

7. Перепелица А. И. Уголовная ответственность за хозяйственные преступления в сфере предпринимательской деятельности: Комментарий к действующему законодательству. Харьков : Рубікон, 1997. 105 с.

8. Боротьба з господарськими злочинами / [Коваленко О. І. та ін. ; відп. ред. Ф. А. Лопушанський. Донецьк, 1997. 160 с.

9. Радутний О. Е. Кримінальна відповідальність за незаконне збирання, використання та розміщення відомостей, що становлять комерційну таємницю (аналіз складів злочинів) : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : 12.00.08. Харків, 2002. 21 с.

10. Харламова С. О. Кримінальна відповідальність за незаконні дії з відомостями, що становлять комерційну або банківську таємницю: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : 12.00.08. Київ, 2007. 20 с.

УДК 34 (3/9)

Мудрисівська Людмила

ЗАКОН ЯК СИСТЕМОУТВОРЮЮЧИЙ ЕЛЕМЕНТ СИСТЕМИ ДЖЕРЕЛ ПРАВА В НАУКОВІЙ СПАДЩИНІ Ф.В.ТАРАНОВСЬКОГО

В статті розглядається позитивістський підхід до визначення видів і системи джерел права та його вплив на існуючі загальнотеоретичні погляди теоретиків та істориків права на сутність та фактори зміни системи джерел права залежно від соціальних і політичних факторів в різні історичні епохи в науковій спадщині Ф. В. Тарановського.

Ключові слова: джерело права, звичай, закон природний і позитивний, договір.

The article considers the positivist approach to defining the types and system of sources of law and its influence on the existing general theoretical views of theorists and historians of law on the essence and factors of change of the system of sources of law depending on social and political factors in different historical epochs in the scientific heritage of V. Taranovsky.

Key words: source of law, custom, natural and positive law, contract.

В статье рассматривается позитивистский подход к определению видов и системы источников права и его влияние на существующие общетеоретические взгляды теоретиков и историков права на сущность и факторы изменения системы источников права в зависимости от социальных и политических факторов в разные исторические эпохи в научном наследии Ф. В. Тарановского.

Ключевые слова: источник права, обычай, закон природный и позитивный, договор.

Вступ. Розглядаючи існуючі підходи до визначення джерел права, треба зауважити, що ця тематика не є спірною серед теоретиків права. Але, на нашу думку, зараз в історії людства простежуються кардинальні зміни у формуванні моральних засад його існування, що не може не відобразитися на розумінні сутності права та його ролі як головного соціального регулятора. Внаслідок цього можна казати про гіпотетичну зміну сутності системи джерел права при залишенні тих самих елементів, які зараз прийняті і визнані науковцями-правознавцями. Не може залишитися в тому вигляді і розуміння сутності джерел права та їх ролі у формуванні правових сімей і системи права. Тому, для більш всебічного розуміння сутнісних змін названих елементів не завадило б звернутися до аналізу наукових здобутків відомих вчених кінця XIX – початку XX сторіччя, які також опинилися на зламі юридико-правової парадигми в умовах революційно зміненого світу і затвердженні позитивістської концепції формування права. До кола прихильників юридико-позитивістської парадигми можна віднести Федора Васильовича Тарановського, якого історики права, в своїй більшості, відносять до юридичних позитивістів, що, на нашу думку, не відображає в повному обсязі багатогранності і різноманітності наукових інтересів цього вченого. Тож, вважаємо за необхідне розглянути вчення про джерела права і сутності закону в науковій спадщині цього автора і визначити положення його вчення, які допоможуть сучасним науковцям зорієнтуватися в безмежному океані змін, інформації і вибудовуванні особистої позиції з визначених проблем.

Основний зміст. Визначенню джерел права та їх сутності присвячені роботи Ф. В. Тарановського «Предмет і завдання так званої зовнішньої історії права», «Підручник енциклопедії права» та інші. У першій вищеназваній роботі він визначив існування внутрішньої і зовнішньої історії права, до якої саме і належить, на його думку, вчення про джерела права. У свою чергу, в зовнішній історії права він запропонував виділити дві самостійні частини: 1) вчення про джерела права; 2) вчення про пам'ятки права.

При дослідженні джерел права Федір Васильович пропонував використовувати історико-порівняльний метод і встановити систему джерел права, наголошуючи на тому, що велике значення має не тільки визначення джерел права, їх генези протягом розвитку людської історії, але і встановлення взаємозв'язку між різними елементами системи джерел права: «Завданням історичного вчення про джерела права повинно бути встановлення схеми джерел для кожного окремого періоду історії права,

що досліджується, та з'ясування їх взаємовідносин, тобто відносної сили та відносного об'єму дії кожного з них» [1, 2]. При цьому автор підкреслював наявність постійної внутрішньої структури джерел права, яка не зазнає суттєвих змін, хоча зв'язки між елементами цієї структури і змінюються. Тобто, запропоновано використовувати системно-структурний метод дослідження: «Сама схема джерел права в кінцевому підсумку і в основних рисах залишається однаковою для усіх періодів, упродовж відомого нам так званого історичного часу, так що усі зміни і весь еволюційний рух у цій області виражаються у змінах відносин між окремими джерелами права» [1, 2]. Тут треба зауважити, що визначення вченим незмінності системи джерел права при зміні зв'язків елементів цієї системи не відповідає сучасному розумінню структури системи. В будь-якому разі не можна казати про те, що характеристики системи залишаються незмінними при побудові нових взаємозалежних зв'язків елементів цієї системи. Це положення відноситься і до системи джерел права, але не відзначити свіжого, нового методологічного підходу вченого до дослідження джерел права просто неможливо.

В «Енциклопедії права» Ф. В. Тарановський запропонував поділити джерела права за наступними категоріями:

- 1) встановлення одноособового авторитету (фізичної або юридичної особи);
- 2) встановлення колективного (масового) авторитету;
- 3) договір двох або більше осіб (фізичних або юридичних);
- 4) практика державних установ, особливо судова практика.

Серед джерел права він розглянув закон, юридичний звичай, правову практику, договір як джерела позитивного права і закон природний (*jus naturalis*) як джерело природного права, а в «Підручнику енциклопедії права» він називав ще і таке джерело, як юридична угода. Під цим поняттям фігурує закон, але такий розгляд не задовольняв вченого і такий підхід він відзначав як односторонній, але при цьому зауважував, що: «саме видання закону є дія визначеного органу державної влади, дія правомірна, яка встановлює юридичне відношення між державною владою і підданими, відношення, яке складається із взаємних обов'язків і домагань обох сторін на підлеглисть тільки створеній юридичної норми. В цьому сенсі, дійсно, закон можна визначити як вид юридичної угоди» [2, с. 170].

Вчений відзначав, що в процесі історичного розвитку позитивного права серед правотворчих одноособових авторитетів можна виділити авторитет Божества, державної влади та авторитет окремих приватних

осіб, які заслужили це право завдяки своїм професійним знанням і моральним якостям.

Щодо розгляду авторитету державної влади, то Федір Васильович наголошував, що приймається до уваги тільки авторитет своєї державної влади, тобто державної влади в межах визначеної території і по відношенню до підданих. Він також констатував, що таке положення склалося тільки десь приблизно в XVI сторіччі, а до цього визнавався авторитет і іноземної влади. Це явище отримало назву рецепції (сприйняття) права, з'явилося спеціальне вчення про рецепцію, де було виокремлено два види рецепції – законодавчої та узуальної (звичайної). Прикладом першої вважають введення французького цивільного кодексу в країнах, завойованих Наполеоном, введення німецького міського права в Чехії, Польщі, Литві та Русі за привілеями, що надавались містам королями – магдебурзьке право. Прикладом узуальної рецепції визначають рецепцію римського права на заході Європи і рецепцію греко-римського права в Росії.

До третього виду правотворчих авторитетів, які Ф.В. Тарановський визначив як авторитет особистостей, він відніс пророків, проповідників, батьків церкви, інших релігійних діячів, з одного боку, і вчених-юристів, з іншого боку. При зростанні монопольності державної влади і зосередження в її руках законодавчої функції відпала необхідність правотворчої діяльності вчених-юристів.

До наступної категорії джерел права вченим було запропоновано віднести встановлення колективного авторитету. Цьому джерелу відповідає звичайне право як особливий вид позитивного права. На думку вченого, тривалий час науковці розглядали виключно догматику права і не тільки надавали звичайному праву другорядне значення, але і пояснювали його за аналогією з законами. Становище змінилося тільки з появою історичної школи права на початку XIX ст.: «Шляхом емпіричного спостереження дійшли висновку, що матеріальним джерелом права є зовнішні умови соціального середовища і реакція на них з боку суспільної свідомості. Відповідно до цього, формальним джерелом звичайного права неможливо визнавати тільки наявність відомих правових уявлень, але потрібно визнавати таким джерелом і самі дії, тобто визначену одноманітну поведінку мас.... Одноманітна масова поведінка утворюється шляхом накопичення одиничних випадків відомої поведінки. ... Такий перший випадок визначеної поведінки, котрий потім перетворюється в

норму, в науці має назву прецеденту і спеціально розглядається у вченні про судову практику» [2, с. 183-184].

До третьої категорії джерел права Ф. В. Тарановський відніс договір. Велике значення договору як джерела права правознавець вбачав у тому, що історія договору співпадає з історією людства, «договору належало важливе правостворююче значення в ту епоху розвитку права, коли ще не склалися держави з єдиною централізованою владою. В ті часи діяли замкнуті системи права в межах дуже малих суспільних союзів, родових та общинних. Для відносин міжродових і міжобщинних право встановлювалось завдяки договору». «Договори відіграють значущу роль в процесі подолання партикуляризму стародавнього права, як звичайного, так і законодавчого, і в справі створення безперервної дії права та його одноманітності на більш широкій території держав нового часу», – писав Ф. В. Тарановський, визнаючи, що роль договору у правотворенні незаслужено зменшується.

До четвертої категорії джерел права віднесена практика державних установ, особливо судова практика. Перше рішення суду по проблемі, яка не розглядається ні юридичним звичаєм, ні законом, отримує значення судового прецеденту, тобто такого попереднього випадку, який має значення нормативного факту при наступних судових рішеннях. Право судової практики і є прецедентне право. При цьому вчений вважав помилковим визнання джерелом права лише судової практики, що звужує поле дослідження для історика права і не дає йому змогу повноцінно і системно розглянути різноманітні правові інститути минулого. Ф. В. Тарановський також підкреслив подвійну роль правової практики по відношенню до закону, вважаючи, що, з одного боку, вона накопичує матеріал і створює можливість законодавства, а з другого, видозмінює і навіть скасовує закони. Найхарактернішим таке положення правової практики є для слов'янського права.

На думку Ф.В. Тарановського, все сказане про судову практику, розповсюджується на практику державних установ, як адміністративних, так і законодавчих. Всі ці установи створюють прецеденти, які мають значення то субсидіарного, то самостійного джерела права. Закон визначає межі та розміри нормативної дії судової практики, бо саме він є наслідком діяльності державної влади.

Правознавець виступив проти догматичного розгляду закону, що видається державною владою, як переважного джерела права, тому що такий підхід призвів до звуження сфери джерел права і неможливості

розглянути інші джерела права тієї чи іншої епохи, а ще складніше розглянути взаємозв'язок між ними: «Внаслідок цього замість загального вчення про джерела права, яке відображало б всі відомі нам факти історії права і його сучасного стану, надається визначення джерел права відповідно до регламентації їх в чинному законодавстві» [2, с. 195]. Вчений вважав, що «...історик права має бути вільним від підлеглості сучасному офіційному деспотизму закону. Перед ним стоїть виключно наукове завдання, яке складається з того, щоб встановити схему джерел права для минулого у відповідності з поглядами тієї епохи, яку він вивчає і правове життя якої він відтворює» [1, 2].

Розглядаючи закон як джерело права, він закликав істориків права не забувати існуючий в історії поділ на закон Божий і закон людський, бо для історії права дуже важливо з'ясувати той момент і ті чинники, які вплинули на зникнення дуалізму в розгляді закону і встановлення моністичного людського закону. Ф.В. Тарановський застерігав від однобокого розгляду закону Божого як церковного права, бо він поширювався і на світське право. Особливо це було характерним для протестантських кіл у XVI сторіччі та для Сербії періоду правління Душана, коли рецепція візантійського права проводилась за титулом обов'язковості «закону святих отців». Надалі, дослідивши різні підходи до визначення сутності закону у сучасній науці та в минулому і вчений дійшов висновку, що підходи відрізняються один від одного визначенням влади, що має право на встановлення закону. В юридичній науці XIX – початку XX ст. закон розглядається як встановлення єдиної державної влади, яка тільки одна компетентна в процесі правотворчості. Що ж до визначення закону в минулому, то він трактувався як встановлення не тільки державної влади, але і публічної влади загалом. Тому вчений класифікував органи влади, що могли творити право, як:

- ті, що належать до державної влади,
- ті, що стоять над державною владою (маються на увазі імперські закони, які в деяких країнах мали вищий авторитет у порівнянні з державними);
- ті, що перебувають під впливом державної влади – це, насамперед, акти правотворення публічної влади у вигляді статутів.

У цій класифікації не враховано існуюче у сучасній теорії держави і права положення про поділ нормативних актів за юридичною силою – на законодавчі і підзаконні, і автор окремо констатував помилку розгляду в минулому закону не стільки за критерієм юридичної сили акта, скільки за

територією його дії. Ф. В. Тарановський визначав ці нормативні акти як різновиди закону, а не як різновиди нормативних актів: «Всі наведені різновиди закону повинні бути враховані істориком права відносно їх дії і послідовного розвитку – посилення і росту одних, послаблення та вимирання інших»[1, с. 2].

Докладніше значення та сутність закону правознавець визначив у підручнику «Енциклопедії права»: «Закон – це юридична норма, що встановлена державною владою. Для правотворення створюються спеціальні органи державної влади, і визначається особовий формальний порядок їх діяльності. ...Обов'язковими, такими як юридична норма, є лише ті правила, що встановлюються відповідним органом державної влади у рамках його компетенції та у визначеному порядку» [2, с. 246].

Саме в цьому підручнику Ф. В. Тарановський визначив необхідність класифікації законів залежно від того, який орган державної влади його видає, тобто визначити юридичну силу того чи іншого нормативного акта: «Діяльність державної влади проявляється в діяльності її органів. Тому недостатньо сказати, що закон є юридична норма, що встановлюється державною владою; необхідно ще вказати, які органи державної влади займаються встановленням юридичних норм. Виявляється, що різноманітні органи державної влади виконують цю функцію. Оскільки органи державної влади створені за ієрархічним принципом, то виникає питання про різний ступінь обов'язковості юридичних норм, що встановлюються ними, залежно від різного ступеню влади, яку мають ієрархічно розташовані органи. Юридичні норми з вищим ступенем обов'язковості, що встановлюються державною владою, визначають найбільш важливі і суттєві відносини суспільного життя» [2, с. 178].

Спірним на той час було питання про визнання джерелом права праць вчених-юристів, але Ф. В. Тарановський вважав, що для історика права є неможливим невизнання рецепції як джерела правотворення, бо історик права може включити її до ряду джерел права і в кожному окремому періоді надавати їй спеціальну характеристику. Тут проявився деякий вплив історичної школи права, особливо вчення про право Ф. Савиньї, який не тільки не заперечував ролі юристів у формуванні права, але виділив дві стадії у розвитку права: стадію природного права і стадію вченого права. В першій стадії право існує у свідомості народу і проявляється як звичаєве право. У другій стадії право проявляється у працях вчених-юристів, які виступають як представники народу, виразники його правосвідомості.

Як видається, більш правильним було б віднести праці юристів до пам'яток права відповідно до згаданої класифікації, але Федір Васильович відносив їх і до джерел права, змінюючи при цьому ракурс розгляду юридичного спадку.

Ще одним джерелом права, і мабуть самим важливим та основним, учений вважав звичай. На його думку, саме звичай плете тканину правового життя народу, на якому інші джерела права виникають як візерунки. Але з розвитком права закон починає витісняти звичай як основне джерело обов'язкових правових норм, на деякий час встановлюється двовладдя, яке проявляється у різних формах. Автор нагадував про той час, коли розмежування цих джерел проходило за становою ознакою: пануючі стани жили вже за законом, а підвладні стани продовжували існувати за звичаєвим правом.

Як вже зазначалося вище, Ф. В. Тарановський пропонував як джерело права природного та загальнонародного розглядати так званий закон природний, який він характеризував наступним чином: «... природне право або дедукціонувалось з розуму, творче значення якого для держави проповідувалось ще в Біблії, або індукціонувалось з емпіричних даних загальнонародного права християнської цивілізації – от «врада права християнського» або «звичаєв прав християнських», як висловлюється Литовський статут» [1, с. 10].

Цей закон діяв у часі і просторі тоді, коли державний закон або не мав достатнього розповсюдження, або християнський закон був набагато сильніше державного. Такий підхід може викликати деяке непорозуміння з позицій сучасної теорії держави і права, але не враховувати при характеристиці стану права в тій чи іншій країні дії «природного права» є неможливим. Насамперед, це стосується вивчення середньовічного слов'янського права.

Для систематизації та характеристики джерел права Ф. В. Тарановський використовував системний підхід. Він вважав, що надати повну характеристику джерелам права і створити їх систему можливо лише тоді, коли будуть не тільки розглянуті елементи цієї системи, а й передусім будуть з'ясовані зв'язки між ними, тому що елементи для кожного історичного періоду більш-менш однакові, а зв'язки постійно змінюються, створюючи нову конфігурацію системи джерел права: «За встановленням повної схеми джерел права повинно слідувати з'ясування відносин між ними, і це і є самим важливим. ...Необхідно і слід розробляти визначене питання у всій повноті взаємного перехрещування

всіх джерел права і, при тому, у всіх подробицях і навіть відтінках їх взаємовідносин, бо як раз в подробицях і у відтінках – у нюансах – полягають тут самі цінні вказівки та данні» [1, с. 11]. Виучування відносин між джерелами права правознавець вважав важливим ще і з тих міркувань, що це один з найефективніших методів дослідження різноманітних історичних періодів, який дозволяє розглянути зміни у загальній свідомості людства.

Висновки. Таким чином, у підході до природи права та його джерел Ф. В. Тарановський виявився як прибічник поліваріативного розгляду. Це проявилось у наступних моментах: по-перше, визначаючи дефініцію «право», він розглянув весь спектр чинників соціального і політичного характеру, які впливають на формування права і його розвиток, як цього вимагали соціологічні позитивісти.

По-друге, для характеризування системи джерел права він закликав розглядати не тільки елементи системи, а, головним чином, визначати взаємозв'язки між ними, бо вони розвиваються разом з суспільною свідомістю і більш змінюються, ніж закон, звичай і т.д. Вчений відзначав значну помилку у дослідженні системи, яка існувала в науковій спільноті: коло дослідження взаємовідносин джерел права було звужено до розгляду виключно до взаємовідносин звичая і закону, залишивши без ретельного розгляду інші джерела права.

По-третє, для створення повної картини формування і розвитку права та його джерел правознавець використовував порівняльно-історичний метод, який мав бути провідним, на його думку, для історика права.

ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА

1. Тарановский Ф.В. Предмет и задача т.н. внешней истории права // Тарановский Ф.В. История русского права. Москва, 2004. 272 с.
2. Тарановский Ф.В. Учебник энциклопедии права. Юрьев, 1917.