового регулювання. Сфера правового регулювання – це той соціальний простір, що підпорядкований дії права. Межі державного впливу в цьому разі можна розглядати з двох сторін: його можливості і його необхідності. Верхня межа правового регулювання суспільних відносин є межею можливого. Відносини, що знаходяться за ним, знаходяться поза досяжністю державної влади і регулюються іншими, неправовими нормами (природні чинники, закономірності суспільного розвитку, рівень економіки тощо). Нижня межа (необхідність втручання) визначається важливістю для держави тих або інших суспільних відносин. Ця межа, особливо в умовах перехідних суспільств, є найбільш хиткою.

Однак для того, щоб у результаті судової правотворчості адекватно відображалися процеси, які потребують правового регулювання, необхідно не тільки виявляти, вивчати, а й уміло оцінювати об’єктивні закономірності, що спрямовують ці процеси. Водночас важко гарантувати адекватність їхньої оцінки без гносеологічно аргументованого і методологічно регламентованого процесу пізнання. Тому можна констатувати, що обов’язковою передумовою

створення прецеденту є пізнання тих складних умов, чинників і обставин, суспільних відносин, що розвиваються й трансформуються, правове регулювання яких відсутнє та диктується вимогами суспільного прогресу. На відміну від законотворчості, судова правотворчість більш наближена й органічно пов'язана із пізнанням правової сфери соціального буття, розвиток якого характеризується не тільки своєю статикою, а й постійною динамікою. Природа суду така, що він стоїть між готовим правом і суб'єктами спору, саме перед ним відкриваються картини недоліків правових розпоряджень [43, с. 113].

Другий етап судової правотворчості полягає у наступному: коли усвідомлені потреби і мета правового регулювання тих або інших відносин, суддя приймає рішення про перехід від пізнання до діяльності. В іншому разі обмеження правотворчості межами «чистого» пізнання, яке не переходить у «діяльнісну сутність», таїть у собі небезпеку обмеження його пасивною умоглядністю. Процес правотворення, з гносеологічної точки зору, є процесом виникнення нового, досить своєрідного знання. Специфіка цього детермінується тим, що правотворець іноді вимушений поступатися вимогам логічності, гармонійності, несуперечливості задля досягнення більш прагматичних завдань – узгодженості, системності, пристосування до практики. Правотворчість неможливо собі уявити без розуміння потреби досягнення певної мети. Правові акти створюються для впорядкування соціальних взаємодій та організації розбудови суспільства, яке постає орієнтиром і метою правотворчості. Без хоча б відносно визначеної мети правотворчість втрачає сенс, оскільки зникають критерії оцінки ефективності прийнятих актів, стає неможливим визначити ступінь наближення до поставленої мети через нормування певного типу відносин [133, с. 56]. Тому слід погодитися з І. Лихолат у тому, що гносеологічні особливості правотворчого процесу проявляються, насамперед, у його меті, механізмі реалізації, практичній спрямованості, суб'єктному складі самого процесу та результатах [163, с. 11].

У реальності будь-якого правового феномена, як і права загалом, головне полягає в особливому способі його прояву, в тому, що воно діє на суб'єкта. Це

особливий вид дії – дія не тільки через зовнішню причину, а й унаслідок внутрішнього спонукання [175, с. 154]. Розгляд правотворчості в гносеологічному аспекті передбачає аналіз його екзистенційності чи відповіді на запитання: як створити за допомогою розуму таку правову норму (припис), яку б воліли виконувати інші й яка при цьому відповідала б своєму призначенню – захисту прав і свобод людини. В даному разі актуалізується важливе питання, що диктується основною функцією права – наведення ефективного правопорядку. Адже право, якого не дотримуються, або право, яке внутрішньо не визнають, залишається слабким з точки зору чинності, і його внесок у справу ефективної організації суспільних відносин невеликий [63, с. 11].

Відповідно до природно-правової традиції, правотворчою силою має бути людський розум. Саме в ньому пізнаються ті вічні загальнолюдські правові цінності, насамперед, свобода і справедливість, що мають реалізовуватись у кожному правовому устрої [233, с. 70-72]. Створені розумом норми приборкують емоції, забезпечуючи тим самим порядок у суспільстві. Однак надмірно раціоналізувати право, протиставляючи його життю, не слід. Цей світ фікцій виявляється недосяжним для добровільного й вільного визнання. Оскільки право звільняється від природних моментів, його ефективність залежатиме виключно від примусу [175, с. 42], а не волі виконавця. Але феномен підкорення правотворчому актові треба пояснювати не тільки страхом перед його санкцією, а й повагою до нього (бажання використовувати у своїх інтересах систему правового захисту визначених дій). Джерелом дієвості правотворчого акта може виявитися не тільки команда суверена, а й справедливість, яку він виражає.

Щодо останнього правового критерію, то у філософсько-правових дослідженнях його розглядають неоднозначно. Порівнюючи «справедливість» із пошуком «абсолютної істини», Г. Кельзен вважає, що утопічно й нераціонально говорити про використання цієї категорії у сфері суддівського права. «... При встановленні обставин, вимог сторін і зрештою при вирішенні справи судовим органом ідеться не стільки про пошук абсолютної «істини», скільки про

розв'язання спору, наближення його до завершення. Якби пошук «справжнього» складу чи дослідження «істини» були безконечними – а як вони можуть мати закінчення, коли абсолютна істина є недосяжною для людини, - то про яку справедливість, хай навіть найсправедливішого природного права, можна говорити – вона ж бо недосяжна» [126, с. 66].

У юридичній літературі існує також протилежна думка, згідно з якою це поняття можна адекватно використовувати. Сучасні тенденції зближення природно-правової та позитивістської доктрин передбачають ширше використання цього поняття як у правозастосовній, так і в правотворчій діяльності уповноважених суб'єктів. Справедливість визначає духовну сутність і вектор розвитку правотворчого процесу. Без неї зовнішні форми вираження права не будуть наповнені внутрішнім глибинним змістом. Лише справедливе право здатне враховувати індивідуальність, неповторність і зрештою духовність людини. Таке право дає впевненість і гарантію того, що особливості правової ситуації, неодмінно враховуються, а розв'язання цієї ситуації буде не лише адекватним особливим життєвим умовам та обставинам, а й відповідним духовній природі її учасників.

Максимальна духовна концентрація всіх учасників правової ситуації - основний принцип справедливої правотворчості. Як зазначає С. Максимов, «в основі справедливої правотворчості лежить етичний дискурс соціуму. Вимога до дискурсу - участь кожного в обговоренні сутності справедливості, відмова від примусу. У процесі дебатів передбачається виникнення консенсусу. При цьому соціальна умова солідарності виступає не як матеріальний критерій, а як процедурна умова» [175, с. 136-137]. Але все це можливе лише у результаті пізнавального процесу. При цьому варто також зазначити, що гносеологічний, пізнавальний у своїй основі характер потребує не лише правотворча, а й правозастосовна судова діяльність. Лише тоді, коли суддя як суб'єкт правозастосування буде вникати у правову ситуацію, коли окрему норму не будуть підганяти під окремий казус, не враховуючи його особливості; коли будуть уникати лицемірної і багатозначної заяви, що «закон є закон», право

дасть реальний розв'язок спору про право. У таких випадках мова йде про особливі пізнавальні засоби, що використовуються при пізнанні емпіричного світу, оскільки поєднують пізнавальні й оцінні моменти. Суддя має вирішувати справу, насамперед, у категоріях деонтології – вільної волі, зобов'язання, відповідальності, а потім уже в категоріях емпіричної онтології – соціального середовища, не підмінюючи перше другим [175, с. 154].

Специфіка правотворчості як процесу створення адекватних моделей поведінки полягає не тільки у відкритті об'єктивних якостей і зв'язків, а й у їхньому спрямуванні на галузь практичну [163, с. 11]. Судовий прецедент – первинний результат судової правотворчості, за яким настає основний – дія цього прецеденту, що полягає в практичному регулюванні відповідних суспільних відносин. Саме вивчення останнього дозволяє визначити ефективність, обґрунтованість, функціональність суддівської правотворчості.

Звичайно, не можна однозначно стверджувати, що сучасний правотворчий процес повсюдно сприяє вдалому, незмінно виправданому результату: як і в будь-якому процесі пізнання, тут можливі й постійно трапляються помилки, волюнтаризм і заподіюваний ними конкретний збиток матеріального чи морального плану. Але не завжди за суб'єктивні прорахунки суб'єкта правотворчості настає належна відповідальність. Причому якщо на рівні суддівської правотворчості якісь форми відповідальності ще можливі (принаймні, у вигляді постановки питання про компенсацію збитку, завданого прийняттям неправового акта), то верховний законодавець, який творить закони у формальному розумінні цього слова, надійно захищений від відповідальності, який би руйнівний для суспільства закон він не прийняв [21, с. 184].

Таким чином, судова правотворчість – це зумовлена об'єктивними суспільними закономірностями комплексна діяльність суддів, що складається з розумово-пізнавальних операцій, у результаті яких у супроводжувану систему джерел права вливається новий елемент – судовий прецедент, що регламентує окремих аспект буття суспільства.

Судова правотворчість – це складний інтелектуально-пізнавальний процес. Прецедент як витвір, отриманий у результаті такого процесу, не може не нести на собі відбиток суб'єктивності його творця. Наукова цінність цього явища полягає в тому, що воно дозволяє відобразити діалектику суб'єктивних і об'єктивних начал у процесі формування права і - як результат – складну суб'єктивно-об'єктивну природу права. Природа права така, що право не може бути не трансформоване суб'єктивністю реципієнта. Проходячи через свідомість службовця і стаючи його правосвідомістю, воно не може не відчувати впливу особливостей самої його свідомості. Подібне відбувається й у процесі судової діяльності, в якій реалізується не чисте право держави, а таке, яким його розуміє і як до нього ставиться суддя, тобто до певної міри вже зумовлене особистісними та професійними характеристиками судді [133, с. 27-28].

Двоєдина природа правотворчості виражається у тому, що, з одного боку, формування права і його зміст зумовлені об'єктивними умовами існування суспільства й у цьому плані є об'єктивно-необхідними [264, с. 21], але, з іншого боку, правова реальність онтологічна, її дійсність стає об'єктивною через суб'єктивність [16, с. 20], у процесі свідомо вольової діяльності. Інтелектуальні, вольові акти, емоційні переживання суб'єктів права через правотворчість формують неповторний для кожного суспільства юридичний дискурс правопорядку, що відображає специфічність укладу правового менталітету соціуму.

Таким чином, складна об'єктивно-суб'єктивна природа правотворчості передбачає наявність двох вимірів: де об'єктивний орієнтує на зв'язок права з життям, враховує існуючі актуальні умови у даному суспільстві, а суб'єктивний – орієнтує на свободу і творчу активність суб'єкта [175, с. 107], зумовлюється його суб'єктивними можливостями при творчій самореалізації.

Правотворчість – це не лише форма здійснення уповноваженими органами функцій держави, спрямована на пасивне відображення дійсності (що було притаманне радянському періодові), а й складна духовна, інтелектуально-творча діяльність. Водночас творчість є породженням нового, того, що не було ще ніколи, не зв'язаного ще ніякими нормами [133, с. 186]. Вона можлива тільки

через свободу [24]. Свобода, щоб не залишатися абстрактною можливістю, має передусім дати собі буття [146, с. 281], що можливо лише через індивідуалізацію особи, дотримання власних життєвих установок, збагачення особистості [283, с. 17].

У зв'язку з цим особливий інтерес становить питання про межі свободи суддів у процесі їхньої правотворчої діяльності.

Представники соціологічних концепцій права наполягають на звільненні суддів від підпорядкування нормам судочинства. На думку Є. Еріха, правотворчість значно залежить від масштабу свободи. Лише наділивши суддю свободою, можна очікувати від нього відповідальності за «несправедливість» власних рішень [370; 30, с. 112; 45, с. 153]. Прибічники найбільш крайніх поглядів, зокрема В. Демченко, С. Муромцев та інші, рекомендували повністю звільнити суддів від підпорядкування законодавству, дозволити їм діяти й вирішувати суперечки з урахуванням конкретної ситуації на власний розсуд. Їхня позиція зводилась до таких констант: завдання теорії юриспруденції – визначати й описувати природу й межі суддівської свободи, а не штучно обмежувати суддівську практику. Так, прихильник повної свободи суддівського розсуду Г. Демченко писав: “Не можна ж жадати від загального закону того, чого він дати не в змозі: не можна вимагати, щоб він охопив усе правове життя суспільства в його найменших подробицях, щоб він устигав стежити за живою розмаїтістю і вічною мінливістю рухомої дійсності. Забезпечити загальне керівництво, ввести в необхідні межі діяльність суду, вказати йому шляхи і способи дії – ось що під силу законодавцю” [90, с. 345]. Загальні поняття і правила закону видаються посудиною, яку саме життя наповняє відомим змістом, тому що законодавець дає тільки остов, або ж кістяк, який суддею облачається в плоть і кров живої дійсності [90, с. 341].

Відповідно прибічники суддівської свободи наголошували на трьох аспектах судочинства: по-перше, судочинство – це засадничо вільна й творча діяльність зі суттєвим обсягом дискреційного правотворення; по-друге, писане право всіх видів є природно неповним і неспроможним відповісти на всі правові

питання; по-третє, всі правила правової інтерпретації, зокрема ті, що спрямовані на обмеження суддівської свободи, пов'язані з неочевидними ззовні ціннісними судженнями і позаправовими принципами [30, с. 110-111].

Таким чином сутність зазначеної концепції полягає у подоланні правового позитивізму та застосуванні творчих можливостей при вирішенні практичних питань з огляду на потреби забезпечення справедливості. Як наслідок, така позиція породжувала виникнення правової антиномії, суть якої полягає у тому, що, з одного боку, судова правотворчість необхідна і потрібна для заповнення прогалин у праві, для розгляду “непередбачених у законі випадків справедливості”, а з іншого – через те, що об'єктивного, всіма визнаного критерію справедливості не існує, а етичні та світоглядні цінності постійно змінюються, виникає побоювання створення повної й безконтрольної судової сваволі. Так, М. Коркунов, будучи прихильником суддівської правотворчості, висловлював занепокоєння з приводу того, чи не буде, таким чином, визнання за судом права судити на свій розсуд зведенням “до загального правила суддівської сваволі” [142]. Є. Васьковський підкреслював, “що надавати судам право створювати відсутні норми самостійно, на свій розсуд і за власним рішенням небезпечно... Суддя може, прикриваючись особистою справедливістю чи сумнівними юридичними принципами, безкарно зловживати своєю владою на догоду одній із позовних сторін ... так що справа зведеться до безконтрольного суддівського розсуду, від якого недалеко і до сваволі” [54, с. 102-103]. Побоювання щодо неодмінного виникнення останнього у випадку визнання судової правотворчості й судового прецеденту джерелом права висловлюється у працях деяких авторів і в наш час. Зокрема, І. Петрухін вважає, що реалізація викладених пропозицій призведе до остаточного розвалу, краху законності, оскільки судді по-різному будуть розуміти закон і можна буде послатися на будь-яке із суперечливих судових рішень [239, с. 19]. Для збереження, хоча б формально, демократичних основ правосуддя, зазначає В. Пучинський, необхідно, щоб діяльність щодо нього реалізувалась відповідно до юридичних норм. Інакше неминуче судове свавілля [252, с. 12]. Ще гостріше



висловлювався стосовно «необмеженого» суб'єктивізму правозастосувачів лорд Кемден, на його думку, «розсуд судді – це право тирана; він завжди невідомий, він різний у різних людей; він випадковий і залежить від їхньої конституції та пристрасі. У кращому випадку він деколи непослідовний, а у гіршому – в ньому проявляються всі недоліки, недалекість, нерозумність, до яких схильна людська натура [219, с. 26].

Водночас наведені побоювання не можна абсолютизувати з огляду деяких міркувань. Противники визнання судової правотворчості не враховують той факт, що судове свавілля, “безконтрольний судовий розсуд” та інші подібні явища в тих чи інших ступенях і формі, безумовно, можливі з боку будь-якої з гілок влади і в будь-якій державно-правовій системі, незалежно від того, визнаються в ній судове право і судовий прецедент як джерело права чи не визнаються. Це по-перше.

По-друге, якщо так ставитися до судової влади, то не можна довіряти їй “судити” закони. Якщо ми надаємо право конституційного контролю за законами саме їй, то, очевидно, виходимо з того, що з усіх гілок влади судова – найбільш кваліфікована й безстороння.

А по-третє, ігнорується та обставина, що значна частина національних правових систем, зокрема, тих, що формують собою правову сім'ю загального права історично, внаслідок правових та інших традицій, не боячись судового свавілля і “безконтрольного судового розсуду”, протягом багатьох століть не тільки визнає, а й широко використовує судову правотворчість. Дотримуючись логіки теоретиків, які звертаються до “судового свавілля” як до аргументів проти визнання судової правотворчості, система загального права мала би бути суцільною картиною судових зловживань. Однак насправді, як показує досвід існування і функціонування правової системи загального права, все далеко не так.

До свавілля призводить тільки необмежена свобода. Свобода судді у процесі правотворчості також повинна мати обмеження та межі. Підтримуючи теорію свободного суддівського переконання, С. Дністрянський зазначав: «Кожна свобода мусить мати свої границі – так само й свобода судді в

орудуванні правовими нормами» [289, с. 28-29]. У зв'язку з цим виникає низка запитань, на які сучасність змушена правильно відповісти, а саме: як визначити межі судового розсуду, щоб уникнути суддівської сваволі, що може бути гарантією проти виникнення останньої тощо.

Межі судового розсуду треба визначати при вирішенні конкретної справи, з урахуванням постійної непередбачуваності життя, унікальності кожної життєвої ситуації. Остаточне формування прецеденту залежить від багатьох чинників: конкретних обставин справи, відсутності норми, яка б регулювала правовідносини, рівня підготовки матеріалів справи, поведінки сторін та професіоналізму їхніх представників, але тільки індивідуальна правова свідомість судді має бути останньою інстанцією для прийняття справедливих рішень. Справедливість судового рішення означає, що процес його прийняття містив елемент творчості, суб'єктивної відповідальності, об'єктивне заглиблення у правову ситуацію, детальний аналіз обставин справи та уважне ставлення до всіх її учасників.

Що ж стосується побоювання суддівської сваволі, то гарантіями проти неї є, насамперед, солідна наукова освіта суддів [200, с. 60]. До успіху можуть привести лише радикальні заходи, здійснювані у сукупності й одночасно. Вимогою сьогодення є запровадження ретельного, за участю досвідчених суддів і психологів, професійного добору абітурієнтів, які вступають до юридичних вузів. Частина з них уже зі студентської лави потрібно готувати до виконання нелегких суддівських обов'язків. Необхідно значно посилити спеціалізацію майбутніх суддів, які не поверхнево, а поглиблено будуть ознайомлені зі судовою етикою і психологією, юридичною соціологією і деонтологією, теорією аналізу судової діяльності. Крім того, таку категорію осіб потрібно навчати принципам організації судової влади, щоби, ставши суддями, вони чітко уявляли роль суду в механізмі захисту прав і свобод людини і суть його взаємодії з іншими органами влади та посадовими особами.

До випускника юридичного вузу, який виявив бажання стати суддею, треба ставити максимально жорсткі, по суті, еталонні вимоги, щоб не допустити до

суддівського крісла випадкових осіб, тих, хто з якихось причин не може уособлювати у своїй діяльності вищу справедливість. У судові кабінети мають прийти люди нової формації. У результаті чого сформується такий за своєю ментальністю суддівський корпус, який працюватиме в умовах реальної, а не примарної незалежності і тому братиме на себе всю повноту відповідальності – і юридичної, і моральної.

Також слід зазначити, що специфіка суддівської діяльності потребує не лише коригування юридичної освіти, а й позбавлення політичної пристрасті. Суддя з партквитком так само небезпечний для правосуддя, як і той, що працює із недодержанням вимог несумісництва. Ця проблема має й іншу площину, відповідно до якої, за висловом В. Скоромохи, «суд покликаний вирішувати правові питання, а не політичні конфлікти, які в основі своїй виходять за правові межі» [279, с. 9].

На думку В. Стефюка, судова влада виконуватиме надані їй повноваження лише за умови забезпечення дійсної її незалежності [293]. Тому проблема полягає також у забезпеченні незалежності судової влади, де незалежність – це не самоціль, а лише найперша і необхідна умова гідного виконання судом покладеної на нього функції. Сьогодні в Україні ми лише говоримо про прагнення уможливити незалежність судів і суддів (матеріальну, ідеологічну тощо). Це чинники сприяння свободі, однак вони не завжди є чинниками внутрішніми, не у всіх випадках уможливлюють «більшу свободу» суддів у прийнятті судових рішень. Ступінь свободи судді залежить як від культури судового правоутворення, так і від рівня розвитку особистості судді.

Задіяність у судовому процесі особистісних чинників екзистенціального плану ще гостріше ставить гносеологічне питання про природу судових рішень. Виявляється, що в останньому відображаються не тільки розумові здібності, рівень освіти, особливості виховання судді, а й прийняті ним цінності, розуміння мети і смислу своєї діяльності. Тому аналіз певної правової ситуації та прийняття суддею рішення ніколи не може бути чисто об'єктивістським, позаособистісним, воно завжди має екзистенціально-правову природу. Суддя

орієнтується не тільки на виявлення істини як основної умови справедливого вироку (рішення), він водночас відповідальний перед усією національною правовою системою, яка довірила йому цю посаду, й тому неминуче діє у сфері прийнятих у цій системі правових цінностей, техніко-юридичних традицій, оскільки завжди залежний від майбутніх оцінок своєї діяльності колегами, які так само функціонально заангажовані системою і дотримуються такої ж корпоративної правової парадигми.

Саме «особистість» судді, вважає Є. Ерліх, вирішує, чи слідувати «букві закону» чи «духові права». Недосконалість «особистості» - ймовірність зловживань [30, с. 112], ймовірність негармонійної реалізації норм природного права [283, с. 34]. Завадити цьому може «культура правового утворення», яка, на думку українського дослідника англійської системи прецедентного права Б. Малишева, разом з організаційними чинниками (автономність судової влади, прозорість процесу тощо), запобігає в Англії зловживанням з боку суддів [177].

Таким чином, суддівські професійні кадри, суддівська еліта має мислити системно, поєднуючи різноманітні духовні чинники, мати диферентні почуття значущості виконуваних посадових функцій і відповідальності за їх правомірне здійснення, а також володіти високою правовою культурою. Суть останньої полягає у способі мислення, що є складною, ієрархічно впорядкованою системою наявних домінант, зразків, принципів, форм і категорій теоретичного освоєння світу. Дослідження впливу культурного чинника на творення і розвиток права нині особливо актуальне, бо саме в культурі правотворчості акумулюються різнобічні знання про суб'єктивні права і свободи людини, оволодіння якими та використання яких у процесі правотворчої діяльності дозволяє створити науково обґрунтовані правові приписи, що до певної міри відповідають назрілим потребам сучасного суспільного буття.

### 3.3 Аксіологічні константи судового прецеденту

Особливе значення послідовних теоретичних досліджень, які сягають філософського рівня полягає у постійній критиці існуючого та обґрунтуванні нових тенденцій розвитку, визначенні відповідності об'єктивно-суцього суб'єктивно-належному, як, наприклад, оцінювання дійсності з позицій того, що мусить бути, виходячи зі загального ідеалу. Крім гносеологічного змісту, у правових явищах обов'язково присутня ціннісна складова. Останнє стосується й категорії судового прецеденту, осмислення єдності та суперечностей аксіологічних сторін якої є одним із основних завдань нашого дисертаційного дослідження.

Більшість науковців убачають ціннісну роль судового прецеденту, передусім, у наявності регулятивного потенціалу, адже ця правова категорія і наявні в ній норми оцінюються, насамперед, як регулятори суспільних відносин [51, с. 2; 64, с. 54; 193, с. 373].

Під час застосування діючого законодавства в діяльності правозастосовних органів нерідко трапляються ситуації, які не знаходять свого прямого врегулювання в законі чи іншому нормативному акті [106, с. 86]. Це пояснюється тим, що сучасна реальність настільки багатогранна, що в ній неможливо все передбачити, а тим більше законодавчо закріпити, врахувати всі її тонкощі й нюанси. Як і всяка формальна система завчасно установлених масштабів поведінки, законодавство володіє специфічним недоліком. Адже завчасно втиснути всю різноманітність соціального життя, його індивідуальні сторони у типові рамки важко, а якщо врахувати, що соціальні процеси динамічні, то і неможливо [82]. Тому й не дивно, що уявлення про те, що позитивний закон може забезпечити справедливість вирішення всіх ситуацій, які виникають на практиці, не виправдовує себе.

Законодавча діяльність з урегулювання відносин, які виникають, практично завжди є наслідком їх існування в об'єктивній реальності, вона, як правило, не може їх передбачити. Цим зумовлюється відставання нормативного регулювання від існуючих суспільних відносин, що вимагає гнучкішого

застосування позитивного права до конкретних ситуацій в одних випадках і недопущення його дії тоді, коли воно порушує гарантовані природні права і свободи людини. Право є безперервним процесом, яке створює суспільство, і закони виступають лише його тимчасовим відображенням, вони повинні еволюціонувати разом зі змінами соціального середовища [301, с. 40]. В іншому випадку правотворчість у формі законодавства ризикує бути неефективною, реакційною, а в остаточному результаті – несправедливою. Так, досліджуючи цю проблему, І. Покровський зазначав, що будь-яке законодавство, навіть найбільш поширена кодифікація, нерідко виявляє прогалини – просто тому, що в момент своєї появи закон ще не мав перед собою тих життєвих явищ, які розвинулися пізніше [247, с. 90-92]. На думку А. Піголкіна, «як би старанно і скрупульозно не готувався нормативний акт, не завжди можна завчасно передбачити в ньому ... всі деталі майбутнього розвитку» [106, с. 86]. Щодо цього С. Кечекян писав: «віру у повноту законодавства слід раз і назавжди залишити. Ритм законодавчої творчості ніколи не зможе співпадати з ритмом життя, що органічно розвивається» [155, с. 68]. В. Бернхем вважає, що законодавець не може передбачити всі можливі випадки застосування певного законодавчого акта, і це не залежить від ретельності його роботи, а спроби врегулювати всі можливі ситуації будуть неминуче приречені на невдачу [27, с. 55].

Цінність судового прецеденту як джерела права полягає в тому, що він є суспільно необхідним комунікативним засобом між статичними установками писаного права та бездефектним розв'язком всіх виникаючих у правовій дійсності правовідносин, що відповідали б конституційним приписам. На відміну від закону і регламенту, які на весь час своєї дії, аж до скасування, залишаються такими ж, як і в момент видання, судовий прецедент здатний більш гнучко і послідовно пристосовуватися до змін у житті суспільства [80, с. 50]. Прецедент маневрово й оперативно реагує на обставини правової реальності, що змінюються і пристосовує регулювання до адекватного його використання залежно від конкретного місця і часу.

Зміст закону має загальний характер, охоплює своїм регулюванням в узагальненій, абстрактній формі певний вид суспільних відносин, установлює загальне правило поведінки. Але в цьому узагальненому змісті закону полягає і його недолік. Абстрактну позитивну норму ніколи не можна сформулювати остаточно. Вона не терпить абсолютних формулювань й підводить різні соціальні ситуації під одне загальне правило. Позитивна норма не може вести до справедливості. Вона починається із закликів до «рівності», ніби рівність означає справедливий устрій життя. Насправді ж усі життєві ситуації різні, й визначити їхні властивості в одній абстрактній нормі неможливо [146, с. 265]. Коли суб'єкти права сперечаються щодо значення норми права і звертаються із цим до суду, вони сподіваються отримати відповідь, яка стосується саме їхньої суперечки, а не якогось аналогічного конфлікту між гіпотетичними майбутніми позовниками [322, с. 122]. Право лише тоді зможе реально вирішувати спір про право, коли суддя вникатиме у правову ситуацію, визнаватиме, що підібрана норма неадекватно враховує особливості ситуації і скоріше ситуація підганяється під норму, а не норма під ситуацію.

На відміну від кодифікованого права, яке зазвичай пропонує спрощену модель, далеку від реальних людських справ, відображає схематичні, абстрактні ситуації, що рідко відповідають реальним випадкам, прецедентне право неухильно й чесно віддзеркалює різноманіття людського досвіду, проблемність самого життя. Крім того, судове регулювання передбачає менш конфліктний спосіб уже складеного правопорядку. Правила поведінки, встановлені через прецеденти, виявляються заходами більш конкретними, з якими простіше мати справу [290, с. 44].

Аби оцінити роль судового прецеденту, треба усвідомлювати, що формулювання придатних і справедливих норм права для різних, у тому числі непередбачуваних обставин життя є нелегким завданням. Насправді практично не існує справ, повністю ідентичних одна одній [64, с. 54]. У результаті практична цінність і необхідність судового прецеденту стає очевидною. Прецедентна норма пристосовує загальноправову норму до особливого й

одиночного – до конкретних життєвих ситуацій. Для неї характерний тісний зв'язок із фактичними обставинами справи. Будучи індивідуалізованою, казуальною за своєю природою, вона дозволяє точніше, ніж абстрактна норма кодексу, відобразити всі деталі й особливості конкретної справи, тому і є прямим відображенням загальнолюдських цінностей, вивіrenих часом [173, с. 97]. В зв'язку з цим слід погодитися з М. Гурвічем, який зазначав, що у судовому регулюванні проявляється все багатство правових норм, виражених у статтях, схематичних абстрактних правоположеннях, які узагальнюють незліченні та конкретні життєві ситуації. У ньому норми права знаходять конкретне застосування, тут розкривається їхній життєвий смисл. Саме через правоположення судового прецеденту здійснюється необхідний правовий зв'язок між тими абстрактними моделями поведінкових орієнтирів – обов'язкових правил, прийнятих нормотворчим органом, і конкретними суб'єктами права в їх повсякденному правовому бутті. У процесі реального виникнення, зміни і припинення різного роду правовідносин без творчого додатку до писаної норми в реальній ситуації не проявляється регламентуючий вплив правової норми на суспільні відносини. Цей реальний зв'язок забезпечує саме суд, він впливає на орієнтацію всього правового буття суспільства на конституційно спрямоване, одноманітно діюче функціонування за правовими принципами.

Оскільки, як вже було зазначено, не буває цілком однакових судових справ, то діяти справедливо можна лише за здатності визначати якусь суттєву схожість. Однак виявити, що в рішенні якоїсь справи суттєве, а що - ні, може лише суб'єкт, діяльність якого пов'язана зі соціальним буттям. Щодо цього цікавими є погляди представників школи вільного права – Є. Еріха, Е. Фукса, Ф. Жені та інших. Розглядаючи право як соціальний феномен, як відображення соціальних тенденцій та етичних інтересів, вони вказували на те, що визначеність права – не результат логічних (законодавчих) операцій, а наслідок органічного впорядкування процесу здійснення судової влади. На їхню думку, правосуддя – це індуктивний процес вироблення правових норм у зростаючій пропорції;



подібно до того, як формуються доктрини експериментальної науки, формується і прецедентне право – шляхом досконалого вивчення всіх обставин конкретної справи [30, с. 110].

У своїй реальності позитивне право завжди визначає належне, визначає те, як ми повинні себе поводити в певній ситуації, щоб досягти певної мети. Однак належне завжди зумовлене минулим досвідом, а тому не може бути одночасно придатним для нових, змінених соціальним розвитком ситуацій [133, с. 192]. З часом з абсолютно належного воно перетворюється спочатку на відносно належне, а відтак – і на зовсім неналежне, антицінність. Щоб запобігти на якийсь час останньому, слід констатувати той факт, що створення того чи іншого законодавчого акта вимагає знання не тільки того, які насправді він регулює відносини, а й того, якими вони мають бути [175, с. 61]. Останнє, зі свого боку, дозволяє передбачити тенденції розвитку суспільних відносин у майбутньому, яке постає як ідеал, мета суспільства, виведене як протиставлення негативної оцінки певної соціальної дійсності.

Цінність судового прецеденту як джерела права зумовлюється адекватним відображенням у ньому не лише належних, а й сутнісних ознак правової дійсності. На відміну від законодавчого органу, який формулює загальну норму наперед, суд розробляє її поступово, від справи до справи, під час вирішення суперечок, які йому доводиться розглядати. Закон формулює загальні норми в передбаченні судових справ, які ще мають виникнути, натомість прецедентне право виникає з розв'язання поточних суперечок; воно не формулює заздалегідь норми для вирішення справ, а чекає на розгляд цих справ судом.

Аналізуючи все вищесказане, слід зазначити, що в сучасному регулятивному процесі виняткового значення набувають прецедентні рішення судів, які виступаючи як гносеологічне балансування між належним і суцям, абстрактним і конкретним, динамічним і статичним, здатні в найбільшій мірі відобразити складність і багатогранність реального життя.

Але регламентація людських взаємовідносин часто страждає не тільки через відсутність норм, а й від зайвої регламентації поведінки, що веде до знецінення

права як регулятора соціальної взаємодії. У таких випадках перешкодою на шляху до «інфляції» законодавчих і підзаконних актів може стати також судова діяльність, яка здатна розрізнити дух і букву права.

Нові соціальні реалії з особливою гостротою висувають питання про етичну цінність існуючого позитивного права, про те, наскільки воно відповідає природному праву, певній вищій ідеї справедливості. Зі свого боку, на з'ясування цього питання починає претендувати суд, який прагне приймати рішення не тільки, а часто і не стільки відповідно до букви позитивного права, як до духовної реальності.

«Буква закону» - це тільки схема, контур забезпечуваної ним поведінки, її збірний образ. У зв'язку із цим перед правозастосувачем завжди залишається питання про конкретний зовнішній духовний «вигляд» такої букви [205, с. 10; 206, с. 31]. Юридична матерія є пасивним субстратом, і щоб вона вдосконалювалась в той проміжок часу, що даний їй, вона повинна розвиватися згідно із законами духу. Тільки він може оживити юридичну матерію, надати їй істинності й цінності. Без нього позитивне право є лише нагромадженням, набором юридичних норм [16, с. 21]. Ніде право не може бути вище від духу, всякі спроби суб'єкта відійти від духу призводять лише до одного – руйнування самої основи права. Останнє є однією із «видимих» у соціальному житті форм прояву дії духу. Дух права полягає у прагненні застосувати для вирішення конфліктів лише правові засоби, які, діючи в комплексі, зорієнтовані на юридичні дозволи, тобто право має на меті цивілізувати суспільні відносини [18, с. 113]. Право неречове в тому смислі, що його не можна в предметно-матеріальному плані відчутти, але це стає можливим тільки на ідеальному рівні. Поза духом право вже не явище буття. Духовна реальність онтологічна, її дійсність стає об'єктивною через суб'єктивність і творчі начала діяльності правотворчих і правореалізуючих суб'єктів, які впливають на правове регулювання соціальних відносин.

Суть проблеми суб'єктивно-творчого, духовного змісту суддівської правотворчості об'єктивно розкриває І. Покровський, який зазначає, що закон не

діє механічно; чекаючи на своє втілення в житті, він потребує живого посередника, який застосує його до конкретних випадків. Таким посередником є суд. Але суд – це не простий лічильний чи логічний механізм, він також має свій розум і свої переконання про справедливе та належне [247, с. 89-105]. За таких умов ставлення судді до закону має бути принциповим, зокрема стосовно того, чи повинен він завжди, за будь-яких умов бути тільки тлумачем і застосувачем закону, а чи перед конкретикою життя йому має бути надана більш самостійна і більш творча роль.

Слід погодитись із позицією тих авторів, які стверджують, що у сучасному суспільстві суддя не може залишатися безликим виконавцем букви закону, він мусить творчо застосовувати діюче законодавство, опираючись у своїй роботі на правосвідомість, життєвий і професійний досвід.

Правосвідомість знаходиться у сфері ідеального, де виникають думки, які визначають, змінюють, а в деяких випадках скасовують ті чи інші правові норми, інститути, процедури, механізми, засоби. Воно живе у просторі духу, залежить від нього, тому має виражати його природу. Як неможливий юридичний акт без суб'єкта, так і правосвідомість - поза духом. Життя в душі дає можливість правосвідомості бути творчим началом правового буття і впливати на якість правової культури. Остання є тією визначальною ланкою, оптичним фокусом через який правосвідомість впливає на реальні правовідносини у суспільстві.

На думку Т. Гурової, саме низький рівень правової культури законодавців є передумовою створення «неправових» законів. Судова ж влада, яку здійснюють професіонали, заслуговує більшого довір'я [82, с. 15]. Суди майже єдині правові установи досить кваліфікованого рівня, які безпосередньо пов'язані з життям, динамікою соціальних відносин [83, с. 9] і здатні швидше від будь-якого правотворчого суб'єкта реагувати на зміни, що відбулися у правосвідомості суспільства.

Позитивною ознакою судового регулювання вважають його смисловий аспект. За своїм змістом судове регулювання завжди правове, оскільки пов'язане із пошуком істини, а також приведенням наявної ситуації у

відповідність до ідей справедливості, природних прав. Натомість законодавець іноді кориться політичним велінням, ідеям доречності й «державної необхідності» [143, с. 89-90]. Крім того, статична правова норма, сформульована і прийнята у формі закону не може бути істиною в останній інстанції, на яку всі мають орієнтуватися й використовувати як критерій правильності своєї діяльності. Остаточне формулювання істини одразу ж робить її хибною, тому що істина за своєю природою динамічна, вона розкривається тільки у процесі пізнання [133, с. 183], з використанням цілої системи методів і підходів [18, с. 113]. Закон, сприйнятий як абсолютна цінність, неминуче призводить до гносеологічної антиномії: будучи ствердним як істина, він зупиняє в статичній схемі пізнавальний процес і тому автоматично перестає бути істинним. Судовий прецедент завжди є пізнавальним результатом закріплення певної соціальної дійсності як позитивної чи негативної, з одного боку, і як засіб встановлення оцінки, оцінювальний критерій поведінки суб'єктів як правомірної чи неправомірної – з іншого.

Однак цінність судового прецеденту в процесі правового регулювання проявляється не лише в гносеологічному, як уже зазначали, а й в екзистенційно-антропологічному плані.

Зміна офіційної ідеології публічної влади, проголошення найвищою цінністю людину, її права і свободи, а основним завданням держави – їх визнання, дотримання та захист зумовлюють необхідність наукового пошуку шляхів досягнення вказаних завдань. При цьому однією із найважливіших граней проблеми є пошук відповіді на запитання: чи може нормативістська концепція права, яка визнає єдиним джерелом права нормативно-правовий акт, бути теоретичним фундаментом діяльності держави і всього суспільства щодо забезпечення невід'ємних прав і свобод людини, пріоритету її інтересів.

Зміни в економічних, політичних, правових, соціальних відносинах сприяють тому, що ситуації реальної діяльності суб'єктів права, які вимагають судового розв'язку по суті, наповнюються особливостями, які не відображені у діючому законодавстві. У таких випадках суд часто стикається зі складним

завданням. Не знаходячи правової норми для вирішення певного спору, він опиняється перед вибором: або зовсім відмовитися від розгляду спору, або, виходячи зі загальних принципів тієї чи іншої правової системи, встановити нову норму поведінки й покласти її в основу свого рішення. Але суд не може в сучасних умовах відмовити суб'єктам права у вирішенні спору через неповноту, неясність чи відсутність закону. Інакше це буде рівноцінне відмові у правосудді (що недопустимо, виходячи з положень ст. 55 Конституції України) і автоматично породить інше – неправове, тіньове, регулювання або зовсім призведе до паралізації деяких складових суспільних відносин.

У кожному конкретному випадку виникнення спору наявний закон, який здатний його врегулювати або ні, є змістовним для нього чи ні, однак незалежно від цих обставин спір потребує судового вирішення. Останнє як одна із передумов робить необхідним не лише визнання судового прецеденту джерелом права, а й визначає його реальну цінність у соціально-правовій дійсності.

Характеризуючи аксіологічність судового прецеденту, вважаємо за необхідне звернути увагу й на інші його ціннісні константи, що визначають окремі дослідники. На думку А. Дмитрієва й А. Шепеля, вони полягають у можливості «творити право» безпосередньо судом, обминаючи складні й ускладнені конструкції законодавчої процедури [94, с. 115]. Це дозволяє безпосередньо використовувати в такій «творчості» високі духовні й моральні критерії та орієнтуватися на здоровий глузд і завдяки цьому безпосередньо, оперативно відповідати на вимоги суспільства, що розвивається. Оперативність такого регулювання, забезпечується тим, що суд зобов'язаний вирішити конкретну справу, а отже, і застосовувати заходи з регулювання конкретного виду суспільних відносин саме тоді, коли вони виникли і виник спір з їх вирішення. Суд мусить вирішити справу, яку подали на його розгляд, і зробити все можливе для виявлення якогось раціонального принципу для обґрунтування свого рішення [322, с. 109]. Законодавець, натомість, може займатися розробкою і прийняттям позитивних норм стільки, скільки йому потрібно для всіх процедур, незалежно від того, наскільки назріла необхідність у них і які наслідки

неврегульованості існуючих відносин можливі у суспільстві. Крім того, у випадку інциденту, законодавчий орган може взагалі утриматися від видання закону й залишити проблему невирішеною, якщо йому не вдасться знайти якоїсь задовільної загальної формули врегулювання подібних випадків у майбутньому.

Як переваги судового прецеденту і прецедентного права А. Максимов відзначає його визначеність, точність і гнучкість [173, с. 102]. Визначеність зумовлюється тим, що суддя зіштовхнувшись з питаннями, які вже отримали вирішення, повинен визнати ці рішення. Точність досягається величезною кількістю справ у судових звітах, у яких є рішення для багатьох конкретних ситуацій. Гнучкість же проявляється у можливості відхилити рішення або не застосувати його як таке, що відрізняється по суті, а також виділити помилкове рішення і обмежити його дію. Крім того, що стосується останньої суттєвої ознаки, то, як зазначає Р. Уолкер, у теорії будь-який прецедент можна визнати таким, що відрізняється від інших, оскільки практично немає двох однакових фактичних ситуацій. При цьому, проводячи аналогію з попередньою справою, на суддю впливає правова позиція, що становить основу винесеного у ній рішення [315].

О. Чернецька та В. Шилінгов убачають ціннісну роль судового прецеденту в забезпеченні ефективності, прогнозованості та одноманітності судової практики [336, с. 60]. Ефективність проявляється у швидкому прийнятті рішення на підставі розглянутих раніше аналогічних справ. Прогнозованість означає передбачуваність рішень судових органів, які відповідають існуючим прецедентам. Одноманітність проявляється в однаковому підході до аналогічних справ на підставі прецеденту.

Досліджуючи найважливіші правові системи західної традиції права, сучасний вітчизняний філософ права І. Ситар серед переваг прецеденту називає визначеність, здатність до розвитку, врахування конкретних обставин, практичність, гнучкість [274, с. 224].

Аналізуючи всі позитивні аспекти можна констатувати, що судовий прецедент постає переважно як соціальна й індивідуальна цінність, але не

завжди. Типовою для деяких наукових досліджень є позиція про антиціннісні властивості цього джерела права. На думку С. Загайнової, прецедент не можна вважати «панацеєю від усіх бід» [105, с. 100], які можливі у судовій системі, оскільки він містить в собі не лише позитивні, але й негативні моменти. Збільшення кількості прецедентів створює незручності. При розгляді у суді окремої справи практично не можливо вивчити всі прецеденти, що її стосуються. В результаті цього з'являються прецеденти, які суперечать один одному. Запобігти цьому важко, оскільки час, відведений адвокату або судді на окрему справу, обмежений. Тому цілком вірогідно, що деякі прецеденти не потраплять у поле їхнього зору.

Н. Гранат вбачає основний недолік прецедентного права у невизначеності та непередбаченості судового рішення по суті [77, с. 9]. А. Дмитрієв, А. Шепель серед мінусів прецедентного права називають відому історичну інтелектуальну невизначеність. До того ж, природа такого права, на їхню думку, не дозволяє до певної міри розвинути низці властивостей, що відображають його переваги як системи правових засобів соціальної регуляції (зокрема його особливості, пов'язані з нормативними узагальненнями). Ось чому, зазначають вони, не розвиваються деякі інші його характеристики, наприклад системність, структурованість тощо [94, с. 116].

З вище зазначеного стає очевидним, що в будь-якій оцінці прецедентного права та в будь-якому порівнянні його з іншими правовими явищами треба зважати на систему загалом. Кожна усталена практика має подвійний аспект; якщо її розглядати ізольовано, вона може спричинити незручності, а інколи навіть несправедливість; якщо ж дивитися на неї як на складову якоїсь ширшої єдності, то вона поділятиме всі переваги, які тільки можуть бути властиві системі загалом.

Часто дорікання, адресовані прецедентному праву, стосується взаємопов'язаних недоліків: складності й недоступності. Замість компактного кодексу, який завжди можна тримати під рукою, його норми безладно розпорошені у тисячах томів. Замість того, щоби бути завершеною працею

групи фахівців, судове право є безупинною спільною роботою суддів, які протягом поколінь мають справу з величезним різноманіттям докорінно відмінних ситуацій. Тому таке право стає доступним лише для практикуючих юристів, які постійно заглиблені у судові справи [322, с. 128-130].

Система прецедентного права є особливим знаряддям, що доречно в одних випадках і зовсім непридатне для інших, - наголошує Л. Фулер [322, с. 132]. Слід зазначити, що така система не є доречним інструментом суспільного порядку у випадках, коли потрібно оголошувати, які дії розглядатимуться як злочинні. Треба визнати, що прецедентне право ніколи не мало підстав особливо пишатися своєю кримінальною галуззю. У цій галузі права контроль полягає в завчасному повідомленні кожного про те, як він має поводитися, що йому дозволено, а що заборонено робити. Цій вимозі погано відповідає система, що розвивається від справи до справи, в міру того, як проблеми потрапляють для розгляду до суду.

Призначення договірному праву на відміну від кримінального – заохочувати і зміцнювати режим порядку, що розвивається і до певної міри спроможний функціонувати поза залом суду. Якщо метою соціального порядку є досягнення економічного ладу, побудованого на вільному обміні, то цей лад, у міру свого розвитку, буде спроможний виявляти у випадках, що стають предметами судового спору, принципи, необхідні для його підтримки. Звичайно, нічого подібного не може відбуватися у кримінальному праві. Злочини є втіленням безладу й соціальної ентропії; функція права – захистити від них суспільство. І хоча ефективне виконання цієї функції вимагає певного осягнення причин злочинів, до цього осягнення навряд чи можна дійти через процедури судового розгляду.

Отже, в умовах існування різних думок щодо основних аксіологічних констант природи судового прецеденту як джерела права немає необхідності доводити явне. А саме – що навіть на тлі іманентної природи антиціннісних аспектів цього джерела права, домінуючою залишається його загальна позитивна соціальна значущість.



### **3.4 Філософсько-правове обґрунтування судового прецеденту в системі джерел права сучасної України**

Важливою особливістю сучасного етапу розвитку правової дійсності в Україні є її перехідний характер. Поступово, крок за кроком здійснюється демонтаж залишків тоталітарної адміністративно-командної системи, вирішуються застарілі суперечності, що дісталися у спадок від минулого, формуються нові цивілізаційні засади для майбутніх перетворень. Попередній тип правової реальності поступово змінюється.

У сучасних умовах глибокі якісні переміни відбуваються як в об'єктивних суспільних відносинах, що є предметом правового регулювання, так і в ціннісних сферах суспільної правосвідомості. Ці складні, часто суперечливі перетворення вимагають формування нової правової дійсності, звільненої від міфів і догм, повернутої на благо людини, її природних прав і законних інтересів, що проголошені найвищою цінністю, найголовнішою метою держави. Забезпечити їх може уже не старе право, що було засобом досягнення формальної рівності, а тільки нове право як засіб забезпечення свободи людини і громадянина, справедливості щодо неї, ефективного захисту прав у разі їх порушення. Водночас переоцінка поглядів на право багатьма провідними правознавцями сучасності сприяє суттєвим змінам, що відбуваються у вітчизняній юриспруденції. Якщо раніше всіма силами захищали «чистоту» позитивного права, то тепер такі виступи стали рідкістю. В юриспруденції дедалі більшого поширення набуває висновок про те, що однокісність позитивізму необхідно подолати синтетичним поєднанням його з природним правом, за якого позитивна форма і природно-правовий зміст мають доповнювати одне одного. Так, на думку О. Костенко, поняття «природне право» належить розглядати як засіб для відображення першого аспекту права, а саме - його природного змісту, натомість «позитивне право» для відображення другого аспекту – соціальної форми [147, с. 73]. Розглядаючи питання про співвідношення права природного й позитивного, розрізняючи їх як два самостійні способи осмислення правової реальності, С. Максимов зауважує:

«Якщо з погляду позитивізму фактичне – це позитивність, тобто існування права в нормах чи інших правових феноменах, то з погляду природного – це таке суще, що містить у глибині своїй сутність права. Тобто, якщо позитивізм наголошує на формі права, то природно-правова теорія – на його змісті, виводячи справедливість із зовнішніх для нього відносин, ототожнюючи право із цими відносинами» [175, с. 65]. В зв'язку із цим заслуговує на увагу позиція С. Сливки про те, що позитивне право має бути синхронним до природного права, у формуванні першого необхідно використовувати норми другого, в іншому разі, якщо позитивне право буде суперечити здоровому глузду та природному праву, воно буде не довговічне [281, с. 173]. Схожі міркування висловлює й Л. Петрова: «Принципи природного права можуть бути втілені в багатьох нормах позитивного права. Правомірність останніх ґрунтується саме на природному праві. Це є тим критерієм розмежування правового і неправового законів» [232, с. 41]. Німецький філософ права О. Хоффе з цього приводу нотує: «природне право є надпозитивною правовою ідеєю, і саме виходячи з неї позитивне право оцінюється як легітимне, або як нелегітимне... Призначення природного права – відкривати шлях надпозитивної критики права» [326].

Водночас останнє відображає ще один аспект проблеми діалектичного взаємозв'язку природного і позитивного у праві – ґносеологічний. Позиція правового позитивізму, що вважає позитивність вирішальною ознакою реальності права, може бути виражена класичною формулою екзистенціалізму «Існування передує сутності». Або все, що законодавець виражає у формі права, завжди має сутність права. Отже, правовий позитивізм виходить із пріоритету екзистенціального елемента права над есенціальним і зводить сутність права до його існування.

Із цієї тенденції поглинання сутності права його існуванням, позитивністю впливає найбільш реакційне й уразливе положення правового позитивізму: для природи права байдуже, який зміст позитивується. І хоча теоретично позиція позитивізму незаперечна, вона неприйнятна в ціннісному відношенні й тому спростовується практично-негативним досвідом тоталітарних диктатур. Цей

досвід змушує зробити важливий “метафізичний висновок” про те, що, хоча дійсність права більше пов’язана з його позитивністю, воно тільки тоді виражає правову сутність, коли містить її, тобто якщо в його змісті певним чином представлене природне право (справедливість) [175, с. 164].

Отже, позитивне право зумовлене розвитком суспільних відносин, які виникають у кожному конкретному суспільстві й державі, і лише відображає ці відносини у позитивних формах права. Однак при цьому основні комплекси суспільних відносин у різних сферах людської діяльності потребують не просто позитивної форми, а й її змістовної правової наповненості. Позитивне право як обов’язкові, захищені державою норми поведінки має формуватися не стихійно, а з обов’язковим урахуванням фундаментальних, природних і невідчужуваних прав людини і громадянина. Квінтесенція цієї вимоги зводиться до того, що позитивне право лише у такому випадку набуває стосовно людини якості захисної сили й неодмінної цінності, дозволяє вирішувати наболілі проблеми правової дійсності [109, с. 7]. Без такого поєднання виникають переважно норми, що ускладнюють практичну реалізацію природних загальнолюдських ідеалів і цінностей, а на певному етапі – роблять таку реалізацію фактично неможливою.

Отже, аналізуючи все вищесказане, можна стверджувати, що перегляд традиційних уявлень про право у вітчизняній доктрині сприяє глибокому усвідомленню складної природи діалектичного взаємозв’язку природного і позитивного, коли одне й друге розглядають як елементи однієї закономірності, одного соціального феномена – права. Таке поєднання дозволяє, не применшуючи значення цих підходів, використати переваги кожного з них у з’ясуванні природи права, правових категорій і дотриматись при цьому вимог повноти та всебічності наукового аналізу. До того ж, максимальне використання величезного потенціалу обох доктрин, зосередження уваги на розробці конкретних механізмів їх реалізації дозволить вирішити нагальні проблеми правової дійсності. Так, на думку Р. Дворкіна, ефективність процесу зближення двох видів праворозуміння проявляється при ухваленні судового рішення в

особливо складних випадках. Цей синтез, із його погляду, сприяє тому, що в особливо складних випадках, для яких юридичні норми не дають однозначного рішення, судді можуть керуватися морально-етичним змістом правової системи загалом. При цьому автор підкреслює, що таке судове рішення (в особливо складних випадках) має будуватися не на суб'єктивних і випадкових моральних міркуваннях, а на так званих “об'єктивних моральних принципах”, що лежать в основі правових інститутів даного співтовариства. Об'єктивний характер етичного змісту правової норми виростає ніби всередині її і розвивається зі зміною соціально-історичного контексту. Якраз він і визначає уявлення про те, яким має бути судове рішення [365]. Цей факт сприяє тому, що за відсутності належної норми суд в основу рішення має покласти правило, виведене із загальних начал права, тобто створити правило, додатне, на його думку, для регулювання спірних правовідносин, або ж створити судовий прецедент.

У таких випадках прецедентне право максимально служить своїй меті безпосереднього захисту природних прав людини, коли судді безвідносно до наявності чи через відсутність відповідного конкретизуючого законодавства про права людини при обґрунтуванні своїх рішень виходять не тільки з позитивних форм, а й із принципів справедливості, розумності, природного права, відповідності моральним критеріям, суспільної необхідності й завдань правового регулювання у суспільстві [346, с. 46].

Однак постановка визначеної нами у цьому підрозділі проблеми актуалізується не лише в теоретичному, а й у практичному значенні. Нові умови і якісно новий характер сучасного правопізнання сприяють виявленню тих чинників у праві, які раніше не враховували або ігнорували. Формування нового уявлення про право вплинуло також й на переосмислення ролі закону, його дії стосовно нових відносин, що виникають у суспільстві. Для вітчизняної, як і для всієї постсоціалістичної, юриспруденції з новою силою постало закономірне запитання: чи може нормативно-правовий акт, що визнається єдиним джерелом права, забезпечити за будь-яких обставин захист невід'ємних прав і свобод людини, пріоритету її інтересів у межах сучасної правової дійсності.

Висока динаміка суспільного життя змінюється таким різноманіттям, що законодавча база для регулювання нових суспільних відносин стає явно недостатньою. Зорієнтований на потреби поточного моменту, закон стане неефективним уже завтра, пристосований до реалій, що можуть виникнути в майбутньому, він залишиться “правовим текстом”, свого роду “юридичною мрією” для сьогодення. Різноманітні несподіванки життя завжди становитимуть джерело ускладнень навіть для найретельніше складених нормативних актів. Тому для забезпечення працездатності будь-якої системи офіційних норм має існувати інший, оперативний механізм реагування на сучасну дійсність, яка постійно змінюється [322, с. 122]. Ці умови слугують рушійною силою розвитку судової правотворчості [244, с. 149]. Якщо закон не може вирішити конкретну ситуацію, тоді суддя вимушений звернутися до загальних начал, щоби, спираючись на соціальну реальність і свіжі ідеї, можна було «побудувати» таке рішення, яке відповідало би принципам справедливості і вимогам, зумовленим ситуацією. Покладені на суди обов’язки застосовувати у вирішенні конкретних справ лише правові закони й інші нормативні акти, наділення їх повноваженнями визнавати невідповідні Конституції нормативні акти недійсними ще більше загострили цю проблему.

Хоча без активної правотворчої ролі законодавця сучасне право уявити практично неможливо, все ж таки він не є єдиним джерелом його формування, а право, відповідно, не міститься виключно в законодавчих нормах. Його сутність є надюрідичною [232, с. 41]. Тому пошук права – це мета, на досягнення якої мають спрямовуватись зусилля всіх юристів – кожного у своїй сфері і з використанням своїх методів. При цьому вони мають керуватися спільним ідеалом – прагненням домогтися в кожному питанні рішення, яке відповідало б загальному почуттю справедливості. Здійснення пошуку права – це завдання як законотворчих, так і правозастосовних державних органів і посадових осіб, особливо суддів, які, застосовуючи юридичні норми до конкретних ситуацій, швидше ніж інші виявляють недоліки законодавства, й іноді у силу прогалин в останньому займаються творенням права. Здійснюючи пошук права, судді

мають залучати для цього пошуку не тільки текст законодавчих актів, а й додаткові джерела права, які б могли бути надійним правовим засобом захисту прав людини. Ці положення з безпосередньою обов'язковістю зумовлюють наділення окремих судових рішень властивостями джерела права.

Подолання у правовій свідомості уявлення про право як сукупність нормативно-правових актів висуває завдання створення правового механізму, який відповідає об'єктивним закономірностям функціонування соціуму, що забезпечує створення системи громадянського суспільства, яке саморозвивається й саморегулюється. Отже, і право має відповідати цим вимогам, "чуйно" відгукуватися на життєві потреби суспільства, відкидати дефектні норми, адекватно оновлюватися. Видається, що забезпечити це вже не зможе «єдиноправильне» джерело права – нормативно-правовий акт, це під силу тільки поєднанню в межах однієї правової системи різних форм права, серед яких особливе місце займають акти судових органів.

Деформалізація стосується не лише зовнішніх форм об'єктивного юридичного права, які стають за сучасних умов більш різноманітними, плюралістичними, ієрархічними й набувають ознак гетерогенності, а й змісту цього права. Зрушення у державно-юридичному регулюванні мають загалом гуманістичну, людиноцентриську спрямованість, адже вони дають можливість у вирішенні юридичних справ брати до уваги конкретні особливості кожної життєвої ситуації, ретельніше враховувати й повніше реалізовувати індивідуальні інтереси окремих осіб – суб'єктів правовідносин, забезпечувати не тільки законність і обґрунтованість, а й справедливість судових рішень [255]. Основний якісний момент полягає у тому, що право вперше перестає бути знаряддям домінування однієї частини суспільства над іншою, а все повніше набуває ознак формально рівної для всіх міри свободи. Також уперше для створення дійсно нового права у вітчизняній юриспруденції почали говорити про необхідність іншого підходу реалізації таких перетворень, сутність якого полягає в реальному забезпеченні ефективного механізму захисту цієї свободи у разі її порушення. В умовах, коли зникає одна система цінностей і формується,

проростає нова їх система на зміну попередній, ще важливішими, ніж зазвичай, стають орієнтири істинності руху до обраної мети. Основне завдання вітчизняної юриспруденції полягає у вирішенні таких питань: як досягти такої реальної, а не формальної захищеності громадян при здійсненні правосуддя та яка роль суду в процесі таких трансформацій. Онтологічною суттю цих питань, сукупно на сучасному етапі є перегляд минулих уявлень про суд, у якому слід вбачати не бюрократичну установу, повільну при розгляді і швидко на розправу, а реального гаранта прав людини, надійного захисника її інтересів. Водночас ця складна проблема, що постає перед теорією і практикою цих трансформацій, пов'язана з багатьма розривами між конституційними положеннями та реальною дійсністю. Наприклад, Конституція України в статті 55 гарантує кожному право на судовий захист. Але водночас абстрактність, статичність, суперечливість і прогальність чинного законодавства, його невідповідність сучасній дійсності та інші об'єктивні причини зумовлюють декларативність і практичну недовірливість цього конституційного положення. В такому разі суд стоїть перед вибором, коли, з одного боку, вирішити справу за відсутності необхідної норми закону виявляється неможливим, а з іншого – відступати від букви і духу Конституції України, від закладених у ній ціннісних орієнтирів він не має права. У таких випадках судова правотворчість виступає вимушеним наслідком необхідності відновлення порушеного стану з урахуванням системи діючого в країні права і вимог конституційних положень. До того ж, сприйняття окремих елементів доктрини прецеденту, а саме - того, що подібні справи можуть вирішуватись у схожий спосіб, може сприяти єдності правового поля, коли ті самі прогалини різні суди будуть заповнювати однаково, а не прямо протилежними положеннями. В іншому разі вирішення подібних справ по-різному здатне призвести до нерівності громадян перед законом, у результаті чого можуть виявитися порушеними законні очікування й сподівання тих, хто шукає захисту в правосудді [59, с. 5].

Тому слід погодитися із позицією тих науковців, які, ґрунтуючись на досвіді правотворчої діяльності судів у сучасній дійсності, стверджують, що на

даний час суди найчастіше змушені й повинні “створювати (творити) право, інакше їхня діяльність стане не просто неефективною, а призведе до результатів, протилежних тим, яких від них вправі очікувати суспільство: вони будуть не захищати права, а сприяти їх порушенням” [102, с. 20].

Окрім об’єктивних причин, “вимушена правотворчість судів у сучасній Україні зумовлена також суб’єктивними чинниками. Серед них не останню роль відіграє доволі слабка, а здебільшого зовсім відсутня юридична підготовка вітчизняних законодавців. Присутність тільки механічного читання пропонованих законодавчих актів, а не адекватне їх сприйняття призводить, відповідно, до надзвичайно низького рівня дуже розрізненого, внутрішньо суперечливого законодавства [193, с. 396-397], “корегування” якого, зі свого боку, вимагає введення нового, професійного інституту у вигляді правотворчих функцій вищих судових інстанцій та офіційного надання таким результатам ознак джерела права. Останнє тим більше є порівняно легко здійсненним, оскільки сучасна судова влада в особі Конституційного Суду України фактично здійснює правотворчі функції, і це визнає переважна більшість вітчизняних юристів. Зокрема, М. Тесленко вказує, що Конституційний Суд, здобуваючи прерогативу тлумачення Конституції і загальних принципів, у певному плані сам стає творцем права нарівні зі законодавцем [299, с. 33]. О. Скакун вважає, що Конституційний Суд офіційно та законно створює судовий прецедент і є суб’єктом правотворчості [278, с. 73].

Однак у юридичній літературі можна зустріти й протилежну позицію щодо легітимності створення Конституційним Судом правових норм. Такі сучасні правознавці, як Є. Євграфова [101], В. Скоромоха, В. Тихий [306], В. Нерсисянц [207] та інші не визнають нормативного значення актів, які приймають органи судової влади. У своїх працях вони дотримуються думки, що всі рішення судових органів є правозастосовними актами, які за своєю природою не можуть нести нового регламентування тих чи інших правовідносин. Суд не може підмінювати законодавця – це основний постулат на захист окресленої позиції. Зокрема, Є. Євграфова зазначає, що, ухвалюючи рішення, Конституційний Суд



України не встановлює норми права, що не властиво його призначенню і повноваженням, а лише «звільнює» систему законодавства від актів, що суперечать Основному Закону держави [101, с. 67]. «Правова природа офіційного тлумачення Конституції та законів України полягає в їх з'ясуванні, інтерпретації, встановленні дійсного смислу, а не в поправках, змінах чи доповненнях», - пише В. Тихий. На його думку, Конституційний Суд України не наділений функцією правотворчості. «У випадку виявлення в акті, який тлумачать, прогалин, суперечностей або неузгодженості, їх можна вирішити тільки законодавчим шляхом» [306]. Скасування нормативно-правового акта (як і його прийняття та зміна), зазначає щодо цього В. Нерсесянц, - «це прерогатива правотворчих органів, а не суду. Суд же вправі дати лише юридичну кваліфікацію (правову оцінку й характеристику) розглянутого нормативно-правового акта щодо його відповідності або ж невідповідності Конституції, законам. Рішення судового органу про невідповідність розглядуваного акта Конституції, законам – лише підстава для скасування цього акта у компетентним правотворчим органом, а не просто скасування. Таке рішення суду, є тільки підставою (юридичним фактом), з яким законодавець пов'язує певні наслідки. Але такі наслідки – це вже заздалегідь установлені законодавцем правові норми, а не норми права, які створює суд» [207, с. 40].

Отже, ці та подібні судження зводяться зрештою до висновку про те, що, якщо суд не має права скасовувати чи змінювати невідповідний Конституції або звичайному закону акт, то це означає, що рішення, які приймає він стосовно цього, не мають правового характеру, не є і не можуть бути джерелом права.

У зв'язку із цим справедливо зазначає М. Марченко, що з вищенаведеними і подібними до них судженнями можна погодитися лише частково. Справді, тільки законодавець, а не суд може скасувати чи змінити нормативно-правовий акт, який не відповідає Конституції чи законам, але водночас не можна поділяти думку, відповідно до якої це законодавчо закріплене положення може бути використане як аргумент на користь тези про відсутність у суду в особі його вищих органів правотворчих можливостей. Річ у тім, що законодавець лише в

кінцевому результату, після закінчення визначеного, іноді дуже тривалого періоду часу вносить відповідні, рекомендовані Конституційним Судом зміни в нормативно-правовий акт. У період між винесенням цим судом відповідного вердикту про невідповідність окремих положень нормативно-правового акта Основному Законові держави і моментом внесення законодавцем змін у нормативно-правовий акт діє норма, що міститься в судовому вердикті. З унесенням змін у нормативно-правовий акт “суддівська” за своєю природою і характером норма “перекривається” відповідною парламентською нормою [193, с. 392].

У випадках встановлення невідповідності нормативно-правового акта Конституції України, на думку В. Шаповала, Конституційний Суд України займається так званою «негативною правотворчістю», тобто фактично скасовує нормативно-правові акти і здійснює таким чином негативний за своєю суттю вплив на здійснювану уповноваженими органами правотворчість [341, с. 29].

Більше того, визнання нормативного акта або окремих його положень невідповідними Конституції є підставою скасування у встановленому порядку положень інших нормативних актів, що ґрунтуються на нормативному акті, визнаному неконституційним, або відтворюють його чи містять такі ж положення, які були предметом звертання. Положення таких нормативних актів не можуть застосовувати суди, інші органи й посадові особи. Припинення дії нормативного акта, зі свого боку, призводить до виникнення, зміни або припинення правовідносин для невизначеного кола осіб, тобто викликає наслідки, аналогічні наслідкам прийняття закону чи іншого правового акта.

Таким чином, приймаючи рішення, що оголошують окремі положення закону чи навіть весь закон неконституційним (як і будь-яку іншу подібну до нього постанову), Конституційний Суд України діє не тільки як “негативний законодавець”, який заперечує конституційність розглядуваного положення чи акта і тим самим створює правову основу для його скасування, а й як “правотворець”. Він указує не тільки на те, як не можна діяти правозастосовувачу в тих чи інших випадках, а й як потрібно і слід діяти в

подібних ситуаціях. І хоча він формально не створює новий закон, а тільки вказує, яким він має бути відповідно до Конституції України, проте він фактично визначає правила, що повинні діяти до його прийняття. У таких випадках не можна не побачити елементи нового регулювання, новий підхід до оцінки тих чи інших положень законів і вирішення проблем.

Норма поведінки, вироблена в рішеннях Конституційного Суду України, як правило, має характер заперечення колишнього регулювання, тобто вона сама по собі не покликана створювати модель якого-небудь нового регламентарного інституту, а навпаки – в таких рішеннях оцінюється позиція законодавця, створені ним правила поведінки. Коли в результаті такої оцінки норми визнаються неконституційними, виникає нове регулювання – без них, на нових принципах і підходах. При цьому формулюються нові правоположення про регулювання суспільних відносин, які є предметом регламентування норми законодавства, що перевіряється. Ці нові правоположення, на наш погляд, мають усі необхідні характеристики судового прецеденту.

Аналогічно слід сприймати правотворчу діяльність Конституційного Суду України не тільки у випадках вирішення справ про відповідність різних правових актів Конституції України, а й у більшості випадків, коли потрібне тлумачення Основного Закону держави, що має не тільки нормативний характер, а й пріоритетне значення перед іншими видами її тлумачення. Конституція – закон вищої юридичної сили, і його пряме застосування – обов'язок суду. Цей обов'язок реалізують суди досить активно, але не в кожній справі можливе пряме застосування конституційних норм, які характеризуються спільністю. Здебільшого конкретні правовідносини вимагають детальнішого регулювання, й конституційні положення не можуть бути достатнім правовим матеріалом для їх регламентації [143, с. 154].

Проблема тлумачення правових норм, з'ясування і роз'яснення законодавчих текстів зумовлена проблемою розуміння правової ситуації, інтерпретації юридичних фактів, необхідних для обґрунтованої правозастосовної діяльності й загалом для адекватного здійснення правом своєї

регулятивної функції [133, с. 215]. Весь цей процес здійснюється через вирішення низки пізнавальних проблем. За своїм призначенням інтерпретаційний процес має належно оцінити існуючий стан соціальних відносин, дозволити позитивні з них і заборонити шкідливі їх форми. Якщо така оцінка з пізнавального погляду виявиться неправильною, будучи відповідно відображеною в правовому акті, вона неодмінно трансформується в неадекватні форми правового регулювання.

Природа рішень Конституційного Суду України щодо тлумачення Основного Закону держави є проявом змісту її норм і, звичайно ж, містить у собі нове розуміння, нове регулювання суспільних відносин [143, с. 159]. У такому ракурсі суддя може спиратися на розуміння й тлумачення права не тільки з погляду юридичних понять і конструкцій юридичної логіки, за допомогою якої правова наука прагне охопити право, а й на основі інтуїтивного проникнення у зміст права та його зв'язки з реальним життям [198, с. 160].

Тому однією із найбільш значущих проблем у сучасній науці постала проблема співвідношення тлумачення й правотворчості в діяльності Конституційного Суду України; існування більш-менш чіткої межі між тим де закінчується тлумачення й починається правотворчість.

Це призвело до виникнення двох таборів у юридичній методології. Один із них орієнтується на цивільно-правові підходи в методології, традиційно стримує можливості правотворення при тлумаченні права і, обмежуючи їх, орієнтує на волю закону і керівні принципи права. Так, В. Нерсисянц підкреслює, що акт такого (нормативного) тлумачення є нормою розпорядчого розуміння вже існуючої норми права, а не новою нормою [207]. Інший підхід пропонує публічно-правова методологія, яка швидше спирається на те, що тлумачення права зрештою є конкретизацією норм права і принципів права. Цього вимагає сама символічно-смілова природа правової матерії. Адже закон – це «особливого роду вираз думки», а думка завжди потребує розуміння, розкриття смислу. Більше того, можна стверджувати, що герменевтичність права є однією з найістотніших його властивостей, а герменевтичний процес загалом є

основним джерелом і формою його розвитку. Проблему тлумачення не можна зводити до суто технічної майстерності оперування юридично значущими фактами. Інтерпретація не може бути чисто інтелектуальною процедурою, вона завжди екзистенціальна і є наслідком особистісного духовно-пізнавального освоєння і творення реальності як певної смислосназучої цінності [133, с. 229].

Якщо раніше панувала думка про те, що юридичний силогізм – зв'язок норми права з конкретною життєвою ситуацією – завжди даватиме правильний результат. То нині абсолютно переважає правова позиція, яка полягає в тому, що інтерпретація права не обмежується пошуком того, що встановив законодавець і що міститься в законі, а, на противагу цьому, є актом «креативного правотворення». Інтерпретація – це не лише акт пізнання, встановлення того, що вже має юридичну силу, а й акт творення нового права. Відповідно до нового методологічного підходу застосування права відбувається за допомогою почергового переходу від аргументації, яка використовується в ситуації, до аргументації, яка стосується норми. Такий перехід від аргументації норми до аргументації ситуації, що потребує правового розв'язку, завжди є спробою інтерпретації цієї норми, спробою зрозуміти її і так скоригувати відповідно до обставин її зміст, щоби забезпечити справедливе вирішення справи.

Погляд, згідно з яким акт судового тлумачення лише роз'яснює існуючу норму, однак не створює її, мав би під собою логічне підґрунтя тільки у тому випадку, якщо право трактували б як певні відокремлені й паралельно існуючі явища. Однак право, хоч і міститься в різних правових джерелах, має одну важливу ознаку – саме ознаку єдності. Справді, право існує як явище, різні частини якого знаходяться в системній єдності та ієрархічному підпорядкуванні, взаємно підтримуючи й доповнюючи одна одну. Якщо взяти до уваги цю обставину, то неважко помітити, що не існує жодної правової категорії, яка не мала би свого підґрунтя в якійсь іншій правовій категорії. Сучасна Конституція України ґрунтується на природно існуючих у сучасному суспільстві моральних цінностях, надаючи їм юридичної форми позитивного права. У зв'язку із цим заслуговує на увагу позиція А. Пиленко, що у будь-якому застосуванні закону є

місце, свідомо законодавцем залишене для індивідуальної творчості. На його думку, в межах, з'ясованих звичайними засобами герменевтики, суддя творить право [240, с. 73-74]. Без заперечень визнати судову правотворчість у тлумаченні позитивного законодавства пропонує й Р. Дворкін: «Суди повинні застосовувати законодавство, яке створене іншими інститутами; вони не повинні створювати нове право. Це є ідеалом, який на різних підставах не може бути повністю реалізований на практиці. Закони та положення загального права часто є неоднозначними для їх розуміння і мають бути розтлумачені для їх застосування у нових справах. У деяких справах порушуються питання, які не можна вирішити через тлумачення наявних правоположень. Тому судді створюють нове право незалежно від того, як вони це роблять – приховано чи відкрито. У разі творення нового права суддя фактично діє як законодавець, який аналогічну проблему вирішує шляхом прийняття закону» [365, с. 82]. Заперечення судової правотворчості є одночасним визнанням нездатності суддів вирішувати конфлікти в суспільстві за допомогою права і здійснювати правосуддя у так званих важких справах [347, с. 29].

Варто звернути увагу й на такий аспект правових позицій Конституційного Суду, як їхня особлива юридична сила. Ця проблема у вітчизняній юридичній науці недостатньо розроблена. Можна лише навести окремі висловлювання, які стосуються юридичної сили рішень і правових позицій даного суду, не заперечуючи єдності поглядів. Зокрема, М. Баглай і Б. Габрічідзе вважають, що акти Конституційного Суду за юридичною силою стоять вище від актів парламенту і Президента [15, с. 33]. Б. Ебзеєв стверджує, що рішення Конституційного Суду щодо тлумачення конституційних норм, по суті, стають частиною Конституції [99, с. 12]. Ж. Овсепян зазначає, що сам акт скасування законодавчого або управлінського акта, здійснюваний органами конституційної юрисдикції, – це акт нормативного рівня, причому такий, що стоїть вище від закону (постанови), який скасовується, хоч яку б юридичну силу він мав. Особлива юридична сила рішень, що відрізняє їх від актів загальних та інших судових органів, зближує з актами законодавства, надаючи характеру

юридичного прецеденту, тобто нормативну ознаку [212]. На думку Р. Гаврилюк, практика діяльності Конституційного Суду України дає достатньо підстав для висновку про те, що його рішення про визнання неконституційними законів, інших правових актів або їхніх окремих положень є складовою частиною законодавства і за критерієм ієрархії передують законам, тобто займають у системі джерел права самостійне місце після Конституції України [65, с. 61].

Аналіз цих суджень і правової практики дає підстави зробити припущення про наявність у правових позиціях Конституційного Суду України свого, відмінного від інших правових норм, місця в цій ієрархії – а саме те, що вони знаходяться між конституційними нормами й нормами законів.

Одночасно виникає ще одне запитання: чи мають рішення Конституційного Суду України характер судового прецеденту. Так, О. Скакун і Б. Малишев прямо стверджують, що Конституційний Суд офіційно й законно створює прецедент. Однак, щоб мати змогу характеризувати рішення Конституційного Суду України як прецедентного, потрібні відповідні аргументи, які знаходяться у площині результатів порівняння судового прецеденту та рішення Конституційного Суду України. На підставі загальної дефініції спробуємо відзначити ті обставини, що об'єднують явища судового прецеденту і рішення Конституційного Суду України. По-перше, ці явища схожі за своєю формою, а по-друге, їхня форма є юридично-обов'язковою. І прецедент, і рішення Конституційного Суду України є результатом діяльності органу судової влади з розгляду конкретних справ. Цим двом правовим феноменам притаманна властивість безпосередньо регулювати права та обов'язки суб'єктів правовідносин, рішення та прецедент розраховані на неодноразове їх використання необмеженим колом осіб і тому мають бути належним чином опублікованими.

Водночас між класичним (англійським) судовим прецедентом і рішенням Конституційного Суду, існують відмінності, які полягають у якісних характеристиках норми права, що в них міститься. Норму, що міститься у рішеннях Конституційного Суду не можна вважати класичною прецедентною,

оскільки вона є не принципом вирішення спору, а метою діяльності суду, що зі свого боку, зумовлює особливе її текстуальне розміщення та роль: у рішеннях Конституційного Суду України вона міститься у резолютивній частині, а в англійському прецеденті - ніяк не відокремлюється, міститься в аргументації судді і є правовою основою, принципом його прийняття. Крім того, такі норми різняться ще й за своїм характером волевиявлення, оскільки рішення Конституційного Суду України, яким скасовуються певні правові приписи, є актом відміни, тоді як норми прецедентного права в абсолютній більшості випадків встановлюють нові положення [347, с. 183].

В обох випадках наявний процес правотворчості, але він має різний напрям. Адже Конституційний Суд України не має права виконувати будь-які дії у випадку виявлення ним прогалин у праві, тоді як для суду країн загального права це є приводом (навіть обов'язком) для створення прецеденту. Крім цього, між рішеннями Конституційного Суду України і судовим прецедентом існує суттєва відмінність, зумовлена відсутністю існування у перших принципу, подібного до *stare decisis*, коли подібні справи вирішуються подібним способом. Зі свого боку, прецедент тлумачення можна ототожнити з рішенням Конституційного Суду України щодо офіційного тлумачення. У даному випадку спільна ознака є очевидною – встановлення загальнообов'язкового правила застосування неоднозначного положення акта законодавчої влади.

Проаналізувавши все вищесказане, можна погодитися з позицією С. Шевчука щодо квазіпрецедентного характеру рішень Конституційного Суду України.

У наведеної нами вище проблеми є ще один аспект – міжнародний, пов'язаний, насамперед, із діяльністю Європейського суду з прав людини. Ратифікувавши Європейську конвенцію про захист прав і основних свобод людини (далі Конвенція), Україна визнала обов'язковість юрисдикції цього Суду з усіх питань, які стосуються тлумачення та застосування Конвенції і протоколів до неї. Водночас загальновідомо, що право, створене Європейським судом з прав людини є класичним прецедентним правом. Власне тому в Україні



розпочався якісно новий і раніше не відомий етап правової реформи, що полягає в перенесенні європейських і загальносвітових правничих цінностей на український ґрунт, які здебільшого знаходять своє практичне відображення в прецедентному праві Європейського Суду з прав людини [347, с. 15].

Отже, майже «безсвідомо» для вітчизняної юриспруденції судовий прецедент уже став її джерелом права. Тобто в системі джерел вітчизняного права виникло офіційно, не вимагаючи додатково визнання, джерело права судового характеру.

У зв'язку з цим стає очевидним, що суди України можуть у своїх рішеннях застосовувати не тільки норми Конвенції, а й рішення Європейського Суду, в яких подається тлумачення Конвенції, а тому знати прецедентне право Європейського Суду українські судді та інші суб'єкти захисту прав людини просто зобов'язані [12, с. 45]. Акцентуючи увагу на цій проблемі, П. Рабінович зазначає: «Практика Суду (а це сотні рішень) розвивається за відверто прецедентним принципом. І тому знання й урахування прецедентних рішень Суду, засвоєння специфіки його професійного мислення, його «правового менталітету» - одне з найактуальніших завдань, що постають нині перед суддями та будь-якими іншими суб'єктами захисту прав людини в Україні» [253, с. 358]. Такої ж позиції дотримується й Г. Куц: «...в Українській державі найбільш доцільним було б не тільки інколи згадувати про прецедентні судові рішення Європейського суду з прав людини як джерело права, а й поступово запроваджувати в практику національних судів використання судових прецедентів, як це вже роблять у багатьох країнах Європи» [156, с. 22]. На думку С. Шевчука, «питання про необхідність використання прецедентного права, створеного суддями Європейського Суду з прав людини, у процесі прийняття рішень українськими суддями з аналогічних питань є нагальним ... можна цілком припустити, що визначальною підставою саме для таких дій слугує не тільки повага до прецедентного права, а й обґрунтовані побоювання, що у Страсбурзі може бути ухвалено протилежне рішення з цього питання» [347, с. 16].

Таким чином, аналізуючи все вищесказане, можна констатувати, що питання полягає не у тому, щоби «відшукувати» судовий прецедент у вітчизняному праві, а визнати те, що вже існує у реальній правовій дійсності.

До того ж, засвоєнню і використанню прецедентного права в Україні сприяє європейське право, яке формується як органічний «сплав» англо-американської і континентальної правових систем [278, с. 73]. Світові тенденції у напрямі зближення основних правових сімей, що виражається у зростанні ролі судів у правотворенні у країнах романо-германської правової сім'ї на тлі зближення питомої ваги законодавства в державах англо-американської правової сім'ї, є підтвердженням того, що майбутнє розвитку правової системи окремої держави (у тому числі й нашої) – за поєднанням закону та судового прецеденту. Адже універсальність, формальна визначеність, нормативна узагальненість положень законів і конкретизованість, динамічність приписів прецедентного права органічно доповнюють одне одного, що призводить до ефективності дії всього механізму правового регулювання [177, с. 15].

Отже, формування нового образу права, перехід від панування позитивістської моделі права до сприйняття природно-правового підходу, переосмислення традиційних позитивістських уявлень про монопольне становище закону в системі джерел права та поєднання в межах української правової системи різних форм права, інтегративні процеси щодо зближення основних правових сімей, визнання обов'язковості юрисдикції Європейського суду з прав людини зумовлюють необхідність запровадження в Україні прецедентного права та судового прецеденту як джерела права. Більше того, визнання та ефективне застосування цих категорій правотворчими і правозастосовними органами в процесі захисту й реалізації фундаментальних прав і свобод людини визначатиме прогрес України на шляху до об'єднаної Європи, привнесе стійкість, прогнозованість і сприятиме стабільності правових відносин у нашій державі, в результаті чого право виконуватиме роль стимулятора суспільного життя, а не гальмівного чинника.

### Висновки до розділу 3

В умовах радикальних державно-правових перетворень, спрямованих на утвердження пріоритету природних прав людини, формування ефективної системи їх захисту, основна увага правового аналізу зосереджується на здатності правових інституцій упорядкувати змінне соціальне середовище. Здатність права змінюватися разом зі зміною суспільних відносин становить головну ознаку його ефективності й визначає його спроможність слугувати надійним регулятором суспільних відносин. Останнє як одна із передумов сприяє тому, що у сучасному регулятивному процесі виняткового значення набувають прецедентні рішення судів, які, виступаючи як гносеологічне балансування між динамічним і статичним, належним і суцям, абстрактним і конкретним, здатні найбільше відобразити складність і багатогранність реального життя.

Постійні зміни умов життя суспільства вимагають гнучкості правопорядку. У такому процесі суди здатні в найбільшій мірі пристосовувати право до безперервної зміни об'єктів правового регулювання. Будь-яка правова система неминуче стикається зі складною проблемою: вона має відповідати, з одного боку, вимогам стабільності, а з іншого – неминучості змін. На практиці примирення цих протилежних за своїм характером вимог здійснюється за допомогою концепції судової правотворчості, яка спрямована на підтримку стабільності під час перетворень, що відбуваються, усуваючи на певний час дисбаланс між вимогами часу і нормами права.

Судова правотворчість – це зумовлена потребами суспільного розвитку, побудована на раціональних основах, комплексна інтелектуально-пізнавальна діяльність суддів, результатом якої є створення нового елемента системи джерел права, що регламентує окремий аспект буття суспільства.

Відправний момент судової правотворчості – вивчення права в дії, в соціальному контексті, а не застосування механічного застосування позитивного матеріалу; зміщення акцентів з «логістики» права на правову прагматику, з формально-логічних моментів юридичного аналізу на «буттєву» практику.

Вивчення за допомогою формально-догматичного підходу писаного права є недостатнім для досягнення природи й дійсності права, це вид техніки, штучне мистецтво, зайняте виданням законів і їх коментуванням. Свої зусилля необхідно спрямовувати на вдосконалення правової дійсності, практики. І не остання роль у такому процесі належить судді, як творчому, але обмеженому практикою диспозитивного становища суб'єктові. Виходячи із теоретико-філософських основ концепції судової правотворчості судовий прецедент можна охарактеризувати як сформований на попередньому досвіді пізнання за допомогою раціонально-інтуїтивного стилю юридичного мислення результат правотворчої діяльності одного з вищих судів, що містить обов'язкове правоположення, що конкретизує, доповнює чи замінює нормативне регулювання певних суспільних відносин і слугує підставою для подальшої правореалізаційної діяльності.

## ВИСНОВКИ

Виконане дисертаційне дослідження дозволяє зробити такі висновки:

1. Формування у суспільній свідомості нового праворозуміння; перехід від панування позитивістської моделі права до сприяння природно-правового підходу; важливість динамічного передбачення нових процесів і тенденцій, що народжуються в суспільстві; недосконалість і суперечливість чинного законодавства; необхідність створення ефективного механізму судового захисту прав і свобод людини; переосмислення традиційних уявлень про суд, у якому вбачають реального гаранта прав людини, надійного захисника її інтересів; інтегративні процеси у напрямі зближення основних правових сімей, а також визнання обов'язковості рішень Європейського суду з прав людини, які мають прецедентний характер, слугують історичними передумовами новітнього переосмислення та визнання судового прецеденту як важливого джерела вітчизняного права. Науково-практичне опрацювання проблеми судової правотворчості в національному праві детерміноване використанням трансцендентальної методології, яка (на відміну від діалектичного матеріалізму з його незмінною абсолютизацією моноджерела права та схематизацією правової дійсності) є синергетично структурованою, утворює нелінійний, непозитивний, об'ємний, ієрархійний, складний вимір права, опрацьовує його різноджерельну природу та духовну сутність.

2. Відсутність у науковій літературі єдиної позиції стосовно визначення поняття та суті джерела права характеризується тим, що кожний концептуальний підхід до розуміння цього явища конституюється на ґрунті відповідного філософського світогляду. Зважаючи на значну амплітуду світоглядних позицій цілком припустимим і доцільним є багатовекторне пізнання цієї проблеми. Осягнення суті категорії «джерело права» якимось одним «абсолютно правильним» методологічним підходом призводить до виокремлення та розкриття окремих пластів цього складного феномену, а

отримані узагальнення можуть вважатися повними лише у межах історичних умов, під час яких відбулося те чи інше дослідження проблеми.

3. Система джерел права – це складне, багаторівневе, ієрархічне, органічне, динамічне утворення, що характеризується різноманітністю і видовим розмаїттям елементів, які доповнюють, корегують одне одного щодо забезпечення ефективної реалізації й захисту природних прав людини. Визнання джерелом права виключно продукту діяльності держави, зведення його сутності й змісту до закону або іншого юридичного припису не відповідають сучасним методам правореалізації. Право у його цілісності – різноджерельне й формується не лише внаслідок цілеспрямованих зусиль законодавця, а й через трансцендентальну природу людини. В практичному значенні концепція різноджерельного права дає можливість у вирішенні юридичних справ урахувати особливості кожної життєвої ситуації, здійснювати гнучкіше налагодження механізму регулювання суспільних відносин, реалізовувати окремі права, свободи та інтереси людини, а в разі їхнього порушення - сприяти ефективному судовому захисту.

4. Суперечливе ставлення до генези існування в нинішніх умовах судової правотворчості, розмаїтість поглядів щодо визнання судового прецеденту як джерела права значно залежить від прихильності автора до тієї чи іншої концепції праворозуміння, а також від використання різного методологічного інструментарію при дослідженні цієї проблеми. Так, в інтерпретації позитивістської концепції судова правотворчість суперечить волі суверена, що втілюється у текстах нормативно-правових актів і призводить до свавілля, нестабільності, порушення законності. Теорія природного права переконує в тому, що судді за допомогою судового прецеденту «відкривають право», яке завжди існувало у суспільстві та було «надпозитивним». А соціологічна школа права не лише визнає правотворчу діяльність суддів, а й наголошує на її необхідності в умовах задоволення потреб суспільства, що постійно змінюється.

5. Судова правотворчість – це зумовлена об'єктивними суспільними закономірностями комплексна діяльність суддів, що складається з розумово-

пізнавальних операцій, у результаті яких у супроводжувану систему джерел права вливається новий елемент – судовий прецедент, що регламентує окремий ціннісний аспект буття суспільства. Соціальна реальність настільки багатогранна, що в ній неможливо все передбачити, а тим більше законодавчо закріпити. Через об'єктивні причини будь-яке законодавство втрачає здатність бути адекватним дійсності й регулювати нові життєві проблеми, які постійно виникають. За таких обставин модифікацією законодавчої норми стає судове рішення, тобто проявляється аксіологічний та гносеологічний зріз судового прецеденту, де соціальна матерія знаходить свою форму, сутність права як матеріальне формулювання справедливості затверджується в своїй визначеності й виникає субстанція природного права.

6. За складних і суперечливих умов сучасної правової дійсності судовий прецедент виступає як гносеологічне балансування між належним і суцям, абстрактним і конкретним, динамічним і статичним, що здатне найбільше відобразити багатогранність реального життя.

7. Судовий прецедент - це сформований на попередньому досвіді пізнання за допомогою раціонально-інтуїтивного стилю юридичного мислення результат правотворчої діяльності одного з вищих судів, що містить обов'язкове правоположення, яке конкретизує, доповнює чи заміняє нормативне регулювання певних суспільних відносин і слугує підставою для подальшої правореалізаційної діяльності.

8. Серед основних постулатів становлення і розвитку прецедентного права в умовах реформування правової системи України можна назвати такі:

- право слід розглядати не лише як сукупність норм поведінки, а й як процес, пов'язаний із прийняттям рішення у конкретних справах;

- у випадках, коли позитивний юридичний матеріал є недостатнім для того, щоби результат конкретної справи нарівні винесення рішення був визначений логічно, суддя має вирішувати правовий спір за допомогою досвіду, судового розсуду;

- правовий порядок має бути настільки ж змінним, наскільки стабільним;

- між намірами законодавця та практикою застосування права часто виявляються розриви, вирішити які повинен суд;
- основний чинник, що відображає рольову значущість функціонування прецедентного права, – специфічний (з поєднанням логічних та інтуїтивних засобів) стиль юридичного мислення суб'єкта правотворчості.



## СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Адилкариев Х. Судебная практика как источник нормотворчества / Х. Адилкариев // Советская юстиция. - 1989.- № 23.- С. 14-15.
2. Алварт Х. Право и действие: Философия права в ее развитии от естественно-правового мышления и позитивизма до аналитической герменевтики права / Х. Алварт // Право XX века: Идеи и ценности. - М., 2001.- С. 94-97.
3. Александров Н. К критике буржуазной идеологии в определении права / Н. Александров // Советское государство и право. - 1948.- № 10.- С.48-50.
4. Александров Н. Понятие источника права / Н. Александров // Ученые труды ВИЮИН.- Вып. 8. - М., 1946.- С. 15- 49.
5. Алексеев С. Проблемы теории права / С. Алексеев. – Т. 1.- Свердловск, 1972.- 396 с.
6. Алексеев С. Общая теория права / С. Алексеев. – М., 1981.- Т. 1.- 360 с.
7. Алексеев С. Теория права / С. Алексеев. – М.: БЕК, 1994.- 224 с.
8. Алексеев С. Право: азбука – теория – философия: опыт комплексного исследования / С. Алексеев. - М., 1999.- 712 с.
9. Алексеева Л. Судебный прецедент: произвол или источник права? / Л. Алексеева // Советская юстиция. - 1991.- № 14.- С. 2-3.
10. Андріанов К. До питання про юрисдикцію Європейського суду з прав людини / К. Андріанов // Право України. - 2000.- № 8.- С. 46-51.
11. Андріанов К. Правова природа рішень Європейського суду з прав людини / К. Андріанов // Право України. – 2002.- № 3.- С. 37-42.
12. Антонович М. Конвенція про захист прав людини і основних свобод у судах Європейських держав та перспективи її застосування в Україні / М. Антонович // Право України. – 2000.- №8.- С.42-46.
13. Антонович М. Україна в міжнародній системі захисту прав людини / М. Антонович. – К.: КМ АCADEMIA, 2000.- 261 с.

14. Апарова Т. Прецедент в современном английском праве и судебное правотворчество / Т.Апарова // Труды ВНИИСЗ. - 1976.- Вып. 6. - С. 173-185.
15. Баглай М. Конституционное право Российской Федерации / М. Баглай, Б. Габричидзе. - М., 2001. - 602 с.
16. Байниязов Р. Дух и право / Р. Байниязов // Философия права. -1999.- № 1 (13).- С.19-21.
17. Байтин М. Сущность права (Современное нормативное правопонимание на грани двух веков) / М. Байтин. - Саратов, 2001. - 346 с.
18. Бандура О. Деякі аспекти взаємного зв'язку цінностей та істини у праві / О. Бандура // Проблеми філософії права. - Т. I.- Київ-Чернівці: Рута, 2003.- С. 111-115.
19. Бандурка О. Право і держава – теоретичний аспект / О. Бандурка, О. Пушкін, Л. Зайцев // Право України. – 1995.– № 11.– С. 3-7.
20. Барак А. Судейское усмотрение / А. Барак. – М.: НОРМА.- 1999.- 376 с.
21. Баранов В. О соотношении действительности и возможности в праве / В. Баранов, В. Першин, И. Першина // Проблеми філософії права. - Т. II.- Київ-Чернівці: Рута, 2004.- С. 181-186.
22. Бачинин В. Антитеза естественного и позитивного права: философско-культурологический анализ / В. Бачинин // Общественные науки и современность. – 1999.- № 6.- С. 76-87.
23. Безина А. Конкретизация права в судебной практике / А. Безина, В. Лазарев // Советская юстиция. - 1968. - № 2.- С. 6-7.
24. Бердяев Н. Философия свободы. Смысл творчества / Н. Бердяев. - М., 1989. - 450 с.
25. Бержель Ж.-Л. Общая теория права / Ж.-Л. Бержель. - М.: Изд. дом NOTA BENE, 2000. - 576 с.
26. Берман Г. Право і революція: формування західної традиції права / Г. Берман. - К.: IRIS, 2001.- 651 с.
27. Бернхем В. Вступ до права та правової системи США / В. Бернхем.- К.: Україна, 1999.- 554 с.

28. Бертанлафи А. Общая теория систем: обзор проблем и результатов / А. Бертанлафи // Системные исследования: ежегодник. – М., 1969. – С. 23-82.
29. Бігун В. Людина в праві: аксіологічний підхід: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.12 «Філософія права» / В. Бігун.- К., 2004.- 19 с.
30. Бігун В. Євген Еріх: життя і право значна спадщина (актуальний наукознавчий процес) / В. Бігун // Проблеми філософії права. Т. III.- № 1-2.- Київ-Чернівці: Рута, 2005.- С. 105-126.
31. Блакстон Г. Истолкованія аглинскихъ законовъ / Г. Блакстон. - Кн. I. / [пер. с англ.]. - М.: Университетская типография у Н.Новикова, 1780. - 376 с.
32. Боботов С. Правосудие в системе разделения властей / С. Боботов // Судебная система России. - М., 2000.- С. 30-31.
33. Боботов С. Формообразующая функция судебной практики / С. Боботов // Судебная система России: [учеб. пособие]. - М.: Дело, 2000. - 336 с.
34. Бобылев А. Современное толкование системы права и системы законодательства / А. Бобылев // Государство и право. - 1998.- № 2.- С. 22-27.
35. Богдановская И. Прецедентное право / И. Богдановская. - М.: Наука, 1993. - 239 с.
36. Бодров С. Судебный прецедент в системе источников российского права: вопросы теории и практики: дис...кандидата юрид. наук: 12.00.01 / С. Бодров. -Ульяновск, 2004.- 208 с.
37. Бойцова В. Судебный прецедент: зарубежный опыт и российские перспективы / В. Бойцова, Л. Бойцова // Российский судья. - 1999.- №3.- С. 14-18.
38. Большой юридический словарь [под ред. А. Сухарева, В. Зорькина, В. Крутских]. - М.: ИНФРА, 1997. - 790 с.
39. Боннер А. Источники советского гражданского процессуального права / А. Боннер. - М., 1977. - 655с.

40. Бошно С. Судебная практика – источник правотворчества. Роль судебной практики в правовой системе / С. Бошно // Российский судья. - 2001. - № 3.- С. 3-6.
41. Бошно С. Соотношение понятий источник и форма права / С. Бошно // Юрист.- 2001.- № 10.- С. 15-22.
42. Бошно С. Влияние судебной практики на законотворчество / С. Бошно // Государство и право. - 2004.- № 8.- С. 14-22.
43. Бошно С. Форма права: теоретико-правовые исследования: Дис. доктора юрид. наук: 12.00.01 / С. Бошно. - М, 2005.- 440 с.
44. Братасюк В. Интелектуальна традиция постмодерну та проблеми реформування правової системи сучасної України В. Братасюк // Проблеми філософії права. - Т. II.- Київ-Чернівці: Рута, 2004.- С. 156-162.
45. Братасюк В. Значення поглядів Є.Ерліха на особливості юридичного мислення у конспекті правової культури постмодерну / В. Братасюк // Проблеми філософії права. – Т. III.- № 1-2.- Київ-Чернівці: Рута, 2005.- С. 152-156.
46. Бруно Л. Свобода и закон / Л. Бруно. - М.: ИРИСЭН, 2008.- 308 с.
47. Будзинский С. Начала уголовного права / С. Будзинский. - Варшава, 1870. - 372 с.
48. Бурлай Е. Не усердствуй! (о государственном нормотворчестве и его неоднозначных результатах) / Е. Бурлай // Проблеми філософії права. - Т. III.- № 1-2.- Київ-Чернівці: Рута, 2005.- С. 63-72.
49. Ваймар Р. Основы «единства» материального обоснования права в естетсвенно-правовом мышлении и позитивизме / Р. Ваймар // Право XX века: Идеи и ценности. - М., 2001.- С. 237-240.
50. Варданянц Г. Социологическая теория права / Г. Варданянц.- М.: Академический Проект, 2007. – 439 с.
51. Василевич Г. Конституционные аспекты субординации источников права / Г. Василевич // Конституционное и муниципальное право. - М.: Юрист, 2006.- № 2.- С. 2-6.

52. Василевич Г. Решения Конституционного Суда – важнейший источник права / Г. Василевич // Вестник Конституционного Суда Республики Беларусь. - 1999.- № 3.- С. 59-64.
53. Васильев А. Формы выражения норм советского социалистического права / А. Васильев. - М., 1960.- 430 с.
54. Васьковский Е. Руководство к толкованию и применению законов: [практическое пособие] / Е. Васьковский. - М., 1997. -126 с.
55. Васьковский Е. Учебник гражданского права / Е. Васьковский. – М.: Статут, 2003. – 205с.
56. Венгеров А. Теория государства и права: [учебник] / А. Венгеров. - Ч. 2: Теория права. - Т. 1. - 1996.- 163 с.
57. Викторский С. Русский уголовный процесс: [учебное пособие] / С. Викторский. – М.: Юридическое бюро «ГОРОДЕЦ», 1997. – 448 с.
58. Вильданова М. Источники права Франции / М. Вильданова // Тр. ВНИИ сов. законодательства.- М., 1986.- Вып. 32-33. - С. 332-347.
59. Вильдхабер А. Прецедент в Европейском Суде по правам человека / А. Вильдхабер // Государство и право. - 2001.- № 12.- С. 5-17.
60. Вильнянский С. Лекции по советскому гражданскому праву / С. Вильнянский. - Ч. 1.- Х.: Изд-во Харьк. ун-та, 1958. – 339 с.
61. Возний І. Правова концепція С. Дністрянського / І. Возний // Право України. - 1999.- №6. - С.43-46.
62. Воронкова И. Формы права и источники права / И. Воронкова.- Саратов, 1989.- 31 с.
63. Вюртенбергер Т. Осанні тенденції у сфері юридичної методології / Т. Вюртенбергер // Український правовий часопис.- 2004.- № 7(12).- С. 3-12.
64. Гаврилов В. К вопросу о видах и соотношении источников международного частного права / В. Гаврилов // Международное публичное и частное право. – 2001.- № 1.- С. 50-55.
65. Гаврилюк Р. Джерела фінансового права України: [навч.-метод. посіб] / Р. Гаврилюк. - Чернівці: Рута, 2003.- 88 с.

66. Гайворонський В. Джерела права / В. Гайворонський // Вісник Академії правових наук України. - 2001.- № 3.- С. 56-65.
67. Галесник В. Нормы права и практика коммунистического строительства / В. Галесник // Вопросы общей теории советского права.- М., 1960. - 560 с.
68. Ганьба Б. Системний підхід та його застосування в дослідженнях державно-правових явищ / Б. Ганьба // Право України. - 2000.- №3. - С. 41-44.
69. Ганьба Б. Системний підхід та його застосування в дослідженні України як демократичної, соціальної, правової держави: дис...кандидата юрид. наук: 12.00.01/ Б. Ганьба. - К., 2001.- 185 с.
70. Гегель Г.В.Ф. Введение в «Философию права» // Гегель Г.В.Ф. Собрание сочинений / Г.В.Ф. Гегель.- М., 1963.- Т.7.
71. Гегель Г.В.Ф. Философия права / Г.В.Ф. Гегель. - М.: Мысль, 1990.- 524 с.
72. Герасимов Р. Реформа контрольного механизма Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод, её значение для правозащитной деятельности в Украине / Р. Герасимов // Юридический вестник.- 1998.- №4.- С.130-137.
73. Гиряева В. Правовая норма, правовая действительность и изменение права / В. Гиряева // Социология права в Германии. - М., 2008.- С. 108-114.
74. Головатий С. «Верховенство закону» versus «верховенство права»: філологічна помилка, професійна недбалість чи науковий догматизм / С. Головатий // Вісник Академії правових наук України. – Х.: Право, 2003. - №2 (33) - 3 (34). – С. 96-113.
75. Голомазова Л. Роль и значение судебных актов в становлении прецедентного права в России / Л. Голомазова // Юрист. – 2000.- № 1.- С. 1-2.
76. Градовский А. Начала русского гражданского права. Т.1: О государственном устройстве / А. Градовский. – СПб., 1875. – 178 с.
77. Гранат Н. Источники права / Н. Гранат // Юрист. - 1998.- № 9.- С. 6-12.
78. Гримм Д. К вопросу о понятии и источнике обязательности юридических норм / Д. Гримм. – СПб., 1896.- 234с.

79. Грищенко А. Правовий закон: питання теорії та практики в Україні: автореф. дис.на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.01 «Теорія держави і права. Історія політичних і правових вчень» / А. Грищенко. - К., 2002.- 20 с.

80. Гук П. Судебный прецедент в России: теория и практика / П. Гук // Правоведение. – 2001.- №4.- С.50-60.

81. Гук П. Судебный прецедент как источник права: дис...кандидата юридических наук: 12.00.01/ П. Гук. - Саратов, 2002.- 205 с.

82. Гурова Т. Судебная власть и судебный прецедент в современной России: (Дискуссионные вопросы) / Т. Гурова // Межвузов. сб. науч. тр. / Междунар. акад. бизнеса и банк. дела. – Тольятти, 1997.- №1.- С. 14-16. - Серия «Юриспруденция».

83. Гурова Т. Судебный прецедент как формальный источник права и его место в системе источников права в России / Т. Гурова // Межвузов. сб. науч. ст. / Междунар. акад. бизнеса и банк. дела. - Тольятти, 1997.- № 2.- С. 6-9.- Серия «Юриспруденция».

84. Давид Р. Основные правовые системы современности / Р. Давид, К. Жоффре- Спинози. - М.: Междунар. отношения, 1998.- 400 с.

85. Давид Р. Основные правовые системы современности / Р. Давид. - М.: Прогресс, 1988.- 496 с.

86. Дворкін Р. Серйозний погляд на право / Р. Дворкін. – К.: Основи, 2000. – 519 с.

87. Демидов А. О методологической ситуации в правоведении / А. Демидов // Правоведение. - 2001.- № 4.- С. 16-17.

88. Демченко Г. Суд и закон в уголовном праве. Речь произнесенная в Харьковском университете при защите диссертации «Судебный прецедент» 5.10.1903 г./ Г. Демченко. - Варшава, 1903.- 15 с.

89. Демченко Г. Судебный прецедент /Г. Демченко // Журнал Министерства юстиции. - 1903.- № 3.- С. 26-82.

90. Демченко Г. Неясность, неполнота и недостаток уголовного закона / Г. Демченко // Журнал Министерства юстиции. - 1904. - №8.- С. 341-345.
91. Денисова А. К вопросу о системе источников российского права / А. Денисова // Юридический аналитический журнал. – Самара: Изд-во Самар. ун-та, 2005.- № 3-4.- С. 139-148.
92. Джеймс В. Прагматизм В. Джеймс. - СПб, 1910. – 76 с.
93. Дмитриев Ю. Судебная власть в механизме разделения властей и защиты прав и свобод человека / Ю. Дмитриев, Г. Черемных // Государство и право. - 1997.- №8.- С.48 -52.
94. Дмитрієв А., Шепель А. Порівняльне правознавство: [навч. посібник] / А. Дмитрієв, А. Шепель; відп. ред. В. Денисов.- К.: Юстиніан, 2003.- 184 с.
95. Дутка Г. Закон в системі нормативно-правових актів України: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.01 «Теорія держави і права. Історія політичних і правових вчень» / Г. Дутка.- К., 2003.- 21 с.
96. Ерліх Є. Основи соціології права (1913) / Є. Ерліх // Проблеми філософії права. – Т. III. – № 1-2.- Київ-Чернівці: Рута, 2005.- С. 211-220.
97. Ерліх Є. Про живе право / Є. Ерліх // Проблеми філософії права. – Т. III. – № 1-2.- Київ-Чернівці: Рута, 2005.- С. 194-200.
98. Ерліх Є. Соціологія і юриспруденція (1906) / Є. Ерліх // Проблеми філософії права. - Т. III. – № 1-2.- Київ-Чернівці: Рута, 2005.- С. 185-193.
99. Эбзеев Б. Толкование Конституции Конституционным Судом Российской Федерации: теоретические и практические проблемы / Б. Эбзеев // Государство и право. – 1998.- № 5. – С.5-12.
100. Євграфова Є. Формування системи національного законодавства (деякі питання теорії і практики): автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.01 «Теорія держави і права. Історія політичних і правових вчень» / Є. Євграфова.- Х., 2005.- 21 с.
101. Євграфова Є. Акти Конституційного Суду України в системі національного законодавства / Є. Євграфова // Право України. – 2001.– №10. – С.66-68.



102. Жуйков В. К вопросу о судебной практике как источнике права / В. Жуйков // Судебная практика как источник права. - М., 1997.- С. 16-24.
103. Жуйков В. Предисловие / В. Жуйков // Роль судебной практики в правоприменительном процессе: Судебная практика по гражданским делам (1993-1996). – М., 1997. – С. 5.
104. Жуйков В. Судебная защита прав граждан и юридических лиц / В.Жуйков. - М.: Юридическое бюро «ГОРОДЕЦ», 1997.- 320 с.
105. Загайнова С. История и практика судебного прецедента / С. Загайнова // Российский юридический журнал. – Екатеринбург, 1998.- № 3.- С.100-109.
106. Загайнова С. Судебный прецедент: проблемы правоприменения / С. Загайнова. - М.: НОРМА, 2002.- 176 с.
107. Заець А. Принципи верховенства права (теоретико-методичне обґрунтування) / А. Заець // Вісник Академії правових наук України. – 1998. – № 1. – С. 3-13.
108. Зазаева Н. Современные тенденции в определении права (концептуальный анализ) / Н. Зазаева // Философия права. – 2005.- № 3(15).- С. 42-48.
109. Зазаева Н. Интеграция естественно-правового и позитивистского правопонимания / Н. Зазаева // Философия права.- 2005.- № 4 (16).- С. 5-9.
110. Зайчук О. Середовище права та формування правової системи сучасності / О. Зайчук, Н.Оніщенко // Право України. – 2003.- №12.- С.37-40.
111. Зивс С. Источники права / С. Зивс.- М.: Наука, 1981.- 239 с.
112. Зорькин В. Позитивистская теория права в России / В. Зорькин. - М., 1978.- 214 с.
113. Зотов В. Очерки социальной философии / В. Зотов, В. Шевченко, К. Делокаров. - М., 1994. – 209 с.
114. Иванников И. От Гегеля до наших дней / И. Иванников // Российская юстиция. - 1998.- № 5.- С. 6- 7.
115. Иванюк О. Прецедент: поиск законодательного определения / О. Иванюк: материалы Международ. «круглого стола» [Законодательная

дефиниция: логико-гносеологические, политико-юридические, морально-психологические и практические проблемы] (Черновцы, 21-23 сент. 2006 года) / под ред. В. Баранова, П. Пацуркивского, Г. Матюшина. – Нижний Новгород: Нижегородский исслед. научно-прикл. центр «Юр. техн.», 2007.- С. 473-481.

116. Иванюк Р. Юридико-соціологічний підхід до вивчення правотворчого процесу / Р. Иванюк // Проблеми філософії права. – Т. II. –Київ-Чернівці: Рута, 2003.- С. 182-183.

117. Ильин И. О сущности правосознания / И. Ильин // Соч.: в 2 т.- М., 1993.- Т. 1.- 239 с.

118. Йоффе О. Советское гражданское право / О. Йоффе. - Л., 1958.- 432 с.

119. Кагадій М. Юридична практика в правовій системі України: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.01 «Теорія держави і права. Історія політичних і правових вчень» / М. Кагадій.- К., 2005.- 16 с.

120. Кагадій М. Поняття та елементи правової системи України / М. Кагадій // Право України. - 2004.- №12.- С.32-36.

121. Калинин А. Категория «источник права» в дореволюционном и современном отечественном правопонимании / А. Калинин // Вестник Московского университета МВД России. – М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2005.- № 4.- С. 39-41.

122. Калинин А. Форма (источник) права как категория в теории государства и права / А. Калинин, С.Комаров // Правоведение. - 2000.- № 6.- С.3-10.

123. Кананькина Е. Философские традиции анализа источников (форм) права Е. Кананікіна // Право и политика. – 2004.- № 10.- С. 9-19.

124. Кант И. Метафизические основы учения про право / И. Кант. - М, 1995.- 569 с.

125. Кедров В. Принцип историзма в его приложении к системному анализу развития науки / В. Кедров // Системные исследования: [ежегодник].- М., 1974 - С. 5-19.

126. Кельзен Г. Держава та природне право. Ідея природного права / Г. Кельзен // Український правовий часопис. – 2004.- № 7(12).- С. 48-64.
127. Керимов Д. Філософські проблеми права / Д. Керимов. - М.: Мысль, 1972.- 239 с.
128. Керимов Д. Методологія права: Предмет, функції, проблеми філософії права / Д. Керимов. – М.: Изд-во СГУ, 2008.- 521 с.
129. Кечекьян С. О понятті источника права / С. Кечекьян // Ученые записки МГУ. Труды юридического факультета. – 1946.- Вып. 116. – Кн. 2.- С. 18-26.
130. Кечекьян С. Теория государства и права / С. Кечекьян. - М., 1962.- 356 с.
131. Кистяковский Б. Социальные науки и право. Очерки по методологии социальных наук и общей теории права / Б.Кистяковский. – М., 1916.- 289 с.
132. Кістяківський Б. Вибране / Б. Кістяківський. – К.: Абрис, 1996.- 345 с.
133. Козловский А. Право як пізнання: Вступ до гносеології права / А. Козловський. -Чернівці: Рута, 1999.- 295 с.
134. Козловський А. Гносеологічна онтологія права /А. Козловський // Науковий вісник Чернівецького університету: [збірник наук. праць]. - Вип. 147: Правознавство. – Чернівці: Рута, 2000.- С. 3-12.
135. Козловський А. Психологічні константи права (гносеологічний аспект) / А. Козловський // Науковий вісник Чернівецького університету: [збірник наук. праць].- Вип. 125: Правознавство. – Чернівці: Рута, 1998.-С.62 – 69.
136. Козловський А. Наука методології права – як «антинаука» / А. Козловський // Український правовий часопис. – 2004.- № 6(11). – С. 76-77.
137. Колесников Е. Постановления конституционных судов как источник российского конституционного права / Е. Колесников // Правоведение. – 2001.- №2.- С.32-53.
138. Колодїй А. Принципи права України / А. Колодїй.- К.: Юрінком Інтер, 1998. – 406 с.

139. Комаров С. Источники права Швеции / С. Комаров // Советское государство и право. – 1986.- № 6.- С.97-102.
140. Комиссаров К. Судебное усмотрение в советском гражданском праве / К. Комиссаров // Советское государство и право. – 1969.- № 4.
141. Константи́й О. Джерела адміністративного права України: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.07. «Адміністративне право та процес. Фінансове право»- Х., 2000.- 19 с.
142. Коркунов Н. Лекции по общей теории права / Н. Коркунов. – СПб., 1909.- 354 с.
143. Коростелкина О. Судебная практика и судебный прецедент в системе источников российского права: дис...кандидата юрид. наук: 12.00.01. / О. Коростелкина. - М., 2005.- 192 с.
144. Корчевна Л. Українське право і романо - германська традиція / Л. Корчевна // Право України. – 2004.- №5.- С.19-22.
145. Корчевна Л. Проблема різноджерельного права: досвід порівняльного правознавства: автореф. дис. на здобуття наукового ступеня д-ра юрид. наук: спец. 12.00.01. «Теорія держави і права. Історія політичних і правових учень» / Л. Корчевна. - К., 2005.- 37с.
146. Корчевна Л. Проблема різноджерельного права: Дослід порівняльного правознавства: [монографія] / Л. Корчевна. – К.: Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2004.- 360 с.
147. Костенко О. Основне питання правознавства з позицій соціального натуралізму / О. Костенко // Проблеми філософії права. – Т. І. – Київ-Чернівці: Рута, 2003.- С. 72-78.
148. Костицький М. Політико-правова доктрина як основа побудови української держави та права / М. Костицький // Проблеми державотворення в Україні. Вісник Львівського університету: серія юрид. - Вип. 31. – Львів: Світ, 1994.- С. 3-6.

149. Костицький М. Необхідність трансформації юридичної методології як бази розвитку права / М. Костицький // Український правовий часопис.- 2004.- № 7(12).- С. 16-18.
150. Кравець В. Типи праворозуміння як методології основних філософсько-правових дискурсів: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.12. «Філософія права» / В. Кравець. - К., 2003.- 16 с.
151. Кросс Р. Прецедент в англійському праві / Р. Кросс. – М.: Юрид. л-ра, 1985.- 240 с.
152. Кудрявцев В. Современная социология права / В. Кудрявцев, В. Казимирчук. – М., 1995.- 278 с.
153. Кучин М. Нормотворческая деятельность судебных органов Российской Федерации и судебный прецедент / М. Кучин // Право и политика. – 2000. - № 5.- С. 4-14.
154. Кучин М. Прецедентное право Совета Европы и правовая система Российской Федерации: проблемы взаимодействия / М. Кучин // Правоведение.- 2001.- №1.- С.50-52.
155. Кучин М.В. Судебный прецедент в системе общего и континентального права / М. Кучин // Российский юридический журнал.- 2006.- №2(50).- С. 61-74.
156. Куц Г. Застосування норм Європейської конвенції та прецедентної практики Європейського суду з прав людини судами України / Г. Куц // Право України. – 2002.– №2. – С. 18-24.
157. Лазарев В. Пробелы в праве (Вопросы понятия пробелов и критика теорий беспробельности права) / В. Лазарев. – Казань: Изд-во Казан. ун-та, 1969.- 96 с.
158. Лазарев В. Применение советского права / В. Лазарев. – Казань: Изд-во Казан. ун-та, 1972. – 200с.
159. Лазарев Л. Правовые позиции Конституционного Суда России / Л. Лазарев. – М., 2003.- 245 с.

160. Лившиц Р. Современная теория права: Краткий очерк / Р. Лившиц. – М.: ИГПАН, 1992.- 92 с.
161. Лившиц Р. Судебная практика как источник права / Р. Лившиц // Судебная практика как источник права. - М., 1997.- С. 3-15.
162. Лихачев В. Установление пробелов в современном международном праве В. Лихачев.- Казань: Изд-во Казан. ун-та, 1989.- 135 с.
163. Лихолат І. Рациональні та позарациональні в праві (на матеріалах законотворчості): автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд.юрид.наук: спец. 12.00.12 «Філософія права» / І. Лихолат. - К., 2001.- 19 с.
164. Ллойд Д. Идея права / Д. Ллойд. – М.: КНИГОДЕЛ, 2007.- 416 с.
165. Лукашевич В. Конституционный Суд Российской Федерации не может и не должен подменять законодателя / В. Лукашевич, Н. Комаров // Правоведение. – 2001.- №2.- С. 53-63.
166. Лукин П. Источники международного права П. Лукин.- М., 1960.- 144 с.
167. Лукьянова Е. Закон как источник советского государственного права / Е. Лукьянова. – М.: Изд-во МГУ, 1988.- 150 с.
168. Луспенік Л. Застосування новел Цивільного кодексу і Цивільно-процесуального кодексу в судовій практиці. Серія «судова практика» / Л. Луспенік. –Х.: Харків юридичний, 2005.- 432 с.
169. Луць Л. Європейські міждержавні правові системи та проблеми інтеграції з ними правової системи України (теоретичні аспекти): [монографія] / Л. Луць. – К.: Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2003.- 304 с.
170. Магазинер Л. Лекции по государственному праву (Общее государственное право) / Л. Магазинер. – СПб., 1919. – 209 с.
171. Майер - Малы Т. Идея права – правовая наука - правовая политика / Т. Майер-Малы // Право XX века: Идеи и ценности. - М., 2001.- С. 93-102.
172. Малейн Н. Правовые принципы, нормы и судебная практика / Н. Малейн // Государство и право. – 1996.- № 6.- С. 12-19.

173. Максимов А. Прецедент как один из источников английского права / А. Максимов // Государство и право.- 1995.- №2.- С.97-102.
174. Максимов С. Институт прав людини в сучасному світі / С. Максимов // Вісник Академії правових наук України. – 2000.- № 3 (22). – С. 49-57.
175. Максимов С. Правовая реальность: опыт философского осмысления: [монография] / С. Максимов. – Х.: Право, 2002.- 328 с.
176. Максимов С. Конфлікт між нормою і справедливістю / С. Максимов // Український правовий часопис. – 2004.- № 7(12).- С. 26-27.
177. Малишев Б. Судовий прецедент у правовій системі Англії (теоретико-правовий аспект): автореф. дис. на здобуття наук.ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.01. «Теорія держави і права. Історія політичних і правових вчень» / Б. Малишев - К., 2002.- 20 с.
178. Малишев Б. Судовий прецедент у правовій системі Англії (теоретико-правовий аспект): дис...кандидата юрид. наук: 12.00.01. / Б. Малишев. - К., 2002.- 229 с.
179. Малишев Б. Судовий прецедент і стиль юридичного мислення / Б. Малишев // Проблеми філософії права. – Т. II. – Київ-Чернівці: Рута, 2004.- С. 142-147.
180. Мальцев Г. Социальные основания права / Г. Мальцев. – М.: Норма, 2007. – 800 с.
181. Манов Г. Теория права и государства / Г. Манов. - М., 1995.- 478 с.
182. Марксистско-ленинская общая теория государства и права: социалистическое право. - М., 1973.- 389 с.
183. Мартынич Е. Прецедентное право: от советской идеологии к международной практике / Е. Мартынич, Э. Колокова // Российская юстиция. – 1994.- № 12.- С. 20-22.
184. Марченко М. О понятии «общее право» / М. Марченко // Правоведение. – 1999.- № 2.- С. 251-263.

185. Марченко М. Законы в системе англосаксонского права / М. Марченко // Вестник Московского университета: серия 11. Право. – 1999. – № 5. – С.69-84.
186. Марченко М. Отличительные особенности романо-германского права / М. Марченко // Вестник Московского университета: серия 11. Право.- 2000.- № 1.- С. 26-42.
187. Марченко М. Источники романо-германского права: понятие, виды, классификации / М. Марченко // Вестник Московского университета: сер.11. Право.- 2000.- №1.- С. 14-28.
188. Марченко М. Вторичные источники романо-германского права: прецедент, доктрина / М. Марченко // Вестник Московского университета: серия 11. Право. – 2000.- № 4.- С. 52-63.
189. Марченко М. Закон в системе источников романо-германского права // Вестник Московского университета: серия 11. Право.- 2000.- №3.- С.33-43.
190. Марченко М. Проблемы правопонимания и основные источники англосаксонского права / М. Марченко // Научные труды Эдилет. – 2000.- № 1(7). – С. 19- 25.
191. Марченко М. Теория государства и права / М. Марченко. – М.: Зерцало, 2001.- 468 с.
192. Марченко М. Сравнительное правоведение / М. Марченко. - М., 2001.- 546 с.
193. Марченко М. Источники права / М. Марченко. - М.: Проспект, 2005.- 760 с.
194. Марченко М. Судебное правотворчество и судебское право / М. Марченко. – М.: Проспект, 2008.- 512 с.
195. Марчук В. Соціологічні теорії права в Німеччині. Історія і сучасність / В. Марчук. – Чернівці: Рута, 1998.- 140 с.
196. Матузов Н. Правовая система и личность / Н. Матузов. – Саратов, 1987.- 256 с.



197. Матузов Н. О праве в объективном и субъективном смысле: гносеологический аспект / Н. Матузов // Правоведение. – 1999.- № 4.- С. 129-143.
198. Мережко А. Юридическая герменевтика и методология права / М. Мережко // Проблемы філософії права. – Т. I. – Київ-Чернівці: Рута, 2003.- С. 159-162.
199. Місевич С. Поняття джерел канонічного права / С. Місевич // Ерліхівський збірник. Юридичний факультет Чернівецького національного університету ім. Ю. Федьковича. - Випуск 3.- Чернівці: Рута, 2002. – С.117-122.
200. Михайловський І.В. Очерки философии права / И. Михайловський. – Томск, 1914.
201. Монтескье Ш. О духе законов / Ш. Монтескье. – М.: Мысль, 1999. – 672 с.
202. Муравский В. Санкционированные источники российского права / В. Муравский. - Екатеринбург, 1993.- 13 с.
203. Мурашова С. Развитие традиции правопонимания в современной России / С. Мурашова // Философия права. – 2005.- № 3 (15).- С.65-68.
204. Муромцев Г. Источники права (теоретические аспекты проблемы) / Г. Муромцев // Правоведение. – 1992.- № 2.- С. 23-30.
205. Наумов А. Судебный прецедент как источник уголовного права / А. Наумов // Российская юстиция. – М., 1994.- №1.- С. 8-11.
206. Наумов А. О судебном прецеденте как источнике права / А. Наумов // Современные тенденции развития уголовной политики и уголовного законодательства. - М., 1994.- С. 31-32.
207. Нерсесянц В. Суд не законодательствует и не управляет, а применяет право / В. Нерсесянц // Судебная практика как источник права. - М., 1997.- С. 34-41.
208. Никеров Г. Судебная власть в правовом государстве (опыт сравнительного исследования) / Г. Никеров // Государство и право. – 2001.- № 3.- С.16-20.

209. Новицкий Г. Источники советского гражданского права / Г. Новицкий. - М.: Госюриздат, 1959. – 312 с.
210. Общая теория права и государства: [учебник] / под ред. В. Лазарева. - М., Юрист, 1999.- 520 с.
211. Овчаренко І. Закони у системі джерел (форм) права та їх класифікація: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.01. «Теорія держави і права. Історія політичних і правових вчень» / І. Овчаренко. - Х., 2004.- 18 с.
212. Овсепян Ж. Акты органов судебного (квазисудебного) конституционного контроля (на материалах Австрии, Италии, Испании, Франции, ФРГ) / Ж. Овсепян // Государство и право. – 1994.- №4.- С. 114-123.
213. Огородник А. Деякі проблемно питання юридичної методології / А. Огородник // Український правовий часопис. – 2004.- № 7(12).- С. 24-28.
214. Ожегов С. Словарь русского языка / С. Ожегов. - М., 1970. – 690 с.
215. Онищенко Н. Становление и развитие источников советского права на Украине / Н. Онищенко.- К.: Наук. думка, 1988.- 108 с.
216. Оніщенко Н. Правова система: проблеми теорії: [монографія] / Н. Оніщенко. – К.: Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2002.- 352 с.
217. Оніщенко Н. Теоретико-методологічні засади формування та розвитку правової системи: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня д-ра юрид. наук: спец. 12.00.01. «Теорія держави і права. Історія політичних і правових вчень» / Н. Оніщенко. - К., 2002.- 26 с.
218. Осетинський А. Деякі питання судової централізації в аспекті реформування системи правосуддя / А. Осетинський // Право України. – 2006.- № 8. – С. 9-15.
219. Осипов И. Философия права: [конспект лекций] / И. Осипов.- СПб., 2000.- 61 с.
220. Пархоменко Н. Договір у системі права України: дис...кандидата юрид. наук: 12.00.01/ Н. Пархоменко. – К., 1998.- 200с.

221. Пархоменко Н. Методологічні підходи до дослідження джерел права / Н. Пархоменко // Правова держава. Щорічник наукових праць Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України. – Вип. 16. – К.: Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2005. – С. 117-125.

222. Пархоменко Н. Визначення природи джерел права у зв'язку із його пізнанням / Н. Пархоменко // Часопис Київського університету права. – 2006. - № 2.- С.10-16.

223. Пархоменко Н. Системність як істотна ознака джерел права / Н. Пархоменко // Правова держава. Щорічник наукових праць Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України. – Вип. 18. – К.: Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2006. – С. 59-69.

224. Пархоменко Н. Система джерел права: ознаки, властивості та зміст / Н. Пархоменко // Часопис Київського університету права.- 2007.- № 3.- С. 8-13.

225. Пархоменко Н. Джерела права: проблеми теорії та методології / Н. Пархоменко. – К.: ТОВ «Вид-во «Юридична думка», 2008. – 336 с.

226. Пахман С. О современном движении в науке права / С. Пахман. – СПб., 1882. – 301 с.

227. Пацурківський П. Сучасні проблеми правопізнання: [навчальний посібник] / П. Пацурківський. – Чернівці: Рута, 2000.- 340 с.

228. Пашковский П. Конституционный Суд России в системе разделения властей / П. Пашковский // Философия права. – 2005.- № 1 (3).- С. 48-52.

229. Первомайский О. До питання про джерела цивільного права / О. Первомайський // Право України. – 2001.- № 2.- С.34-37.

230. Петражицкий Л. Теория права и государства в связи с теорией нравственности / Л. Петражицкий.- СПб, 1907. – 406 с.

231. Петражицкий Л. Очерки философии права / Л. Петражицкий.- Вып.1.- СПб, 1900. – 308 с.

232. Петрова Л. Думки щодо підручника професора С. Алексєєва / Л. Петрова // Право України. – 1995. – №2. – С.34-41, 48.

233. Петрова Л. Джерела права / Л. Петрова // Вісник Академії правових наук України. – 1997. – №1. – С. 65-76.
234. Петрова Л. Нариси з філософії права / Л. Петрова. – Х.: Національна юрид. акад. України, 1995.- 260 с.
235. Петрова Л. Нариси з сучасної західної філософії права / Л. Петрова. – Х.: Національна юрид. акад. України, 1997.- 148 с.
236. Петрова Л. Фундаментальні проблеми методології права (філософсько-правовий дискурс): автореф. дис на здобуття наук. ступеня д-ра. юрид. наук: спец. 12.00.12. «Філософія права». - Х., 1998.- 36 с.
237. Петрова Л. Фундаментальні проблеми методології права (філософсько-правовий дискурс). – Х.: Право, 1998.- 406 с.
238. Петрова Л. Якій філософії навчають у вузі / Л. Петрова // Право України. – 2003. – № 8. – С.145-149.
239. Петрухин И. Проблема судебной власти в современной России / И. Петрухин // Государство и право. – 2000.- № 7.- С. 15-21.
240. Пиленко А. Право изобретателя / А. Пиленко. – М., 2001.- 688 с.
241. Погорілко В. Джерела конституційного права України: поняття, види і система / В. Погорілко, В. Федоренко // Право України. – 2002.- №3.- С.8-15.
242. Погорілко В. Джерела права України: (загальна теорія джерел конституційного права) / В. Погорілко, В. Федоренко // Вісник Академії правових наук України. – 2002.- №1 (28).- С.46-59.
243. Подольская Н. Прецедент как источник права в романо-германской системе / Н. Подольская // Вестник Московского университета: серия 11. Право. - 1996.- № 6. – С. 123-125.
244. Подольская Н. К вопросу о понятии прецедента как источника права (общетеоретический аспект) / Н. Подольская // Судебная практика как источник права. – М.: Юристъ, 2000.- С. 149-152.
245. Познышев С. Основные начала науки уголовного права. Общая часть уголовного права / С. Познышев. – М., 1912.- 653 с.

246. Познышев С.В. Элементарный учебник русского уголовного процесса. – М., 1913.- 337 с.
247. Покровский И. Основные проблемы гражданского права / И. Покровский. – М.: Статут, 2001.- 354 с.
248. Поленина С. Законотворчество в Российской Федерации / С. Поленина. – М., 1996. – 359 с.
249. Поляков А. Может ли быть право неправым? Некоторые аспекты дореволюционного российского право понимания / А. Поляков // Правоведение.- 1997.- № 4.- С. 83-101.
250. Правові системи сучасності. Глобалізація. Демократизм. Розвиток / В. Журавский, О. Зайчук, О. Копиленко, Н. Оніщенко; за заг. ред. В. Журавського. – К.: Юрінком Інтер, 2003.- 296 с.
251. Проблема общей теории права и государства: [учебник для вузов] / под общ. ред. В. Нерсисянца.- М.: Норма, 2001. – 832 с.
252. Пучинский В. Понятие и источники гражданского процессуального права Англии, США, Франции: [учеб. пособие] / В. Пучинский.- М.: Изд-во Унта дружбы народов, 1988.- 36 с.
253. Рабинович П. Рішення Європейського Суду з прав людини: до характеристики концептуально-методологічних засад їх обґрунтування / П. Рабинович // Практика Європейського Суду з прав людини: Рішення. Коментарі. – 1999.- №1.- С. 358 - 361.
254. Рабінович П. Європейські стандарти прав людини: онтологічні, гносеологічні та праксеологічні аспекти / П. Рабинович // Вісник Академії правових наук України. – Х.: Право, 2003.–№2(33)-3 (34). – С. 114-132.
255. Рабінович П. Методологія вітчизняного загальнотеоретичного праводержавознавства / П. Рабинович // Український правовий часопис.- 2004.- № 7(12).- С. 38-44.
256. Радбрух Г. Философия права / Г. Радбрух. – М.: Междунар. отношения, 2004.- 240 с.

257. Радбрух Г. Законне неправо та надзаконне право / Г. Радбрух // Проблеми філософії права.- Т. II. – Київ-Чернівці: Рута, 2004.- С. 83-94.
258. Разделение властей: [учеб. пособие] / отв. ред. проф. М. Марченко. – М.: Юрайт-Издат, 2004.- 428 с.
259. Разумович Н. Источники и форма права / Н. Разумович // Советское государство и право. – 1988.- №3.- С.20-27.
260. Ребіндер М. Євген Ерліх: деякі сторінки з останніх років життя та творчості / М. Ребіндер // Проблеми філософії права. – Т. III. – № 1-2.- Київ-Чернівці: Рута, 2005.- С. 127-134.
261. Резніченко С. Договір у системі джерел конституційного права України. [монографія] / С. Резніченко.- Одеса: Астропринт, 1999.- 136 с.
262. Ржевский В., Чепурнова Н. Судебная власть в Российской Федерации: конституционные основы организации идеальности / В. Ржевський, Н. Чепурнова. – М.: Юристъ, 1998. - 216 с.
263. Рікер П. Право і справедливість / П. Рікер. – К.: Дух і літера, 2002. – 216 с.
264. Рудковский В. Теоретические проблемы источников права / В. Рудковский // Философия права. - 2005.- №3.- С. 21-27.
265. Рябко А. Понятие, соотношение источника права и формы права в современной юридической науке /А. Рябко // Модернизация права: зарубежный и отечественный опыт: сборник науч. статей. – Пенза: ПГУ, 2004.- С. 194-198.
266. Сабо И. Социалистическое право / И. Сабо. - М., 1964.- 289 с.
267. Савенко М. Роль практики Європейського суду з прав людини у конституційному судочинстві України / М. Савенко // Вісник Конституційного Суду України. – 2005.- № 6.- С. 51-55.
268. Савчук С. Юридична соціологія: предмет та її місце в системі юридичних наук: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.12 «Філософія права». - К., 2002.- 21 с.
269. Савчук С. Юридична соціологія: предмет та місце в системі юридичних наук / С. Савчук. – Чернівці: Рута, 2003.- 240с.

270. Садовський В. Основания общей теории систем / В. Садовський. – М., 1974.- 279 с.
271. Селіванов В. Право і закон (філософський погляд на співвідношення права і закону) / В. Селіванов // Проблеми філософії права. – Т. III. – № 1-2.- Київ-Чернівці: Рута, 2005.- С. 51-62.
272. Селіванов В. Нетотожність права і закону (методологічний аспект) / В. Селіванов // Право України. – 2005.- №5.- С. 7-11.
273. Серверэн Э. Роль судебной практики в процессе нормотворчества / Э. Серверэн // Судебная практика как источник права. – М.: Юристь, 2000.- 160 с.
274. Ситар І. Правові системи сучасності (західна традиція права): [навч. посібник] / І. Ситар. – Львів: ЛьвДУВС, 2009.- 408 с.
275. Ситар І. Романо-германська правова сім'я: гносеологічні та теоретичні аспекти: [навч. посібник] / І. Ситар, О. Чорнобай. – Львів: ЛьвДУВС, 2009.-168 с.
276. Скакун О. Теория государства и права / О. Скакун. – Х., 2000. – 490 с.
277. Скакун О. Конституційний Суд України як учасник законотворчості (правотворчості) в Україні / О. Скакун // Юридична Україна. – К., 2003.- № 1.- С.26-32.
278. Скакун О. Правова система України на правовій карті світу / О. Скакун. – Харків: «Еспада», 2004.- 96 с.
279. Скоромоха В. Конституційний Суд України: досвід і проблеми / В. Скоромоха // Право України. – 1999.- № 1.- С.8-13.
280. Скоромоха В. Окремі питання діяльності конституційної юстиції в Україні / В. Скоромоха // Право України. – 1999.- № 12.- С.4-10.
281. Сливка С. Природно-правові джерела формування позитивістської концепції / С. Сливка // Проблеми філософії права. – Т. I. – Київ-Чернівці: Рута, 2003.- С. 173-175.
282. Сливка С. Природне та надприродне право: у 3-х частинах. – Ч.1.: Природне право: історико-філософський погляд / С. Сливка. – К.: Атака, 2005.- 224 с.

283. Сливка С. Позитивістські концепти: філософсько-правовий аналіз / С. Сливка. – Львів: ЛьвДУВС, 2006.- 160 с.
284. Сливка С. Філософія права: [навчальний посібник] / С. Сливка. – Львів: ЛьвДУВС, 2006.-136 с.
285. Сливка С. Вступ до методології філософії права: Методичні вказівки для самостійної роботи [для студентів магістратури] / С. Сливка. – Львів: ЛьвДУВС, 2008.- 24 с.
286. Случевский В. Учебник русского уголовного процесса. Судостроительство-Судопроизводство / В. Случевский. - СПб., 1910.
287. Смирнов А. Толкование норм права / А. Смирнов, А. Манукян. – М.: Проспект, 2008.- 144 с.
288. Смирнова К. Джерела права Європейського Союзу: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.11.- К., 2005.- 21 с.
289. Смородинський В. Судова влада в Україні (загальнотеоретичні проблеми): дис...кандидата юрид. наук: 12.00.01 / В. Смородинський. – Х., 2001.- 187 с.
290. Соболев С. Судебная практика как источник трудового права / С. Соболев // Вестник Удмуртского университета. – Ижевск, 1996.- № 1.- С. 39-46.
291. Спасибо-Фатеева И. Некоторые подходы к понятию источников права и в порядке постановки проблемы / И. Спасибо-Фатеева // Проблемы законности: Респ. межн. науч. зб. – Х., 2000.- Вып. 42.- С. 49-54.
292. Спасович В. Учебник уголовного процесса / В. Спасович. – СПб., 1863.- 175 с.
293. Стефанюк В. Реалізація судами норм Конституції / В. Стефанюк // Право України. – 1997.- № 8.- С. 7-9.
294. Стеценко М. Причини відсутності судового прецеденту в радянській правовій системі / М. Стеценко: Матеріали наук.-практ. конф. [судова практика у справах за позовами до ЗМІ] (13-14 травня 1999 р.). – К.: Інформаційний прес-центр IREX ПроМедіа, 1999: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.ipc.kiev.ua/ukr/books/Mater\\_conf/index.htm](http://www.ipc.kiev.ua/ukr/books/Mater_conf/index.htm)).



295. Судебная практика в советской правовой системе / под ред. С. Братуся.- М.: Юрид. лит-ра, 1975.- 328 с.
296. Тарановский Ф. Учебник энциклопедии права / Ф. Тарановский. – Юрьев, 1917.- 534 с.
297. Теория государства и права / под ред. Н. Матузова, А. Малько. – М., 2000.- 672 с.
298. Теория государства и права / под ред. А. Денисова. - М., 1972.
299. Тесленко М. Про місце Конституційного Суду України в системі вищих органів державної влади / М. Тесленко // Право України. – 1999.- № 12.- С. 33-35.
300. Тесленко М. Правова природа актів Конституційного Суду України / М. Тесленко // Право України. – 2000.- № 2.- С. 6-9.
301. Тесленко М. Право як інструмент справедливості / М. Тесленко // Український правовий часопис. – 2004.- № 7(12).- С. 33-36.
302. Тимошенко В. Держава і право в неокантіанстві В. Тимошенко // Проблеми філософії права. – Т. І. –Київ-Чернівці: Рута, 2003.- С. 64-65.
303. Тинант Э. Позитивность естественного права / Э. Тинант // Право XX века: Идеи и ценности. - М., 2001.- С. 241-242.
304. Титарчук О. Звичай і право (питання взаємозв'язку і взаємодії): автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.01. «Теорія держави і права» / О. Титарчук. - Х., 1995.- 19 с.
305. Титье К. Право без источников права? Возникновение и изменение норм международного права в интересах защиты глобальных правовых благ. Между правовой стабильностью и правовой динамикой / К. Титье // Социология права в Германии. –М., 2008.- С. 135-139.
306. Тихий В. Офіційне тлумачення Конституції та законів України Конституційним Судом України / В. Тихий // Вісник Конституційного Суду України. – 1998.- № 4.- С. 42-43.

307. Тополевський Р. Місце юридичних джерел права в правовій системі / Р. Тополевський // Вісник Університету внутрішніх справ.- 1999. – Вип. 7. – Ч. 3. – С. 47-51.

308. Тополевський Р. Система джерел права: поняття, види, структура / Р. Тополевський // Вісник Національного університету внутрішніх справ.- 2002.- Вип. 20.- С. 160-164.

309. Тополевський Р. Система джерел права: генеза, генетичні зв'язки / Р. Тополевський // Право і безпека. – 2003. –Т.2.- № 4.- С. 80-82.

310. Тополевський Р. Системні зв'язки юридичних джерел права: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.01. «Теорія держави і права. Історія політичних і правових вчень» / Р. Тополевський. - Х., 2004.- 19 с.

311. Тополевський Р.Б. Системні зв'язки юридичних джерел права: дис..кандидата юрид. наук: 12.00.01 / Р. Тополевський.- Х., 2004.- 203 с.

312. Тополевський Р. Розвиток систем джерел права / Р. Тополевський // Проблеми державотворення та правотворення в Україні (в контексті порівняльного правознавства та права на приватність): матеріали круглого столу (Львів, 22 трав. 2009 р.). – Львів: ЛьвДУВС, 2009. – С. 284-288.

313. Трофименко В. Розум та воля як антропологічні основи права: автореф.дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.12. «Філософія права» / В. Трофименко. - Х., 2004.- 21 с.

314. Трубецкой Е. Энциклопедия права / Е. Трубецкой. – СПб.: Лань, 1998.- 183 с.

315. Уолкер Р. Английская судебная система / Р. Уолкер. – М.: Юрид. лит., 1980.- 631 с.

316. Фарбер И. О сущности права / И. Фарбер. - Саратов, 1959.- 129 с.

317. Філософія права: [навч. посібник] / П. Біленчук, В. Гвоздецький, С. Сливка; за ред. П. Біленчука.- К.: Атака, 1999.- 208 с.

318. Філософія права: [навч. посібник] / за заг. ред. О. Данільяна. – Х.: Юрінком Інтер, 2002. – 272 с.

319. Філософія права: проблеми та підходи: [навч. посібник] / за заг. ред. П. Рабиновича. – Львів, 2005.- 332 с.
320. Філософський енциклопедичний словник / під ред. В. Шинкарука. – К.: Абрис, 2002. – 589 с.
321. Фойницкий И. Курс уголовного судопроизводства / И. Фойницкий. – СПб.: Альфа, 1996. – 607 с.
322. Фуллер Л. Анатомія права / Л. Фуллер.- К.: Сфера, 1999.- 144с.
323. Фуллер Л. Мораль права / Л. Фуллер. – К.: Сфера, 1999. – 232 с.
324. Хабермас Ю. Демократия. Разум. Нравственность / Ю. Хабермас // Московские лекции и интервью. – М.: Академия, 1995.- 246 с.
325. Хвостов В. Общая теория права. Элементарный очерк / В. Хвостов. - М., 1914.- 155 с.
326. Хеффе О. Политика. Право. Справедливость. Основоположения критической философии права и государства / О. Хеффе. – М.: Гнозис, 1994.- 320 с.
327. Хороший Н. Система источников советского государственного права в федеративном государстве / Н. Хороший // Конституционное законодательство и проблемы государственного управления. - Томск, 1985.- С. 63-74.
328. Цвайгерт К. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: в 2-х тт. – Т. 1. Основы / К. Цвайгерт, Х. Кётц.- М.: Междунар. отношения, 1998.- 480 с.
329. Ціппеліус Р. Юридична методологія / Р. Ціппеліус. – Чернівці: «Рута», 2003.- 186 с.
330. Цихоцкий А. Теоретические проблемы эффективности правосудия по гражданским делам / А. Цихоцкий. – Новосибирск, 1997.- 219 с.
331. Цихоцкий А. Судебное правотворчество: научная дилемма о компетенции суда в современных условиях / А. Цихоцкий // ATRIUM: серия «Юриспруденция»: межвузовский сб. Науч. статей. – Тольятти, 1998.- № 3.- С. 3-7.

332. Цихоцкий А. Прецедентное право как объективная реальность / А. Цихоцкий // Научные труды «Эдилет». – 2000.- № 1 (7).- С. 82-92.
333. Чеберяк П. Роль судової практики в удосконаленні механізму цивільно-правового регулювання: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 «Цивільне право. Цивільний процес. Міжнародне приватне право» / П. Чеберяк.- К., 1993. - 27 с.
334. Чельцов – Бебутов М. Курс советского уголовно-процессуального права. Очерки по истории суда и уголовного процесса в рабовладельческих, феодальных и буржуазных государствах / М. Чельцов-Бебутов. – СПб: Равенна, Альфа. – 1995.- 846 с.
335. Черданцев А. Теория государства и права: [учебник для вузов] / А. Черданцев. – М., 2001. – 429 с.
336. Чернецька О.. Правові системи сучасності: [навч. посібник] / О. Чернецька, В. Шилінгов. – Ірпінь: Національна академія ДПС України, 2003.- 102 с.
337. Чернов Є. Застосування норм міжнародних конвенцій, принципів добросовісності та справедливості при розгляді судових справ / Є. Чернов // Право України. – 1998.- №4.- С.67-69.
338. Четвернин В. Современные концепции естественного права / В. Четвернин. – М: Наука, 1988.- 144 с.
339. Чижов Н. Источник и форма права / Н. Чижов.- Варшава, 1878.- 169 с.
340. Чубоха Н. Форми трудового права України: сутність, класифікація, тенденції розвитку: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.05. «Трудове право» / Н. Чубоха. - К., 2004.- 23 с.
341. Шаповал В. Становлення конституціоналізму в Україні: проблеми теорії // Право України. – 1998.- № 5.- С. 25-29.
342. Шаповал В. Конституція України як форма (джерело) конституційного права України (питання теорії) / В. Шаповал // Право України. – 1999.- № 6.- С.5-9.

343. Шаповал В. Соціологічні антропологічні виміри розвитку філософії права в Україні / В. Шаповал // Проблеми філософії права. – Т. III. – № 1-2.- Київ-Чернівці: Рута, 2005.- С. 129-130.
344. Швеков Г. Преемственность в праве / Г. Швеков. – М., 1983. – 165 с.
345. Шебанов А. Формы советского права / А. Шебанов. - М., 1968.- 215 с.
346. Шевчук С. Щодо обов'язковості рішень Конституційного Суду України у контексті доктрини судового прецеденту / С. Шевчук // Право України. – 2000.- № 2.- С.45-48.
347. Шевчук С. Свобода вираження поглядів: практика Європейського Суду з прав людини у порівняльній перспективі / С. Шевчук. – К.: Реферат, 2005.- 192 с.
348. Шевчук С. Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні / С. Шевчук. – К.: Реферат, 2007.- 640 с.
349. Шейндлин Б. Сущность советского права / Б. Шейндлин. - Л., 1959.- 345 с.
350. Шейфер С. Судебная практика как источник права / С. Шейфер, В. Яблоков // Проблемы судебно-правовой реформы в России: история и современность: Сборник трудов. – Самара, 1999.- С. 185-192.
351. Шершеневич Г. Общая теория права / Г. Шершеневич. - Вып. 1.- М., 1910. – 167с.
352. Шершеневич Г. Учебник русского гражданского права (по изданию 1907 г.) / Г. Шершеневич. – М., 1995.- 556 с.
353. Шершеневич Г. Общая теория права: [учеб. пособие] / Г. Шершеневич. - Т. 2 - Вып. 2-4. – М., 1995. – 438 с.
354. Шишкін В. Забезпечення прав людини в судочинстві США (Організаційні і процесуальні засади) / В. Шишкін. – К.: Юрінком Інтер, 2000.- 320 с.
355. Шишкін В. Судові системи країн світу: [навч. посібник] / В. Шишкін. – Кн. 1.- К.: Юрінком Інтер, 2001.- 320 с.

356. Шишко В. Культурологічні проблеми правотворчості: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.12. «Філософія права». - К., 2004.- 17 с.
357. Шкода В. Вечный спор о справедливости / В. Шкода // Проблемы философии права. – Т. III. – № 1-2.- Київ-Чернівці: Рута, 2005.- С. 271-277.
358. Штраус Л. Естественное право и история / Л. Штраус. – М.: Водолей Publishers, 2007. – 312 с.
359. Явич Л. Общая теория права / Л. Явич. – Л., 1976.- 347 с.
360. Allen C. Precedent and Logik / C. Allen // The Law Quaterly Review. – 1925. – Vol. XLI.- № 163.- P. 329-345.
361. Cardozo B. Jurisprudence / B. Cardozo // Selected Writings of Benjamin Nathan Cardozo / Hall M., ed. – New York: Matthew Bender, 1947.- P. 7-46.
362. Cardozo B. The Growth of the Law / B. Cardozo. – New Hawen, Connecticut: Yale University Press, 1924.- 145 p.
363. Del Vecchio G. Filosofia del Dereco / G. Del Vecchio.- Barcelona, 1929. – 238 p.
364. Derham D. Precedent and the Decision of Particular Questions / D. Derham // The Law Quaterly Review. – 1963.- Vol. 79. – P. 49-62.
365. Dworkin R. Taking Rights Seriously / R. Dworkin. – Cambridge, Mass.: Harvard University Press Duckworth, 1977. – 239 p.
366. Ehrlich E. Das lebende Recht der Volker der Bukovina (1912) / E. Ehrlich // Ehrlich Eugen. Recht und Leben: Gesammelte Schriften zur Rechtstatsachenforschung und zur Freirechtslehre / ed. M. Rehbinder. – Berlin, 1967. – S. 43-60.
367. Ehrlich E. Die Juristische Logik / E. Ehrlich. – Tübingen, 1918. – 392 s.
368. Erlich E. Freie Rechtspindung und freie Rechtswissenschaft / E. Ehrlich. - Leipzig, 1903.
369. Ehrlich E. Gesetz und lebendes Recht / E. Ehrlich. – Berlin, 1986.
370. Ehrlich E. Grundlegung der Soziologie des Rechts / E. Ehrlich. – München und Leipzig: Duncker & Humblot, 1913. – 409 s.
371. Ehrlich E. Recht und Leben / E. Ehrlich. –Berlin (West), 1967.

372. Ehrlich E. The Sociology of Law / E. Ehrlich // Harvard Law Review. – 1922/23. - № 36.
373. Frank J. Courts on Trial: Myth and Reality in American Justice / J. Frank. – Princeton: Princeton University Press, 1949. – 441 p.
374. Geldart W. Elements of English Law / W. Geldart; prepared by D.C.M. Yardley. – L.: Oxford University Press, 1966. – 182 p.
375. Goodhart A. Precedent in English and Continental Law / A. Goodhart // The Law Quarterly Review. – 1934.- Vol. L. - # 197.- P. 40-65.
376. Holmes O. The Common Law / O. Holmes; mark De Wolfe Howe, ed. – Cambridge: Harvard University Press, 1963.- 338 p.
377. James Ph. Introduction to English Law / Ph. James. – L.: Butterworths, 1995.- 592 p.
378. Kaufmann A. Rechtphilosophie im wandel. Stationenines Wegen / A. Kaufmann. – Frankfurt, 1987.
379. Kelsen H. Les rapports de systeme entre le droit interne et le droit international public / H. Kelsen //Academie de droit international. Recueil des cours.- 1926.- № 14.- p. 264.
380. Llewellyn K. Some Realism About Realism. Responding o Dean Pound / K. Llewellyn // 44 Harvard Law Review. – 1931. – P. 1222-1223.
381. Llewellyn K. The Common Law Tradition: Deciding Appeals / K. Llewellyn. – Boston: Little, Brown & Co. Publishers, 1960. – 565 p.
382. Pound R. Interpretations of Legal History / R. Pound. – New York: The Macmillan company, 1923. – 171 p.
383. Raiser Th. Les relations entre la sociologie du droit et les sciences juridiques / Th. Raiser // Droit et soc. – P., 1989. - N 11-12. – P. 117-132.
384. Rehbinder M. Zur Einführung in die Rechtssoziologie. Ein Textbuch für Studenten der Rechtswissenschaft / M. Rehbinder. – Fr. am M., 1971. – 316 s.
385. Salmond J. The Theory of Judicial Precedens / J. Salmond //The Law Quaterly Review. – 1900.- Vol. XVI.- №64. – P. 376-391.