

## ПОЗИТИВІСТСЬКА КОНЦЕПЦІЯ ПРАВА ТА ІСТОРИЧНЕ ПРАВОРОЗУМІННЯ В КОНТЕКСТІ АКУЛЬТУРАЦІЇ ПРАВА

### POSITIVIST CONCEPTION OF LAW AND HISTORICAL THINKING IN THE CONTEXT OF ACCULTURATION LAW

Ситар І.М.,

кандидат юридичних наук, доцент,  
докторант кафедри теорії держави і права  
Національної академії внутрішніх справ

Розглядається проблема діалектичності джерел права в західній традиції, взаємозв'язок позитивістської концепції права з нормативно-правовим актом, а також діалектична залежність історичного праворозуміння і правового звичаю на макро- і мікрорівнях. Традиційно закон можна вважати формально-юридичним вираженням змісту юридичних норм у писаному акті, що виходить від влади суверена і є результатом позитивістської концепції права. Правовий звичай як джерело права виражає історичне праворозуміння, систематизоване також у писаних актах. Тому вивчення аккультураційних процесів передбачає аналіз типологічних особливостей вищезазначених джерел права.

**Ключові слова:** праворозуміння, позитивістська теорія права, нормативістська теорія права, історичне праворозуміння, аккультурація в праві.

Рассматривается проблема диалектичности источников права в западной традиции, взаимосвязь позитивистской концепции права с нормативно-правовым актом, а также диалектическая зависимость исторического правопонимания и правового обычая на макро- и микроуровнях. Традиционно закон можно считать формально-юридическим выражением содержания юридических норм в писаном акте, которое исходит от власти суверена и является результатом позитивистской концепции права. Правовой обычай как источник права выражает историческое правопонимание, систематизированное также в писанных актах. Поэтому при изучении аккультурационных процессов следует учитывать типологические особенности вышеупомянутых источников права.

**Ключевые слова:** правопонимание, позитивистская теория права, нормативистская теория права, историческое правопонимание, аккультурация в праве.

This article considers the problem dialecticism of legal sources in the Western tradition, namely the relationship of the positivist legal conception with regulatory legal act, as well as dialectical dependence of historical legal understanding and legal custom both the macro and micro levels. Traditionally, the law can be regarded as formal legal expression of the content of legal norms in the written act that comes from the power of the sovereign and is the result of the positivist legal conception. Legal custom as a legal source is the expression of historical understanding of law systematized in written acts. That is why study of acculturation processes considers typological features of the aforementioned legal sources.

**Key words:** legal understanding, positivist legal theory, normative legal theory, historical legal understanding, acculturation in law.

**Постановка проблеми.** З'ясування діалектичного взаємозв'язку між позитивістським праворозумінням, історичним праворозумінням (виявом правового звичаю) та нормативно-правовими актами, в яких систематизовані такі види праворозуміння, сприяє вивченню аккультураційних процесів, що надзвичайно важливо для вдосконалення національної правової системи.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Проблемам праворозуміння і поліджерельності права приділялася увага у працях Н.М. Пархоменка, М.І. Козюбри, П.М. Рабиновича, О.З. Панкевича, А.К. Романова, І.Ю. Богдановської, В.Д. Ткаченко, Д.В. Лук'янова, С.П. Погребняка та інших науковців. Однак взаємозв'язок між праворозумінням і джерелами права у вітчизняній юридичній науці досліджено недостатньо.

**Виклад основних положень.** У системі джерел англо-американського права доволі важливе місце поряд з прецедентом займають закони [1, с. 563].

В Англії та Канаді їх називають статутами, а в більшості інших країн загального права – просто законами. Іноді під поняттям закону (в широкому сенсі) поряд із статутами розуміють й інші законодавчі акти. Поняттям закону у найбільш широкому сенсі охоплюються, окрім статутів, також акти Корони, які видаються на

основі прерогативи (в Англії, Канаді, Австралії), та всі інші численні підзаконні акти [2, с. 565].

У вузькому (суто юридичному) сенсі закон – це формально оформлений у письмовому вигляді акт, який виходить із вищого законодавчого органу (в Англії, Австралії, Канаді – це парламент, у США – це Конгрес, на рівні окремих штатів – легіслатури) [8, с. 150].

Англійський юрист Е. Дженкс вважає, що статuti – це формальні постанови стосовно будь-якого правила поведінки, яких належить дотримуватися в майбутньому тим особам, до яких вони звернені [2, с. 42]. Аналогічне визначення дають сучасні англійські юристи С. Кеннет і Д. Кіннон. На їхню думку, статут – це виражене і формально встановлене правило (чи правила) поведінки, якого повинні дотримуватися у майбутньому особи, до яких закон звернений або яких він має на увазі [9, с. 64].

Традиційно закон можна визначити як формально-юридичне вираження змісту юридичних норм у писаному акті, що виходить від влади суверена і є результатом позитивістської концепції права.

Також до нормативно-правових актів у країнах загального права відносять і делеговане законодавство, яке в романо-германській правовій сім'ї

називається підзаконними нормативно-правовими актами.

Традиційно позитивістське розуміння права передбачає наявність системи юридичних норм, створених державою, де право є похідним від держави і не існує без держави. Відтак юриспруденція, з позицій позитивізму, спрямована на вдосконалення юридичних норм формально-догматичним методом, тобто передбачає систематизацію юридичних знань шляхом окреслення певних понять та категорій. Існують певні недоліки даного праворозуміння: воно не виявляє глибинних взаємозв'язків між соціальною і правовою системами, оскільки це неможливо здійснити лише за допомогою формально-юридичного аналізу.

Доцільно зупинитися також і на проблемі запозичення тих чи інших нормативно-правових актів (статутів і делегованого законодавства), ми повинні враховувати позитивістську концепцію праворозуміння.

В англо-американській системі джерелом права вважається також правовий звичай. Це стереотипний спосіб поведінки, який втілюється в конкретному суспільстві чи соціальній групі і є звичним для їхніх членів [9, с. 594].

Англійський юрист В. Блекстоун, чії праці визнані правовою доктриною, наводить ознаки правового звичаю, а саме: існування звичаю з незапам'ятних часів, безперервність дії, поміркованість, визначеність, обов'язкова сила, використання, виходячи з загальної згоди [7, с. 84-87]. Правові звичаї санкціонуються державою, набувають юридичної сили і забезпечуються у разі їх порушення державним примусом [7].

Існують певні особливості (ознаки) правового звичаю:

По-перше, це правила поведінки, які ніким свідомо, а тим більше цілеспрямовано, не встановлюються і не санкціонуються. Вони виникають стихійно в процесі суспільної практики, повсякденної діяльності людей [9, с. 594].

По-друге, звичай існує з незапам'ятних часів і складається внаслідок доволі довгого, зазвичай багаторазового повторення одних і тих самих дій одними і тими ж суб'єктами чи групами (групою) осіб. Одноразові повторення, епізодичні дії не створюють і не можуть створювати звичаїв [9, с. 594].

По-третє, звичай також пов'язаний із суспільною психологією. Поряд із традиціями та обрядами звичаї виникають і реалізуються як правила сприйняття. З розвитком суспільства звичай все більше втрачає свій емоційний характер, посилює своє раціональне начало і стає активним регулятором суспільних відносин у системі джерел загального права [9, с. 595].

По-четверте, існує певна розумність звичаю. Якщо з'ясується, що звичай суперечить принципам загального права, суд його не може підтримати (наприклад, якщо звичай передбачає покладання на будь-кого занадто багато обов'язків на користь інших осіб) [7, с. 101].

Крім того, розумність звичаю визначається історичним періодом.

На сучасному етапі розвитку суспільства ті звичаї, які виражені в нормах моралі, правилах організації характеру чи нормах культурної поведінки, забезпечуються у разі необхідності заходами суспільного впливу [9, с. 596].

По-п'яте, передбачається всебічність звичаю, що полягає в його зрозумілості у тій системі, в межах якої він існує, а також щодо кола осіб, які підпадають під регулювання даного звичаю [7, с. 181].

По-шосте, вимагається обов'язковість звичаю. Якщо він не містить обов'язкових положень, він не може бути підтриманий судом. Вважається, що такий звичай не може бути правовим і не визнається ним, оскільки не відповідає принципу верховенства права [6, с. 181].

По-сьоме, безперервність дії звичаю. Для того, щоб мати правову силу, правовий звичай повинен зберігати свою дію без будь-яких перерв і застосовуватися мирно, відкрито і правильно. Однак само по собі незастосування звичаю ще не означає, що він уже перестав існувати [7]. У США «правовий звичай», наприклад, санкціонується в основному не на федеральному рівні, а місцевими органами на локальному рівні. В Англії це відбувається на загальнодержавному рівні, здійснюється центральними державними органами в особі судових органів і парламенту.

Простий звичай стає правовим за допомогою цих інститутів, завдяки їм вписується (абсорбується) в англійську правову систему. Іноді це відбувається у «формі законодавчих актів» через Парламент, іноді у формі судових рішень, коли суд в процесі розгляду цивільних і кримінальних справ спирається не тільки на закон, а й на звичай, включаючи його тим самим у діючу правову систему [9, с. 598].

Руперт Кросс відзначає процедуру підпорядкування звичаю прецедентів як джерелу права. Він вказує, що звичай характеризується як самостійне джерело права, має силу закону до надання йому судами юридичної сили, але його слід вважати джерелом, що підпорядковане прецеденту. Суди контролюють норми звичаєвого права, вирішують питання про їх досконалість. Звичаї впливають із прецедентів, хоча не можуть бути анульовані судовими рішеннями [4, с. 165-166].

Вказані твердження підтверджують, що звичай набуває правового характеру через інститут законодавства (прийняття законодавчих актів), а також шляхом діяльності судової системи (винесення судових рішень).

Перетворення простого звичаю в правовий впливає не з діяльності держави, а з самої природи людини, що характеризується певним невидимим впливом на її свідомість та поведінку, є певним підсвідомим регулятором суспільних відносин [9, с. 600].

Отже, правовий звичай має підсвідомий вплив на поведінку людей. Але в такому випадку правовий звичай повинен відповідати, як зазначає Г.Ф. Шершеневич, таким вимогам:

а) містити в собі норми, які засновані на правово-му переконанні, і застосовуватись на практиці;

- б) не суперечити розумності;
- в) не порушувати добрих намірів;
- г) не мати в своїй основі помилок;
- д) мати народне переконання [10].

У вищенаведених підходах основним доктринальним контекстом дії природно-правового звичаю є його моральна константа як основа для ефективного збереження у свідомості людей та закріплення і втілення у життя судовою і законодавчою практикою. Тож звичай не повинен суперечити статутному праву.

На нашу думку, результатом історичного праворозуміння є правовий звичай. Відтак право – це не хаотична чи цілеспрямована діяльність держави або продукт законодавства, а наслідок духовного й історичного досвіду народу. Законодавець повинен доповнювати і систематизувати звичаї і традиції, які склалися в суспільстві протягом століть у формі нормативно-правових актів. Філософська позиція історичної школи розуміла право як вираження «народного духу». Вважається, що суддя і практик-юрист були завжди вище законодавства і законодавців, а належні моральні звичаї і традиції завжди були вище законодавства [3].

Основоположні ідеї історичного праворозуміння полягають у тому, що право кожного народу є його історичною спадщиною, воно формується у формі наступності і є об'єктивним процесом історичного життя кожного народу. Право у загальному значенні відображає еволюційний, органічний взаємозв'язок звичаїв і традицій із законодавством. Воно повільно

і безконфліктно розвивається разом з мовою і звичаями. Справжнім джерелом національного права визнається звичай, який є відтворенням «духу», свідомості народу.

Формування моральних основ наповнює духовне буття нації істинними цінностями. Цей процес є постійним і безперервним, ґрунтуючись на тому, що, по-перше, людина, її інтереси завжди повинні бути метою, і всі економічні та політичні засоби повинні слугувати їй; по-друге, слід завжди орієнтуватися тільки на здоровий глузд, інтуїцію; по-третє, законодавство повинно стимулювати духовний розвиток суспільства [6, с. 72-73]. Тому процес формування нормативних модусів повинен відображати моральні, ментальні, культурологічні та духовні основи суспільства, які найбільш вдало виражені в правових звичаях.

**Висновки.** На нашу думку, існує діалектична залежність між позитивним правом, вираженим у нормативних актах, і звичаєвим як джерелом права, що виражає історичне праворозуміння та позитивно впливає на свідомо-вольову поведінку суб'єктів суспільного життя. Процеси акультурації відбуваються тільки за умови, що історичне становлення праворозуміння для певної правової системи придатне й для іншої; воно може бути домінуючим і проявлятися в інших формах та сутностях, що зумовлені високим рівнем правосвідомості та правової культури. Здобутки різних правових систем можуть бути взаємопроникними, відображаючи при цьому правові звичаї різних країн.

#### СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Богдановская И.Ю. Прецедентное право / И.Ю. Богдановская. – М. : Наука, 1993. – 239 с.
2. Дженкс Э. Английское право : пер. с англ. / Э. Дженкс. – М. : Юрид. изд-во Мин-ва юстиции СССР, 1947. – 760 с.
3. Духовная жизнь современного общества: актуальные проблемы теории : учеб. пособие / отв. ред. В.П. Торукало. – М. : Изд-во РАГС, 2007. – 192 с.
4. Кросс Руперт. Прецедент в английском праве : пер. с англ. / Кросс Руперт. – М. : Юрид. лит., 1985. – 237 с.
5. Немецкая историческая школа права. – Челябинск : Социум, 2010. – 528 с.
6. Пряхина Т.М. Конституционная доктрина современной России / Т.М. Пряхина. – Саратов : Изд-во Саратовского ун-та, 2002. – 450 с.
7. Романов А.К. Правовая система Англии: учебное пособие / А.К. Романов. – М. : Дело, 2000. – 344 с.
8. Ткаченко В.Д. Порівняльне правознавство: підручник / В.Д. Ткаченко, С.П. Погребняк, Д.В. Лук'янов ; за ред. В.Д. Ткаченка. – Х. : Право, 2003. – 274 с.
9. Уолкер Р. Английская судебная система : пер. с англ. / Р. Уолкер. – М. : Юрид. лит., 1980. – 631 с.
10. Шершеневич Г.Ф. История философии права / Г.Ф. Шершеневич. – СПб. : Лань, 2001. – 528 с.