

## ПРАВОВА ДОКТРИНА ЯК ВТОРИННЕ ДЖЕРЕЛО ПРАВА

За традицією, в системі окремих галузевих наук, навчальних курсів розглядається питання про джерела права. В літературі здавна звертається увага на багатозначність і нечіткість цього поняття, а також численність джерел права. Однак у радянській правовій системі джерелом права здебільшого визначалися нормативно-правові акти. Не змінилися погляди правників із цього приводу і зараз. У багатьох випадках джерела права ототожнюються з його формами. Так, В. Шаповал зазначає, що формами існування будь-якої галузі національного права є нормативно-правові акти, які належать до формальних джерел права [1, 5]. Ту ж саму ідею проводять і автори підручників з теорії держави і права, які визнають юридичні джерела (форми) або соціально-спеціальні джерела офіційно-документальними формами вираження і закріплення норм права, що виходять від держави і надають їм юридичне, загальнообов'язкове значення.

Дослідженню джерел права, в тому числі і правової доктрини, присвятили свої роботи такі відомі вітчизняні та зарубіжні науковці, як Н. Г. Александров, С. Л. Зівс, С. Ф. Кечек'ян, Г. Ф. Шершеневич, Л. І. Петражицький, Рене Давид, Жан-Луї Бержелль, Ю. М. Оборотов, П. П. Музиченко, М. Н. Марченко, В. Гайворонський, Н. М. Коркунов, С. А. Кузнецов та ін.

Особливістю моменту, який досліджується, є той факт, що, вивчаючи категорії «джерело», доктрина як вторинне джерело, знаходять суперечливі висновки в загальній теорії права.

Таким чином, здійснюючи наукові пошуки, необхідно з'ясувати сутність правової доктрини як вторинного джерела права.

На етимологічному рівні джерело — це те, що дає початок чому-небудь, звідки постає, черпається щось; основа чого-небудь; вихідне начало [2, 218]. Тлумачний словник дає таке визначення — той або те, від кого або звідки довідуються про що-небудь; спеціальна писемна пам'ятка, документ, на підставі якого будується наукове дослідження [3, 256].

Базуючись на вищезазначених поняттях, дослідники джерел права бачать у цій правовій категорії безліч уявлень про сутність джерела. Зміст питання джерела права має дві сторони: з однієї сторони, це питання сили, що створює право, з іншої — питання про силу, що надає праву загальнообов'язкового характеру [4, 32]. Для більш глибокого проникнення в методологічну суть поняття «джерела права», за словами П. Музиченка, необхідно застосувати таку теоретичну категорію, як «правотворення» [5, 110].

За своєю правовою природою правотворчий процес потребує врахування цілого ряду об'єктивних факторів, які об'єктивуються в створюваних правових нормах і є їх джерелом. До таких факторів-джерел належать економічні, соціальні, політичні, культурологічні і юридичні характеристики.

Тому, на наш погляд, поняття «джерела права» і «форми права» не слід ототожнювати. Вони тісно взаємопов'язані, але не збігаються. Адже «форми права» показують, як зміст права організовано і виражено зовні, а «джерела права» — це витoki формування права, система факторів, що визначають його зміст і форми вираження [6, 329].

За давнішньою традицією в романо-германській правовій системі основним джерелом права визнавалось писане право — нормативні акти. В юридичній літературі дореволюційної Росії переважала думка, що саме ці форми об'єктивування юридичних норм, які служили визнанням їх обов'язковості, зветься джерелами права [7, 283]. Г. Ф. Шершеневич віддавав перевагу терміну «форми права», тому що форма — це спосіб існування і зовнішнього вираження змісту, а джерела — це те, від чого виникає, походить щось. Отже, законодавство — це форма права, а не його джерело. В цьому сенсі слід зазначити, що різноманітність поглядів на джерела права існує тому, що: 1) одні дослідники визначають джерела права як форму створення права; 2) другі — як підставу виникнення права; 3) треті — як фактори, що обґрунтовують право в об'єктивному розумінні; 4) четверті — як ознаки обов'язковості юридичних норм; 5) п'яті — як різні форми вираження права, тобто загальної волі. Тому теперішнє вчення про «джерела права» слід перейменувати на вчення про позитивне право та його різновиди [8, 573].

Думка про те, що поняття «джерела права» і «форми права» мають різне значення і не можуть ототожнюватися, висловлювалась і видатним українським правником С. Дністрянським. Він вважав, що право має свої джерела (суспільні зв'язки), соціальні основи (звичаї, авторитет суспільного зв'язку, воля членів останнього) та певні соціальні форми (звичаєве право, закони, «право юристів», судове право) [9, 116].

У різних правових системах використовуються джерела права, які історично склалися. При цьому не достатньо помітно розрізняють первинні та вторинні джерела права, характер і співвідношення яких надає колорит та визначає приналежність правової системи до тієї чи іншої правової сім'ї [10, 75]. Існує класична точка зору, що в правовій системі України визначальним (первинним) джерелом права є нормативно-правовий акт, а до вторинних джерел права відносять нормативний договір, правовий звичай, судовий прецедент. Щодо доктрини, то вона офіційно не визнається джерелом права України. Наша позиція полягає у тому, що правова доктрина є вторинним джерелом права.

Норма, вироблена правовою доктриною, є нормою-принципом [11, 4]. Мовою філософів принципами називаються «системи положень директивного характеру, яким підкорюються усі наступні процедури» [12, 168].

Загальні принципи права значною мірою визначають зміст юридичної системи. Вони є підґрунтям будь-якої юридичної конструкції. Юридичні правила можуть бути сформульовані і можуть розвиватися тільки з орієнтацією на загальні принципи права і за їх участю.

Загальні принципи права є джерелом права. Поза конституціями мають існувати такі фундаментальні принципи, які домінують над конституційними поло-

женнями. Коли існує контроль за конституційністю законів, законодавець сам змушений дотримуватися фундаментальних принципів. Йдеться про те, що загальні принципи виражають право, первісне стосовно Конституції. Таким первісним правом є природне право. Фундаментальні принципи природного права, якими є справедливість, свобода і власність, є надконституційними принципами. Вони становлять основу інститутів приватного і політичного життя громадян у демократичних країнах. Авторитет окремих фундаментальних принципів, закріплених і захищених міжнародними угодами (наприклад, Конвенцією про захист прав людини та основних свобод 1950 р. чи договорами Європейського Союзу), надає їм характеру принципів наднаціонального рівня, які не повинні ігнорувати установчі органи країн, що підписали ці домовленості. Європейський суд недвозначно визнає, що право, що діє в межах Європейського Союзу, має перевагу над конституціями держав, які охоплюються ним [12, 180].

Стаття 38 Статуту Міжнародного суду, доданого до Хартії ООН, визнає як джерело права «загальні принципи права, визнані цивілізованими народами». Однак у судовій практиці більш раннього періоду ми виявляємо сліди загальних принципів права, які застосовувалися за відсутності відповідного юридичного тексту. Ціла низка загальних принципів, які фігурують у міжнародних хартіях чи угодах, закріплені як закони більшістю країн. Принципів права дотримуються й судові органи на місцях.

Жан-Луї Бержель говорить про загальні принципи права як про «головні елементи в системах правосуддя» [12, 158]. Він зазначає, що «Державна Рада Франції була тим органом, який в 1945 р. запровадив і затвердив поняття як писаних, так і неписаних загальних принципів, які можуть застосовуватися навіть за умов відсутності відповідних текстів» [12, 163]. А також: «Органом, що закликав до визнання загальних принципів права, причому не тільки у сфері адміністративного права, але також і в кримінальному праві, в приватному судовому праві, була Державна Рада. Окрім того, в епоху, ще більш наближену до нашого часу, спиратися на ці принципи в своїй роботі стали Конституційна Рада і Суд ЄС. З того часу, як Конституція Франції 1958 р. запровадила Конституційну Раду, Державна Рада більше не є монопольним розробником теорії загальних принципів права. Сьогодні ця теорія використовується як для контролю за законністю адміністративних актів, так і для контролю за конституційністю законів» [12, 171]. Суд ЄС проголосив, що «повага до фундаментальних прав є складовою частиною загальних принципів права, дотримання яких гарантує Суд Європи».

Джерелами права ЄС є: а) міжнародне право; б) правова доктрина (загальні принципи права, які призначені для роз'яснення і доповнення договорів та законодавства); в) судові рішення (прецеденти); г) законодавство Союзу (як основне, так і похідне). Стосовно міжнародного права, то воно сприймається як ефективне джерело права ЄС. Згідно зі ст. 38 Статуту Міжнародного суду ООН, є чотири види норм міжнародного права: а) договори і конвенції; б) звичаєве право; в) загальні принципи права; г) судові рішення (прецеденти) та наукові праці провідних юристів [11, 6].

Підставою обов'язковості норм доктринального права є авторитет доктринально-правової традиції (XI–XIX ст.), з одного боку, конституційне та інше законодавче закріплення норм права — з другого, і преторіанське судочинство — з третього.

Наука (правова доктрина), на наш погляд, вважається вторинним джерелом права. Оскільки вона роз'яснює чинне право, тлумачить його, на цій підставі сприяє подальшому його розвитку, а також виробляє для заповнення прогалин нові правові положення у зв'язку з вивченням життєвих явищ. Здобуті ж наукою правові положення, у свою чергу, можуть стати підставою вироблення норм звичаєвого або позитивного права, що є вже безпосереднім джерелом права.

Отже, слід акцентувати увагу на тому, що наука (правова доктрина) має особливо велике значення у нас, з огляду, з одного боку, на незадовільність нашого законодавства, а з іншого — нерозробленість нашого звичаєвого права [13, 125]. З огляду на те, що за радянської влади юридична наука традиційно обмежувалася лише роз'ясненням, тлумаченням, апологетикою радянського законодавства, важливо підняти її на якісно новий рівень, використовуючи здобутки, одержані за роки незалежності нашої держави [14, 59].

При зростаючому ускладненні суспільних відносин право все більше привертає увагу юристів, які є представниками і виразниками професійної правової свідомості і формулюють його відповідно до своїх переконань, заснованих на аналізі суспільної думки, вимог практики, досвіду правозастосування.

Тому, на наш погляд, слід виходити із стародавнього, але непорушного положення: *jus est ars boni et aequi* — право є наука про те, що добре і справедливо. Але при цьому треба мати на увазі, що уявлення про одвічну справедливість змінюється. Це положення лишається і нині слушним і зберігає свій загальнозначущий характер завдяки постійному змінюванню [15, 257] під впливом тих факторів, що полягають, зокрема, у протилежності між новим соціальним господарством і старим правовим устроєм. Тому люди, усвідомлюючи це, намагаються усунути суперечності, що випливають із безпосереднього переведення економічних відносин в юридичні принципи, і установити гармонійну правову систему. Але практика законотворення останнього часу свідчить про те, що неможливо створити окремий закон, а тим більше галузь чи цілу систему законодавства, яка б відповідала сучасним вимогам справедливості, без ґрунтовної наукової розробки її концепції. Законодавство має формуватися на підставі ретельно виважених та апробованих національною і світовою практикою наукових висновків, а не відповідно до уявлень та прагнень окремих осіб чи угруповань.

Щодо світової практики, то, за свідченням Рене Давида, протягом тривалого часу основним джерелом права в романо-германській правовій сім'ї була доктрина [16, 105]. Саме в університетах були головним чином відпрацьовані у період XIII–XIX ст. основні принципи права. І лише порівняно недавно первинність доктрини було замінено первинністю закону [14, 62].

Для тих, хто зважає на реальність і має більш широкий і, з нашої точки зору, пише Рене Давид, більш правильний погляд на право, доктрина в наші дні, так

само як і в минулому, становить дуже важливе і вельми життєве джерело права. Ця її роль виявляється у тому, що саме доктрина створює словник і правові поняття, якими користується законодавець. Важлива роль доктрини в установленні тих методів, за допомогою яких відкривають право і тлумачать закони. Слід додати, що саме доктрина впливає на самого законодавця, а останній часто лише висловлює ті тенденції, що усталілися в доктрині, і сприймає підготовлені нею пропозиції. І було б важко, не спотворюючи дійсність, заперечувати за нею якість джерела права [16, 106].

Тому, на наш погляд, доктрину слід віднести до вторинного джерела права в дійсному значенні цього поняття як правоутворюючу силу.

У літературі термін «доктрина» вживається в широкому сенсі: а) вчення, філософсько-правова теорія; б) точка зору вчених-юристів з тих чи інших питань, які стосуються сутності та змісту різних юридичних актів, з питань правотворчості та правозастосування; в) наукові праці найбільш авторитетних дослідників у галузі держави і права; г) коментарі різних кодексів, окремих законів, моделі різноманітних нормативно-правових актів [17, 62].

Ю. М. Оборотов вказує, що юридична доктрина — це концептуально закріплені ідеї, правові принципи і нормативи, які відображені у працях учених-юристів, яким надане загальнозначиме і загальнообов'язкове значення, з яких виводяться правила поведінки представницько-загальнозобов'язуючого характеру [10, 75]. Правова доктрина через примірні кодекси та коментарі до кодифікованих актів проникає у сучасну правову реальність багатьох держав.

Отже, як для вітчизняного, так і позанаціонального права важливим його джерелом у наш час стає наука. Саме вона покликана досягти відповідності форми права (законодавства) його змісту — праву, його сутності. Доктрину необхідно вважати вторинним джерелом права, оскільки вона впливає не тільки на суб'єктів, які застосовують та тлумачать чинне право, а й на законодавця. Саме тому слід підвищити роль юридичної науки як джерела права, правотворчої сили, що визначає вибір напрямків у правовому регулюванні суспільних відносин, впливає на характер їх розвитку. В законодавчому процесі саме вона має забезпечувати правовий характер законів при їх підготовці, експертній оцінці, виявленні, усуненні колізій у праві та запобіганні їм. До доктрини звертаються члени законодавчих органів при підготовці та обговоренні проектів законів. Доктрина нерідко знаходиться в розпорядженні судових інстанцій при вирішенні спірних питань та при формуванні загальної норми суддівського права. Прямий та значний вплив доктрини на правотворчий та правозастосовчий процеси проявляється особливо в тих випадках, коли виникають прогалини в праві.

#### Література

1. Шаповал В. Конституція як форма (джерело) конституційного права України (питання теорії) // Право України. — 1999. — № 6.
2. Великий тлумачний словник сучасної української мови / Уклад., голов. ред. В. Т. Бусел. — К.: Ірпіль; Перун, 2001.

3. Ожегов С. И., Шведова П. Ю. Толковый словарь русского языка: 80000 слов и фразеологических выражений / РАН. Ин-т рус. яз. им. В. В. Виноградова. — 4-е изд., доп. — М.: Азбуковник, 1999.
4. Шебапов А. Ф. Форма советского права. — М.: Юрид. лит., 1968. — С. 32.
5. Музиченко П. Пове бачення проблеми джерел права // Юридический вестник. — 1998. — № 3.
6. Теория государства и права / Под ред. П. М. Матузова, А. В. Малько. — М., 1997.
7. Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права. — С.Пб., 1983.
8. Петражицкий Л. И. Теория права и государства в связи с теорией правствепности. — С.Пб., 1910. — Т. 2.
9. Возний В. Правова концепція С. Дністряпського // Право України. — 1999. — № 6.
10. Оборотов Ю. П. Теория государства и права (прагматический курс): Экзамен. справ. — О.: Юрид. л-ра, 2004.
11. Корчевца Л. Доктрина як джерело права // Юридична Україна. — 2004. — № 11.
12. Беркель Ж.-Л. Общая теория права. — М.: NOTA BENE, 2000.
13. Федоров А. Ф. Торговое право. — О., 1911.
14. Гайворонський В. Джерела права // Вісник Академії правових наук України. — 2001. — № 3.
15. Фридрих Август фон Хайек. Пагубная самопадеяшность. Ошибки социализма. — М., 1992.
16. Давид Р., Жоффре-Спиози К. Основные правовые системы современности. — М., 1998.
17. Марченко М. П. Вторичные источники романо-германского права: прецедент, доктрина // Вестник Московского университета. — 2000. — № 4.

УДК 347.77

О. В. Ульяновська

### ІНФОРМАЦІЙНІ ТЕХНОЛОГІЇ І ПРАВОВІ ФІКЦІЇ

Великий комплекс відносин, пов'язаних з оборотом інформації, формуванням інформаційних ресурсів, створенням і використанням інформаційних технологій, із забезпеченням їх комунікації в системах і мережах при задоволенні потреб користувачів, забезпечення безпеки інформаційних ресурсів, засобів комунікації, а також учасників відносин в даній сфері становить частину суспільних відносин, які мають назву інформаційні.

Відносини неможливо регулювати нормами традиційних галузей права, оскільки вони специфічні через особливості і юридичні властивості інформації [1, 9].

Не заперечуючи використання права речової і інтелектуальної власності для регулювання окремих суспільних відносин у сфері обігу інформації [2], слід погодитися з висновком про те, що спроби «підганяти» ці інформаційні відносини під існуючі правові норми є не виправданими [3, 150].

Наприкінці ХХ ст. відбулися значні зміни в сприйнятті самого поняття інформації і її соціального призначення в суспільстві, що пов'язано з процесом формування так званого інформаційного суспільства, тобто суспільства, основною характеристикою якого є стрімке зростання, інформація, що проникає у всі сторони життєдіяльності такого суспільства. Головним аспектом, яким є інформованість населення, безперешкодна робота всіх служб масових інформацій і їх можливість збирати і передавати об'єктивні дані, їх оцінку. Сучасні