

ЗАГАЛЬНА ТЕОРІЯ ПРАВА

Козюбра М.І.

ЗАГАЛЬНА ТЕОРІЯ ПРАВА

Підручник

*За загальною редакцією
доктора юридичних наук, професора
М.І. Козюбри*

Київ
Вайте
2015

УДК 341.64:342.7](4)(07)
ББК 67.9(4)412я7+67.9(4)400.7я7
К-21

*Рекомендовано Вченою радою
Національного університету «Києво-Могилянська академія»
(протокол № 34 від 10 грудня 2015 р.)*

РЕЦЕНЗЕНТИ:

КЕЛЬМАН Михайло Степанович, доктор юридичних наук, професор
ТИХОМИРОВ Олександр Деонисович, доктор юридичних наук, професор

Загальна теорія права: Підручник / За заг. ред. М.І. Козюбри. – К.:
Баїте, 2015. – 392 с.

ISBN 978-966-2310-40-5

У підручнику обґрунтовується необхідність переосмислення предметного поля загальнотеоретичного правознавства, звільнення його від надмірної політизації та ідеологізації. Автори зосереджують увагу на розкритті особливостей права як самостійної соціокультурної цінності, вирішального значення у формуванні і функціонуванні якого відіграє людина, яка є не тільки адресатом права, а і його творцем та орієнтиром. Відповідно до цих світоглядно-методологічних підходів побудована структура підручника.

Для студентів, аспірантів, викладачів вищих навчальних юридичних закладів України.

АВТОРИ:

КОЗЮБРА Микола Іванович, завідувач кафедри загальнотеоретичних та державно-правових наук Національного університету «Києво-Могилянська академія», доктор юридичних наук, професор

ПОГРЕБНЯК Станіслав Петрович, професор кафедри теорії держави і права Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, доктор юридичних наук, професор

ЦЕЛЬЄВ Олексій Вікторович, доцент кафедри загальнотеоретичних та державно-правових наук Національного університету «Києво-Могилянська академія», кандидат юридичних наук, доцент

МАТВЄЄВА Юлія Іванівна, старший викладач кафедри загальнотеоретичних та державно-правових наук Національного університету «Києво-Могилянська академія»

УДК 341.64:342.7](4)(07)
ББК 67.9(4)412я7+67.9(4)400.7я7



Організація з безпеки та
співробітництва в Європі
Координатор проектів ОБСЄ в Україні

**Це видання здійснене за сприяння Координатора проектів ОБСЄ в Україні.
Координатор проектів ОБСЄ в Україні не несе відповідальності
за зміст та погляди, висловлені у цій публікації.**

ISBN 978-966-2310-40-5

© ОБСЄ, 2015

Шановний читачу!

Висока якість юридичної освіти є однією з невід'ємних ознак успішного демократичного суспільства. Визнаючи важливу роль правників в утвердженні верховенства права та забезпеченні захисту прав і основоположних свобод людини, Координатор проектів ОБСЄ в Україні з 2005 року впроваджує низку проектів, метою яких є реформування системи юридичної освіти в Україні.

Сьогодні українська академічна спільнота потребує нових стандартів юридичної професії для фахової підготовки правників відповідно до європейських стандартів вищої освіти та правничої професії. Також необхідним є оновлення змісту та методики викладання правничих дисциплін. Відповідно до Рекомендацій Комітету міністрів Ради Європи в університетську освіту має запроваджуватись професійне навчання щодо Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод та практики Європейського суду з прав людини. Професійні знання та навички випускників правничих вузів повинні відповідати потребам правничої професії, тому важливим є поєднання та баланс теоретичних і практичних складових в межах правничих дисциплін.

У рамках діяльності Координатора проектів ОБСЄ в Україні було проведено комплексне дослідження щодо стану юридичної освіти та науки в Україні. За результатами дослідження основними напрямками діяльності стала розробка стандарту юридичної освіти та поліпшення навчально-методичного за-

безпечення за рахунок видання відповідних підручників. Їх розробці передувала підготовка відповідних модельних програм навчальних дисциплін та їх широке обговорення. Метою Координатора проектів ОБСЄ в Україні було створення таких модельних програм навчальних дисциплін, які допоможуть сформува-ти нові підходи до викладання фундаментальних юридичних дисциплін.

Методологічною основою навчальних видань є викладання правничих доктрин, принципів та інститутів, на яких базується та чи інша галузь права, у поєднанні з прикладами із судової практики, наведенням статистичних даних, прикладів з історії та законодавства тощо, а запитання і завдання сформульовані так, щоб допомогти студентам підготуватися до практичної діяльності.

У межах одного з напрямів діяльності Координатор проектів ОБСЄ в Україні підтримав розробку проекту стандарту вищої юридичної освіти, який регламентує низку вимог до знань, умінь та навичок, якими повинен володіти випускник вищого навчального закладу. Цей проект стандарту став першим та може бути використаний при розробці відповідних стандартів в інших галузях знань.

Цей підручник є одним із низки публікацій, які розроблялись Координатором проектів ОБСЄ в Україні з фундаментальних правничих дисциплін. Сподіваюсь, що він буде цікавим та корисним як для викладачів із загальної теорії права, так і для правничої спільноти України.

Наталія СТУПНИЦЬКА

*Національний менеджер проектів
Координатора проектів ОБСЄ в Україні*

ЗМІСТ

| | |
|--------------------|-----------|
| ВСТУП | 13 |
|--------------------|-----------|

ПЕРША ЧАСТИНА ПОНЯТТЯ ПРАВА

| | |
|---|-----------|
| Розділ 1. ОСНОВНІ ПІДХОДИ ДО ПРАВОРОЗУМІННЯ | 24 |
| 1.1. Чинники, що впливають на плюралізм праворозуміння | 25 |
| 1.2. Чи є «праворозуміння» виключно науковою категорією? | 29 |
| 1.3. Типологія праворозуміння та її критерії | 31 |
| 1.4. Синтез основних типів праворозуміння чи їх надбань | 37 |
| 1.5. Плюралізм типів праворозуміння та світова юридична практика | 40 |
| 1.6. Ще раз про проблему визначення права | 43 |

| | |
|--|-----------|
| Розділ 2. ПРАВО І ЛЮДИНА. ПРАВА ЛЮДИНИ | 46 |
| 2.1. Людина як творець, орієнтир і адресат права | 46 |
| 2.2. Права людини як першоджерело права, їх поняття та класифікація | 49 |
| 2.3. Еволюція прав людини. Покоління прав людини | 53 |
| 2.4. Права людини і права громадянина | 58 |

| | |
|--|----|
| 2.5. Обмеження прав людини | 59 |
| 2.6. Міжнародні і європейські стандарти прав людини та їх вплив на правовий статус особистості і поступальний розвиток права | 61 |

Розділ 3. **ПРИНЦИПИ ПРАВА**

| | |
|---|----|
| 3.1. Природа принципів права | 66 |
| 3.2. Поняття принципів права та їх класифікація | 69 |
| 3.3. Основоположні і загальні принципи права | 70 |
| 3.4. Галузеві та міжгалузеві принципи права | 76 |
| 3.5. Фіксація та застосування принципів права | 77 |

Розділ 4. **СОЦІАЛЬНЕ РЕГУЛЮВАННЯ І ПРАВО**

| | |
|---|----|
| 4.1. Поняття соціального регулювання та його система | 80 |
| 4.2. Право і мораль | 82 |
| 4.3. Право і звичай | 87 |
| 4.4. Право і релігія | 89 |
| 4.5. Право і корпоративні норми | 91 |
| 4.6. Право і політика | 93 |

Розділ 5. **ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ**

| | |
|---|-----|
| 5.1. Поняття правового регулювання. Правове регулювання і правовий вплив | 95 |
| 5.2. Предмет правового регулювання | 97 |
| 5.3. Методи, способи і типи правового регулювання | 98 |
| 5.4. Стадії правового регулювання | 101 |

Розділ 6. **ПРАВО І ДЕРЖАВА**

| | |
|---|-----|
| 6.1. Держава як правовий інститут | 103 |
| 6.2. Специфічні ознаки держави та їх зв'язок з правом | 107 |

| | |
|--|-----|
| 6.3. Взаємодія держави і права та її аспекти. Сфери і способи впливу держави на право | |
| 6.3.1. Держава і правове регулювання | 110 |
| 6.3.2. Державна правотворчість та формальна визначеність і загальнообов’язковість права | 111 |
| 6.3.3. Держава і реалізація права | 112 |
| 6.4. Способи впливу права на державу. Право і закон | |
| 6.4.1. Легітимність державної влади | 113 |
| 6.4.2. Правове конституювання і організація державної влади | 114 |
| 6.4.3. Особливості взаємодії права і держави за різних форм правління та устрою | 116 |
| 6.4.4. Межі державного втручання у приватне життя людей (громадян) та суспільне життя і право | 118 |
| 6.4.5. Право і забезпечення контролю за діяльністю державної влади | 119 |
| 6.4.6. Право як засіб комунікації держави із своїми громадянами та іншими суб’єктами права | 121 |
| 6.4.7. Право і державний примус | 122 |
| 6.4.8. Протиріччя між правом і державою | 124 |

ДРУГА ЧАСТИНА ІНСТИТУЦІЙНА ХАРАКТЕРИСТИКА ПРАВА

Розділ 7. **НОРМИ ПРАВА**

| | |
|---|-----|
| 7.1. Поняття норми права та її ознаки | 126 |
| 7.2. Структура норми права | 129 |
| 7.3. Види норм права | 135 |
| 7.4. Норми права і принципи права | 140 |

Розділ 8. **СИСТЕМА ПРАВА**

| | |
|--|-----|
| 8.1. Поняття та основні риси системи права | 142 |
| 8.2. Публічне і приватне право | 144 |

| | |
|--|-----|
| 8.3. Матеріальне та процесуальне право | 147 |
| 8.4. Структура системи права | 149 |

Розділ 9. **ДЖЕРЕЛА ПРАВА**

| | |
|---|-----|
| 9.1. Поняття джерел права | 152 |
| 9.2. Класифікація джерел права та її критерії | 153 |
| 9.3. Нормативно-правовий акт: загальна характеристика | 154 |
| 9.4. Правовий звичай | 156 |
| 9.5. Нормативний договір | 158 |
| 9.6. Судовий прецедент | 160 |
| 9.7. Судова практика та її значення у нормативному регулюванні | 163 |
| 9.8. Загальні принципи права | 164 |
| 9.9. Правова доктрина | 165 |
| 9.10. Джерела права і канонічне право | 167 |
| 9.11. Інші джерела права в сучасному світі | 168 |

Розділ 10. **СИСТЕМА НОРМАТИВНО-ПРАВОВИХ АКТІВ**

| | |
|---|-----|
| 10.1. Вертикальна (ієрархічна) та горизонтальна (галузева) структури системи нормативно-правових актів | 171 |
| 10.2. Конституція в системі нормативно-правових актів, її поняття та особливості | 176 |
| 10.3. Поняття та ознаки закону. Види законів | 178 |
| 10.4. Підзаконний нормативно-правовий акт | 183 |
| 10.5. Дія нормативно-правових актів у часі, просторі та за колом осіб | 184 |

Розділ 11. **ПРАВОТВОРЕННЯ І ПРАВОТВОРЧИСТЬ (НОРМОТВОРЧИСТЬ)**

| | |
|---|-----|
| 11.1. Правотворення та його відмінності від правотворчості | 189 |
| 11.2. Функції та принципи правотворчості | 193 |

| | |
|---|-----|
| 11.3. Суб'єкти правотворчості | 195 |
| 11.4. Види правотворчості | 198 |
| 11.5. Основні стадії правотворчості | 199 |
| 11.6. Суд і правотворення | 201 |

Розділ 12. **ЮРИДИЧНА МОВА.**

ЮРИДИЧНА ТЕХНІКА НОРМОТВОРЧОСТІ

| | |
|--|-----|
| 12.1. Особливості юридичної мови. Важливість мови юриста для професійної діяльності | 203 |
| 12.2. Вимоги, які ставляться до якості юридичної мови | 206 |
| 12.3. Поняття юридичної фрази та її структурні елементи | 209 |
| 12.4. Поняття юридичної техніки. Юридична техніка нормотворчості | 212 |
| 12.5. Складові юридичної техніки: юридична термінологія, юридичні конструкції | 217 |
| 12.6. Юридичні конструкції | 222 |

ТРЕТЯ ЧАСТИНА

ФУНКЦІОНАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА ПРАВА

Розділ 13. **ПРАВОВІДНОСИНИ**

| | |
|---|-----|
| 13.1. Поняття та основні ознаки правовідносин. Склад (структура) правовідносин | 225 |
| 13.2. Суб'єкти правовідносин. Поняття правосуб'єктності | 228 |
| 13.3. Зміст правовідносин | 230 |
| 13.4. Об'єкти правових відносин | 231 |
| 13.5. Юридичні факти та їх класифікація | 232 |

Розділ 14. **РЕАЛІЗАЦІЯ І ЗАСТОСУВАННЯ НОРМ ПРАВА**

| | |
|---|-----|
| 14.1. Поняття реалізації норм права та її форми | 234 |
|---|-----|

| | |
|---|------------|
| 14.2. Застосування норм права та його особливості. Ознаки правозастосовної діяльності | 236 |
| 14.3. Стадії застосування норм права | 238 |
| 14.4. Основні вимоги до правозастосування | 239 |
| 14.5. Акти застосування норм права, їх види | 240 |
| 14.6. Прогалини в нормативних актах та способи їх подолання. Аналогія права і аналогія закону | 241 |
| 14.7. Юридичні колізії та способи їх подолання | 244 |
| Розділ 15. ЮРИДИЧНЕ ТЛУМАЧЕННЯ | 247 |
| 15.1. Поняття юридичного тлумачення | 249 |
| 15.2. Чинники, що зумовлюють необхідність юридичного правозастосовного тлумачення | 251 |
| 15.3. Функції тлумачення | 252 |
| 15.4. Види юридичного тлумачення | 252 |
| 15.5. Тлумачення як наука і мистецтво | 256 |
| 15.6. Статичний і динамічний підходи до тлумачення правових норм | 258 |
| 15.7. Тлумачення і правотворчість | 259 |
| Розділ 16. ТЕОРІЯ ЮРИДИЧНОЇ АРГУМЕНТАЦІЇ | 264 |
| 16.1. Становлення та еволюція вчення про юридичну аргументацію: від стародавніх філософських шкіл до складової загальної теорії права | 264 |
| 16.2. Моделі (типи) юридичної аргументації | 271 |
| 16.3. Особливості судової аргументації | 278 |
| 16.4. Правила юридичного дискурсу | 283 |
| Розділ 17. ЮРИДИЧНО ЗНАЧУЩА ПОВЕДІНКА. ПРАВОПОРУШЕННЯ | 285 |
| 17.1. Юридично значуща поведінка (правомірна і протиправна): поняття, ознаки, види | 285 |

| | |
|---|-----|
| 17.2. Поняття правопорушення: теоретичні підходи до його розуміння | 287 |
| 17.3. Ознаки правопорушення. Склад правопорушення | 288 |
| 17.4. Види правопорушень та їх причини | 292 |
| 17.5. Юридично значуща поведінка і зловживання правом | 295 |

Розділ 18. **ЮРИДИЧНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ**

| | |
|---|-----|
| 18.1. Соціальна відповідальність та її види | 298 |
| 18.2. Поняття юридичної відповідальності та її ознаки | 301 |
| 18.3. Підстави юридичної відповідальності | 302 |
| 18.4. Принципи юридичної відповідальності | 305 |
| 18.5. Незнання закону та юридична відповідальність | 308 |
| 18.6. Види юридичної відповідальності | 309 |

ЧЕТВЕРТА ЧАСТИНА СУЧАСНІ ПРАВОВІ СИСТЕМИ ТА ЇХ ОБ'ЄДНАННЯ. ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА

Розділ 19. **СІМ'Ї НАЦІОНАЛЬНИХ ПРАВОВИХ СИСТЕМ. МІСЦЕ ПРАВОВОЇ СИСТЕМИ УКРАЇНИ СЕРЕД НИХ**

| | |
|---|-----|
| 19.1. Поняття правової системи | 316 |
| 19.2. Критерії класифікації правових систем | 319 |
| 19.3. Характеристика видів правових сімей | 321 |
| 19.4. Тенденції розвитку правових систем сучасності | 332 |
| 19.5. Місце правової системи України серед правових систем сучасності: стан та перспективи | 334 |

Розділ 20. **НАЦІОНАЛЬНІ І МІЖНАРОДНІ ПРАВОВІ СИСТЕМИ ТА ЇХ СПІВВІДНОШЕННЯ**

| | |
|--|-----|
| 20.1. Міжнародні і національні правові системи: спільні риси та особливості | 339 |
|--|-----|

| | |
|--|-----|
| 20.2. Взаємодія міжнародних і національних правових систем | 344 |
| 20.3. Співвідношення міжнародних договорів і національного законодавства України | 347 |
| 20.4. Значення рішень Європейського суду з прав людини для правової системи України | 351 |
| 20.5. Вплив національного права на міжнародне право | 353 |
| 20.6. Правова система ЄС та її співвідношення з міжнародними і національними правовими системами | 354 |
| Розділ 21. ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА | 358 |
| 21.1. Поняття верховенства права | 359 |
| 21.2. Характеристика основних складових верховенства права | |
| 21.2.1. Повага до прав і свобод людини | 361 |
| 21.2.2. Верховенство конституції | 362 |
| 21.2.3. Принцип розподілу влади | 363 |
| 21.2.4. Законність | 365 |
| 21.2.5. Обмеження дискреційних повноважень | 367 |
| 21.2.6. Принцип рівності у правах (рівноправності) та рівності всіх перед законом | 368 |
| 21.2.7. Принцип юридичної визначеності | 369 |
| 21.2.8. Принцип захисту довіри | 371 |
| 21.2.9. Принцип пропорційності | 373 |
| 21.2.10. Незалежність суду і суддів | 376 |
| Розділ 22. ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА, ПРАВОВА І СОЦІАЛЬНА ДЕРЖАВА: СПІВВІДНОШЕННЯ | 380 |
| 22.1. Верховенство права і правова держава | 381 |
| 22.2. Верховенство права і соціальна держава | 386 |

ВСТУП

Загальнотеоретична юридична наука і відповідна навчальна дисципліна, відомі багатьом поколінням вітчизняних правників під назвою «Загальна теорія держави і права», переживає нині складний і суперечливий період своєї історії.

З одного боку, крах тоталітаризму, а разом з ним і притаманного йому методологічного монізму (від грец. *monos* – один, єдиний) в дослідженні права та інших правових явищ, становлення незалежності України і пов'язані з цим об'єктивні зміни в політиці, економіці, суспільній свідомості, трансформація системи цінностей і основ світогляду відкрили широкі можливості для оновлення вітчизняної юриспруденції, у тому числі її загальнотеоретичної частини, подолання тривалої ізоляції від європейської і світової культури та правової теорії, збагачення нагромадженими правовими надбаннями, зокрема такими, як невідчужувані права людини, верховенство права, правова держава тощо.

З другого боку, перехід від методологічного монізму до світоглядно-методологічного плюралізму (від лат. *pluralis* – множинний) за всіх його позитивних рис, призвів до ускладнення процесу пізнання правових явищ, одним із наслідків якого нерідко є еkleктичне поєднання різномірних світоглядних ідей – від марксистських до неоліберальних і неопозитивістських, що погано стикуються між собою.

Якщо до цього додати складнощі демократичного оновлення після краху тоталітарного режиму, політичну нестабільність, посилену, зокрема, військовою агресією північного сусіда, втрату довіри до всіх гілок влади і більшості громадських інститутів, особливості національного менталітету, елементи традиційної для нього політичної та ідеологічної заангажованості, то твердження деяких представників загальнотеоретичного правознавства пострадянського простору про кризу сучасної теоретичної правосвідомості виявляться не такими вже й перебільшеними.

Втім коректніше, мабуть, говорити не стільки про кризу вітчизняного загальнотеоретичного правознавства, скільки про труднощі його модернізації. Побудова цілісної, внутрішньо несуперечливої системи загальнотеоретичного правознавства, його остаточне звільнення від попередніх догматичних уявлень – це справа, очевидно, не одного покоління правознавців.

Одним з першочергових напрямів на цьому шляху має стати переосмислення предметного поля загальнотеоретичної юридичної науки і відповідної навчальної дисципліни.

Наявність свого власного **предмета, тобто тих явищ і процесів реального світу, що досліджуються і вивчаються тією чи іншою системою знань**, є однією з необхідних умов її віднесення до класу самостійних наук. Жодна наука не може претендувати на всеосяжність вивчення природних чи суспільних явищ і процесів, вона виокремлює лише певні з них, чи навіть їх окремі аспекти, пізнання яких можливе притаманними їй засобами і методами.

Предмет науки не є чимось застиглим, раз і назавжди даним. Він перебуває в постійному розвитку, оскільки явища і процеси, які включаються в орбіту дослідження науки, якісно змінюються.

Тому перед кожною наукою періодично, на певних історичних етапах розвитку виникає необхідність повернення до розгляду її предмета, його уточнення, а інколи й істотного переосмислення. Не є винятком у цьому відношенні також загальнотеоретична юридична наука.

Корінні зміни, що відбулися на пострадянському просторі протягом останніх двадцяти п'яти років, істотно вплинули на самі явища, що становлять об'єкт дослідження загальнотеоретичної юриспруденції. Це обумовлює необхідність не тільки більш високого рівня їх пізнання, вивчення нових зв'язків та властивостей цих явищ, а й перегляду певних усталених підходів і уявлень.

Серед юридичних наук цього чи не найбільше потребує загальнотеоретична юриспруденція. Адже вона десятиліттями сильніше за галузеві та міжгалузеві науки була скована ортодоксальною марксистсько-ленінською ідеологією, яка обумовила етатистське розуміння права. Незважаючи на намагання звільнитися від неї, вона все ще значною мірою зберігає свої позиції. Відмовляючись від багатьох догм марксизму-ленінізму, загальнотеоретична юридична наука уперто продовжує стояти на старому предметному полі, успадкованому від попередньої епохи.

Виявилося, що легше всього позбавитися зовнішніх проявів вказаної ідеології – згадок про неї у відповідних розділах підручників

і навчальних посібників, особливо присвячених методології наукового пізнання, у визначенні права та інших юридичних понять, їх типології тощо.

Що ж стосується внутрішньої суті ідеологічних підвалин, на яких трималося радянське загальнотеоретичне правознавство, то їх подолання є справою набагато складнішою. Це пояснюється рядом причин: конкретно-історичним станом вітчизняної правової системи та суспільної правосвідомості, які все ще зберігають риси особливої «соціалістичної правової сім'ї», млявістю послідовних правових реформ, орієнтованих на якомога повніше втілення у національну правову систему загальнолюдських і європейських правових цінностей, браком належної волі до таких реформ у вищих ешелонах влади, інертністю доктринального мислення тощо.

У будь-якому разі усвідомлення необхідності корінних змін у підходах до розуміння предметного поля загальнотеоретичного правознавства ще не настало. У зв'язку з цим наразі відсутня єдність поглядів не лише стосовно предмета цієї науки і відповідної навчальної дисципліни, а й навіть щодо її назви.

Тим часом нагальна потреба у переосмисленні предмета і структури загальнотеоретичної юриспруденції та відповідної навчальної дисципліни все відчутніше обумовлюється не тільки внутрішніми, а й зовнішніми чинниками, вирішальне значення серед яких належить розвитку міждержавних інтеграційних процесів у сфері науки і освіти.

Адже формування єдиного європейського дослідницького і освітнього простору, яке є метою Болонського процесу, до якого у 2005 році приєдналася Україна, передбачає зближення національних освітніх програм, їх приведення у відповідність з європейськими цінностями та потребами і вимогами європейського ринку праці, наслідком чого має стати значне підвищення мобільності університетської освіти у Європі, що дозволить студентам безперешкодно переміщатися з одного університету до іншого, з однієї держави в іншу. Вітчизняне загальнотеоретичне правознавство не може стояти осторонь цих процесів, тим більше після підписання і ратифікації у 2014 році Угоди про асоціацію між Україною та Європейським союзом, реалізація якої значно розширить можливості для вільного доступу до європейських послуг у галузі освіти і науки.

Важливим кроком на цьому шляху є деполітизація і деідеологізація вітчизняної загальнотеоретичної юриспруденції, які дісталися у спадщину з радянської епохи, особливо з часів сумновідомої Першої Все-

союзної наради з питань науки радянського права і держави 1938 року, на якій тодішнім Генеральним прокурором СРСР А.Я. Вишинським була піддана різкій критиці буржуазна наука права, заснована на юридичному методі, і до найважливіших завдань радянської загальнотеоретичної юридичної науки віднесені розробка проблем про сутність соціалістичної держави як держави диктатури пролетаріату, її фаз розвитку, функції тощо «і право як метод, як знаряддя закріплення і розвитку соціалістичного ладу»¹.

Відповідно до цих директивних установок загальна теорія права була перетворена на теорію держави і права, провідне місце в якій посіли проблеми держави, питання ж права відсунулись на задній план.

Протягом наступних майже чотирьох десятиліть теорія держави і права фактично була відірвана від своєї юридичної основи і орієнтована на пропаганду панівної ідеології і політики правлячої партії, перероджуючись у схоластичну і коментаторську дисципліну².

Лише у 70-х – на початку 80-х років минулого століття намітились позитивні зрушення у доктринальній правосвідомості. Важливу роль у цьому процесі відіграла дискусія про праворозуміння, яка відбулася у той період. Під час цієї дискусії було висловлено чимало слушних, актуальних і сьогодні, думок щодо взаємозв'язків права і держави, зокрема про те, що держава є винятковим творцем закону, але не права, що вона має монополію на законотворчість, а не на правотворення тощо. На жаль, на практику ця дискусія впливу майже не мала.

Не позначилася дискусія і на навчальній загальнотеоретичній дисципліні. Вона продовжувала розглядатися як дисципліна з двоєдиним змістом її предмета, що обґрунтовувався нерозривністю взаємозв'язків між державою і правом в процесі їх виникнення, функціонування і розвитку відповідно до панівної у вітчизняному правознавстві методології так званого формаційного підходу.

Практично мало що змінилося у цьому плані і в пострадянський період. Причому, як не парадоксально, всупереч суттєвим змінам у світоглядних підходах до взаємозв'язків держави і права. Не заперечуючи таких взаємозв'язків взагалі, у пострадянському, у тому числі вітчизняному, загальнотеоретичному правознавстві все міцніше утверджуються позиції, згідно з якими первісний генезис права корениться не в

¹ Антология мировой правовой мысли в пяти томах. – V том. Россия. Конец XIX – начало XX вв. – М., 1999. – С. 706.

² Лейст О.Э. Сущность права. – М., 2002. – С. 242.

державі, а в реальному житті, в природних, невідчужуваних правах людини, які є основою, першоджерелом права; право виникає не одночасно з державою, а передує їй; за певних соціальних передумов воно може існувати без держави і поза державою; думки про неідентичність причин їх виникнення, необхідність нових підходів до типології держав і права та періодизації їх розвитку, які б механічно не «прив'язували» розвиток права до держави, що особливо актуально для України, яка століттями не мала власної державності, а враховували чимало інших чинників – культурних, релігійних, національних тощо, які істотно впливають на характер взаємозв'язку між державою і правом та ступінь їх автономності тощо.

Це дало підстави деяким авторам ставити під сумнів існування загальної теорії держави і права як єдиної науки і єдиної навчальної дисципліни та порушувати питання про доцільність відокремлення теорії права від теорії держави.

Проте точка зору стосовно доцільності окремого дослідження і вивчення теорії держави і теорії права не була сприйнята в більшості країн пострадянського простору, зокрема в Україні.

На відміну від центральноевропейських країн «соціалістичного табору», правознавство яких зазнало істотного впливу марксистсько-ленінської ідеології і радянської юридичної науки, у яких після краху соціалістичної системи нав'язана їм ідеологія нерозривної єдності держави і права була рішуче відкинута і відбулася досить швидка трансформація загальнотеоретичної юриспруденції відповідно до європейських традицій (а в жодній західноєвропейській країні, як і на Заході в цілому, не існувало і не існує базової загальнотеоретичної дисципліни, яка комплексно об'єднувала б теорію держави і теорію права)¹, у пострадянській загальнотеоретичній юридичній науці (насамперед Росії, України, Білорусі) продовжує домінувати думка, що

¹ Це зовсім не означає повної уніфікації загальнотеоретичних правових дисциплін. Вони існують у різних варіантах. У Франції, наприклад, загальнотеоретична дисципліна викладається під назвою «Загальна теорія права», якою охоплюються всі її аспекти: від юридичної антропології до теорії відправлення правосуддя. У ФРН базові загальнотеоретичні аспекти права зосереджені у декількох курсах – філософії права, соціології права, теорії права, юридичній методології, предмет якої складають переважно методи застосування законодавства, його тлумачення, правила і прийоми юридичної аргументації тощо. У Великій Британії загальна наука про право традиційно позначається терміном «юриспруденція» (*jurisprudence*), яка часто українською мовою перекладається як «теорія права», хоч фактично включає елементи філософії права, оскільки дає уявлення про вчення, які пояснюють природу права, та ін.

вона має двоєдиний характер, який проявляється у дослідженні держави і права в межах єдиної науки в їх єдності¹, що відокремлення теорії права від теорії держави є штучним, воно неминуче призводить до збіднення як правознавства, так і державознавства, ускладнює їх розуміння², суперечить вітчизняній традиції, згідно з якою загальна теорія держави і права протягом багатьох десятиліть складалася як єдина цілісна юридична наука; тому допускається лише внутрішня диференціація загальної теорії держави і загальної теорії права, тобто їх певна автономія як частин цілого, а не відокремлення частини від цілого і утворення нового цілого³.

По суті традиційними залишаються також основні аргументи на користь збереження цього цілого. Хоч посилення на нерозривність історичних доль держави і права (їх одночасне виникнення з одних і тих самих причин, виконання ними єдиних економічних і соціальних функцій тощо) спостерігаються нині нечасто і виглядають анахронізмом, звільнитися загальнотеоретичній юридичній науці від «полону етатизму» (за висловом канадського професора Б. Мелкевіка) поки що повністю не вдається. Держава і право продовжують розглядатися як явища настільки нерозривно пов'язані між собою, що вилучення із структури науки теорії держави і права теорії держави нібито означатиме втрату нею, як і багатьма історичними і галузевими юридичними дисциплінами, свого теоретичного підґрунтя⁴.

¹ Загальна теорія держави і права / За ред. М.В. Цвіка, О.В. Петришина. – Харків, 2009. – С. 17.

² Див., наприклад: Теория государства и права. Учебник для юридических вузов / Отв. ред. В.М. Корельский, В.Д. Перевалов. – М., 1998. – С. 8; Вишневский А.Ф., Горбатов Н.А., Кучинский В.А. Общая теория государства и права. – Издание 2-е, дополненное. – Минск, 2004. – С. 12–13.

³ Общая теория государства и права. Академический курс в 2-х томах. – Том 1. Теория государства / Отв. ред. М.Н. Марченко. – М., 1998. – С. 14; див. також: Проблемы теории государства и права. Учебник / Под ред. В.М. Сырых. – М., 2008. – С. 38.

⁴ Лазарев В.В., Лыпень С.В. Теория государства и права. Учебник. – М., 1998. – С. 9; Кельман М.С., Мурашин О.Г., Хома Н.М. Загальна теорія держави і права. Підручник. – Львів, 2003. – С. 9.

* Слід зазначити, що на відміну, знову-таки, від радянської і пострадянської історії держави і права для західноєвропейської історико-правової науки і відповідної їй навчальної дисципліни не характерне включення до її предмета вивчення держави поряд із правом. Крім того, тут історія права переважно являє собою історію приватого, а не публічного права. Те ж саме стосується історії правової думки (Дамирлі М.А. Право и история. Эпистемологические проблемы. – Изд-во Санкт-Петербургского университета, 2002. – С. 112).

Відповідно до попередньої радянської традиції провідне місце в переважній більшості навчальних дисциплін із загальної теорії держави і права продовжує належати державознавчим темам. Причому тим з них, які належать до предмета політології (наприклад, «соціальне управління і політична система», «політична система та її структурні елементи», «держава в політичній системі суспільства», «держава і етнос») або конституційного права (наприклад, «державний апарат», «державна влада і місцеве самоврядування»). Натомість зовсім випадають з поля зору авторів підручників і навчальних посібників з названих дисциплін теми, які посідають одне з провідних місць у західноєвропейських загальнотеоретичних юридичних дисциплінах – буква і дух в процесі правозастосування, юридична мова, юридична аргументація, суд і правотворення тощо.

Пріоритетне становище державознавчої тематики у загальнотеоретичній юриспруденції не тільки призводить до її перевантаження матеріалом, що становить предмет інших наук, дублювання, розмивання меж їх предметів у цій частині, а й не сприяє формуванню світоглядних позицій у студентів, які продовжують сприймати право як продукт діяльності держави, а не як самостійну історичну, соціальну і культурну цінність.

Як зазначає згадуваний професор Б. Мелкевик, «нездатність розглядати право поза державою, без опори на ідеологічний «костур» етатистської ідеології ускладнює також розвиток теорії права, перешкоджає постановці й аналізу нових проблем, зумовлених глибинними процесами, що відбуваються в сучасному праві»¹. Ці слова звернені переважно до західної правової теорії². Тим більше вони стосуються вітчизняного (як і пострадянського загалом) загальнотеоретичного правознавства. Воно продовжує зосереджуватись переважно на висвітленні традиційних проблем, часто залишаючись осторонь тих процесів, які відбуваються не тільки в Україні і на пострадянському просторі, а й у сучасному глобалізованому світі загалом, що зрештою підриває претензії теорії права на назву «загальна».

¹ Мелкевик Б. Философия права в потоке современности / Пер. с франц. М.В. Антонова, А.Н. Остроух // Российский ежегодник теории права. – 2008. – № 1. – С. 531.

² Зосередженість теорії права (теорії держави і права – за нашою традицією) переважно на внутрішньому праві притаманна не тільки вітчизняному правознавству, вона є також однією з давніх традицій західної юриспруденції, яка сучасними західними представниками теорії і філософії права піддається обґрунтованій критиці, що завжди була небезпідставною, але особливо переконливо звучить в умовах глобалізації (див., наприклад: Твайнинг У. Общая теория права / Пер. с англ. М.В. Антонова // Российский ежегодник теории права. – 2010. – № 3. – С. 232–238).

Поодинокі спроби модифікувати загальнотеоретичну юридичну дисципліну в руслі сучасних уявлень про співвідношення права і держави, відповідно змінивши її назву із «загальної теорії держави і права» на «загальну теорію права і держави» (одна з перших таких спроб належить професору П.М. Рабиновичу), поки що проблеми не вирішують. Для загальнотеоретичної юридичної науки, як і для юриспруденції в цілому, притаманним залишається дуалізм предметів. Предметом загальної теорії держави і права, як правило, охоплюється «багатогранна і складна взаємодія суспільства і держави, роль і місце держави і права в політичній системі суспільства», «суспільна, групова та індивідуальна політична і правова свідомість», «загальні закономірності соціального життя, що визначають розвиток державних і правових явищ», «загальне і особливе у політичних режимах різних держав» тощо. Деякі ж автори взагалі характеризують теорію держави і права «як науку політичну, оскільки вона, мовляв, «вивчає політичні інститути, насамперед такі як держава, яка уособлює державно організоване суспільство»¹.

Навіть автори тих підручників, які у викладі матеріалу надають першість правовій тематиці або майже цілком зосереджуються на ній, дотримуються думки, що предметом теорії права і держави (чи теорії держави і права) виступають право і держава як явища суспільного життя.

Проте, як зазначалося, будь-яка наука може мати лише один предмет. Юриспруденція у цьому відношенні не є винятком. Дуалізм предметів, якого продовжує дотримуватися пострадянське загальнотеоретичне правознавство, логічно призводить до заперечення єдиної юридичної науки і визнання по суті двох різних наук з двома різними предметами: науки про право – правознавства, предметом якої є право, і науки про державу – державознавства, предмет якої – держава².

Саме таку логіку вже порівняно давно сповідує відомий російський державознавець В.Є. Чиркін, який вважає, що державознавство нині фактично відокремлюється в самостійну галузь знань, предметом дослідження якої є, зокрема, моделі державних органів, методи їх діяльності, процедури, їх співвідношення з різними суспільними ін-

¹ Проблемы теории государства и права. Учебник / Под ред. В.М. Сырых. – М., 2008. – С. 33.

² Общая теория права и государства. Учебник для юридических вузов. – М., 2004. – С. 44.

ститутами. У зв'язку з цим він пропонує ввести спеціальну навчальну дисципліну «державознавство», яка, на його думку, відкрила б можливість поглибленого і разом з тим цілісного вивчення такого феномену суспільного життя як держава, якого не дають нині ні соціологія, ні політологія, ні загальна теорія держави і права¹.

Можна, очевидно, дискутувати з В.Є. Чиркіним з приводу того, чи має юриспруденція, зокрема її загальнотеоретична галузь, повністю відмовитись від вивчення держави на користь науки державознавства, чи вона повинна розглядати державу опосередковано, виключно під кутом зору власного предмета. Проте заперечувати проти того, що держава як суспільне утворення в цілому, як цілісна система не є предметом юридичної науки, навряд чи можливо. Намагання охопити предметом загальної теорії держави і права всю багатогранність зв'язків держави з іншими суспільними явищами та їх прояви, про що йшлося вище, призводить до еkleктичного поєднання в ній характеристик і визначень різних понять і різних предметів.

За всієї важливості зв'язків між правом і державою, про що йтиметься в окремому розділі підручника, вони становлять собою самостійні складні системи, які в той же час є підсистемами системи вищого рівня – суспільства. Особливості функціонування і розвитку цих систем, причому не тільки на рівні окремої країни чи регіону, а й всезагального характеру не можуть бути виявлені і належним чином осмислені, у тому числі через призму їх власних історій, без відповідного предметного розчленування вказаних явищ. Звідси напрошується висновок: держава як необхідний компонент юридичної науки в цілому та загальнотеоретичної її галузі, зокрема, має досліджуватися лише під кутом зору взаємодії з правом, їх взаємовпливу один на одного. Інакше кажучи, предметом загальнотеоретичної юридичної науки має бути не держава як соціальний інститут у всій багатоплановості його зв'язків і проявів, а держава як правова форма організації суспільства, тобто як публічно-правовий інститут. Предметостворюючим для загальнотеоретичної юриспруденції, як і для юридичної науки в цілому, має виступати поняття права.

Такий світоглядно-методологічний підхід, на думку авторів, узгоджується також з вимогами нового Закону України «Про вищу освіту», який передбачає скорочення кількості аудиторних (контактних) го-

¹ Чиркин В.Е. Основы сравнительного государственоведения. – М., 1997. – С. 5–6, 9. Див. також: Чиркин В.Е. Государствоведение. – М., 1999. – С. 11–12.

дин на викладання навчальних дисциплін, тим самим орієнтуючи на ощадливість освітніх програм, вилучення з них всього зайвого та концентрацію зусиль студентів на засвоєнні тем, що визначають предмет навчальної дисципліни, у цьому разі загальної теорії права.

Насамперед саме вказаним світоглядним підходом пропонований підручник відрізняється від традиційних підручників і навчальних посібників із загальної теорії держави і права. Відмова від розгляду більшості тем, присвячених теорії держави, дозволили авторам звільнитися від «полону етатизму», зосередившись на розкритті особливостей права як самостійної соціокультурної цінності, вирішальне значення у формуванні і функціонуванні якого відіграє не держава, а людина, яка є не тільки адресатом права, а його творцем і орієнтиром. Це зовсім не заперечує функціональних зв'язків права з державою, як і не суперечить самоцінності для громадян України самої Української держави. Адже тільки власна сильна, незалежна, основана на вимогах верховенства права держава спроможна гарантувати справжню пошану людської гідності у всіх її проявах – забезпечити рівні можливості доступу до якісної освіти, охорони здоров'я, достойні оплати праці і соціальне забезпечення, людську недоторканність і безпеку, надійний захист від посягань на них.

Відповідно до вказаних світоглядно-методологічних підходів побудована структура підручника. Автори свідомо відмовилися від традиційних для перших розділів більшості вітчизняних підручників з загальнотеоретичного правознавства, присвячених предмету і методології теорії держави і права (чи права і держави), її місцю в системі юридичних і суспільних наук, розпочавши з викладення, можна сказати, визначальної для студентів-початківців теми «Основні підходи до праворозуміння» та еволюції поглядів до визначення поняття права.

Цією темою, якій присвячений розділ 1 підручника, відкривається його Перша частина (розділи 1–6), що має узагальнену назву «Поняття права». Вона охоплює також такі теми, як «Право і людина», «Принципи права», «Соціальне регулювання і право», «Правове регулювання». Завершується ця частина розкриттям співвідношення права і держави. Всі теми Першої частини підручника спрямовані в кінцевому підсумку на поглиблене світоглядне осмислення такого явища, як право.

У Другій частині підручника (розділи 7–12) увага зосереджена на інституційній характеристиці права. Нею охоплюються як традиційні для вітчизняної теорії права теми – «Норми права», «Система права»,

«Джерела права», «Система нормативно-правових актів», так і теми, які нечасто зустрічаються у вітчизняних підручниках з загальнотеоретичного правознавства – «Правотворення і правотворчість», «Юридична мова. Юридична техніка нормотворчості».

Третя частина підручника (розділи 13–16) присвячена функціональній характеристиці права, тобто розгляду його як явища емпіричного, що не тільки фіксується в текстах відповідних нормативно-правових актів, а й діє в реальному житті. Вона містить такі теми, як «Правовідносини», «Реалізація і застосування норм права», «Юридичне тлумачення», «Теорія юридичної аргументації».

Нарешті Четверта частина підручника (розділи 17–22) акцентує увагу на характеристиці сучасних правових систем та їх об'єднань (національних і міжнародних), їх взаємовпливів одна на одну, а також на розкритті поняття верховенства права та його співвідношення з правовою і соціальною державою.

Автори підручника намагалися навіть традиційні теми подати під людиноцентричним, а не державоцентричним кутом зору, за рахунок скорочення державознавчих тем запропонувати ряд нових тем, які не властиві вітчизняним підручникам із загальної теорії держави і права.

Вони усвідомлюють, що не все задумане ними вдалося викласти (а інколи і переосмислити) повною мірою. Окремі частини тексту підручника, очевидно, можуть виявитися дещо ускладненими для сприйняття студентами, особливо молодших курсів, що, знову-таки, можна пояснити складністю питань, які підлягають світоглядно-методологічному переосмисленню студентами.

Втім, автори не виключають також свої провini за можливу недостатню доступність викладу окремих розділів та підрозділів підручника. В подальшій роботі над його вдосконаленням вони намагатимуться зробити підручник по можливості дохідливішим, проте не за рахунок спрощення, а, навпаки, поглиблення світоглядних підходів.

Підручник підготовлений авторським колективом у складі: д.ю.н., професора М.І. Козюбри (вступ, розділи 1, 2, 15, 16, 19, 20, 21, 22); д.ю.н., професора С.П. Погребняка (розділи 3, 5, 7, 8, 13, 14); к.ю.н., доцента О.В. Цельєва (розділи 4, 6, 9, 11, 17, 18); ст. викладача Ю.І. Матвєєвої (розділи 10, 12); упорядник тексту підручника – В.М. Ткаченко.

ПЕРША ЧАСТИНА ПОНЯТТЯ ПРАВА

Розділ 1 ОСНОВНІ ПІДХОДИ ДО ПРАВОРОЗУМІННЯ

Тисячоліттями, починаючи з античних часів, як у колі представників філософсько-правової думки, так і в суспільній свідомості загальнови-знаним вважалося положення про те, що існує єдине, універсальне поняття права, незалежне від часу, народів, політичних систем, в яких воно функціонує, тощо. Завдання філософів і юристів відповідно до цього положення полягало у з'ясуванні сутності цього поняття та його істотних рис.

Мало хто сумнівався в універсальності поняття права навіть в часи формування науки загальної теорії права, яке відбувалося протягом XIX століття.

Лише значно пізніше прийшло усвідомлення того, що право – це явище, яке нерозривно пов'язане з простором і часом, тобто з конкретним людським буттям. Воно функціонує в глибинах життя, рухається в часі й змінюється разом з ним під впливом безлічі суспільних і природних чинників. Тому знайти якесь єдине, універсальне визначення поняття права просто неможливо.

Таке усвідомлення не припинило однак спроб дати, якщо й не універсальне, придатне для всіх часів і народів, то принаймні загальнозначиме для певного часу визначення права, яке акцентувало б увагу на його

специфічних ознаках, що відрізняють право від інших нормативних регуляторів сучасного суспільства. Такі спроби не припиняються донині. Особливо продовжує захоплюватись ними пострадянське, у тому числі вітчизняне, загальнотеоретичне правознавство.

В літературі (зарубіжній і вітчизняній) існують сотні, якщо не тисячі, визначень права. Проте серед них немає жодного, яке було б визнане, якщо не всіма, то принаймні більшістю. З огляду на це дедалі переконливіше лунають думки про те, що для того, щоб з'ясувати багатомірну природу права, потрібно взагалі відмовитись від дефініцій, віддавши перевагу характеристиці права як феномену. Можна по-різному ставитись до такого роду думок, проте варто відзначити, що вони набувають все більшої підтримки в сучасному загальнотеоретичному правознавстві, особливо зарубіжному¹.

І чи не найяскравіше підтверджує їх обґрунтованість плюралізм підходів до праворозуміння.

1.1. Чинники, що впливають на плюралізм праворозуміння

Проблему розуміння права без перебільшення можна віднести до «вічних». Сотні й тисячі років мислителі різних народів – філософи, соціологи, правознавці сушили голови над його з'ясуванням. Проте проблема праворозуміння і нині залишається центральною для юриспруденції.

Ще на початку минулого століття відомий вітчизняний теоретик права і соціолог Б.О. Кістяківський писав: «У жодній іншій науці немає стільки суперечливих теорій, як в науці про право. При першому знайомстві з нею виникає таке враження, ніби вона тільки й складається з теорій, що взаємно виключають одна одну. Найбільш суттєві питання про сутність і невід'ємні властивості права вирішуються різними представниками науки про право зовсім по-різному. Суперечка між

¹ Шауер Ф. Существует ли понятие права. Пер. с англ. М.В. Антонова // Российский ежегодник теории права. – 2008. – № 1. – С. 519–526; Твайнинг У. Общая теория права / Пер. с англ. М.В. Антонова // Российский ежегодник теории права. – 2010. – № 3. – С. 263–268.

теоретиками права виникає вже на початку наукового пізнання права, навіть більшою мірою, саме з приводу вихідного питання – до якої сфери явищ належить право – починається непримириме розділення напрямів і шкіл у цій науці»¹.

З того часу мало що змінилося (за винятком радянського періоду, коли дискусії навколо розуміння права, особливо після згадуваної вже сумно-відомої Першої Всесоюзної наради з питань науки радянського права і держави 1938 року, у вітчизняному правознавстві на довгі роки припинилися взагалі). Хіба що нині такі дискусії стали коректнішими, толерантнішими до альтернативних точок зору, а нерідко завершуються й певними компромісами між ними. Різноманітність же підходів до розуміння права з плином часу не тільки не зникла, а ще більше поглибилася. Показовим у цьому відношенні є експеримент, проведений відомим французьким журналом з теорії права «*Droits*», описаний Норбером Руланом у його навчальному посібнику «Історичний вступ до права». Експеримент засвідчив, що навіть серед 50 авторитетних представників французького правознавства якогось єдиного підходу до визначення права не існує.

Запропоновані учасниками експерименту підходи до його розуміння виявилися настільки різноплановими, що журналу не вдалося синтезувати їх навіть у декілька основних напрямів. Важко не погодитися у зв'язку з цим з Норбером Руланом, коли він констатує, що «право – це процес інтелектуальної кваліфікації, а не реальний природний об'єкт *a priori*»². Звідси випливає, що цей процес є нескінченним.

На динамізм права і, відповідно, його розуміння впливає безліч чинників – цивілізаційних, соціокультурних, ідеологічних, національних, міжнародних, економічних, політичних, моральних, релігійних тощо.

Істотний вплив на множинність підходів до праворозуміння справив також бурхливий розвиток різноманітних наук, як природничих, так і суспільних і гуманітарних. Характерною рисою загальнонаукового розвитку в цих умовах є міжнаукові інтеграційні процеси. Дедалі частішими у зв'язку з цим стають спроби використання здобутків одних галузей наукових знань для дослідження інших, зокрема традиційних, внаслідок чого виникають нові наукові напрями на стиках різних наук, а нерідко й нові міждисциплінарні науки.

¹ Кістяківський Б.О. Вибране. Бібліотека часопису «Філософська і соціологічна думка». Серія «Українські мислителі». – К.: Абрис, 1996. – С. 371.

² Рулан Норбер. Историческое введение в право. Учебное пособие для вузов. – М., 2005. – С. 23–24.

Не оминули міжнаукові інтеграційні процеси і правознавства, зокрема його центральної проблеми – праворозуміння.

Досить плідними для осмислення окремих аспектів права виявилися, зокрема, інструментальні підходи однієї з найунікальніших філософських течій XX століття – феноменології – вчення, відповідно до якого будь-який феномен, включаючи право, має свою власну ідеальну основу – «ейдос», тобто особливий стан буття понять і норм. «Ейдосом» права згідно з таким підходом є кореляція суб'єктивного права і правового обов'язку, що справді має істотне значення для розуміння права. Поглибленим відгалуженням цієї течії з власною багатовіковою історією є герменевтика – вчення про принципи і методи інтерпретації текстів, у тому числі тлумачення текстів нормативних актів, поза яким право існувати не може.

Антропологічний «переворот» в наукознавстві, який відбувся в 60-ті роки минулого століття, актуалізував антропологічний підхід до праворозуміння, в якому, в свою чергу можна умовно виділити два аспекти – біоантропологічний (або біосоціальний) і етнографічний (або етнологічний). Перший з них робить акцент на тому, що право, як і інші соціальні інститути, обумовлене недосконалістю біологічної (біосоціальної) природи людини, тому заради самозбереження соціуму і забезпечення стабільності суспільства необхідні розподіл прав і обов'язків між людьми та дотримання принципу: «людина вільна в тій мірі, в якій вона не посягає на свободу інших осіб».

Другий аспект антропологічного підходу основну увагу зосереджує на соціокультурній обумовленості правового статусу особистості і, відповідно, права. Це в свою чергу сприяло визнанню багатоманітності культур і правових систем сучасності, відмові від жорсткого «європоцентризму», який тривалий час домінував в теорії права. Саме завдяки такому підходу відбулася інституціоналізація юридичної антропології, яка нині успішно розвивається не лише на Заході, а й на теренах колишнього Союзу РСР, зокрема в Україні.

Завдяки бурхливому розвитку одного з наймолодших міждисциплінарних напрямів наукового дослідження – синергетики, наприкінці XX століття підвищеної популярності набув синергетичний підхід до праворозуміння. На відміну від класичних уявлень про однолінійність процесів розвитку матерії, властивих механістичному світогляду недавнього минулого, відповідно до якого всі системи, зокрема правові, діють на основі об'єктивної необхідності науково пізнаних законів, синергетичний підхід виходить з того, що всі природні і суспільні системи, включаючи правові, розвиваються нелінійно, тобто з великою часткою випадковості.

Саме випадковість є генератором нового в цих системах, вона призводить до того, що в них панує переважно саморозвиток, самоорганізація, які, власне, здатні забезпечити їх впорядкованість.

Серед нових інструментальних підходів до осмислення феномену права, актуалізованих в останнє десятиліття як на Заході, так і на пострадянському просторі, не можна не назвати також комунікативно-дискурсивного підходу, який став результатом активного розвитку комунікативної філософії, яка зосереджує основну увагу на інтерсуб'єктивних аспектах, комунікативній взаємодії, спілкуванні людей як членів суспільства. Сутність права відповідно до комунікативного підходу коріниться в природі людської особистості. Для того щоб залишатися людиною, індивід повинен не тільки мати право на збереження самого себе, власної свободи і незалежності, а й поважати права, свободу і незалежність інших людей. Такий підхід стосовно проблеми праворозуміння найбільш послідовно втілений в теорії обґрунтування права німецького філософа Ю. Габермаса, що має прихильників також серед вітчизняних правознавців¹.

Зрозуміло, що використанням надбань синергетики і комунікативної філософії проблема праворозуміння не буде вичерпана. Адже не виключено, що в недалекому майбутньому може з'явитися постсинергетична і посткомунікативна парадигма (від грец. *paradieigma* – приклад, взірець), яка відкриє нові грані права, а отже, дасть привід для його осмислення під ще одним кутом зору або й певного переосмислення попередніх установок щодо нього.

Тому сподівання на те, що колись в дискусіях про праворозуміння буде поставлена крапка і ми зможемо досягти «єдино правильної» відповіді на питання, що таке право – це ілюзія.

Право настільки складний, багатогранний, багатомірний і багаторівневий феномен, в якому так тісно переплітаються духовні, культурні та етичні засади, внутрішньодержавні й міжнародні, цивілізаційні та загальнолюдські аспекти, наукова істина і цінності добра й справедливості, досягнення правової теорії і практичний юридичний досвід, правові ідеали, інституційно-нормативні утворення і правові відносини, що втиснути все це у рамки якоїсь універсальної дефініції просто неможливо.

Це зовсім не означає, що багатовікова історія філософського і загальнонотеоретичного осмислення права є чимось виключно абстрактним і

¹ Максимов С.І. Дуальність права // Право України. – 2010. – № 4. – С. 37–38.

практично безплідним, а подальший аналіз проблеми праворозуміння втрачає перспективу. Така позиція спроможна призвести до радикального релятивізму, тобто до повного заперечення можливості поглибленого пізнання права, що мало б негативні не тільки теоретичні, а й практичні наслідки. Адже проблема праворозуміння безпосередньо пов'язана з ціннісними орієнтирами суспільства, правами та свободами людини і громадянина, якістю законодавства, врешті-решт з утвердженням в Україні конституційного принципу верховенства права, який, на жаль, досі залишається декларативним.

Марність намагань пошуку всезагального, універсального визначення права не означає також заперечення можливостей його робочих операціональних визначень в різних контекстах залежно від конкретних правових ситуацій, до чого ми ще повернемось у кінці цього розділу.

1.2. Чи є «праворозуміння» виключно науковою категорією?

Незважаючи на підвищену увагу до проблеми праворозуміння у вітчизняному (та й пострадянському загалом) правознавстві, що має під собою об'єктивні підстави, чимало питань, пов'язаних з цією проблемою, залишаються належним чином не з'ясованими. Серед них передусім питання щодо самого терміна «розуміння». Що означає цей термін взагалі і стосовно права, зокрема? Попри широке використання вказаного терміна в науковій і навчальній літературі, його зміст здебільшого не розкривається. Поодинокі спроби розкрити його є або ж односторонніми, або не зовсім коректними, що не дозволяє з'ясувати його специфіку.

У переважній більшості випадків праворозуміння розглядається як категорія доктринальної правосвідомості, тобто наукова категорія, яка пов'язується з науковим пізнанням. Воно відображає процес і результат цілеспрямованої розумової діяльності людини, що включає в себе пізнання права, його оцінку та ставлення до нього як до цілісного соціального явища¹.

¹ Алексеев С.С. Теория права. — М.: Бек, 1994. — С. 169; Правова система України: історія, стан та перспективи. — Т. 1. Методологічні та історико-теоретичні проблеми формування і розвитку правової системи України. — Харків, 2008. — С. 66–86.

Віддаючи належне зусиллям переважної більшості науковців розкрити поняття праворозуміння як процес і результат цілеспрямованої розумової наукової діяльності, спрямованої на пізнання, сприйняття і оцінку права, разом з тим не варто перебільшувати значення науки у розумінні права. Не тільки тому, що формування категорії «праворозуміння» пройшло складний шлях від індивідуально забарвленого, заснованого на особистому досвіді розуміння права до сучасного раціоналізованого і систематизованого його вигляду, якому ми справді зобов'язані науці. І навіть не тому, що наука не всесильна, вона не може дати відповіді на всі питання, які породжує життя. А передусім з огляду на те, що право як феномен не може бути зрозумілим виключно на основі наукової парадигми з її орієнтацією на такі критерії, як об'єктивність, достовірність, верифікованість, можливість практичного відтворення результатів тощо.

Ставлення людей до права, його осмислення і оцінка визначаються не тільки, і навіть не стільки науковими міркуваннями, скільки ціннісними установками і уявленнями.

Ще з часів античності відомий вислів *jus est ars boni et aequi*, який належить давньоримським юристам (за одними джерелами – Цельсу, а за іншими – Ульпіану). З цього вислову починаються Дигести римського імператора Юстиніана.

Латинське слово *ars* у цьому вислові має щонайменше два значення – «наука» і «мистецтво», що дало підстави одним авторам на пострадянському просторі перекладати наведений вислів як «право є наукою про добро і справедливість», а іншим – як «право є мистецтвом добра і справедливості». Ні перше, ні друге тлумачення згаданого вислову не отримало при цьому більш-менш визначеного змістовного наповнення щодо зв'язків права з наукою і мистецтвом. Основна увага як в першому, так і в другому випадку зосереджується на його зв'язках з категоріями добра і справедливості.

Проте названі категорії, як і категорії свободи і рівності, якими також часто оперують при характеристиці природи права, це не результати наукового пізнання, а цінності.

Цінності ж – це передусім сфера світогляду, який є способом не вивчення і пояснення відповідних феноменів, зокрема права, а його духовного освоєння, інтерпретації. На відміну від наукового знання, яке не має залежати від ідеалів і поглядів суб'єкта, який його пізнає, світоглядне світосприйняття є тією своєрідною духовною призмою, через яку пропускається і переживається навколишній світ, а тому не може претендувати на достовірність, верифікованість тощо, тобто відповідати критеріям науковості.

Саме з цих позицій у філософській літературі досить часто тлумачиться термін «розуміння», яке хоч і знаходиться в одному ряду з пізнанням, проте не тотожне йому. На відміну від пізнання, що зосереджується на питанні про природу об'єкта, тобто має на меті досягнення індиферентного до світоглядних установок суб'єкта істинного, достовірного знання, поняття «розуміння» вирішує проблему суб'єкта, тобто спрямоване на осмислення ролі світоглядно-суб'єктивного у практичному перетворенні об'єктивного. Хоч абсолютної «стерильності» у цьому плані в науці домогтися неможливо, все ж вона, безперечно, незрівнянно «позасуб'єктивніша» від мистецтва.

Право – це феномен, що тісно поєднує в собі елементи як науки, так і мистецтва, до чого здавна привернута увага загальнотеоретичного правознавства на Заході. Причому таке поєднання характерне для всіх рівнів правового буття – від формування загальних принципів права, більшості з яких ми маємо завдячувати судовій практиці, конструювання відповідних теорій, формулювання юридичних норм до класифікації юридичних фактів, розв'язання спірних ситуацій і ухвалення правозастосовних рішень, до чого ми ще повертатимемося при розгляді інших тем.

1.3. Типологія праворозуміння та її критерії

Типологія, *тобто поділ системи об'єктів та їх групування за допомогою узагальненої моделі або типу*, широко використовується у різноманітних галузях знань. Не є винятком у цьому відношенні також правознавство, хоч у ньому, як і в деяких інших галузях знань, поряд з терміном «типологія» вживається термін «класифікація» (в юриспруденції цей термін навіть більш популярний порівняно з терміном «типологія»). Не зупиняючись на з'ясуванні певних відмінностей між вказаними термінами, зазначимо, що етимологічно вони, якщо й не повністю ідентичні, то принаймні досить близькі за змістом. Типологія відповідно до тлумачного словника української мови є нічим іншим як класифікацією за спільними, найбільш суттєвими ознаками¹.

¹ Сучасний тлумачний словник української мови. – Харків, 2006.

З урахуванням наведених застережень *під типологією праворозуміння слід розуміти поділ за певними найбільш суттєвими ознаками такого цілісного, системного утворення, як праворозуміння, на відповідні складові – типи.*

Тип праворозуміння у свою чергу можна визначити як обумовлений світоглядною позицією суб'єкта, який його пізнає, образ права, що відображає найбільш суттєві відповідно до цієї позиції ознаки права.

Багатоманітність підходів до праворозуміння обумовлює множинність критеріїв його типології. Вона може проводитись за найрізноманітнішими ознаками:

- залежно від ставлення до «основного питання філософії» – співвідношення матеріального та ідеального – можна виокремити матеріалістичний та ідеалістичний типи праворозуміння;
- залежно від особливостей та масштабів використання надбань інших галузей знань в підходах до праворозуміння воно, як вже зазначалось, може бути поділено на такі типи: феноменологічний, герменевтичний, антропологічний, психологічний, синергетичний, комунікативний тощо;
- залежно від ставлення до права різних народів і тих чи інших цивілізацій виокремлюють такі типи праворозуміння, як європейський (християнський), мусульманський або ісламський, індо-буддійський, китайсько-конфуціанський, японський. Нерідко (особливо на пострадянському просторі) до них додають євразійський, а інколи навіть російський (виключно в Росії);
- залежно від того, які суб'єкти – «колективні» чи «індивідуальні» – визначають ставлення до права в суспільстві і його оцінку, розрізняють відповідно «колективістське», притаманне теократичним і традиційним правовим системам, і «індивідуалістське» праворозуміння, характерне для правових систем країн Заходу (західної традиції права);
- залежно від розмежування чи отождолення права і закону виокремлюють юридичний (від *jus* – право) і легістський (від *lex* – закон), або позитивістський і непозитивістський типи праворозуміння.

В літературі можна зустріти також інші критерії типології праворозуміння.

Наведена типологія праворозуміння відображає розмаїття концепцій, теорій, шкіл, створених за довгі тисячоліття існування і розвитку права – від теологічних, історичних, психологічних до солідаристських і марксистських. Їх наукове і соціальне значення та ступінь впливу на сучасні правові процеси досить різні. Одні з них залишилися переважно в історії. Інші продовжують розвиватися в межах інших концепцій або й зовсім «розчинилися» в них, ще інші – як і раніше, претендують на автономність, пристосовуючись до сучасних проблем правознавства.

Не вдаючись до детального аналізу всіх названих і не названих типів праворозуміння та концепцій і шкіл, на яких вони ґрунтуються (це предмет історії правових учень), відзначимо лише, що типологія, яка існує нині в літературі, не може претендувати на завершеність: у праві, очевидно, завжди будуть залишатися аспекти, сторони, сфери буття, які з тих чи інших причин знаходитимуться за межами цієї типології; розвиток міжнаукових інтеграційних процесів неминуче призведе до виникнення нових наукових напрямів, що впливатимуть на праворозуміння; в умовах глобалізації відбудуться зміни в міжцивілізаційних відносинах і, відповідно, в критеріях виділення цивілізацій тощо.

Разом з тим найпоширеніша не тільки нині, а й в попередні півтора століття типологія праворозуміння, в основі якої лежить юридико-світоглядний критерій (залежно від того, що є вихідним у розумінні права – наддержавно-природне, державне чи реально-життєве), очевидно, зберігатиме свої домінуючі позиції і в найближчій історичній перспективі.

Відповідно до цього критерію виокремлюють природно-правовий (юснатуралістичний), юридико-позитивістський (нормативістський) і соціологічний типи праворозуміння.

Природно-правовий тип праворозуміння ґрунтується на положеннях доктрини природного права, ідеї якої започатковані ще в глибоку давнину – у Стародавній Греції і Стародавньому Римі. Вони пов'язані з іменами Демокрита, Сократа, Платона, Аристотеля, Цицерона та інших мислителів Античності, які намагалися розглядати право з позицій закладених у ньому моральних засад (справедливості, рівності, свободи), обумовлених самою природою людини і не залежних від соціальних умов та держави.

Природно-правова доктрина пройшла у своєму розвитку доволі складний шлях, на якому були періоди як піднесення, так і спадів.

Кульмінаційних точок своєї популярності вона досягала в періоди активізацій громадських рухів за зміну свого життя на краще – в епоху Відродження, ліберально-демократичних революцій, краху тоталітарних режимів та становлення правових держав. Істотний внесок в розвиток доктрини природного права зробили такі її видатні представники, як Г. Гроцій, Дж. Локк, Ш. Монтеск'є, Ж.-Ж. Руссо, Т. Джефферсон, І. Кант та ін.

Вихідним пунктом доктрини природного права є *утвердження ідеї природних, невідчужуваних прав людини*, які не даруються їй державою, а належать від природи нарівні з розумом та іншими людськими якостями. Завдання держави відповідно до доктрини природного пра-

ва полягає у визнанні та забезпеченні прав людини, що здійснюється, зокрема, через їх закріплення у конституціях, інших законодавчих актах та формування механізмів і процедур реалізації й захисту прав людини.

Звідси впливає друга суттєва риса доктрини – *поділ права на природне*, яке походить від природи людини (визначається природою самої людської істоти) *та позитивне*, що міститься в ухвалених державою законах та інших нормативних актах. Іншими словами, за доктриною природного права розрізняються право і закон.

Третьою характерною рисою доктрини є *тісне поєднання права і моралі*. Відповідно до концептуальних підходів цієї доктрини правом може вважатися лише те нормативне явище, яке відповідає суспільним уявленням про справедливість, рівність, свободу. Аморального права не може існувати взагалі, як не може бути права «тоталітарного», «фашистського» чи «расистського».

З названих рис доктрини природного права впливають також деякі інші її властивості. Вона, зокрема, дозволяє:

- розкрити природу і специфіку цінностей права;
- поглибити уявлення про співвідношення права і держави. За логікою доктрини, держава не вільна у правотворенні, не є монополістом на те, як розуміти право;
- звернутися до проблеми критеріїв правового закону та запропонувати його основні ознаки;
- виокремити на цій основі категорію «правопорушуючого законодавства» та сформулювати механізми його подолання в практичній діяльності, тощо.

Звісно, ці питання є надзвичайно складними і поки що залишаються до кінця неосмисленими, проте сам факт їх постановки відкриває можливості для подальшого правового прогресу.

Доктрина природного права неоднорідна, вона існує в різних варіантах, масштаби поширення яких, як і їхня цінність, різні. Їх основна вада полягає здебільшого в надмірній абстрактності сформульованих положень, що ускладнює (а інколи робить взагалі неможливим) їх безпосереднє практичне використання. І тим не менше надбання доктрини природного права лежать нині в основі досягнень у сфері як загальної теорії права, так і юридичної практики.

Основою **юридико-позитивістського типу праворозуміння** є концепція юридичного позитивізму. Вона виникла в другій половині XIX століття як протипада доктрині природного права і пов'язана з іменами Дж. Остіна, К. Бергбома, Г. Харта та ін. Пік поширення концепції припадає на XX століття: на її засади фактично опиралися всі тоталітар-

ні режими, які існували в Європі. Прикрита марксистсько-ленінською фразеологією концепція юридичного позитивізму по суті панувала і в колишньому СРСР.

На відміну від природно-правової доктрини, за якою права і свободи людини є первинними щодо законодавства, концепція юридичного позитивізму виходить з того, що права людини (для їх позначення вживається введене представниками юридичного позитивізму поняття «суб'єктивне право») є похідними від позитивного, так званого «об'єктивного права», встановленого державою.

Вони – наслідок сформульованих державою норм права, а отже, цілком залежать від її волі: держава вільна як їх надати (через встановлення відповідних норм), так і відняти (через скасування або зміну таких норм).

З цих вихідних положень юридико-позитивістської концепції випливають інші її характерні риси:

- ототожнення права і закону, його фетишизація в підходах до праворозуміння;
- ігнорування змістовної сторони закону, його (чи окремих його положень) моральної оцінки. Вона виводиться за межі права і так званої «чистої теорії права», належить у кращому разі до «моральної філософії» (Г. Кельзен);
- заперечення будь-якої творчої ролі судді, зведення його виключно до «вуст закону», тобто формально-догматичного його застосування;
- абсолютизація формально-логічних, догматичних методів у теоретичному правознавстві та в судовій аргументації.

Критичне ставлення до названих властивостей юридичного позитивізму, яке переважає в сучасному загальнотеоретичному правознавстві, не повинно заперечувати здобутків юридико-позитивістських концепцій.

Чи не найістотніший з них – акцентування уваги на одній з визначальних ознак права – його нормативності, без якої неможливі такі його беззаперечні властивості, як визначеність, передбачуваність наслідків своїх дій, відповідальності за них тощо.

До надбання юридичного позитивізму можна віднести також вчення про систематизацію і класифікацію нормативних актів, структуру правової норми, підстави юридичної відповідальності, методи і способи тлумачення юридичних текстів, розробку юридичних конструкцій та ін. Всі вони є важливою стороною пізнання права, належать до особливої сфери майстерності юриста. Не випадково ці та інші надбання юридичного позитивізму продовжують активно розроблятися в межах одного з вагомих напрямів сучасного правознавства – так званої аналітичної юриспруденції.

Віддаючи належне такій характерній рисі права, як його нормативність, що знаходить своє відображення, зокрема, в закріпленні норм права в актах держави – позитивному праві, разом з тим слід мати на увазі, що позитивне право працює тоді, коли законодавство відповідає потребам громадян і суспільства в цілому, нагромадженим правовим цінностям; коли воно своєчасно оновлюється і не формально-догматично застосовується. Ототожнювати ж його з правом, як це все ще має місце у вітчизняній теорії права, особливо в галузевих науках і в юридичній практиці, некоректно. У зв'язку з цим не можна не згадати слова основоположника психологічної теорії права, випускника університету Святого Володимира у Києві професора Л. Петражицького, який іронічно зазначав: «Від додатку слова «позитивне» до права, позитивне право не стає правом»¹. Інакше кажучи, «позитивне право» хоч і має стосунок до права, ще не є власне правом.

На обґрунтуванні цього положення зосередили свої зусилля представники **соціологічної теорії права**.

Вона зародилася у другій половині XIX століття. Найвідомішими її представниками були Л. Дюгі, Є. Ерліх, Р. Паунд, Г. Канторович, К. Левеллін та ін. Соціологічна юриспруденція виступала як негативна реакція на теорії юридичного позитивізму. В центрі уваги соціологічної теорії права знаходяться не норми права, а умови їх функціонування, реальне життя. Звідси впливає її головний девіз – вивчати право потрібно не в книгах, тобто законах, а в реальному житті. В основу поняття права покладене «живе право» (термін Є. Ерліха) – суспільні відносини, що захищаються державою. Вони є первинними, а правові норми – похідні, вторинні: законодавець не створює норм, а лише формулює їх. Самі по собі норми не визнаються правом, це лише одна з ознак права; останнє – явище не інституційне, а емпіричне.

Як і попередні концепції, соціологічна теорія права неоднорідна. У ній існують різні течії, найпоширенішими серед яких нині є американська і скандинавська школи правового реалізму, до яких ми ще повернемося в наступних розділах.

Попри певні недоліки – абсолютизацію функціональної сторони правової дійсності, приниження ідеально-духовної і нормативної сторін права, недооцінку в праві морально-гуманістичних засад тощо, соціологічній юриспруденції притаманні й позитивні риси. Відповідно до неї:

¹ Петражицкий Л.И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. – Т. 1. – СПб., 1909. – С. 182.

- суспільство і право розглядаються як цілісні, взаємопов'язані явища;

- теорія права повинна вивчати не лише норми права, встановлені державою, а й всю сукупність правових відносин, що склалися у суспільстві, тобто з'ясовувати «життя права», його глибинне коріння;

- право розглядається не лише як належне, яким воно вбачається у доктринах природного права і юридичного позитивізму, а й як наявне, «суще», тобто те, що неявно функціонує в глибинах суспільного життя;

- зростає роль права як засобу соціального контролю і досягнення соціальної рівноваги;

- підвищується роль суду не тільки, і навіть не стільки як «вуст закону», а й як інструменту правотворення, хоч для позначення цієї ролі суду вживається різна термінологія.

Попри відсутність єдності поглядів щодо соціального значення названих типів праворозуміння, переважна більшість дослідників небезпідставно схиляється до того, що кожний з них, незважаючи на суттєві відмінності у світоглядних позиціях, на яких вони ґрунтуються, відображає реальні грані, аспекти права як феномену.

Саме останній момент стимулював пошук шляхів до синтезу, інтеграції вказаних типів, яка була започаткована в середині минулого століття американським філософом права Дж. Холлом та британським теоретиком права Г. Дж. Берманом, а нині набула популярності й на теренах колишнього СРСР, зокрема в Україні.

Хоч науковий інтерес до так званої інтегративної юриспруденції на пострадянському просторі помітно зріс, про що свідчить, зокрема, включення відповідних підрозділів у ряд підручників з загальної теорії права і філософії права, однозначної відповіді на питання про можливість поєднання основних типів праворозуміння немає й сьогодні.

1.4. Синтез основних типів праворозуміння чи їх надбань

Незважаючи на загалом прихильне ставлення більшості представників загальнотеоретичного правознавства до доцільності формування на основі цих типів єдиного інтегративного розуміння права, питання про його підстави та принципи залишається відкритим.

Справді, світоглядно-ціннісні методологічні позиції, на яких ґрунтуються природно-правовий, юридико-позитивістський і соціологічний типи праворозуміння настільки різні, що будь-які спроби подолати розбіжності між ними приречені. Навіть між юридико-позитивістським і соціологічним типами праворозуміння, хоч вони ґрунтуються на спільному фундаменті – філософському позитивізмі¹, змістовно-ціннісні відмінності в інтерпретації сутності і смислу права настільки істотні, що об'єднувати їх в єдиному позитивістському, а тим більше, легістському типі праворозуміння, як це інколи має місце в пострадянській літературі, не коректно. Принципи природно-правового, юридико-позитивістського і соціологічного підходів до праворозуміння антагоністичні: їх з'єднати, «примирити», сформулювати на їх основі новий принцип логічно і теоретично неможливо.

Проте, якщо абстрагуватись від світоглядних установок, на яких базуються відповідні концепції, і зосередитись на формах буття права, на яких фокусується увага цих концепцій, то його розуміння як цілісності, що існує в різних проявах і формах, безперечно, збагатиться. І в цьому сенсі синтез здобутків названих концепцій, які в свою чергу є надбанням поступального розвитку людської культури, не тільки можливий, а й необхідний.

Природно-правовий тип праворозуміння основний акцент робить на праві як духовному феномені, на ідеалах справедливості, індивідуальної свободи, рівності, невідчужуваних правах людини та інших гуманістичних цінностях, тобто на відправних світоглядних засадах права, без яких право просто немислиме. Один з провідних сучасних німецьких теоретиків права Р. Алексі цю його невід'ємну властивість іменує ідеальним виміром права. Вона дістає прояв у вимозі його моральної правильності, тобто відповідності змісту права названим цінностям, насамперед справедливості².

Юридико-позитивістський тип праворозуміння, за всіх його недоліків, зосереджує увагу на авторитетно встановлюваних нормативно-інституціональних аспектах права, без яких такі його властивості, як визначеність, передбачуваність, упорядкованість, гарантованість, стабільність тощо, недосяжні.

¹ Позитивізм (від франц. *positivisme*; лат. *positivus*) – напрям у філософії, який єдиним джерелом істинного знання проголошує емпіричний досвід.

² Alexy R. The Dual Nature of Law // IVR 24 th World Congress «Global Harmony and Rule of Law» (septembre 15–20. 2009, Beijing, China). Papers. Plenary Session – Beijing 2009. – P. 257–274; Максимов С.І. Дуальність права // Право України. – 2010. – № 4. – С. 40–41.

Нарешті, прихильники соціологічного типу праворозуміння переносять акцент з абстрактних ідеалів і нормативно-правових текстів в площину конкретного, динамічного функціонування права, його дії в реальному житті, насамперед у правовідносинах та юридичних рішеннях, без чого ідеали і юридичні тексти перетворюються на декларації, які не мають прямого відношення до права. Останні два аспекти права можна віднести до реального або фактичного виміру права.

З вказаного випливає, що позиція щодо дуальності права, тобто поєднання у ньому двох засад, які не зводяться одна до одної, започаткована ще в період античності і нині обстоюється деякими зарубіжними та вітчизняними авторами, загалом вірно характеризує складну природу права. Щоправда, при цьому варто зробити принаймні три застереження.

По-перше, дуальність права в цьому разі полягає саме в синтезі у ньому ідеального і реального вимірів, а не в поєднанні світоглядів природного права, обумовленого природним станом людини, і позитивного права, тобто волевиявленого державою, як це інколи трапляється в літературі. Намагання такого поєднання, як зазначалося, призводить до світоглядної еkleтики.

По-друге, певна дуальність права спостерігається не тільки на рівні стосунків ідеального і реального у ньому, а й на рівні реального, фактичного існування права. Адже авторитетно встановлені норми, навіть якщо вони узгоджуються з ідеальним виміром права – ідеалами справедливості, свободи, рівності – самі по собі ще не право, а лише один із шаблів на шляху його актуалізації. Без їх відтворення в поведінці (діях) людей, зокрема в правовідносинах і юридичних рішеннях вони залишаються фікцією. З іншого боку, правовідносини і юридичні рішення ніколи не «виводяться» безпосередньо з норм закону. Абстрагуючись від повноти конкретного, він схематизує реальність. Право ж, як слушно зазначав один з найавторитетніших правознавців післявоєнної Німеччини А. Кауфманн (до речі, колишній суддя), це не абстрактна схема для вірних вчинків, воно швидше само є цим правильним вчинком або ж вірним рішенням у конкретній ситуації¹. Інакше кажучи, якщо закон є всезагальною нормою для багатьох можливих випадків, то «право, навпаки, вирішує дійсну ситуацію тут і зараз»². Воно, на відміну від закону, завжди конкретне.

¹ Кауфман А. Онтологическая структура права // Российский ежегодник теории права. – 2008. – № 1. – С. 172.

² Там само. – С. 171.

Звідси, по-третє, дуальність права не обмежується поєднанням в ньому ідеального і реального. Вона знаходить свій прояв також у інших формах – синтезі абстрактного і конкретного, теоретичного і практичного, раціонального та ірраціонального тощо. Всі вони ще раз засвідчують надзвичайну складність і багатобарвність права як явища.

1.5. Плюралізм типів праворозуміння та світова юридична практика

Основні типи праворозуміння, про які йшлося вище, формувалися на ґрунті західної правової традиції; на її основі відбувається і синтез їх здобутків. Проте, як слушно зазначає професор юридичного факультету Лондонського університетського коледжу У. Твайнінг, погляд на право лише з точки зору західної цивілізації є спрощеним¹. І хоч в умовах глобалізації національні правові системи стають все відкритішими для зовнішніх впливів, що знаходить свій прояв, зокрема, в процесах правової акультурації, тобто в подоланні їх ізольованості і несприйнятливості до інших правових культур, сучасна теорія праворозуміння досі не стала діалогістичною, тобто не ґрунтується на діалозі різних культурно-правових традицій.

Процеси правової акультурації відбуваються переважно на практичному рівні – запозичення певних правових принципів, окремих правових інститутів, елементів юридичної техніки, зближення законодавства, судової практики тощо. Причому ці процеси нерідко мають стихійний характер, що призводить до суперечностей і невизначеностей у правовій системі, а це в свою чергу негативно відбивається на її єдності та ускладнює процес правозастосування.

Тенденція до взаємовпливу чи навіть конвергенції правових систем зовсім не усуває національних і цивілізаційних відмінностей у сприйнятті права в різних культурах. Адже право немислиме без внутрішніх мотивів і установок, які істотно змінюються залежно від культури.

Це можна помітити навіть на західноєвропейському правовому просторі, хоч в правових системах, які існують в ньому, є багато спільного. Всі вони дотримуються так званої секулярної (від лат. *saecularis* – світський), раціональної в своїй основі, традиції права, для якої притаман-

¹ Твайнінг У. Общая теория права. Пер. с англ. М.В. Антонова // Российский ежегодник теории права. – 2010. – № 3. – С. 230.

не передусім практично беззастережне визнання вищого авторитету за «писаним правом». Коріння цієї традиції знаходяться у римському праві, Аристотелевій логіці і діалектичному мисленні. Це дало підстави відомим французьким компаративістам Р. Давиду і К. Жоффре-Спінозі стверджувати, що підстав для встановлення різних відмінностей у розумінні самої природи права (підкреслимо, природи права, а не його визначення) між юристами європейських країн не існує: «вона розуміється у всій обширній «західній» сім'ї однаково»¹.

Однак у країнах континентальної Європи і Великої Британії одні і ті самі акти прийняття судових і адміністративних рішень психологічно сприймаються по-різному. Якщо в континентальній Європі ці акти розглядаються як акти застосування сформульованої в законі загальної норми до конкретного випадку, то у Великій Британії вважається, що суддя, вирішуючи справу, попри його зв'язаність законами, кожного разу створює право для конкретного випадку. Інакше кажучи, судова практика у Великій Британії набуває іншого значення порівняно із судовою практикою, приміром, Німеччини чи Франції. І хоч в умовах інтеграційних процесів, які бурхливо розвиваються, помітне певне зближення позицій між правниками названих країн щодо ролі суддів у процесі правотворення, відмінності у правовому мисленні практикуючих юристів, що представляють правові системи цих країн, очевидно, зберігатимуться і в найближчій історичній перспективі.

Набагато істотніше такі відмінності проявляються в правових системах неєвропейських цивілізацій, які належать до так званої сакральної (від лат. *sacer* – священний), ірраціональної в своїй основі традиції права, де «писане право», хоч і існує, проте пріоритет віддається звичаю.

Цікаві спостереження в цьому плані наводяться згадуваними французькими компаративістами Р. Давидом і К. Жоффре-Спінозі.

Відзначаючи об'єктивну схожість деяких сучасних національних кодексів різних країн, зокрема тих, що належать до різних культур і цивілізацій (тобто схожість «писаного права»), вони разом з тим відзначають, що, наприклад, «маючи тексти, схожі з європейськими кодексами, юристи арабських країн однак могли більш-менш свідомо застосовувати мусульманську традицію, яка інакше, ніж в Європі, розуміє поняття шкоди чи принцип свободи договору»². Подібні ситуації зберігаються в китайській, японській та інших правових системах.

¹ Давид Р., Жоффре-Спінози К. Основные правовые системы современности. — М., 1988. — С. 77.

² Там само. — С. 329.

Водночас, як, здавалося б, не дивно, відмінності у сприйнятті права та у правовому мисленні не перешкоджають формуванню більш-менш однакової юридичної практики з ряду питань у різних правових системах.

Як зазначають німецькі правознавці К. Цвайгерт і Х. Кьотц, у різних правових системах, незважаючи на всі відмінності у їх історичному розвитку, доктринальних поглядах і стилях мислення, вирішують одні й ті самі юридичні проблеми, аж до найдрібніших деталей, однаково, або ж значною мірою схоже. Це дозволяє у певному сенсі говорити про «презумпцію ідентичності» (*presumptio similitudinis*) як інструмент для прийняття практичних рішень¹. На це звертають увагу також деякі інші зарубіжні дослідники.

Виятком є переважно питання сімейного і спадкового права, які знаходяться під сильним впливом національно забарвлених моральних і етичних цінностей, що своїми коріннями проникають у релігійні уявлення та історичні традиції розвитку культури, особливості національного характеру тощо².

Це свідчить про те, що значення самого терміна «право» в практичній юридичній діяльності не варто перебільшувати. За всього розмаїття його значень, а часом і повної байдужості до них в деяких правових системах (в багатьох мовах взагалі не існує точного еквіваленту терміна «право»), сучасне юридичне співтовариство досягло, можна сказати, певного консенсусу у сприйнятті явища, яке іменується правом, хоч, очевидно, і не завжди належно усвідомленого. Цікаву думку у зв'язку з цим висловив відомий ізраїльський правознавець А. Барак. «Право, — пише він, — не створило точних інструментів чи передових лабораторних приладів для вирішення того, що дозволено і що заборонено, що законно і що незаконно. Проте існують можливості, які кожен обізнаний і досвідчений юрист може легко визначити як законні, та інші можливі рішення, які будь-який юрист негайно відкидає як незаконні. Між цими полюсами «законних і незаконних рішень» знаходяться можливості, щодо яких досвідчені юристи можуть розійтись в оцінці ступеня їх законності³. І далі: «між двома полюсами є ряд ситуацій, в оцінці яких саме співтовариство юристів розділилося... ці ситуації не можна назвати незаконними, хоча про них не можна сказати, що вони законні»⁴.

¹ Цвайгерт К., Кётц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. — Т. 1. — М., 2000. — С. 58–59.

² Там само.

³ Барак А. Судебное усмотрение. Пер. с англ. — М., 1999. — С. 17.

⁴ Там само. — С. 18.

У будь-якому разі юридична практика, хоч і не без труднощів і суперечностей, все ж має тенденцію до поступового зближення. Це обумовлюється передусім зближенням позицій у розумінні нагромаджених віками правових цінностей, трансформованих у сучасному світі в універсальні принципи права, які у різних варіантах можуть бути простежені практично у всіх культурах і цивілізаціях та відповідних їм правових системах, розширенням міждержавних інтеграційних процесів у сфері освіти й науки, зокрема юридичної, причому не тільки в межах Європи; практичним досвідом, з набуттям якого відчуття права поглиблюється (тут можна згадати про інтуїтивне право психологічної теорії права Л. Петражицького). Очевидно, цей процес продовжуватиметься й надалі, що зовсім не призведе до універсалізації праворозуміння.

1.6. Ще раз про проблему визначення права

В сучасному правознавстві термін «право» вживається у декількох значеннях.

По-перше, під правом розуміють *систему соціального регулювання*, яка характеризується певними ознаками – нормативністю, визначеністю, забезпеченістю державою тощо. Як правило, таке значення права вживається в словосполученнях – «національне право», «міжнародне право», «цивільне право», «кримінальне право» та ін. Право у цьому значенні за традицією, започаткованою юридичним позитивізмом, часто іменується «об'єктивним правом».

По-друге, правом називають *соціально-правові домагання людей* – право кожної людини на життя, право на повагу до її гідності, право на особисту недоторканність тощо. Вони обумовлені, як зазначалося, природою людини і є невідчужуваними. Їх іменують правами людини, які належать їй від народження і не залежать від волі держави. Часто до терміну «права людини» у цьому значенні додають епітети «фундаментальні» або «основоположні» чи «основні».

По-третє, терміном «право» позначається *похідна від «об'єктивного права» міра поведінки окремих осіб*, або ж іншими словами – набуте право, що виникає на підставі закону, іншого нормативного акта чи договору: наприклад, право на встановлені законом пільги

певним категоріям населення; права, що виникають у сторін з укладеного ними договору, та ін. За тією ж позитивістською традицією таке право, на відміну від «об'єктивного права», часто іменується «суб'єктивним правом».

Другому (і частково третьому) значенню терміна «право» та його зв'язкам з першим значенням присвячений розділ 2 цього підручника. Тут же зупинимося переважно на характеристиці ознак права як регулятора суспільних відносин, тобто тих, які безпосередньо пов'язані з темою цього розділу.

Тож іще раз звернімося до експерименту, проведеного французьким журналом «*Droits*», про який йшлося на початку розділу.

Один із учасників експерименту, визначний французький теоретик права і конституціоналіст Ж. Ведель (*Vedel*), який, за його власним визнанням, після багатотижневих роздумів так і не зумів знайти однозначну відповідь на питання «що таке право» (чим порівняв себе із студентом-першокурсником), зрештою дійшов такого показового висновку: «Хоч я погано знаю, що таке право в суспільстві, думаю, що я знаю, яким би було суспільство без права»¹. Очевидно, саме на цьому, а не на пошуках універсального визначення, доцільно зосередити зусилля загальної теорії права.

1. Давньоримський вислів зазначає: *ubis societas, ibi jus* – там, де є суспільство, там є і право. Тобто право – це необхідний атрибут суспільства (його субстанція). Як свідчать історичні дослідження, воно з'являється насамперед в результаті міжособового спілкування між людьми, взаємних зобов'язань, які беруть на себе члени суспільства в процесі такого спілкування, та взаємної відповідальності за їх виконання. Невиконання таких зобов'язань неминуче призводить до конфліктів, які існують в будь-якому суспільстві незалежно від рівня його розвитку.

Одна з головних функцій права полягає у запобіганні і вирішенні конфліктів через притаманні йому механізми. За відсутності права або його ігнорування такі конфлікти вирішуються за допомогою фізичної сили аж до застосування зброї та знищення однієї сторони іншою. Отже, право є цивілізованим засобом розв'язання конфліктів і спорів на основі взаємних зобов'язань і формальної рівності.

¹ Рулан Норбер. Историческое введение в право. Учебное пособие для вузов. – М., 2005. – С. 23–24.

2. Право – це такий універсальний засіб комунікації, спілкування між людьми, який забезпечує упорядкованість, стабільність, безпеку, тобто створює умови, за яких тільки й можливе нормальне існування людини і суспільства.

3. Термін «право» у багатьох мовах етимологічно споріднений з латинськими словами *jus, justicia*, які означають справедливість, правосуддя. В українській мові термін «право» має спільний корінь також зі словом «правда». Отже, право – це не просто засіб упорядкування відносин між людьми, а їх упорядкування на засадах правди та справедливості, поваги до невідчужуваних прав і свобод людини.

4. Право – це антипод свавілля і беззаконня, засіб соціального прогресу, що забезпечує рух суспільства до свободи, утвердження статусу автономності особистості, все більшої гарантованості її прав і свобод та досягнення на цій основі соціальної злагоди.

Виходячи з названих характеристик соціального призначення права, можна запропонувати безліч коротких, операціональних визначень права. Серед них, зокрема такі:

- *право* – це система інституційно-нормативного, упорядкованого спілкування (взаємодії) як між людьми, так і людьми та іншими інститутами, зокрема державою;
- *право* – це система регулювання, основана на засадах свободи і справедливості;
- *право* – це загальний масштаб і рівна міра свободи людей;
- *право* – це система регулювання, що ґрунтується на відносинах формальної рівності;
- *право* – це рівний для різних людей формалізований засіб для набуття певних благ;
- *право* – це система цінностей, уособленням яких є загальні принципи права;
- *право* – це система загальнообов’язкових норм, сформульованих і забезпечених державою, що ґрунтуються на загальних принципах права;
- *право* – це оснований на принципах права і нормах порядок суспільних відносин, що захищається державою, тощо.

Кожне з наведених та інших можливих визначень, взятих окремо, є одностороннім і неповним. Проте в своїй сукупності вони відкривають можливості для розуміння природи такого надзвичайно складного і багатомірного явища, як **право**.

Розділ 2

ПРАВО І ЛЮДИНА.

ПРАВА ЛЮДИНИ

2.1. Людина як творець, орієнтир і адресат права

Проблема відносин права і людини тісно пов'язана з історією розвитку праворозуміння, а її вирішення безпосередньо залежить від того, яке місце відводиться людині у формуванні, функціонуванні та розвитку права.

Юридіко-позитивістське праворозуміння, яке, як впливає з попереднього розділу, тривалий час домінувало у теоретичній і практичній юриспруденції, мало державоцентристську, а не людиноцентристську спрямованість, тобто було орієнтоване на державу, а не на людину.

Відповідно до такого підходу саме держава встановлює норми людської поведінки. Вона ж забезпечує їх втілення в життя, зокрема, за допомогою засобів примусового характеру. Людина за концепціями юридичного позитивізму є не активним учасником процесу правотворення, а його об'єктом, міра поведінки якому нав'язується ззовні. Звідси право розглядається виключно як зовнішній регулятор суспільних відносин. Людині ж по суті відводиться роль спостерігача за правотворчими процесами та виконавця встановлених державою норм. З них же випливають права і свободи людини.

Такий підхід до відносин права і людини принижує людську гідність, перетворює людину, в кращому разі, на «суб'єкта права», тобто учасника правовідносин, які знову-таки виникають на основі встановлених державою норм, є їхнім наслідком.

Таким чином, фактично конструюються два паралельних світи – «юридичний світ», в якому за індивідом визнається лише статус «суб'єкта права» – такого, за висловом деяких зарубіжних представників загальної теорії права, «догматичного поняття», яке зводить людину (суб'єкта) до знеособленого носія правосуб'єктності¹ та світу, в якому живуть реальні люди з їхніми повсякденними турботами, потребами та інтересами. Це призводить до відчуження права від особистості, витіснення її на узбіччя правових процесів, що відбуваються в країні та світі.

Не приділяли належної уваги ролі особистості у творенні, функціонуванні та розвитку права також основоположники соціологічної юриспруденції. Незважаючи на їхнє різко критичне ставлення до «вульгарного етатистського погляду» на право (Є. Ерліх), вплив на правогенез (зародження, становлення і розвиток права) відповідно до соціологічної концепції мають не стільки автономні особистості, скільки різного роду «суспільні союзи». Особистість розглядається виключно через призму цих об'єднань як їх елемент (член), тобто пояснюється через суспільство, в якому вбачається «центр ваги розвитку права»². До правоутворюючих сил відповідно до соціологічної концепції належать передусім владні відносини в суспільстві, а також географічні, економічні, психологічні та інші чинники, серед яких не виключаються й ідеальні. Особистість як автономний і активний учасник правових процесів для вивчення права виявилася малозначущою.

Набагато ближча до людини доктрина природного права, хоч її класичні різновиди також нерідко «відривали» (відокремлювали) особистість від права, стверджуючи, що право – це природне явище, яке передує існуванню людини і не залежить від неї. Не відводилося активної ролі людині також теологічним напрямом доктрини природного права (так званім «божественним природним правом»), за яким право походить від Бога, людина ж виступала пасивним виконавцем його волі. Лише згодом представники названої доктрини дійшли висновку, що право не можна розглядати як щось окреме від дійсності.

¹ Мелкевик Б. Философия права в потоке современности. Пер. с франц. М.В. Антонова, А.Н. Остроух // Российский ежегодник теории права. – 2008. – № 1. – С. 527–545.

² Ehrlich E. Recht und Leben. Gesammelte Schriften zur Rechtsstatsachenforschung und zur Freiheitslehre. Berlin, 1967. – P. 210–211.

З новітніх посткласичних варіантів доктрини природного права чи не найтісніше пов'язані з людиною комунікативні концепції права, в основу яких покладено так званий принцип інтерсуб'єктивності, відповідно до якого зміст права розкривається у взаємодії (комунікації) людей. За точку відліку в цьому разі береться не людина як сторонній спостерігач, що співвідносить право з будь-яким зовнішнім критерієм, а внутрішній досвід учасника правового спілкування. Інакше кажучи, право розглядається не як нав'язана людині зовнішня сила, метою якої є підкорення людини, а як спосіб її буття (існування, життєдіяльності). Комунікативні концепції – це по суті протестна реакція на всевладдя формальних норм, що нівелюють особистість. У них реалізуються соціальний запит на гуманізацію правопорядку, його людиноцентричне спрямування. Сутність права відповідно до них коріниться в природі людської особистості зі всією її суперечливістю і напругою, яка з цього випливає. Для того щоб залишатися людиною, індивід повинен не тільки мати право на збереження самого себе, власної свободи і незалежності, а й поважати свободу і незалежність інших людей, що досягається, зокрема, усвідомленням не лише своїх прав, а й обов'язків. Їх кореляція в процесі комунікації людей має визначальне значення для правопорядку.

Вивчення права як людського феномену, тобто як права, що створюється людьми, спрямоване на забезпечення нормальної їхньої життєдіяльності і здійснюється людьми, є «людським» («олюдненим») правом – одне з основних завдань сучасної теорії права.

Така людиноцентристська її переорієнтація має не тільки суттєве світоглядно-методологічне значення для вивчення всіх наступних тем підручника, а й відкриває набагато ширші можливості для пошуку права в процесі практичної юридичної діяльності. Адже обсяг нормативно-правового матеріалу бурхливо і невпинно зростає, він стає все більш суперечливим, а нерідко й просто хаотичним. Пошук права в цих умовах дедалі ускладнюється, тому без орієнтації на людину – найвищу, як зазначається в статті 3 Конституції України, цінність, її права і свободи юрист-практик, навіть досвідчений, не кажучи вже про початківця, ризикує або заплутатися в нормативному лабіринті остаточно, або приймати рішення, що ґрунтуються на букві суперечливого чи й зовсім застарілого закону, тобто зайняти формально-догматичну позицію. Як наслідок, такий догматичний підхід до правозастосування врешті-решт призводить до несправедливих, неправових рішень.

2.2. Права людини як першоджерело права, їх поняття та класифікація

Безпосереднім проявом сенсу права, забезпечення власної свободи і незалежності індивіда, у тому числі від влади, та поваги до свободи та незалежності інших людей є права людини. Вони об'єктивно є мірилом розвитку права в суспільстві, показником його цивілізованості. І це зрозуміло. Адже за допомогою прав особистість долучається до матеріальних і духовних благ суспільства, до механізмів влади, до законних форм волевиявлення і реалізації власних інтересів. Від рівня забезпеченості прав вирішальною мірою залежить ступінь досконалості самої особистості, її життя і здоров'я, недоторканність і безпека. «Людський вимір», нарешті, є наріжним каменем і точкою відліку будь-яких перетворень, які відбуваються в суспільстві.

Особливої актуальності права людини набувають на теренах посттоталітарного, пострадянського соціокультурного простору, де у ставленні до них усе ще відчувається помітний вплив попередньої епохи. Досі в суспільній правовій свідомості не подолані уявлення про те, що права людини є наслідком встановлених державою норм законів та інших нормативних актів (об'єктивного права), а не навпаки – права людини детермінують (визначають) зміст таких норм (об'єктивного права), є необхідним, невід'ємним і неминучим його компонентом. Інакше кажучи, об'єктивне право немислиме без прав людини, як і права людини (суб'єктивні, юридичні) неможливі без і поза правом. Це явища однієї сутності.

Попри багатовікову історію прав людини, про що йтиметься далі, і сьогодні серед фахівців – філософів і правників не існує якогось єдиного загальноприйнятого розуміння прав людини. І це не дивно. Підходи до їх розуміння залежать від багатьох чинників – цивілізаційних, ідеологічних, політичних, соціокультурних, етичних, етноправових, та їх взаємовідносин з правом. Досі точаться дискусії (особливо серед філософів) щодо того, що собою становлять права людини – моральну чи юридичну категорію, яке їх співвідношення з державою: передують вони їхньому визнанню державою чи стають правами людини лише внаслідок їх визнання нею, в яких формах таке визнання відбувається, чи існують універсально значущі, загальновизнані права людини тощо¹.

¹ Філософія прав людини / За ред. Ш. Госепата, Г. Ломана. – К.: Ніка-Центр, 2012. – С. 15–21, 26–27, 48–86 та ін.

Найяскравіше відмінності в розумінні прав людини дістають прояв у західних і східних концепціях.

«Колискою» західних (європейських) підходів до розуміння прав людини є давньогрецький поліс. Відповідно до цієї концепції людина – це самостійний індивід, наділений не просто розумом, а свободою вибору і здатністю самостійно визначати свою долю. Така концепція, як зазначалося у розділі I, іменується індивідуалістичною.

У східних культурах (цивілізаціях) індивідуалізм не мав для свого розвитку ні економічного, ні політичного підґрунтя. Кожний член суспільства в цих цивілізаціях (культурах) сприймає себе частиною єдиного соціального організму, що виконує релігійно-моральний обов'язок – підкорятися вищій волі. Люди в таких суспільствах зв'язані загально-релігійною ідеологією, звичаями і традиціями. Така концепція прав людини дістала назву колективістської.

Неправильно було б розглядати західну концепцію прав людини як єдино «правильну», «прогресивну», а східну – як «відсталу». Це просто різні підходи до розуміння і сприйняття прав людини, які мають як свої позитивні риси, так і недоліки. Невипадково в умовах глобалізації відбувається якщо й не зближення названих концепцій, то принаймні їх певний взаємовплив. У будь-якому разі протягом останніх десятиріч на європейському континенті помітна тенденція до відмови від нав'язування жорсткого європоцентризму в розумінні прав людини та забезпечення збалансованості між правами особистості та публічними інтересами, зокрема інтересами держави, про що йтиметься попереду.

Поняття прав людини в літературі (зарубіжній і вітчизняній) визначається по-різному: як можливості, необхідні для існування і розвитку людини в певних історичних умовах; як вимоги людини, адресовані державі й суспільству; як певні блага, потреби та інтереси людини тощо.

Узагальнюючи існуючі підходи до розуміння прав людини, можна запропонувати таке їх визначення: **права людини** – це визнані світовим співтовариством блага й умови життя, яких може домогатися особа від держави і суспільства, в яких вона живе, та забезпечення яких реальне в умовах досягнутого людством прогресу.

З цього визначення випливають принаймні три характерні ознаки прав людини. По-перше, права людини – це не просто певні можливості людини, необхідні для її існування і розвитку, що об'єктивно визначаються досягнутим рівнем економічного, духовного і соціального розвитку людства, а блага, яких може домогатися особа від держави,

тобто увага акцентується не на можливостях, а на словах «благо» і «домагання». По-друге, ці блага не є суто моральною категорією, вони мають бути визнаними світовим співтовариством, тобто легітимізовані у відповідних формах (міжнародних договорів, рішень міжнародних судових органів тощо). По-третє, забезпечення цих благ має бути реальним в умовах досягнутого людством прогресу; не може бути визнане суб'єктивним, юридичним правом людини домагання, яке об'єктивно неможливо задовольнити.

Як випливає з викладеного, інститут прав людини доволі складний і багатогранний. Це обумовлено такими чинниками:

- права людини – не статичний, раз і назавжди даний інститут; вони розвиваються і збагачуються;
- права людини зачіпають найрізноманітніші сфери людського буття – фізичного, духовного, політичного, економічного тощо, слугують задоволенню найрізноманітніших потреб та інтересів людини;
- права людини стосуються як окремих індивідів, так і їх співтовариств – націй, народів тощо;
- права людини мають різні форми і механізми державного забезпечення;
- нарешті, права, навіть закріплені в законах чи інших нормативних актах, неоднакові за своїм значенням для забезпечення життєдіяльності людини, її існування та розвитку.

Не можна ставити в один ряд, приміром, право людини на особисту недоторканність, недоторканність житла і право на безоплатний проїзд у транспорті, яке мають деякі категорії населення, чи права покупця, які виникають з договору купівлі-продажу. Права людини – це основоположні, визначальні для її життєдіяльності права, їх часто називають фундаментальними.

Хоч щодо розуміння фундаментальних прав в літературі можна зустріти різні думки (інколи до фундаментальних відносять лише деякі з прав людини, зокрема, право на життя, право на недоторканність особи тощо), переважно прийнято вважати, що фундаментальними правами є саме права людини в тому їх розумінні, яке було сформульоване, як зазначалося, в епоху Просвітництва, тобто права, що впливають з невідчужуваних властивостей людської особистості – її гідності і свободи. Вони не «даровані» державою, не є наслідком встановлених нею норм, а належать людині від народження, є її іманентною властивістю, впливають із самої людської природи. Ці права – невідчужувані, тобто такі, які держава на свій розсуд не може скасувати або обмежити. Обов'язок держави полягає в тому, щоб визнавати, створювати умови

для реалізації та охороняти ці права. Фундаментальні права – це по суті елементарні передумови гідного людського існування. Цим вони відрізняються від інших прав, про які згадувалося вище.

Саме в невідчужуваних, фундаментальних правах людини – первісний генезис права як явища, саме вони є його першоджерелом.

Фундаментальні права людини нерідко визнаються державами безпосередньо діючим правом, незалежно від того, закріплені вони в законах чи ні. Є чимало країн, в яких права людини законодавчо не зафіксовані, проте це не позбавляє кожну людину права не бути підданою катуванню, довільно заарештованою, неправомірно обмеженою в свободі слова тощо¹. Це означає, що закріплення прав людини у конституціях та законах – важливий, але часто не визначальний крок для їх визнання державами. Все залежить від рівня забезпеченості прав людини, зокрема від розвинутості юридичних засобів і процедур їх реалізації та захисту. У зв'язку з цим варто наголосити на тому, що положення частини 3 статті 22 Конституції України, яким встановлюється, що «при прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів... звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод не допускається», стосується саме фундаментальних, конституційних прав і свобод, а не будь-яких спеціальних прав, які випливають із встановлених державою численних пільг і переваг для певних категорій осіб, які часто не належать до категорії людей, які потребують соціального захисту (дітей, хворих, інвалідів, людей похилого віку тощо).

Складність і багатогранність інституту прав людини обумовлюють різні підходи до їх класифікації. Вона може бути проведена за багатьма критеріями:

- 1) залежно від часу виникнення прав людини вони поділяються на права першого, другого і третього покоління;
- 2) залежно від того, задоволенню яких потреб та інтересів людини слугують права, розрізняють громадянські (особистісні), політичні, економічні, соціальні, культурні, екологічні права;
- 3) залежно від категорій людей, яких права стосуються, виділяють як окремі підвиди прав – права жінок, права дітей, права осіб з обмеженими фізичними можливостями тощо;
- 4) залежно від того, стосуються права людини окремих індивідів чи їх співтовариств, розрізняють індивідуальні і колективні права;

¹ Філософія прав людини / За ред. Ш. Госепата, Г. Ломана. – К.: Ніка-Центр, 2012. – С. 18.

5) залежно від особливостей форм і механізмів державного забезпечення права людини поділяються на «негативні» і «позитивні».

Зрозуміло, що наведена класифікація не може претендувати на завершеність. Як зазначалося, інститут прав людини в процесі свого історичного розвитку збагачується, поповнюється новими видами прав, що не може не позначитися на їх класифікації.

2.3. Еволюція прав людини. Покоління прав людини

Історія прав людини налічує багато тисячоліть, хоч саме поняття прав людини як окрема категорія виникло, як зазначалося, лише в епоху Просвітництва завдяки зусиллям представників доктрини природного права. Їх офіційне визнання на рівні національних і міжнародних нормативних документів почалося з громадянських та політичних прав, які прийнято називати правами людини «першого покоління».

Громадянські, або як їх інколи іменують, особистісні права – це ті загальновизнані світовим співтовариством блага й імунітети (умови життя), яких може домагатися особистість від держави для забезпечення свого фізичного існування, збереження, розвитку і захисту своєї індивідуальності.

Призначення громадянських прав – забезпечення свободи й автономності індивіда, його юридичної захищеності від будь-якого незаконного зовнішнього втручання, насамперед з боку держави, її органів і посадових осіб.

Ці права часто іменують «негативними», оскільки вони забезпечують так звану «негативну свободу» від втручання держави. В зарубіжній літературі трапляється і така назва цих прав, як «права на фізичну цілісність» та «права на належний процес». «Права на фізичну цілісність» – це права на життя, свободу та безпеку людини (захист від фізичного насильства, тортур, жорстоких та нелюдських покарань, безпідставного арешту, позбавлення свободи чи вигнання, рабства, втручання в особисте життя), право на власність, свободу пересування, свободу думки і слова, свободу совісті та релігії (свободу світогляду і віросповідання).

«Права на належний процес» – це право на публічний розгляд справи незалежним і безстороннім судом; презумпція невинуватості; гуманістичний принцип *non bis in idem* (не двічі за одне і те ж саме) – ніхто

не може бути покараний повторно за злочин, за який він вже був покараний; право на правову допомогу тощо.

Політичні права – це визнані світовим співтовариством блага, яких може домагатися особистість від держави для забезпечення своєї участі в державному і громадському житті. До них належать право на громадянство, право брати участь у виборах та бути обраним, право на об'єднання, право на проведення мирних зібрань та ін.

Мета цього виду прав людини – подолати відчуження особистості від влади. Політичні права – необхідна умова функціонування інших видів прав, оскільки вони є органічною складовою системи демократії і виступають як цінності, якими влада має себе обмежити.

Громадянські і політичні права ґрунтуються на ліберальній філософії прав людини, відповідно до якої рівність людей розуміють як формально-юридичну рівність, тобто рівність у правах і свободах та рівність перед законом і судом. Однак уже наприкінці XIX – початку XX століття стало зрозуміло, що така філософія прав людини поряд з безсумнівними позитивними рисами має істотні недоліки.

Досвід демократичних країн показав, що навіть закріплені в конституціях гарантії рівності громадянських і політичних прав людей самі по собі неспроможні подолати їхню фактичну нерівність, яка дедалі поглиблювалася.

У зв'язку з цим поступово почала складатися нова філософія прав людини, в основу якої було покладено соціал-демократичні ідеали соціальної справедливості, соціальної солідарності, соціальних зобов'язань тощо. Вона помітно розширила уявлення про права людини: поряд з громадянськими і політичними вони поповнилися соціальним аспектом, що у свою чергу призвело до істотного розширення переліку прав людини внаслідок його поповнення соціально-економічними (соціальними, економічними і культурними) правами, які прийнято іменувати правами «другого покоління». Їхньою метою стало забезпечення інтересів передусім тих, хто працює за наймом – права на працю і пов'язаних з ним гарантій, включаючи соціальне забезпечення працівників, охорону здоров'я та ін., а також прав соціально-культурного характеру, в гарантуванні яких зацікавлені переважно ті ж наймані працівники – права на освіту, на доступ до досягнень науки і культури тощо.

Хоч названі права знайшли своє офіційне визнання в спеціальному Міжнародному пакті про економічні, соціальні та культурні права 1966 року, питання про їх правову природу до цього часу залишається дискусійним.

Чимало зарубіжних авторів не визнають ці права юридичними, суб'єктивними, іменуючи їх «загальними», «публічними» правами, «правами-дорученнями», «намірами держави» тощо.

Основний аргумент на користь такої позиції полягає в тому, що соціально-економічні права, на відміну від класичних прав «першого покоління» – громадянських і політичних, не є такими, на які людина може посилатися перед владними структурами як на свої суб'єктивні права і домагатися їх забезпечення та які не підлягають судовому захисту – визначальній ознаці «юридичності» прав людини. До такої позиції приєдналися й деякі правознавці на пострадянському просторі.

Справді, механізм реалізації соціально-економічних прав має істотні особливості. На відміну від громадянських і політичних прав, які є «правами людини від держави», тобто обмежують її сферу дії (обов'язок держави в забезпеченні цих прав зводиться переважно до встановлення засобів і процедур їх реалізації і захисту), забезпечення соціально-економічних прав вимагає позитивних зусиль держави, тобто активного втручання у відповідні сфери життєдіяльності людей для створення умов, необхідних для їх розвитку, зокрема розробки соціально-економічних програм, їх належного державного фінансування, що у свою чергу обумовлюється значною мірою фінансовими можливостями держави, та неухильного виконання. Ці права нерідко іменують «позитивними». Утім, поділ прав людини на негативні (права першого покоління) і позитивні (другого покоління) є досить умовним. Так, у літературі постсоціалістичних країн, зокрема польській, існує інше, відмінне від вітчизняного, розуміння позитивних і негативних прав. Негативними правами іменуються права на свободу (*prawa wolnościowe*), а позитивними – всі інші права, тобто не тільки соціальні, економічні, культурні, а й більшість особистісних (громадянських) і політичних прав¹. Проте й така позиція не є бездоганною, оскільки позитивні обов'язки покладаються на державу також у зв'язку з реалізацією прав на свободу, що неодноразово відзначав у своїх рішеннях Європейський суд з прав людини. Зокрема, в рішенні у справі *Plattform Arize v. Austria* констатується позитивний обов'язок держави забезпечити реалізацію права на свободу мирних зібрань, а саме, за обставинами цієї справи, не допустити зриву демонстрації вороже налаштованим натовпом². Значною

¹ Hołda J.; Hołda Z., Ostrowska D., Rybczyńska A. Prawa człowieka. Zarys wykładu. 2 wydanie. Warszawa. 2008., S. 11.

² Plattform «Arize für das Leben v. Austria» (1988), 13 EHRR 2004.

мірою такі позитивні зобов'язання держави стосуються також деяких інших положень Європейської Конвенції, зокрема статті 3, присвяченої забезпеченню людської гідності, статті 10, яка закріплює право на свободу вираження поглядів тощо.

Віддаючи належне позитивним способам забезпечення соціально-економічних прав, разом з тим не можна не визнати, що основним правовим критерієм реальної дієвості положень, що закріплюють будь-яке право, є наявність розвинених і ефективних юридичних процедур його реалізації, включаючи можливість судового захисту права та виконання судових рішень. Без цього право залишається фікцією. Не повинні бути винятком з цього правила також соціально-економічні права, тим більше в умовах помітної тенденції до універсалізації прав людини, відповідно до якої всі види прав є невід'ємними, взаємообумовленими і рівнозначними. Саме таку офіційну позицію займає нині ООН.

Позбавлені засобів судового захисту, соціально-економічні права залишаються виключно результатом патерналістської турботи держави, а не «невід'ємними і рівнозначними» з іншими видами прав. Це ставить людину в підлегле становище щодо держави, становище прохача, а не рівноправного партнера, що принижує людську гідність. Не випадково до судового захисту соціально-економічних прав дедалі частіше вдається національна та міжнародна судова практика, зокрема Європейський суд з прав людини. Попри те, що Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод за своїм змістом присвячена класичним правам людини, тобто правам першого покоління, чимало її положень сформульовані так, що вони дозволяють брати під захист також права другого покоління. Як свідчить практика Суду, кількість справ у ньому за скаргами громадян європейських країн, у тому числі України, про порушення соціально-економічних прав помітно зростає.

Звичайно, для того, щоб соціально-економічні права не стали загальними деклараціями, якими вони фактично є сьогодні, навіть будучи закріпленими в Конституції України, необхідне доведення їх через законодавче регулювання до такого рівня конкретизації, який давав би змогу захищати їх у судовому порядку. Проте це тема окремої розмови, яка виходить за межі курсу загальної теорії права, стосуючись більше конституційного права та інших галузевих наук.

Права «третього покоління» почали формуватися після Другої світової війни під впливом спочатку національно-визвольних рухів (за незалежність, самовизначення, звільнення від колоніального гніту, тощо),

а згодом й інших чинників — необхідності збереження миру, захисту навколишнього природного середовища від негативних наслідків науково-технічного прогресу, розширення участі в загальній спадщині людства, комунікації тощо.

Звідси — чергове поповнення переліку прав людини такими «колективними» правами, як права певних історичних спільнот людей — нації, народу, людства в цілому, а також екологічними правами — правом на безпечне для життя і здоров'я людини довкілля, правом на об'єктивну екологічну інформацію та безпеку тощо (їх інколи відносять до прав «четвертого покоління»).

Як наймолодша категорія прав людини права «третього покоління» викликають чи не найбільше дискусій, спектр яких досить широкий — від співвідношення «колективних» прав з індивідуальними до обґрунтованості прирівнювання їх статусу до громадянських і політичних прав. Як і у випадку з соціально-економічними правами, основне питання, на яке нині немає переконливої відповіді — це питання про те, чи є «колективні» права (як і деякі екологічні) правами юридичними, чи вони становлять собою ідеали і цілі міжнародного співтовариства і виступають лише як «юридичні рефлекси об'єктивного права»¹ тобто не є правами людини у класичному їх розумінні.

Очевидно, таку ситуацію на етапі становлення названих прав можна цілком пояснити. Історія прав людини — це історія «олюднення» людей, тобто дедалі глибшого самоусвідомлення ними своєї людської сутності і людської гідності. «Пізнай самого себе», — вчив Сократ. Таке самопізнання — процес надзвичайно складний і суперечливий, результат тривалої людської еволюції, зокрема у сфері правових домагань. Варто зазначити, що навіть кваліфікація класичних прав «першого покоління» — громадянських і політичних як прав юридичних, суб'єктивних, яка нині не викликає сумнівів, далася не відразу. У процесі історичного розвитку вона неодноразово оспорювалася. І лише на початку XX століття ці права остаточно були визнані суб'єктивними, тобто такими, на які людина може посилається у своїх домаганнях перед державою як на свої невід'ємні права². Це ще раз підтверджує, що витоки права кореняться в природі самої особистості. З поглибленим її пізнанням самими людсь-

¹ Государственное право Германии. Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland / Hrsg. von Josef Isensee und Paul Kirchhof. — Т. 2. — М.: Ин-т государства и права РАН, 1994. — С. 170.

² Там само. — С. 177.

ми, що звісно ж тісно пов'язано з рівнем розвитку (економічного, політичного, культурного) самого суспільства, змінюються їхнє уявлення про права людини та їхнє співвідношення з іншими категоріями і поняттями. Показовою в цьому плані є еволюція поглядів на співвідношення прав людини і прав громадянина, яка відбувається нині.

2.4. Права людини і права громадянина

Історично склалося так, що ці поняття хоч і вживалися разом, проте не вважалися ідентичними за своїм змістом. Різниця між ними виникла ще в період становлення концепції прав людини та їх офіційного визнання, про що свідчить, зокрема, сама назва французької Декларації прав людини і громадянина 1789 року, в якій з'явився термін «права людини».

На той час таке розрізнення було значною мірою виправданим. Права людини розглядалися переважно не як юридична, а як моральна або соціальна категорія, тобто не вважалися, як зазначалося вище, суб'єктивними правами. Для того щоб набути статус суб'єктивних прав, вони мали перебувати під захистом тієї держави, до якої належить особа, тобто для «прав громадянина» визначальне значення мав політико-правовий зв'язок особистості і держави. Інакше кажучи, в смисловому поєднанні прав людини і прав громадянина можна вбачати своєрідний компроміс між природно-правовим і позитивістським підходами до розуміння прав. Нині термінологічне розрізнення між правами людини і правами громадянина, хоч і зберігається в багатьох сучасних конституціях, у тому числі в Конституції України, проте зберігається переважно за традицією. В реальному житті зазначений поділ дедалі більше втрачає своє як теоретичне, так і, особливо, практичне значення, оскільки невідчужувані фундаментальні права людини визнаються нині всіма демократичними державами, зокрема через надання міжнародним актам про права людини статусу складової частини національного правопорядку (законодавства). Тобто права людини виступають одночасно і як права громадянина.

Певний сенс у їх розрізненні зберігається, до того ж із застереженнями, лише стосовно окремих категорій прав, зокрема політичних (виборчих прав, права на об'єднання в політичні партії тощо), щодо користування якими існують певні обмеження для осіб без громадян-

ства (апатридів) та іноземців. Хоч і тут спостерігається тенденція до зрівняння в користуванні цими правами між громадянами держави й апатридами та іноземцями, які постійно проживають на її території. За загальним же правилом апатриди й іноземці, що проживають на території тієї чи іншої держави, перебувають під юрисдикцією її законів та міжнародного права.

2.5. Обмеження прав людини

Будь-які права людини, як би не інтерпретувалася їхня природа, реалізуються в суспільстві, нормальне функціонування і розвиток якого можливі лише за умов співробітництва людей, підтримання балансу інтересів окремого індивіда, особи та публічних інтересів. Як зазначається в статті 29 Загальної декларації прав людини, «кожна людина має обов'язки перед суспільством, в якому тільки й можливий вільний і повний розвиток її особи».

Інакше кажучи, людина як істота не тільки біологічна, а й соціальна, не може бути зовсім вільною від суспільства. Тим більше це стосується сучасного, доволі суперечливого суспільного життя, коли масштаби загроз і викликів для людини і суспільства з огляду на ряд причин — економічних і екологічних криз, тероризму, злочинності тощо — істотно зростають. Ігнорування в цих умовах обов'язків та відповідальності людей один перед одним, як і суспільства і держави перед людьми, неминуче призводить до крайнього індивідуалізму, егоїзму і вседозволеності, з одного боку, та державного свавілля — з іншого.

Звідси випливає, що безмежних, абсолютних прав людини в реальному житті практично не існує. Виняток із прав людини, які можуть претендувати на абсолютність, необмеженість, становлять хіба що право на людську гідність, та, можливо, ще два-три права, щодо необмеженості яких позиції в літературі розходяться. Всі інші права людини — громадянські і політичні насамперед — є відносними, тобто такими, що можуть бути обмежені. Може йтися лише про межі такого обмеження, які у свою чергу обумовлюються змістом права, його призначенням тощо.

Оскільки основоположні фундаментальні громадянські і політичні права мають своїм призначенням передусім захист сфери свободи людини від надмірного втручання держави, до визначення меж їх обмеження слід підходити особливо виважено, залишаючи якомога менше

простору для вільного розсуду держави, її органів та посадових осіб. Саме тому власне правові межі обмеження встановлюються Конституцією і законами.

Головним принципом, на якому мають ґрунтуватися подібні обмеження, є принцип пропорційності. Основне його призначення – це регламентація відносин між поставленою метою і засобами та способами її досягнення. «Загальний інтерес, яким керується держава, не може бути таким, що подавляє свободу окремої особи» – такий основний зміст цього принципу.

Якщо говорити конкретніше, йдеться про збалансованість, співмірність публічних (зокрема, державних) інтересів та інтересів окремої особи в разі виникнення потреби в обмеженні її прав. Як зазначалось в одному з рішень Федерального конституційного суду Німеччини, такі обмеження мають бути адекватними конкретній ситуації, що потребує такого обмеження, тобто знаходитись в прийнятному співвідношенні до ваги і значення основного права.

За сучасними європейськими стандартами вони:

- мають встановлюватися виключно законами;
- бути пропорційними до визначеної конституцією і законами мети;
- обґрунтовані публічними інтересами, необхідними для нормального функціонування демократичного суспільства, або захистом прав інших людей. Крім того:
- будь-які обмеження прав мають застосовуватися лише у тому разі, якщо не існує інших, менш обтяжливих заходів досягнення мети забезпечення публічних інтересів, прав інших осіб;
- наслідки обмежень прав не повинні бути надмірними;
- обмеження не повинні спотворювати суть обмежуваних прав.

На жаль, у вітчизняній практиці обмеження прав людини нерідко мають місце випадки, коли за нібито формально законним їх обмеженням спотворюється або й зовсім вихолощується принциповий зміст права.

Чи не найяскравішим прикладом такого спотворення можуть слугувати майже ідентичні судові рішення про «обмеження шляхом заборони» масових мирних зібрань громадян біля Адміністрації Президента України, Кабінету Міністрів України, інших урядових установ, Центральної виборчої комісії тощо, поширені як до, так і особливо під час Революції Гідності 2013–2014 років. Адже, скажімо, масові мітинги громадян проти фальсифікації виборів, які мали місце під час останніх виборчих кампаній, мають сенс лише тоді, коли громадяни можуть продемонструвати свій протест саме органам, які за законом відповідають за виборчий процес. Будь-який мітинг чи демонстрація,

проведені далеко за межами досяжності цих органів, а тим більше в безлюдних місцях на схилах Дніпра чи на Окружній дорозі, як пропонували деякі представники провладних фракцій у парламенті і високопоставлені державні чиновники під час масових мирних протестів кінця 2013 – початку 2014 років, повністю вихолощують суть цього права, доводячи ситуацію до абсурду.

Можна було б також навести подібні приклади з обмеженням інших прав людини, зокрема, права на вільне збирання, зберігання, використання і поширення інформації (за винятком суто конфіденційної) щодо публічних осіб; права володіти, користуватися і розпоряджатися своєю власністю, користуватися об'єктами державної і комунальної власності тощо.

Ситуація, яка склалася в Україні щодо обмеження прав людини, обумовлена певною мірою відсутністю, на відміну від багатьох європейських країн, прямого закріплення принципу пропорційності у Конституції України, хоч він впливає з більш загального конституційного принципу верховенства права, якому буде присвячений окремий розділ підручника. Проте головна проблема полягає не стільки у конституційному закріпленні названого принципу, хоч це зробити необхідно, скільки у зміні стилю мислення політиків, державних чиновників і юристів, що, як свідчить історія, відбувається досить повільно.

2.6. Міжнародні і європейські стандарти прав людини та їх вплив на правовий статус особистості і поступальний розвиток права

Тривалий час, навіть після виникнення поняття прав людини як окремої категорії, вважалося, що відносини між державою і людиною – це внутрішня справа держави, а тому вони мають регулюватися виключно національним, внутрішньодержавним правом, хоч окремі міжнародні акти, спрямовані на захист прав людини (заборона работоргівлі, захист жертв воєнних конфліктів тощо) з'явилися ще у другій половині XIX століття.

Такі настрої в деяких країнах, зокрема в Україні (принаймні серед політиків), повністю не подолані й сьогодні. Тим часом у сучасному світі проблема прав людини вийшла далеко за межі кордонів окремих дер-

жав, набувши надтериторіального, наднаціонального характеру. Вони перестали бути внутрішньою справою держав, а стали об'єктом міжнародно-правового регулювання.

Питання про необхідність закріплення і забезпечення прав людини в масштабах всього міжнародного співтовариства, а не лише в національних законах (передусім, конституціях) постало на порядку денному одразу ж після закінчення Другої світової війни, хоч про доцільність такого закріплення висловлювалися думки й раніше. Актуалізація цього питання в повоєнний період обумовлена насамперед масовими порушеннями прав людини під час війни, причому не тільки з боку ворожої сторони. Нерідко громадяни виявлялися незахищеними від свавілля влади власної держави.

Першим міжнародним актом, цілі якого ґрунтовані на загальній повазі до прав людини, став Статут ООН 1945 року; у статтях 1 та 55 він зобов'язував Організацію Об'єднаних Націй сприяти «повазі до прав людини і основоположних свобод для всіх, незалежно від раси, статі, мови і релігії». Свій подальший розвиток ці цілі одержали у прийнятій Генеральною Асамблеєю ООН 10 грудня 1948 року. Загальній декларації прав людини, яка проголосила досить широкий спектр громадянських, політичних, економічних, соціальних і культурних прав людини. Хоч Декларація не вважається (принаймні більшістю міжнародників) зобов'язальним міжнародно-правовим документом, сьогодні загальноновизнано, що вона є одним з найважливіших документів XX століття. Ніхто не сумнівається у тому, що Декларація становить собою той мінімальний набір прав людини, якого мають дотримуватися всі держави – члени ООН. Положення Декларації стали основою національних конституцій та численних міжнародно-правових документів з прав людини. Ці положення враховуються також в рішеннях міжнародних судових органів та інших юридичних актах.

Після прийняття Загальної декларації прав людини розпочалася тривала робота над підготовкою міжнародно-правових пактів з прав людини, які, розвиваючи положення Декларації, стали б юридично обов'язковими для держав, що приєдналися до цих пактів. Ця робота завершилася лише у 1966 році прийняттям двох міжнародно-правових пактів – про громадянські і політичні права та про економічні, соціальні і культурні права. Разом з Загальною декларацією прав людини ці міжнародні пакти (та два Додаткових протоколи до першого з них) становлять Міжнародний білль прав людини.

За майже 50 років, що минули з часу прийняття вказаних пактів, їх положення були розвинені і доповнені цілим рядом інших міжнарод-

но-правових документів у сфері прав людини – конвенцій, хартій, кодексів, резолюцій, протоколів тощо.

Узгоджені і визнані міжнародним співтовариством, зафіксовані в міжнародно-правових пактах та інших міжнародних документах принципи і норми щодо прав людини, дотримуватись яких має будь-яка цивілізована держава як член цього співтовариства, утворюють поняття «міжнародні стандарти прав людини». Термін «стандарт» (від англ. *standard*) означає «взірець», «модель». Відповідно до тлумачного словника української мови «стандарт» – це єдина типова форма організації і здійснення чого-небудь. У цьому разі йдеться про типову модель діяльності держав у сфері визнання, забезпечення і захисту прав людини.

Міжнародні стандарти прав людини конкретизуються і розвиваються регіональними міжнародними організаціями з урахуванням регіональних особливостей, пов'язаних з розумінням прав людини, історичними традиціями, ступенем розвинутості нормативної бази тощо.

В європейській літературі з загальної теорії права та міжнародного права найпоширенішим є поняття «європейські стандарти прав людини», що цілком логічно.

Європейські стандарти прав людини – це узгоджені і визнані європейським співтовариством (європейською спільнотою держав), зафіксовані в юридичних актах та інших документах європейських міжнародних організацій принципи і норми щодо прав людини, дотримуватись яких зобов'язана будь-яка держава – член цих організацій або ж яка має намір стати їх членом.

Історія становлення європейських стандартів прав людини фактично бере початок із створення у 1949 році міждержавної регіональної організації – Ради Європи, основним пріоритетом якої відповідно до статті 1 Статуту є «захист і подальший розвиток прав людини і основоположних свобод». Цілі Статуту Ради Європи знайшли свою конкретизацію в підписаній рядом держав у листопаді 1950 року у Римі Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (Європейської Конвенції про захист прав людини), до якої у 1997 році приєдналася Україна. Конвенція, на відміну від Загальної декларації прав людини, є міжнародно-правовим договором, що має зобов'язальний характер. Це впливає не лише із самої назви (від лат. *convention* – договір, угода), а й з її змісту. Відповідно до статті 55 Конвенції, держави-учасниці у разі виникнення спору, що підпадає під дію Конвенції, відмовляються вирішувати його будь-яким іншим міжнародно-правовим способом, ніж це передбачено Конвенцією.

Приєднуючись до Конвенції, держава бере на себе міжнародно-правові зобов'язання поважати права людини, гарантувати кожному, хто перебуває під її юрисдикцією, права і свободи, визначені Конвенцією (стаття 1). Це означає, що держава має дотримуватись цього мінімального європейського стандарту, визначеного Конвенцією; відхід від нього можливий лише в бік розширення прав і свобод людини.

Окрім вказаної Конвенції суттєвий внесок у формування європейських стандартів прав людини зробили ряд інших регіональних міжнародно-правових документів – Заключний акт Наради з безпеки та співробітництва в Європі (НБСЕ) 1975 року, підсумковий документ Віденської зустрічі держав – учасниць НБСЕ 1989 року, Паризька хартія для нової Європи НБСЕ 1990 року та ін.

Вплив міжнародних і європейських стандартів прав людини на її правовий статус та поступально-прогресивний розвиток права важко переоцінити.

З міжнародним (і, відповідно, європейським) визнанням прав людини особистість набуває принципово нового правового статусу, вона включається у сферу юридичних зв'язків, які не обмежуються кордонами окремої держави, і стає учасником процесів, що відбуваються у сфері прав людини у міжнародному та європейському співтовариствах, тобто набуває ознак міжнародної правосуб'єктності (суб'єкта міжнародного права), до чого повернемося пізніше.

Як носій прав і свобод людини особистість підпадає таким чином не тільки під юрисдикцію тієї чи іншої держави, а й під юридичний захист міжнародного співтовариства (міжнародного права).

Система засобів і способів такого захисту (її часто іменують міжнародною правозахисною системою) досить розгалужена. Вона охоплює комплекс взаємопов'язаних організацій, органів і установ та інститутів як планетарного, так і регіонального характеру.

Універсальний міжнародний захист прав людини здійснюється нині в межах ООН та її спеціалізованих органів і установ (Ради безпеки ООН, Комітету з прав людини, Комітету з прав дитини, Комітету ООН проти катувань, ЮНЕСКО, Міжнародної організації праці (МОП) тощо), а регіональний – в межах відповідних правозахисних систем – міжамериканської (організація американських держав), азіатської (Асоціація держав Південно-Східної Азії), африканської (Організація африканської єдності) та європейської.

Остання є найрозвиненішою і найдосвідченішою з регіональних правозахисних систем. Вона охоплює Раду Європи, Європейський союз, Парламентську асамблею Ради Європи, Міжпарламентську асамблею

Європейського Економічного Співтовариства (Європарламент), Раду ОБСЄ, Європейську комісію з прав людини та ін.

Особливе місце в міжнародній та регіональних правозахисних системах посідають міжнародні й регіонально-міжнародні суди. Серед перших відзначимо Міжнародний суд ООН (хоч його призначення – розгляд спорів між державами, проте за скаргами держав він може розглядати також справи, що стосуються прав людини; як свідчить його практика, такі справи були предметом розгляду неодноразово) та Міжнародний кримінальний суд (розглядає справи щодо осіб, відповідальних за найсерйозніші злочини, що викликають стурбованість міжнародного співтовариства – геноцид, апартеїд, злочини проти людяності, воєнні злочини тощо).

Регіональна європейська система юстиції включає два регіональних міжнародних суди – Європейський суд з прав людини (ЄСПЛ), створений відповідно до розділу 2 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (ЄСПЛ розташований у м. Страсбурзі) та Суд Європейського союзу (Європейський суд справедливості, розташований у Люксембурзі). Пряме відношення до України має поки що перший з названих судів, про що вже згадувалося. До його практики автори підручника звертатимуться й надалі під час розгляду наступних тем.

Значення міжнародних і європейських стандартів прав людини не обмежується міжнародним правом та набуттям особистістю нового правового статусу – учасника міжнародно-публічних правових відносин. Вони мають істотний вплив також на національне право, причому не лише як важливий фактор розвитку прав людини в окремих державах, а й як нормоутворювальний чинник загалом. Адже, як впливає із згаданих міжнародно-правових документів, обов’язок держави полягає не тільки у визнанні прав людини, зокрема через їх закріплення у конституціях і законах, а й у створенні механізмів забезпечення цих прав всіма державними структурами та здійсненні контролю за їх ефективністю. Інакше кажучи, орієнтиром всієї державної діяльності, наголосимо ще раз, має стати людина, її права і свободи. Існування держави та її інститутів виправдане в тій мірі, в якій вони спроможні задовольнити нагальні потреби людини.

Розділ 3

ПРИНЦИПИ ПРАВА

3.1. Природа принципів права

Принципи права – одне з найпоширеніших понять загальної теорії права. Вони є предметом розгляду практично всіх підручників і навчальних посібників із загальнотеоретичного правознавства. Проте, по-перше, принципи права розглядаються, як правило, після тем, присвячених походженню права, його ознакам, функціям тощо, чим створюється враження, що принципи права як феномен в історичній ретроспективі сформувався пізніше, ніж виникло саме право; по-друге, як і чимало інших тем, вони продовжують висвітлюватися переважно з позитивістських позицій.

Під принципами (від лат. *principium* – первинне, визначальне) права зазвичай розуміють відправні ідеї, основні засади, що визначають зміст і спрямованість правового регулювання.

Відповідно до усталеної з радянських часів традиції переважно тлумачиться також джерело походження принципів права. Вони розглядаються здебільшого як результат нормотворчої діяльності держави (яка у свою чергу ґрунтується на пізнаних об'єктивних закономірностях суспільного розвитку); закріплюються в нормативно-правових актах, насамперед в конституціях і законах, або прямо, або ж виводяться логічним шляхом із сукупності правових норм чи законодавства в цілому.

Залежно від формального закріплення (чи не закріплення) вихідних ідей права в нормативно-правових актах, досі поширеними є думки про необхідність розрізняти принципи права і принципи правосвідомості, принципи права і правові принципи тощо. Інакше кажучи, започаткований юридичним позитивізмом надмірний раціоналізм у підходах до розуміння природи принципів права у вітчизняному правознавстві не подоланий досі.

Тим часом природа принципів права набагато складніша; вона не може бути адекватно пояснена з юридико-позитивістських теоретичних позицій. Не зупиняючись на її детальній характеристиці, відзначимо основні моменти, які стосуються цього доволі складного питання.

1. Принципи права, як і право – це продукт людської діяльності. Становлення принципів відбувалося разом із становленням права в процесі взаємодії, комунікації між людьми.

2. Як невідчужувані права людини і право взагалі, принципи права мають недержавне джерело походження. Їх коріння часто слід шукати в релігії, зокрема в таких божественних заповідях, як «не вбий», «не укради» тощо, які фактично притаманні всім релігіям і які поширюються на віруючих незалежно від віросповідання і конфесій; у суспільній моралі, зокрема в таких її засадах, як «віддай кожному своє» (за його заслугами), «турбуючись про власне благо, не зашкодь іншому», «не будь суддею у своїй власній справі» тощо, які у свою чергу ґрунтуються на суспільних уявленнях про справедливість, правильність, добropорядність та інших моральних цінностях; у міфології (наприклад, встановлення табу на кровозмішування).

3. Формування принципів права підпорядковувалося вирішенню практичних завдань – прийняттю рішень у конкретних життєвих ситуаціях (казусах). Своїм формуванням принципи права й дотепер значною мірою зобов'язані судовій практиці, а не законодавцю.

4. У зв'язку з цим за західною традицією прийнято розрізняти природу принципів права, включених до текстів конституцій та інших нормативно-правових актів, і природу загальних принципів права, які можуть застосовуватися навіть за відсутності законодавчих текстів. Тобто джерелом таких принципів є не текстуальне чи змістовне їх закріплення в конституціях та інших нормативно-правових актах, а судова практика.

5. Це не означає, що судді є вільними у формулюванні тих чи інших загальних принципів права; вони не є продуктом виключно судового розсуду. Загальні принципи права – це вираження узагальненого правового досвіду та правових тенденцій, що розвиваються в глибинах нормативно розвиненого суспільного життя. На їх появу і розвиток впливають не тільки норми позитивного права, а й багато інших нормативних і ненормативних чинників – мораль, релігія, звичаї, політика (особливо міжнародна), наукові теорії і концепції тощо. Правовість же вказаних тенденцій полягає у тому, що вони, по-перше, тією чи іншою мірою змінюють передумови нормативно-право-

вого регулювання і визначають його спрямованість на майбутнє, а по-друге, неодмінно знаходять своє вираження (опредмечуються) в судовій практиці¹.

6. Як уособлення системи загальнолюдських суспільних цінностей, найважливіші принципи права мають універсальний характер, тобто в тому чи іншому варіанті притаманні всім правовим системам, хоч і мають різні форми зовнішнього вираження (далеко не завжди фіксуються в якомусь конкретному юридичному документі), різні термінологічні позначення² або навіть до цього часу існують в синкретичному, невідокремленому від інших соціальних регуляторів (релігії, моралі, звичаїв) вигляді, тобто їх виокремлення в особливу правову категорію не відбулося. Свою конкретизацію універсальні принципи знаходять в інших принципах, що відображають специфіку тих чи інших правових систем, їх структурних підрозділів тощо.

7. Принципи права не просто визначають зміст права та спрямованість правового регулювання, а й їхню людиноцентричну природу. Вони є своєрідним індикатором права, оскільки задають формат, який дозволяє праву виконувати своє призначення в суспільстві – створювати умови для нормальної життєдіяльності людей, бути антиподом свавілля і беззаконня, забезпечувати рух суспільства до свободи і соціального прогресу.

8. Усвідомлення того, що принципи права, як і право загалом, є результатом творчої діяльності людей, їхнього практичного досвіду, що вони покликані слугувати передусім людині – носію абсолютної, а не тільки соціальної цінності, забезпеченню її невідчужуваних прав і свобод – необхідна умова світоглядного переосмислення наших традиційних уявлень про право та інші правові явища. Саме цим переважно зумовлене місце теми принципів права в структурі цього підручника.

¹ Бержель Ж.-Л. Общая теория права. – М., 2000. – С. 168.

² Наприклад, англomовні слова *libertas* і *freedom*, які українською мовою перекладаються як «свобода», позначають одну з провідних ідей права, але ця ідея не вважається такою для японської традиції. Слово «свобода» (*jiyu*) в японській мові ототожнюється з егоїзмом, протиставленням себе колективу, тобто має негативний відтінок, а отже, позначає не цінність, а антицінність. Проте це зовсім не означає, що в Японії (зокрема, в японській конституції) не визнаються ті правові цінності, які в європейських мовах позначаються словом «свобода» – свобода вираження поглядів, свобода мирних зібрань, свобода вибору місця проживання тощо. Японською мовою вони передаються просто іншими термінами чи словосполученнями.

3.2. Поняття принципів права та їх класифікація

Як випливає з викладеного, під принципами права слід розуміти відправні ідеї, що визначають природу права, його соціальне призначення, найбільш важливі юридичні вимоги, творцями й адресатами яких є люди (суб'єкти права).

Сформулюємо **ознаки принципів права**.

1. Принципи права як **безпосереднє вираження, уособлення загальнолюдських суспільних цінностей** (людської гідності, особистої автономії, солідарності, довіри тощо) спрямовані на їхнє утвердження, забезпечення і захист, дозволяють відтворити їх при формуванні та дії права. Принципи права символізують дух права, пов'язують право з мораллю, політикою, економікою, переводять на мову правових категорій і репрезентують суспільні інтелектуально-ціннісні настанови і тенденції. Принципи формують переконання суб'єктів у правовій сфері, впливають на ухвалення ними юридично значущих рішень.

2. Принципи права мають **найбільш загальний, абстрактний характер**. У зв'язку з цим перед суб'єктами нормотворчості і правозастосування постає важливе завдання – наповнити принципи як загальні ідеї нормативним змістом. Таке наповнення відбувається в процесі практичної діяльності різних гілок влади. Зрозуміло, що це є традиційним завданням органів законодавчої влади, яке виконується ними в процесі поточної нормотворчості. Важливу роль у вираженні принципів та їх застосуванні відіграють також суди. Питання про специфічний зміст принципу зазвичай вирішується ними тоді й остільки, коли й оскільки це стає необхідним при вирішенні конкретної справи. Унаслідок цього принцип як ідея перетворюється на сукупність конкретних вимог.

3. Принципи права **визначають зміст системи права та її структурних елементів**, а також **напрями їхнього подальшого розвитку**. Вони виконують функцію стрижнів системи права, сприяють її єдності та стабільності, об'єднують і цементують такі важливі складові системи права, як галузі, підгалузі та інститути права. Принципи права в обов'язковому порядку відображаються у принципах нормотворчості, правозастосування, тлумачення права, визначають напрям розвитку всієї правової системи.

4. Принципи права **спрямовують формування норм права**. Останні формуються під впливом певного принципу або групи принципів і не повинні їм суперечити. Норми права зазвичай є проявами

дії принципів, засобами їх конкретизації. Наприклад, принцип справедливості знаходить свою конкретизацію в багатьох процесуальних нормах: право на судовий захист порушеного права, право на правову допомогу, право бути заслуханим у суді, вимоги гласності та змагальності судового процесу, неупередженості судочинства, розгляду справи у розумний строк та ін.

5. Від правових норм принципи права відрізняються **більшою стабільністю**, оскільки залишаються незмінними протягом тривалого часу.

Отже, **принципи права** – це найбільш загальні і стабільні вимоги, що уособлюють суспільні цінності, дозволяють відтворити їх при формуванні та дії права, визначаючи його характер і напрями подальшого розвитку.

Залежно від сфери дії принципів у межах системи права вони поділяються на **загальні, міжгалузеві, галузеві**, а також на **принципи підгалузей та інститутів права**. Ці принципи притаманні, відповідно, праву в цілому, декільком галузям права, окремим галузям, підгалузям або інститутам права.

Особлива значущість певних принципів для права дає можливість виокремити **основоположні принципи права**, тобто ті, що лежать в його основі, утворюють його фундамент.

3.3. Основоположні і загальні принципи права

Основоположні принципи права – це найбільш важливі, фундаментальні вимоги, на яких ґрунтується право як соціальний регулятор.

Ці принципи є вираженням найважливіших цінностей, що притаманні праву, і тому найбільш яскраво виражають його дух. Вони забезпечують змістовну легітимацію права, визначають розуміння «правильного» і «неправильного», є дороговказами при встановленні межі між дозволеним і недозволеним у суспільних відносинах.

На підставі цих принципів формуються норми й інститути всіх галузей права, приймаються нормативні та індивідуальні правові акти, здійснюється весь процес правового регулювання. Вони втілюють нерозривний зв'язок минулого, сьогодення та майбутнього правової системи, характеризують специфіку правової культури суспільства.

Основоположними принципами права є такі.

1. **Справедливість**, котра від античності до сьогодення розглядається як провідна ідея, обов'язковий елемент права. Вона є вирішальною у визначенні права як регулятора суспільних відносин, одним із його загальнолюдських вимірів.

Принцип справедливості слід розглядати у трьох аспектах: формальному, змістовному та процедурному.

1.1. Основна ідея **формальної справедливості** – до однакового слід ставитись однаково. Вона присутня в самому понятті права, яке за своєю природою є нормативним явищем. Саме право здатне виконувати роль незацікавленої особи, яка вирішує конфлікти, що виникають між людьми. Воно має демонструвати *неупередженість* (безсторонність) та *послідовність* як при створенні, так і при застосуванні правил. Саме з цього, наприклад, впливає образ богині справедливості Феміди із зав'язаними очима. Мінімальною умовою справедливості є заборона свавілля. У правовій сфері формальна справедливість втілюється в принципі *формальної рівності*.

1.2. **Змістова справедливість** втілюється в такому загальному принципі права, як пропорційність. За влучним висловом Ульпіана, справедливість – це незмінне і постійне прагнення надати кожному належне йому право. Символом пропорційності можуть бути терези Феміди, які в цьому контексті відповідають за точність вимірювань належного.

Змістова справедливість вимагає, зокрема, пропорційності юридичної відповідальності вчиненому правопорушенню, установлення і диференціювання публічно-правових обмежень залежно від конкретних обставин, що зумовлюють їхнє запровадження, установлення і застосовування справедливих та ефективних форм перерозподілу суспільного доходу з метою забезпечення добробуту всіх громадян.

1.3. **Процедурна справедливість** вимагає додержання процедурних правил, спрямованих на забезпечення справедливості результату, незалежно від інших обставин. Наприклад, під час судочинства вона зумовлює такі правила: не можна бути суддею у власній справі; кожна сторона повинна бути вислуханою; обвинувачений може зберігати мовчання; суддя має виявляти неупередженість (безсторонність); процес повинен бути публічним та ін.

2. **Рівність** є обов'язковою вимогою, що ставиться до будь-якої правової системи. Вона передбачає вимогу поводитися в однакових випадках однаково, а у відмінних – неоднаково і забороняє дискримінацію як одне з найочевидніших порушень принципу рівності. В ос-

нові сучасного розуміння рівності лежить *ідея справедливої рівності можливостей*, згідно з якою членам суспільства мають бути створені реальні можливості конкурувати з іншими його членами, причому з достатніми шансами на успіх.

З цією метою право, по-перше, запроваджує такі принципи, як ***рівність перед законом, рівність перед судом, рівність прав, свобод і обов'язків громадян***.

По-друге, надзвичайно важливим для реалізації рівності є ***принцип недискримінації***, який означає заборону необґрунтованого відмінного ставлення (встановлення різниці, винятків, обмежень чи переваг) до осіб, які перебувають в однаковій ситуації, чи однакового підходу до осіб, які перебувають у відмінних ситуаціях.

По-третє, заради сприяння рівності держава може вдаватися до ***позитивної дискримінації (політики позитивних дій)***, котра реалізується як тимчасовий захід з метою створення більш сприятливих умов для певної категорії осіб порівняно з іншими категоріями і в такий спосіб компенсує існуючу між ними фактичну нерівність. Так, в Україні політика позитивних дій реалізується для того, аби досягти гендерної рівності.

3. **Свобода**. Право ґрунтується на визнанні свободи беззаперечною соціальною цінністю, послідовно втілює її у своїх принципах та інститутах, закріплює та захищає легітимовану міру свободи. Усе це дає підстави розглядати право як головну інституцію, що забезпечує індивідуальну свободу, а свободу – як одну з основних ідей, що надихають право. Безпосереднім виявом свободи в усіх її багатоманітних життєвих виявах є *права людини*. Вони надають особі конкретного, реально-го статусу вільної людини, захищають її від можливих порушень.

Принцип свободи зумовлює *такі вимоги, що мають бути втілені в праві*: принцип «людині (громадянину) дозволено все, що не забороняється законом»; принцип поваги і непорушності прав людини; принцип автономії; принцип багатоманітності; принцип толерантності; принцип субсидіарності та ін.

4. **Гуманізм**. Він вимагає визнання людини найвищою цінністю, виходить з презумпції доброчесності людини. Гуманізм означає, що право має бути підпорядковане служінню людині, її потребам та інтересам, забезпеченню їх юридичної захищеності, створенню умов для вільного людського розвитку і самореалізації. Особливе значення для сучасного права має *ідея гідності людини*, яка є однією із загальних конституційних засад (див. статтю 3 Конституції України). Визначальним для втілення і захисту гідності особистості, її індивідуальності та неповторності є інститут невід'ємних і невідчужуваних прав людини.

Загальні принципи права – це вихідні ідеї, що притаманні праву в цілому, діють у всіх його галузях та інститутах.

Загальні принципи поширюються на всі галузі та інститути права. Вони надають правопорядку *необхідний аксіологічний вимір*, указуючи на цінності, які визначають право в цілому, утворюють моральну основу права, його духовний фундамент. Загальні принципи формують підвалини не тільки тлумачення та реалізації норм права, а й самого процесу нормотворчості, є конкретизацією основоположних принципів, на основі яких вони забезпечують єдність права.

На думку багатьох дослідників, загальні принципи права *тісно пов'язані з теорією природного права*. Вони нерідко ґрунтуються на «природній справедливості», загальній для всіх правових систем, розглядаються як засіб перенесення природного в позитивне право. Без цих принципів правопорядок, імовірно, не зміг би існувати.

Водночас деякі загальні принципи (спеціальний закон скасовує загальний; наступний закон скасовує попередній; ніхто не може передати прав більше, ніж має сам; суд повинен поважати думку демократично легітимованого законодавця; суд не повинен без вагомих підстав відступати від існуючої практики; «мертве право» (*jus nudum*) не є правом та ін.) породжені вимогами *юридичної логіки, техніки й практики*.

До загальних принципів права належать принципи правової визначеності, пропорційності, добросовісності, розумності та ін.

Основу **принципу правової визначеності** утворює концепція *передбачуваності*, згідно з якою суб'єктам має бути забезпечена можливість планувати свої дії із впевненістю, що вони знають про правові наслідки своїх дій. Цей принцип вимагає, зокрема, аби правові акти заздалегідь оприлюднювалися, діяли на майбутнє, були ясними, точними, чіткими та несуперечливими. Застосування актів також має бути передбачуваним для індивідів.

Принцип правової визначеності зазвичай розглядається як складова принципів верховенства права, рівності та справедливості: без цього принципу не може бути забезпечено однакове застосування права, що неминуче призводить до сваволі, яка є несумісною з верховенством права і справедливістю.

Оскільки ідеї правової визначеності мають втілюватись у процесі як нормотворчості, так і реалізації права (правозастосування), це логічно зумовлює дві групи відповідних вимог:

- *вимоги до нормативних актів*. Так, акти мають бути зрозумілими, несуперечливими і повинні пропонувати повне врегулювання; акти мають обов'язково оприлюднюватися, повинні не мати зворотної дії, бути стабільними і послідовними;

- *вимоги до їх застосування* (нормативно-правові акти повинні виконуватися; має існувати практика їх однакового застосування; рішення судів повинні бути остаточними, обов'язковими та виконуваними).

Принцип пропорційності (співмірності) також ґрунтується на ідеї справедливості і розглядається як елемент принципу верховенства права, про що детальніше йтиметься у розділі 21. Відповідно до цього принципу юридичні дії та владні рішення мають проходити *тест на пропорційність*, що включає три критерії: по-перше, засіб, призначений для досягнення мети влади, повинен підходити для досягнення цієї мети (*доречність*); по-друге, з усіх придатних має бути обрано той засіб, який найменше обмежує право приватної особи (*необхідність*); по-третє, збиток особи від обмеження її права повинен бути пропорційним вигоді від досягнення поставленої мети (*пропорційність у вузькому розумінні*). Пропорційність у вузькому розумінні також нерідко іменують *принципом балансування*.

Так, оцінюючи доречність певного засобу, необхідно врахувати неможливість застосування заборонених засобів (наприклад, катувань), що робить недоречним подальший аналіз тих чи інших обмежень на предмет їх пропорційності. Крім того, оцінюванню підлягає легітимність мети застосування засобу, яка має впливати з конституції і законів. Засіб є доречним, якщо він є дійсно обґрунтованим і придатним для досягнення мети.

Водночас доречність засобу необов'язково свідчить про те, що він є єдино можливим. Якщо існують інші, менш обтяжливі засоби, то у держави немає розумних підстав використовувати засоби, що передбачають більше втручання: більш м'які засоби є оптимальними; вони краще відповідають інтересам громадян, при цьому рівною мірою відповідаючи інтересам держави.

Перевірка пропорційності передбачає також порівняння інтенсивності втручання з метою, яка переслідується. У цій ситуації беруться до уваги правові та моральні цінності суспільства, здійснюється зважування та балансування прав, інтересів та цілей сторін. Баланс можна вважати справедливим (розумним) лише за умови, що обмеження, яке запроваджується, не посягає на саму сутність того чи іншого права і не призводить до втрати його реального змісту.

Принцип добросовісності передбачає необхідність *сумлінної і чесної поведінки* суб'єктів при виконанні ними своїх юридичних обов'язків і здійсненні своїх суб'єктивних прав. Його ідея знайшла своє втілення у сформульованих Ульпіаном трьох основних приписах права: чесно жити, не завдавати шкоди іншому, віддавати кожному належне.

Принцип добросовісності містить вимоги, які допомагають усунути або пом'якшити недоліки абстрактної і формальної природи норм права, наблизити їх до ідеалів справедливості, рівності, свободи та гуманізму. Цей принцип лежить в основі механізмів самозахисту правової системи, які забезпечують повагу до її кінцевих цілей і дозволяють їй корегувати відхилення, що викликані використанням юридичних правил у тих випадках, коли під час нормотворчості, правозастосування, реалізації чи тлумаченні норм права має місце порушення «духу» права при відповідності його «букві». Він виступає як безпосередній регулятор прав і обов'язків суб'єктів права, лежить в основі важливих правових презумпцій (презумпція добросовісності поведінки приватної особи, презумпція добросовісності законодавця, платника податків та ін.).

У принципі добросовісності слід виділити два аспекти:

1) *добросовісність при реалізації прав і повноважень*, що втілюється в концепціях неприпустимості зловживання правом, заборони обходу закону, добросовісної помилки та ін.

Наприклад, неприпустимість зловживання правом зазвичай розглядають як один із аспектів (продовження) конституційних положень, згідно з якими здійснення прав і свобод людини не повинне порушувати права і свободи інших осіб. Зловживання правом – це своєрідне спотворення права. У цьому разі особа надає своїм діям повну видимість юридичної правильності, використовуючи насправді свої права, окремі норми та інститути права в цілях, які є протилежними тим, що переслідує саме право;

2) *добросовісність при виконанні обов'язків*, яка стосується як договірних, так і недоговірних зобов'язань.

Принцип розумності вимагає *обґрунтованості* та *послідовності* поведінки суб'єктів права (у тому числі суб'єктів владних повноважень), встановлює необхідність їх *розсудливості* і *обачності*. Суб'єкти мають зважувати власні дії з урахуванням їхнього значення та наслідків, аби визначити шкоду, яку вони можуть завдати, зіставляти власну оцінку з оцінкою інших. Принцип розумності вимагає перевіряти дії цих осіб на відповідність *здоровому глузду*. Крім того, у деяких випадках (наприклад, при регламентації поведінки суб'єктів владних повноважень, суб'єктів підприємницької діяльності) при визначенні розумності оцінюється також *ефективність дій*. Вимоги розумності лежать в основі ряду важливих юридичних стандартів: «розумна людина», «розумні строки», «поза розумним сумнівом» та «достатня підстава», «розумні очікування», «явна необґрунтованість» та ін. Слід зазначити, що

принцип розумності нерідко розглядається як складова верховенства права, що зумовлює такі вимоги до правової системи, як розумна стабільність, послідовність нормотворчості, існування усталеної практики реалізації права, необхідність відповідності права принципам природного права тощо.

3.4. Галузеві та міжгалузеві принципи права

Поряд із основоположними і загальними принципами в системі права існують міжгалузеві та галузеві принципи, а також принципи підгалузей права і правових інститутів. Ці принципи досліджуються насамперед галузевими юридичними науками.

Міжгалузеві принципи права – це найбільш загальні та стабільні вимоги, що притаманні декільком галузям права, визначають їх характер та напрями подальшого розвитку.

Наприклад, процесуальні галузі права мають такі спільні принципи, як змагальність сторін, гласність судового процесу, незалежність суду, розумність строків та ін. Міжгалузевими можна вважати принцип відповідальності за вину, заборону двічі притягувати особу до юридичної відповідальності одного виду за вчинення нею одного й того самого правопорушення (*non bis idem*) та ін.

Галузеві принципи права – це найбільш загальні та стабільні вимоги, що притаманні певній галузі права, визначають її характер та напрями подальшого розвитку.

Наприклад, цивільному праву притаманні такі принципи, як свобода договору, свобода підприємницької діяльності, судовий захист цивільного права та інтересу тощо. Трудове право ґрунтується на принципах свободи праці і заборони примусової праці, заборони дискримінації в трудових відносинах, поєднання централізованого та локального правового регулювання трудових відносин, забезпечення єдності та диференціації правового регулювання трудових відносин, необхідності соціального діалогу і партнерства та ін.

Ще більш спеціальними є ***принципи підгалузей права і правових інститутів***. Так, найважливішими вимогами виборчого права як підгалузі конституційного права є принципи загального, рівного й прямого виборчого права та таємного голосування. Інститут апеляції в кри-

мінальному процесуальному праві ґрунтується на принципах розгляду справи в межах апеляційної скарги, недопустимості погіршення правового становища обвинуваченого та ін.

3.5. Фіксація та застосування принципів права

Принципи права виникають як ідеї і поступово отримують визнання серед юридичної спільноти, віддзеркалюються у правових актах (нормативно-правових, правозастосовних, інтерпретаційно-правових, індивідуальних тощо). Розуміння цих ідей як принципів права зумовлено насамперед почуттям правомірності, яке формується у суб'єктів права, визнанням їхньої значущості та доцільності для забезпечення правового порядку. Підтримання їхньої сили залежить від збереження цього почуття.

Важливе значення для формування та визнання принципів має юридична діяльність, особливо – судочинство. Найвища загальність і абстрактність суспільних цінностей часто-густо залишає судам достатню свободу розсуду й оцінок у процесі вирішення конкретних справ, в яких відбувається безпосереднє зіткнення різноманітних правових інтересів, вимагає розвитку і конкретизації правових ідей, створення критеріїв, необхідних для їхнього практичного застосування, формування відповідних правових позицій. Завдяки визнанню і формулюванню змісту принципів суди сприяють інтеграції в правопорядок соціальних реалій і сучасних цінностей, адаптують юридичні правила до умов суспільного життя, що постійно змінюються.

При цьому слід виходити з того, що формулювання принципів права має відбуватися у процесі постійної комунікації між людьми – суб'єктами права, суддями, спільнотою юристів та громадськістю. Відповідні судові рішення повинні бути схвалені юристами-практиками, юридичною наукою та мають отримати загальне суспільне визнання. Обставиною, що легітимує таку діяльність, є її спрямованість на забезпечення і захист суспільних цінностей, утвердження верховенства права.

Як і правові норми, принципи **зазвичай закріплюються у джерелах права** – нормативно-правових актах, судових прецедентах, судовій практиці та ін. Залежно від форми викладення можна виділити принципи, що безпосередньо сформульовані в джерелах права, і принци-

пи, що не мають прямого вираження в джерелах права, існують в непрямій (латентній) формі.

Водночас при застосуванні вимог деяких принципів права (основоположних та загальних) не завжди існує необхідність посилатися на інше джерело права (закон, правовий звичай тощо). Встановлення факту їхнього існування є процесом, за якого індукція з юридичних актів і правових інститутів має комбінуватися з обов'язковим урахуванням переваг щодо цінностей, що знаходять чітке вираження у житті відповідного суспільства. Саме тому ці принципи часто розглядають як **самостійне джерело права** у міжнародному та європейському праві, а також у правових системах романо-германського права. Це дає можливість судам застосовувати право в умовах існування прогалин і суперечностей. Крім того, це дозволяє уникнути ототожнення права із законами, запобігає створенню та застосуванню несправедливих, свавільних законів. У певній ситуації суд може діяти поза законом або всупереч закону, тобто приймати рішення *extra legem* (за межами закону), але завдяки його узгодженню з принципами – *intra jus* (в межах права).

Застосування принципів права відбувається в процесі як нормотворчості, так і реалізації норм права.

Так, **у процесі нормотворчості** принципи:

1) *висувають вимоги до нормотворчої діяльності*, що має відповідати певним базовим засадам (зокрема, принципам справедливості, гуманізму, правової визначеності, добросовісності, розумності);

2) *визначають зміст норм права*, що створюються на розвиток того чи іншого принципу або групи принципів. Наприклад, при встановленні санкцій кримінально-правових норм законодавець, керуючись принципом справедливості як дороговказом, повинен забезпечити відповідний вибір покарань, що можуть застосовуватися за вчинення злочинів, додержання системної послідовності встановлення покарань у санкціях Особливої частини Кримінального кодексу України, відповідність видів і розмірів (строків) покарань тяжкості злочинів, можливості сукупності злочинів, додержання можливості справедливого застосування санкції до всіх категорій осіб, які підлягають кримінальній відповідальності, установлення в альтернативних санкціях проміжних за суворістю видів покарань, пропорційність підвищення і зниження розмірів (строків) покарань та ін.;

3) *використовуються при перевірці правового характеру норм під час їх створення*. Наприклад, при встановленні обмежень прав людини законодавець повинен перевірити норми на відповідність принципам заборони дискримінації, пропорційності та правової визначеності.

У процесі реалізації норм права вони:

1) є *орієнтиром при тлумаченні норм права*. Особа, яка здійснює тлумачення, має прагнути того варіанта тлумачення, який найкраще вписується в чинну правову систему. Тому найбільш обґрунтованим є той варіант, який узгоджується з принципами права, що мають глибоке системоутворювальне значення. При встановленні змісту закону (*mens, sententia, vis ac potestas legis*) інтерпретатор має виходити з припущення, що він спрямований на забезпечення дії принципів права, а не на їх заперечення;

2) є *підставами для перегляду правових актів*. Посилання на принципи може допомогти усунути порушення прав, що їх припустилися під час прийняття та застосування норм права. Наприклад, згідно з частиною 3 статті 2 Кодексу адміністративного судочинства України адміністративні суди мають повноваження перевіряти нормативно-правові та індивідуально-правові акти (рішення) суб'єктів владних повноважень на їх відповідність таким принципам права, як рівність, пропорційність, добросовісність, неупередженість тощо;

3) *допомагають при подоланні юридичних недоліків (дефектів)* – прогалин і колізій в законодавстві, застарілого характеру норм. Традиційно використання принципів права пов'язується із подоланням прогалин у законодавстві. Одним із засобів вирішення цієї проблеми є застосування аналогії права, тобто вирішення справи (за наявності прогалини і відсутності «аналогічної» правової норми) на основі загальних або галузевих принципів права. Важливо зазначити, що в цьому випадку суб'єкт правозастосування не може прийняти рішення, посилаючись лише на принцип: на основі принципу як стандарту він має спочатку запропонувати правило з чітко сформульованими умовами його дії і наслідками, діючи при цьому замість законодавця, і вже на підставі цього правила вирішити конкретну справу.

Принципи права сприяють також *подоланню колізій у законодавстві*. Основні колізійні правила (більш пізній закон скасовує дію більш раннього, акт вищої юридичної сили скасовує дію акта меншої юридичної сили, спеціальний закон скасовує дію загального та ін.) існують протягом багатьох століть у різних правових системах світу та завдяки своїй імперативності розглядаються як загальні принципи права. Крім того, принципи права можуть використовуватися при подоланні колізії у разі збігу колізій (наприклад, при збігу темпоральної та змістовної або ієрархічної і змістовної колізій), а також у разі, якщо вибір між конфліктуючими нормами неможливо зробити на підставі традиційних правил (наприклад, у випадку колізії спеціальних норм).

Розділ 4

СОЦІАЛЬНЕ РЕГУЛЮВАННЯ І ПРАВО

4.1. Поняття соціального регулювання та його система

З часів, коли люди виокремилися із природного середовища в соціальну спільноту індивідів і почали пристосовувати навколишнє середовище до власних потреб, їхня поведінка не була хаотичним набором рухів, а була підпорядкована меті спільного існування. Переважно це стосувалося забезпечення власної безпеки, харчування, умов продовження роду тощо. Однак одна, окрема людина поза соціумом, без взаємодії з іншими ні в стародавні часи, ні нині виконати ці завдання не в змозі. Свідомо чи інстинктивно люди були змушені узгоджувати свою поведінку один з одним для досягнення як спільної, так і окремої мети. Саме через злагодженість своєї поведінки люди отримали можливість задовольняти свої потреби та інтереси як цілі свого існування. Ознака узгодженості з іншими характеризує таку поведінку, як **«соціальну»**. Умови спільного існування не лише зумовлювали поведінку людини, а й вимагали від неї відповідної поведінки, впливаючи на неї за допомогою різних засобів. Безпосередній процес цілеспрямованого впливу на поведінку людей становить поняття **соціального регулювання**. У процесі розвитку соціального середовища, виникнення нових соціальних інститутів, явищ, ускладнення взаємозв'язків між людьми потреба узгоджених дій, спрямованих на досягнення конкретного, усвідомленого результату не зменшувалася, а навпаки, лише зростала. Створювалися не тільки правила, норми поведінки, а й важелі, які спонукали людей виконувати, не порушувати такі правила, або ж нести відповідальність у разі ігнорування вимог соціальних регуляторів.

Тож за допомогою яких важелів здійснюється такий цілеспрямований вплив, який регулює взаємовідносини людей у власному середовищі?

Умови життя людини у суспільстві на підставі наведених вище обставин змушували людей узгоджувати свою поведінку, унормовуючи свої відносини для забезпечення їхньої користі для себе та можливостей подальшого розвитку. Але наші пращури не мали подібного до сучасного рівня розвитку, знань про навколишню дійсність, які б дали їм змогу пояснити зрозумілими на сьогодні категоріями те, звідки, чому і навіщо необхідне таке унормовування. Люди пояснювали необхідність діяти тим чи іншим чином, спираючись на тодішній світогляд і власний досвід.

Можна припустити, що обґрунтування правил поведінки були не дуже різноманітними: це була переважно воля богів, рішення старійшини або той аргумент, що так робили предки з незапам'ятних часів, тобто звичай. Такі пояснення могли існувати як окремо, так і разом для певних правил поведінки. На початкових етапах становлення права його норми існували у тісному переплетінні з моральними, релігійними, звичаєвими та іншими правилами поведінки в синкретичному, невідокремленому вигляді, тобто як мононорми. І лише внаслідок тисячолітнього розвитку людства, який супроводжувався ускладненням соціальних відносин усередині людської спільноти, розширенням світогляду людини, з мононорми почали виокремлюватися моральні, звичаєві, релігійні та ін.

У різних народів у різні часи одні соціальні регулятори, або як їх ще називають, соціальні норми, могли переважати над іншими, а потім мінятися місцями. В одних цивілізаціях перевага надавалася нормі, встановленій владою, а в інших – звичаєм. В одних народів право ототожнювалося і продовжує ототожнюватися з релігією та її нормами, а в ранні періоди історії не було поділу між правом і мораллю. Але яким би регуляторам не надавалася перевага, поряд завжди існували інші. Зв'язок між ними був і залишається дуже тісний, від ототожнення до протиставлення, а в певних випадках і як джерельна база один для одного. Всі ці соціальні норми суспільства в дії, зв'язки, які утворюються між ними, становлять **систему соціального регулювання**.

На сьогодні до основних елементів системи соціального регулювання прийнято включати такі явища, як право, мораль, звичаї; релігію, корпоративні норми, політику тощо. Цей перелік не є вичерпним. Надалі зосередимо свою увагу на його найважливіших компонентах. Всіх їх об'єднує одна ознака: вони мають спільне соціальне коріння, причини, які викликали до життя і розвитку вказані явища, пов'язані з потребами та інтересами людини і були зазначені вище. Відповідно, і всі вони, тісно переплітаючись одне з одним у процесі застосування, мають одну мету: регулювати поведінку людини в соціальному середовищі.

Серед названих вище регуляторів особливе місце посідають так звані норми позитивного права. До них належать: норми права, зокрема ті, що встановлені державою, правовий звичай, корпоративні норми, зокрема норми транснаціональних корпорацій, тощо. Їх виокремлення зумовлюється тим, що вони мають формалізований характер, є обов'язковими для суб'єктів, яких стосуються, встановлюються зовнішнім авторитетом, і в сучасному світі їх дієвість, зокрема, але не тільки, забезпечується за допомогою важелів, які в своєму розпорядженні має держава.

У своїй сукупності, не заперечуючи одне одного, правила поведінки закріплені у позитивному праві, звичаях, моралі, релігійних, політичних та інших нормах, утворюють складну матерію соціального регулювання, яка функціонує в будь-якому суспільстві. Залежно від історичного періоду, панівних правових парадигм всі ці норми разом, окремо або у частковій взаємодії одні з іншими визнавалися правом того чи іншого суспільства. Інакше кажучи, право утворювалося, черпало свій авторитет, підстави для свого розвитку та удосконалення у тісній взаємодії, а інколи й у протиставленні і боротьбі з усіма названими вище нормами соціального регулювання.

У межах тематики цього розділу розглянемо питання співвідношення з правом найважливіших соціальних регуляторів, а саме: моралі, звичаїв, релігії, корпоративних норм та політики.

4.2. Право і мораль

Співвідношення цих явищ хвилює філософів і теоретиків права вже не одне століття. Цьому питанню приділяли свою увагу філософи І. Кант, Г. Гегель, Й.Г. Фіхте та ін. Праці, присвячені виключно співвідношенню названих явищ, публікували такі визначні теоретики права, як Б. Кістяківський, М. Чижев, М. Ренненкампф та ін.

Чим можна пояснити такий інтерес до цих категорій? Як вже було зазначено, коріння всіх соціальних регуляторів спільне, одним із них є необхідність взаємоузгоджених дій людей для досягнення певних цілей. Ні в давнину, ні нині вибір як мети, так і засобів і можливостей її досягнення у людини не безмежний, як не безмежні самі людські можливості. Люди завжди вимушені обирати, порівнювати, встановлювати пріоритети, різноманітні засоби та шляхи досягнення окресленого. І саме цей внутрішній процес порівняльної оцінки, вибору мети

і пріоритетів є справою моралі. А єдиним, універсальним критерієм вибору в усі часи були поняття добра та зла.

Це не єдиний спосіб формування моральних норм у процесі суспільного розвитку, джерелами моралі стають релігійні заповіді, соціальна етика, соціологічні або біологічні спостереження¹.

Таким чином, через внутрішні, особистісні оцінювальні судження, що є добре, зло або ж справедливе чи ні, для кожної окремої людини чи спільноти в тій чи іншій ситуації обирався відповідний варіант поведінки. Людина мала можливість визначитися, як їй діяти, вчиняти або утримуватися від дії. І як наслідок цього процесу здійснювалося соціальне регулювання поведінки людини в конкретних обставинах, які вимагали вибору. У моралі крім соціального регулювання є ще одна важлива функція. Мораль є складовою оцінювального мислення, через яке люди орієнтуються у життєвих умовах і адаптуються до них або ж, навпаки, прагнуть їх змінити, прогнозують свою поведінку та поведінку інших.

Тобто соціальна регуляція на підставі моральних норм, що також властиво і правовим нормам, відбувається як внутрішнє веління свідомості людини, яка оцінює дійсність або обирає варіант поведінки. Такий внутрішній процес може відбуватись як на раціональному, так і на ірраціональному рівні. Ірраціоналізація моральних норм пов'язана переважно з тісним переплетінням моралі та релігії. Їх взаємозв'язок не можна недооцінювати. У різні часи і дотепер моральні та релігійні норми або ототожнювалися, або існували паралельно. Сумління як складова моралі вважалося божественним проявом у людській душі. Але, незважаючи на спільні риси, різниця між моральними і релігійними нормами існує. Це стосується і способу, яким формуються норми, і джерел їхнього авторитету, і санкцій, які настають у випадку їх невиконання. Детальніше цей аспект буде розглянуто далі, в частині, присвяченій співвідношенню релігії і права.

Також складний взаємозв'язок правових і моральних норм. Історія розвитку правової думки збагачена теоріями, які визначали право як частину моралі (А. Шопенгауер, В. Соловйов, Г. Еллінек), тобто той мінімум зовнішніх вимог, які необхідні для збереження суспільства. А максимум вимог – це внутрішній закон, який повинен панувати у людському серці як закон любові, співчуття до ближнього тощо.

Існували і протилежні теорії, які жорстко розмежовували мораль і право, визнаючи мораль як внутрішній закон, який регулює не стільки зовнішню поведінку, скільки внутрішній настрій, на противагу праву,

¹ Бергель Ж.Л. Общая теория права. – М., 2000. – С. 93.

яке регулює виключно зовнішню сферу людських дій, і для нього байдуже, яким настроєм зумовлені ті чи інші дії.

Спостерігаючи за навколишньою дійсністю, не можна не побачити, що співвідношення права і моралі набагато багатогранніше, ніж протиставлення чи ототожнення. Знайомі всім релігійні постулати – не кради, не вбий – є одночасно і моральними, і правовими нормами, які закріплюють за людиною право на життя та власність. Одночасно існує дуже багато моральних норм, які напряду не відображені у праві: повага до ближнього, доброзичливість, допомога іншому у скруті, почуття обов'язку тощо. Ці правила винятково індивідуальні, залежно від обставин людина сама вирішує, що і як їй робити. Крім того, існує велика кількість правових норм, зміст яких, на перший погляд, байдужий до моралі, наприклад, військові статuti, правила дорожнього руху, державний бюджет тощо. Але моральна нейтральність таких правових норм зберігається лише у разі їх дотримання, у випадку ж їх порушення як з погляду моралі, так і з правового погляду справедливо буде відновити порушені права, компенсувати шкоду та покарати винних.

Моральний аспект у випадку розслідування правопорушення проявляється найвиразніше, досить згадати підстави притягнення до юридичної відповідальності. Невід'ємною частиною складу правопорушення буде доведеність вини підозрюваного. Будь-яка судова інстанція повинна з'ясувати, який був намір (прямий чи опосередкований), ступінь усвідомлення небезпечних наслідків, мета і причини, які спонукали до дій тощо. Все перелічене стосується саме внутрішніх поведінкових регуляторів. Від наявності чи відсутності розкаяння (тобто власної моральної оцінки діяння) напряду може залежати суворість покарання або ж, навпаки, можливість звільнення від юридичної відповідальності.

Більш того, у випадку здійснення правосуддя із залученням присяжних питання, наскільки поведінка підсудного відповідала вимогам суспільної моралі, наскільки кара за проступок буде справедливою, можуть набагато переважити за актуальністю питання тяжкості наслідків проступку або чи була підсудним взагалі порушена норма права.

Наведені вище приклади свідчать про те, що право і мораль тісно переплетені, вони ґрунтуються на спільних для них засадах справедливості, свободи та рівності. Визначальною як для права, так і для моралі є категорія справедливості.

Суттєвою, якщо не основною, рисою як права, так і моралі є факт постійного та регулярного здійснення у житті відповідних норм. При цьому наявність зовнішнього авторитету, який встановлює чи контролює такий процес, не є вирішальною. Щоб пересвідчитися у цьому, достатньо

звернути увагу на регулювання відносин між людьми у суспільствах, де з тих чи інших причин була відсутня або стала відсутня державна влада. У будь-якому випадку там, де живуть люди, між ними укладаються угоди, беруться шлюби, здійснюються обміни, виникають та повертаються борги, засуджується невиконання взятих зобов'язань, надається взаємна допомога, батьки піклуються про дітей тощо. Це свідчить про те, що як моральні, так і правові норми виступають насамперед у ролі внутрішніх регуляторів поведінки людей, хоча аспект зовнішнього регулювання також не варто ігнорувати. Раніше вже йшлося про вплив релігії (церкви) на формування моральних норм; правові норми також можуть бути сформульовані державою й отримати відповідний захист з її боку у разі їх невиконання. Але навіть у такому випадку державний примус не стає вирішальним чинником для виконання як правових, так і моральних норм, як і сам факт можливості застосування іншого примусу. Норми стають обов'язковими тільки тоді, коли люди вірять в їх обов'язковість і готові їм підкорятися.

Більшість із моральних норм неформалізовані, існують і виконуються без чітко визначених санкцій (наслідків) або не містять інших санкцій за їх невиконання, ніж докори сумління. У непоодиноких випадках, коли в змісті моральної норми, наприклад, вірності подружжя, ми можемо виокремити можливість настання несприятливих наслідків для її порушника, вибір варіанта поведінки залишається достатньо індивідуальною справою.

Так само реалізація правових норм, навіть тих, що сформульовані державою, у більшості життєвих ситуацій не залежить від неї. Люди вступають у правовідносини передусім не тому, що бояться державного репресивного апарату чи іншої кари, а тому, що це їм необхідно або вигідно для досягнення власної мети, задоволення власних потреб та інтересів. Людина може прожити повноцінне життя свідомо, інтуїтивно чи за звичкою беручи участь у безлічі правовідносин, зокрема, з публічними інститутами, не маючи при цьому справи з судом чи з правоохоронними органами держави.

Для моралі та права роль держави має більше значення у випадку порушення існуючих моральних і правових норм. Виконуючи свої функції у сфері правотворчості та правоохорони, держава формулює правові норми, за допомогою яких можливо притягнути до юридичної відповідальності винних за порушення як правових, так, і в окремих випадках, моральних норм.

Проте тісне переплетення моралі та права не означає, що ці явища в сучасному світі є синкретичними, як це було у давнину. Правильно буде говорити про тонку грань, яка розділяє мораль від права, та про складність пошуку межі між правовими та моральними нормами.

При цьому виникає запитання: чи взагалі можливе право, яке б суперечило моралі, інакше кажучи, чи можливе існування «аморального права»?

Загальновідомими є сучасні норми права які, на перший погляд, вступають у конфлікт із моральним нормами, наприклад, дозвіл на переривання вагітності, еутаназія, клонування людини, сурогатне материнство, одностатеві шлюби, легалізація проституції або наркотиків тощо. У більшості ці протиріччя між мораллю і правом зумовлені релігійною основою відповідних моральних норм, тобто правилами, встановленими ще одним соціальним регулятором, але ці протиріччя однак існують. Тож, чи правильно припускати аморальний характер наведених вище правових норм?

Незважаючи на можливу дискусію з цього приводу, спільні засади, на яких формуються та існують як правові, так і моральні норми, перетинання ролей у справі суспільного регулювання, не дають вагомих підстав для їх протиставлення, інакше кажучи, переваг одних над іншими. Як вже зазначалось, визначальною спільною засадою як щодо моралі, так і щодо права є категорія справедливості. Проте що є справедливим для регулювання тієї чи іншої ситуації, яка норма (права чи моралі) має превалювати? На це запитання можна відповісти, лише зважаючи на конкретні права людини, для захисту чи забезпечення яких слугуватиме відповідна норма.

У будь-якому випадку в сучасних демократичних країнах формулювання державою вищезгаданих норм права можливо тільки після досягнення в суспільстві певного консенсусу, зокрема щодо приписів моральних, релігійних чи інших соціальних норм.

Наведені вище приклади виразно демонструють, що відносини між мораллю і правом є доволі складними, і ці явища не слід ні ототожнювати, ні протиставляти. Підсумовуючи викладене, слід зазначити, що і мораль, і право слугують меті соціального регулювання та містять правила поведінки в людській спільноті. Моральні норми здебільшого є внутрішнім регулятором, встановленим власним переконанням; норми права – як внутрішнім, так і зовнішнім регулятором у суспільних відносинах. Відповідно, примус виконувати моральні і правові норми є переважно індивідуальною справою, що не виключає можливості настання зовнішньо опосередкованих санкцій за невиконання як правових, так і моральних норм. За своєю суттю правові норми не можуть бути аморальними, для своєї дієвості, особливо в частині регулювання прав людини, вони мають відповідати моральним нормам. Крім того, право, не втручаючись у регулювання сфер, які вже врегульовані моральними нормами, може бути застосоване для захисту цих норм від порушення.

4.3. Право і звичай

Розглядаючи співвідношення права і звичаю, треба насамперед зазначити, що звичай як усталене правило поведінки в подібних життєвих ситуаціях був і залишається дієвим соціальним регулятором. В історичній ретроспективі звичай і був правом, яке в сучасній правовій доктрині прийнято іменувати звичаєвим правом.

Така властивість звичаю була визнана юридичною наукою не одразу. До початку XIX століття звичай самостійною формою права не визнавався. Тільки з розвитком історичної школи права стало можливим доведення факту утворення правовідносин на підставі норм, які виникли на основі звичаю, а також формування звичаю з реальних правовідносин у суспільстві. На відміну від панівного у ті часи позитивістського бачення права, історична школа, зокрема такі її представники, як Ф. Савіньї та Г. Пухта, доводили, що існує багато правових норм, які сформувалися і набули форми звичаю без будь-якого втручання законотворця. Сучасні дослідження у галузі етнології та антропології права лише підтверджують той факт, що становлення права у давні часи відбувалося саме у формі звичаю. Норми, які входили у звичай, були обов'язкові не тому, що протягом тривалого часу застосовувалися на практиці до однорідних життєвих ситуацій, а тому, що звичай закріплював вже існуючий стан речей, і тому ставав правовою нормою, яка апріорі визнавалася обов'язковою.

Звичай, як і мораль – універсальний соціальний регулятор. Як не можна уявити людину без моралі, так і не можна уявити правову систему, яка б не брала свої витоки зі звичаю і в тій чи іншій формі не зберегла його до наших днів.

Первісно звичай виникав у різноманітних соціальних утвореннях як правило, обов'язкове для виконання лише членами цієї групи. Звичай формувався і закріплювався у свідомості людини як необхідне правило поведінки, будь то правило розподілу здобичі, визначення метричної міри чи шлюбний звичай або обряд. Людина була носієм звичаю і водночас ланкою, через яку він передавався наступним поколінням у незмінній формі. Поступово в процесі ускладнення соціальних відносин та розвитком суспільства із місцевих звичаїв утворювалися звичаї, які набували загального характеру, або ж правила поведінки для певної групи, класу або ж національності. Інакше кажучи, звичаї відображали панівні в тій чи іншій групі чи місцевості погляди на право. Звичаї як соціальні регулятори можна спостерігати у найрізноманітніших сферах людської діяльності і взаємодії, наприклад, звичаї торгового мореплавства, торгові звичаї, церковні, міжнародні і навіть звичаї ведення війни.

Звичай є досить досконалою формою права, оскільки найбільш влучно передає стан людської правосвідомості, виникає з найбільш важливих потреб людського життя, є більш зрозумілим та доступним для звичайних людей, ніж норми права, сформульовані державою. Також звичай досить консервативний, він не змінюється разом із зміною нормативно-правових актів чи навіть зі зникненням одних та утворенням інших держав. Такі властивості забезпечували йому доволі довге домінування у правових системах, але з виникненням державних інститутів почалася ера переоцінки ролі звичаю в соціальному регулюванні.

Таким чином, до формування писаного права правила поведінки переважно фіксувалися у звичаях, які діяли в різноманітних соціальних сферах, спираючись при цьому на моральні та релігійні норми того часу. За допомогою звичаю регулювалися відносини відправлення релігійних культів, які у сукупності створювали так звані релігійні звичаї, за звичаєвими нормами регулювалися торговельні відносини, частина яких до сьогодні іменується торговельними звичаями або звичаями ділового обігу. Звичай визначав умови вступу в шлюб, права і обов'язки подружжя, розподіл їхнього майна. За звичаєм вирішувалися суперечки в соціальній групі, так само, як і питання відносин з іншими соціальними групами тощо. Таким чином, до того часу, коли створилися правові та соціальні умови для виникнення держави, соціальне регулювання у суспільстві в різних сферах здійснювалося переважно за допомогою звичаєвих норм. Державі необхідно було не порушувати того ладу, який створив підґрунтя для утворення і функціонування її інститутів. Перші пам'ятки так званого писаного права є нічим іншим, як зафіксованими звичаями. Суди як у додержавні часи, так і з виникненням держави продовжували застосовувати звичай, тим самим легітимуючи його як соціальний регулятор. Звичай, зафіксований письмово, використаний у судовому рішенні, набував властивостей, яких в нього не було, а саме: точності, визначеності і стабільності. Але при цьому звичай лише наголошував на своєму консервативному, казуальному характері, розрахованості на конкретний життєвий випадок.

Поступово в процесі еволюції життя ставало дедалі динамічнішим, що у свою чергу вимагало формулювання норм, які б були більш пристосовані до реального життя. Джерелом таких норм ставали державні інституції, які почали формулювати писані норми права, що мали абстрактний характер, тобто були пристосовані до необмеженого кола випадків.

Однак створені державними органами норми не витіснили звичай як соціальний регулятор, хоч сфера його застосування істотно звузилась. В системі соціального регулювання йому залишається місце незалеж-

но від того, визнає його держава чи ні. Це як правило сфери суспільних відносин, які не потребують правового регулювання з боку держави – відносини у родині, у релігійних культах, обрядах, правилах етикету тощо. У багатьох країнах звичай може застосовуватися, зокрема, але не виключно, при регулюванні торговельних відносин, будучи при цьому самостійним джерелом права. Звичай є одним з джерел міжнародного права. У світі також є чимало країн із так званими традиційними правовими системами, в яких функціонують паралельно право, сформоване державою, і звичаєве право, яке зберігається у суспільстві з часів його виникнення. Насамперед це стосується країн африканського континенту.

4.4. Право і релігія

Термін «релігія» має багате змістовне забарвлення, але основний зміст, який він виражає, стосується ідеї зв'язку або поєднання людини з вищою істотою або силою.

Культ як акт зовнішнього шанування вищих істот, сил відомий з часів, коли ще не були сформовані сучасні загальновідомі світові релігії. Пояснити непоясненне, зрозуміти сенс життя і своє місце у світі, захистити себе за допомогою союзу з вищими, тобто сильнішими, істотами – таке прагнення людини у первісному та навіть у сучасному світі є цілком природним.

Перші культи сформувалися у відносно замкнутих соціальних системах і не поширювалися на інші групи людей, які могли створювати інші відмінні культи. Але в будь-якому разі і ті, й інші мали не тільки власне пояснення походження культу, а й певний порядок його здійснення, тобто ритуал. Ритуал або обряд були нічим іншим, як сприйнятим соціальною групою набором правил проведення церемоній, служб чи інших релігійних дій, які мали сакральне значення. Ці правила сприймалися як зрозумілі як для людей, так і для божества. До божества зверталися, не тільки надаючи почесні, а й з проханнями допомоги у вирішенні тих чи інших справ, вірячи у божественну мудрість, справедливість, милосердя, захист тощо. Не дивно, що в багатьох релігіях бог є тим беззаперечним авторитетом, який ділиться своєю мудрістю з простими людьми, даруючи останнім заповіді, закони, настанови, за якими повинні жити віруючі люди.

Прикладом надання правил поведінки від вищого створіння до людей через земного посередника можуть бути закони Хаммурапі, за-

кони Мойсея, починаючи з десяти заповідей, які стали фундаментом одночасно для єврейського права та християнської моралі, мусульманське право, основою якого стали пророцтва Мухаммеда, які йому послав Аллах тощо. Під вплив релігійного регулювання або ж інтересу поступово потрапляли все нові й нові відносини соціального життя. Релігійні норми починають конкурувати з нормами права, встановленими світськими владами, у певних галузях, витісняючи і замінюючи їх, а в інших – існуючи паралельно.

Епоха Середньовіччя в Європі відзначилася доведенням до довершеності церковного та канонічного права. Найвідомішою пам'яткою канонічного права Європи визнається *Corpus Juris Canonici*, який становив собою збірник норм, що керували діяльністю церкви у духовній та світській юрисдикції, визначав її устрій та був протиположним римському *juris civilis*. За допомогою канонічного права класичні римські цивільні норми були пристосовані до потреб соціального регулювання країн, які виникли через тисячу років після зникнення Риму як імперії. Канонічне право було всюди – і в регулюванні міжнародних відносин, і при визначенні злочинів, у питаннях здійснення державної влади тощо. Християнська мораль поступово стала відображатись у цивільному та сімейному праві. Свій зміст канонічне право черпало не лише зі священних книг, а й із постанов вселенських і національних соборів, рішень церковних судів, церковно-юридичних звичаїв та навіть світських законів, які правителі приймали для церковної юрисдикції.

Роль релігії для розвитку права складно недооцінити, почуття віри у вищі ідеали, яке притаманне будь-якому культу, так само є необхідним для сприйняття вихідних ідей (принципів) права – справедливості, свободи, рівності тощо. І в минулому, і тепер праву та релігії властиві такі спільні риси, як ритуальність, традиційність, авторитетність та універсальність¹. З усіх соціальних регуляторів релігійні норми вплинули на розвиток права безпосередньо. Більше того, на думку Дж. Бермана, подвійність церковної та світської юрисдикції та множинність світських юрисдикцій створювали гостру конкуренцію, з якої вийшло не лише правління законом (*rule by law*), а й панування права (*rule of law*)².

До сьогодні в світі існують країни, правові системи яких базуються на догматах ісламу. Релігія вплинула на зміст моральних норм, які одночасно ставали нормами релігійної моралі. Релігія не оминула звичаю,

¹ Берман Г. Дж. Вера и закон: примирение права и религии. – М., 1999. – С. 6.

² Берман Г. Дж. Западная традиция права: эпоха формирования. – М., 1998. – С. 10.

створивши різновид церковних звичаїв; вона була основою для створення різновиду корпоративного права, яке регулювало відносини між кліриками; ставала основою для формування світського права як джерело для його правових норм.

І до сьогодні, поступившись так званому світському писаному праву, релігійні норми в багатьох країнах продовжують застосовуватися нарівні з іншими соціальними нормами для регулювання суспільних відносин, і навіть протистояти юридичним нормам, сформульованим державою. Прикладом цього можуть бути випадки ісламського фундаменталізму або суспільних протистоянь, конфліктів, коли світська держава намагається регламентувати за допомогою закону питання організації культу, майнові права конфесій або ж питання, які зачіпають релігійні догми, такі, які стосуються, зокрема, абортів, контрацепції, штучного запліднення, одностатевих шлюбів тощо. Це, на думку Ж. Бержеля, свідчить про те, «скільки сил ще, консервативної або революційної спрямованості, зберігає релігія і який вплив вона продовжує мати на суспільство та юридичні правові системи»¹.

4.5. Право і корпоративні норми

Корпоративні норми є ще одним соціальним регулятором, який відомий з давніх часів, але на відміну від моральних, звичаєвих чи релігійних, формування корпоративних норм відбулося значно пізніше, а саме в часи, коли в суспільстві почали створюватися стійкі групи людей, об'єднаних спільним інтересом. Корпоративні норми виникали не в результаті багатократного повторення, як звичай, і не як ставлення до вчинків інших, що властиво моралі, а в результаті необхідності забезпечити існування і подальший розвиток соціальної спільноти, об'єднаної спільною справою.

Корпоративні норми більш подібні до церковного права, якщо сприймати церкву як корпорацію, об'єднання, але в тому аспекті, що норми є обов'язковими лише для членів такої корпорації. У цьому прикладі церковні норми або норми церковного права будуть обов'язковими для застосування виключно кліриками і вірянами цієї церкви. Корпора-

¹ Бержель Ж.Л. Общая теория права. – М., 2000. – С. 282.

тивні норми як різновид правових норм були і залишаються властивими для всіх більш-менш стійких громадських об'єднань.

Епоха Середньовіччя демонструє формування і розвиток цехових об'єднань, гільдій за професійною ознакою – предтеч сучасних профспілок – та відповідне формування цехового корпоративного права. Корпоративні норми регулювали питання не лише внутрішньоцехової організації, а й питання прийому в цех (професію) нових членів, взаємовідносини з місцевою громадою та владою, цехове судочинство тощо. Відлуння тих часів зберігається і донині.

Наприклад, у Західній Європі чи США питання набуття кваліфікації адвоката, аудитора, архітектора тощо вирішується відповідними органами за участю представників професійних корпорацій згідно зі встановленими корпораціями нормами, регламентами, стандартами кваліфікації тощо. Таким чином, корпоративні правові норми перетинаються із правовими нормами, сформульованими державою, які сприймають їх як бажаний чинник стабільності правової системи. Більше того, у випадку відповідного санкціонування, корпоративні норми можуть ставати частиною загальнообов'язкових правових норм.

Так, в Україні як національні стандарти використовуються Міжнародні стандарти аудиту, розроблені та прийняті Комітетом з Міжнародної аудиторської практики Міжнародної федерації бухгалтерів (*International Federation Accountants – IFAC*).

Суттєвим доповненням до існуючого порядку соціального регулювання є корпоративні норми, які зафіксовані у статутах господарюючих суб'єктів або громадських об'єднань, а також у кодексах корпоративної поведінки, колективних угодах тощо, які є чинними для членів таких організацій і, відповідно, є частиною позитивного права.

У наш час в епоху глобалізації такі норми виходять за межі національних правових систем, регулюючи корпоративні відносини на транснаціональному рівні у різних юрисдикціях. Одним із прикладів цього є так зване спортивне право, сучасні норми якого формуються різноманітними міжнародними спортивними федераціями. Правила гри, проведення змагань, суддівства, розгляду суперечок тощо набувають свого визнання та підтримки як на рівні національних правових систем, так і на міжнаціональному рівні.

Більш того, корпоративні норми можуть не лише заповнювати прогалини у позитивному праві, а й перебувати у протиріччях з ним, змушуючи його модифікуватися. Прикладом цього є корпоративні норми, сформовані професійними спілками, які у разі відсутності консенсусу або компромісу з чинним позитивним правом можуть викликати со-

ціальний конфлікт (страйк), вимагаючи, таким чином, зміни існуючих норм позитивного права і пристосування їх до вже вироблених корпоративних правил.

Зазначена вище різноманітність форм (джерел) формування та існування корпоративних норм (у церковному праві, нормах професійних спілок та деяких професій, у правилах, які діють у межах корпорацій як на національному, так і транснаціональному рівнях тощо) дає можливість припустити, що природа корпоративних норм не зводиться винятково до одного з різновидів позитивних норм або джерел права, а є набагато ширшою і глибшою. Ця природа пов'язана із суттю корпорації як окремого соціального явища, котра має власні причини виникнення, розвитку і функціонування в суспільстві. Детальніше це питання буде розглянуто у розділі «Джерела права».

4.6. Право і політика

Існують різні підходи до визначення політики: це і мистецтво управління (державою); спрямованість діяльності держави або соціальних груп у різних сферах: економіці, соціальних і національних відносинах, безпеці тощо; або загальне керівництво для дій і прийняття рішень.

У будь-якому разі політика – це діяльність, яка відбувається у соціумі з метою досягнення певної управлінської мети. У процесі її досягнення суб'єкти політичної діяльності – політичні і громадські діячі, політичні партії і рухи, державні службовці з відповідним статусом, зокрема вищі посадові особи держави, органи державної влади тощо – не лише керуються нормами права, яке сформулювала держава, та іншими соціальними нормами, про які вже йшлося, а й виробляють свої власні політичні норми, зумовлені специфікою політичної діяльності та політичної боротьби.

Політичні норми як соціальні регулятори, на перший погляд, подібні до корпоративних норм (формуються у певному визначеному колі суб'єктів), але на відміну від більшості корпорацій, провести чіткі межі між суб'єктами політичної діяльності досить складно.

Загалом будь-який громадянин, який має право голосу, беручи участь у виборах та надаючи перевагу тій чи іншій політичній партії, автоматично стає суб'єктом політики, оскільки своїм рішенням (волевиявленням) впливає на формування вищих чи інших органів представницької влади. Тому ознакою політичних норм будуть не стільки суб'єкти, які

підпадають під дію цих норм, скільки об'єкт, з приводу якого вони виникають, тобто політика.

Своєму виникненню політичні норми завдячують конкурентній боротьбі партій за право брати участь в управлінні державою. Політичні норми можуть бути сформульовані державою та знайти своє відображення у конституції або ж у нормативно-правових актах, які замінюють чи конкретизують конституцію. Політичні норми набувають свого закріплення у статутах політичних партій, коаліційних та інших політичних угодах, вони можуть існувати також у вигляді політичних звичаїв та традицій.

Політичні норми мають також інші особливості, можливо, дискусійні. Наприклад, у співвідношенні з моральними нормами, яким, на відміну від правових, політичні норми можуть протиставлятися. Варто згадати один із принципів, сформованих Н. Макіавеллі стосовно політичної діяльності: «Мета виправдовує засіб». Іншою особливістю політичних норм, яка вирізняє їх поміж соціальних норм, є та, що політика як середовище, в якому формуються політичні норми, має безпосередній вплив на правотворчий процес. Наприклад, з одного боку, за допомогою політичних норм політики можуть лобіювати інтереси бізнесу, а з іншого, беручи участь у правотворчості, вони можуть сформулювати правові норми, якими регулюється здійснення лобістської діяльності.

Специфіка політичної діяльності зумовила ще одну особливість, а саме: судовий розгляд відносин, якщо вони мають ознаки «політичного питання». Однойменна доктрина вперше була формалізована і застосована Верховним судом США, який постановив, що Верховний суд має право не розглядати відверто політичні питання. Їх мають вирішувати політичні органи. Рішення, які базувалися на такій самій позиції, приймали вищі суди Великої Британії та Австралії.

Сучасне розуміння принципу верховенства права встановлює інший принцип, а саме: навіть якщо питання політичне, але воно повинно було бути прийняте за певною правовою процедурою, яка порушена, або ж політичне питання зачіпає права і свободи людини і громадянина, суд зобов'язаний розглянути таку справу. На відміну від США, Великої Британії та Австралії, в Європі доктрина «політичного питання» не набула поширення, зокрема тому, що розгляд питань з яскравим політичним забарвленням є одним з провідних повноважень конституційних судів, що знаходить своє відображення у конституціях. Це стосується не лише політичних норм, інші соціальні норми, зокрема релігійні, корпоративні, також можуть бути об'єктом дослідження судом на предмет прийнятності, якщо вони вступають у конфлікт із основоположними правами і свободами людини.

Розділ 5

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ

5.1. Поняття правового регулювання. Правове регулювання і правовий вплив

Правове регулювання, як впливає з попереднього розділу, є одним з видів соціального регулювання. Воно виокремилася з останнього на певному етапі розвитку людського співжиття в результаті еволюції типів соціальних зв'язків між людьми та засобів і способів їхнього оформлення.

Правове регулювання – це *впорядкування поведінки учасників суспільних відносин за допомогою спеціальних юридичних засобів і способів*.

Для правового регулювання характерні такі риси:

1) правове регулювання здійснюється **із використанням різноманітних юридичних засобів** – інструментів, за допомогою яких задовольняються інтереси суб'єктів права, забезпечується досягнення соціально корисних цілей (норм права, нормативно-правових актів, актів застосування права, актів реалізації прав і обов'язків та способів – заборони, дозволянь, зобов'язань тощо);

2) **об'єктом** правового регулювання є поведінка людей та їх об'єднань у суспільстві, яка через свою соціальну значущість регулюється нормами права (юридично значуща поведінка). Крім того, в юридичній літературі використовується більш широке, ніж правове регулювання, поняття «*правовий вплив*», безпосереднім об'єктом якого є не тільки поведінка людини, а також її свідомість, психіка;

3) правове регулювання поширюється не на всі суспільні відносини, а лише на ті, що **становлять предмет правового регулювання** (тобто на суспільні відносини, які можуть бути упорядковані юридичними засобами і способами та об'єктивно потребують такого упорядкування);

4) правове регулювання є тривалим процесом, який може бути **розділений на кілька відносно самостійних етапів (стадій)**;

5) правове регулювання має **державну забезпеченість**. Держава гарантує єдність, системність, результативність та загальну ефективність правового регулювання. Зокрема, держава встановлює загальні засади правового регулювання, здійснює нормотворчість та правозастосування, розв'язання конфліктів між суб'єктами права. Водночас слід підкреслити, що в правовому регулюванні – у певних межах та формах – беруть участь й інші суб'єкти права, які зацікавлені в правовому упорядкуванні суспільних відносин і використовують для цього необхідні юридичні засоби і способи.

Усі елементи правового регулювання є взаємообумовленими і становлять **механізм правового регулювання**, тобто логічно узгоджену, динамічну систему уніфікованих юридичних засобів і способів, необхідну й достатню для забезпечення результативного правового регулювання суспільних відносин. Повнота та дієвість такого механізму є необхідною й достатньою умовою ефективного правового регулювання.

Ефективність правового регулювання – це його спроможність приводити до максимально можливих позитивних результатів за рахунок обґрунтованих, розумних і доцільних витрат та обмежень.

Вона визначається двома показниками. З одного боку, ефективність вираховується як співвідношення між реальними і запланованими результатами правового регулювання, а з другого – як відношення досягнутого результату регулювання до понесених при цьому витрат і докладених зусиль.

Складність і неоднорідність правового регулювання визначають різноманітність його **видів**, що класифікуються за рядом критеріїв.

1. *Залежно від характеру правил*, за допомогою яких здійснюється регулювання, розрізняють:

- **нормативне правове регулювання**, що здійснюється за допомогою норм права – правил загального характеру, які характеризуються неперсонифікованістю і невичерпністю і закріплюються в нормативно-правових актах та інших джерелах права;

- **індивідуальне (ненормативне) правове регулювання**, що здійснюється за допомогою індивідуальних правил, які зазвичай є персоніфікованими та вичерпними і закріплюються в актах правозастосування, договорах та ін.

2. *Залежно від характеру розподілу регулятивної компетенції* виокремлюють:

- **централізоване правове регулювання**, коли регулятивні повноваження належать центральним органам державної влади;

- **децентралізоване правове регулювання**, яке передбачає здійснення регулятивних повноважень місцевими органами державної влади, органами місцевого самоврядування та іншими суб'єктами права.

3. *Залежно від порядку формування юридичних засобів* виокремлюють:

- **субординаційне правове регулювання**, яке має односторонній характер і не передбачає узгодження правил з їх адресатами (класичним прикладом такого регулювання є видання нормативно-правового акта);

- **координаційне правове регулювання**, яке має двосторонній або багатосторонній характер і полягає у встановленні відповідних юридичних правил шляхом досягнення згоди адресатів таких правил (наприклад, шляхом укладання договору).

4. *Залежно від участі адресата правил в правовому регулюванні* розрізняють:

- **гетерономне правове регулювання**, яке передбачає встановлення правил для адресата зовні, тобто іншим суб'єктом права;

- **автономне правове регулювання**, яке передбачає встановлення правил самим адресатом правил. Таке регулювання поширюється виключно на власну поведінку суб'єктів.

5.2. Предмет правового регулювання

Предметом правового регулювання є такі суспільні відносини, упорядкування яких можливе і водночас доречне саме за допомогою юридичних засобів і способів, адже право є універсальним соціальним регулятором, проте не єдиним і не всеохоплюючим.

Існують певні об'єктивні можливості права, які визначають **межі правового регулювання**, поза якими воно стає неефективним, некорисним і навіть здатне перетворитися на свою протилежність – стати неправовим, тобто шкідливим. Визначення цих меж є необхідним з метою запобігання тотальному регламентуванню суспільного життя і втручання держави в особисте життя членів суспільства. Право досягає своїх цілей і дійсно регулює суспільні відносини лише остільки, оскільки поведінка людей, якої вимагають його норми, є об'єктивно

можливою і відповідає соціальним, зокрема економічним і політичним, умовам.

Отже, не всі суспільні відносини підлягають правовому регулюванню, а тільки ті, що відповідають певним **ознакам**:

- 1) мають соціальну значущість;
- 2) зачіпають інтереси інших осіб або суспільства у цілому;
- 3) припускають можливість соціального конфлікту внаслідок вартості та обмеженості ресурсів (суспільних благ), з приводу яких вони виникають;
- 4) є сталими, нерідко повторюваними;
- 5) не можуть бути ефективно врегульованими за допомогою інших соціальних регуляторів без залучення права;
- 6) припускають можливість зовнішнього, саме правового контролю над ними.

Коло суспільних відносин, що підлягають правовому регулюванню, не є постійним; воно може змінюватися залежно від потреб суспільства.

Предмет правового регулювання має важливе значення для галузевого розмежування норм права. Якісно однорідні суспільні відносини утворюють сферу, на яку поширюється та чи інша галузь права і яка перебуває під її юрисдикцією. Предмет вважають *основним* та *об'єктивним (матеріальним)* критерієм для такого розмежування: саме він диктує насамперед необхідність виокремлення певної галузі (основний критерій); крім того, він має об'єктивний зміст, який визначається характером суспільних відносин і не залежить від суб'єкта (об'єктивний, або матеріальний критерій).

Відмінності предметів правового регулювання різних галузей права пов'язуються з особливостями суб'єктів та об'єктів різноманітних відносин, специфікою поведінки та соціальних фактів, що породжують виникнення або припинення відповідних відносин.

5.3. Методи, способи і типи правового регулювання

Спосіб правового регулювання – це прийом регламентації поведінки суб'єктів права шляхом надання їм прав та/або покладання на них обов'язків.

Класичними способами правового регулювання є:

1) **юридичне дозволяння**, яке полягає у визнанні за особою суб'єктивного права, тобто можливості реалізації певного варіанта своєї поведінки – здійснення юридично значущих дій або утримання від них. При цьому використання такої можливості не є обов'язковим, а залежить від власного розсуду уповноваженого суб'єкта;

2) **юридичне зобов'язання**, яке виявляється у покладенні на особу юридичного обов'язку активного типу, що спонукає її до здійснення певних юридично значущих дій;

3) **юридична заборона**, яка встановлюється шляхом покладення на особу юридичного обов'язку пасивного типу, відповідно до якого вона має утримуватися від певних юридично значущих дій.

Комбінації способів правового регулювання характеризують певну спрямованість впливу права на суспільні відносини, визначають типи правового регулювання.

Тип правового регулювання – це характеристика загальної спрямованості впливу права на суспільні відносини залежно від того, який із способів правового регулювання лежить в його основі – дозволяння чи заборона.

Загальнодозволений тип правового регулювання заснований на поєднанні загального юридичного дозволяння у формі визнання права із встановленням окремих обмежень (винятків) за допомогою юридичних заборон. Він є відображенням принципу «дозволено все, крім того, що прямо заборонено нормами права». Загальнодозволене регулювання надає особі право обрати будь-яку поведінку, крім тієї, щодо якої нормою права встановлено заборону.

Спеціально-дозволений, або дозвільний, тип правового регулювання заснований на поєднанні загальної юридичної заборони зі спеціальним юридичним дозволянням у формі дозволу. Цей тип надає особі право тільки на ту поведінку, що прямо передбачена нормами права, і, відповідно, забороняє поведінку, що нормами права прямо не визначена («заборонено все, крім того, що прямо дозволено нормами права»).

Домінування загальнодозволеного або, навпаки, дозвільного типу правового регулювання зумовлюється впливом різних чинників: історичних традицій, рівня культури, характеру правової системи тощо. Однак головним чинником є особливості відносин, що регулюються правом. Так, для більшості приватноправових відносин характерним є перевага загальнодозволеного регулювання, яке встановлюється для фізичних та юридичних осіб, а для публічних – дозвільного. Останнє

поширюється, зокрема, на діяльність публічної влади, її органів і посадових осіб.

Метод правового регулювання – це підхід до впорядкування певної сфери суспільних відносин, що зумовлює використання того чи іншого комплексу юридичних засобів.

Виокремлюють два основних методи правового регулювання:

1) **імперативний метод**. Він передбачає впорядкування поведінки суб'єктів суспільних відносин шляхом її категоричної та докладної регламентації юридичними правилами, неможливість встановлення цими суб'єктами інших правил поведінки на власний розсуд. Він є характерним насамперед для публічного права, оскільки ґрунтується на підпорядкуванні одних суб'єктів відносин іншим, не припускає ні вибору суб'єктами варіантів поведінки, не передбачених юридичними правилами, ні можливості врегулювання відносин суб'єктами на їхній розсуд. Така регламентація спрямована на встановлення рівних правил для всіх суб'єктів, які вступають в ці правовідносини, забезпечує від свавілля, гарантує законність та сприяє соціальній свободі;

2) **диспозитивний метод**. Він передбачає впорядкування поведінки суб'єктів правових відносин шляхом встановлення трьох типів юридичних правил:

- а) *правил, що встановлюють межі дозволеної поведінки суб'єктів;*
- б) *субсидіарних правил, тобто таких, що застосовуються лише в разі, якщо суб'єкти самостійно не встановили для впорядкування відносин між собою інші правила (не спромоглися, не забажали або забули їх встановити);*
- в) *правил, що закріплюють принципи правового регулювання певної сфери суспільних відносин.*

Диспозитивний метод передбачає вільну саморегуляцію суб'єктами їхньої поведінки на основі принципів права, встановлює тільки межі та процедури такої саморегуляції. Він є характерним передусім для приватного права, оскільки передбачає самостійність суб'єктів у виборі ними варіанта поведінки. У цьому випадку право поважає автономію суб'єктів, виходить з того, що їм краще відома специфіка відповідних відносин, визнає можливість децентралізованого координаційного правового регулювання (зокрема, завдяки укладенню правочинів).

Крім наведених основних, у правовому регулюванні використовуються також **допоміжні (субсидіарні) методи**, найпоширенішими серед яких є рекомендаційний і заохочувальний.

Рекомендаційний метод правового регулювання передбачає упорядкування суспільних відносин шляхом надання вказівок, що не мають обов'язкової юридичної сили, стосовно найбільш прийнятної для суспільства, ефективної поведінки. При цьому суб'єктам не забороняється обрати інший варіант поведінки або використати варіант, рекомендований вказівкою, частково.

Заохочувальний метод правового регулювання передбачає створення умов, за яких вибір суб'єктом певного варіанта юридично значущої поведінки надає йому додаткових матеріальних або нематеріальних благ.

Як правило, різні сфери суспільних відносин потребують різних методів, способів і типів правового регулювання. Особливості регламентації певної відокремленої сфери суспільних відносин за допомогою специфічної сукупності юридичних засобів охоплюються терміном «правовий режим».

Правовий режим – це особливий порядок правового регулювання певної сфери суспільних відносин, який забезпечується шляхом специфічного поєднання та співвідношення його методів, способів і типів.

Це співвідношення визначається різним ступенем домінування одних і допоміжної ролі інших методів, способів та типів правового регулювання, є проявом ступеня жорсткості регулювання, наявності певних обмежень і пільг, меж правової самостійності суб'єктів.

5.4. Стадії правового регулювання

Стадії правового регулювання – це етапи правового регулювання, які характеризуються використанням специфічних юридичних засобів для упорядкування поведінки учасників суспільних відносин.

Обов'язковими стадіями правового регулювання є:

а) *стадія формулювання об'єктивного права*, на якій здійснюється юридична регламентація суспільних відносин, відбувається закріплення в нормативно-правових актах та інших джерелах права норм та принципів права.

Для національної правової системи найбільш поширеним є формулювання, закріплення об'єктивного права через нормотворчу діяльність. Зазвичай вона здійснюється публічною владою (представленою державною владою та місцевим самоврядуванням) на основі вико-

нання завдання щодо підтримки порядку та адміністрування правової системи. Нормотворчість завершує процес правотворення, дає життя об'єктивному праву, оформляє його і відчиняє «двері» у суспільство. Результатом цієї діяльності є нормативно-правові акти, за допомогою яких відбувається формальне закріплення норм права;

б) *стадія констатації (об'єктивації) суб'єктивного права*, на якій в учасників суспільних відносин фіксується наявність суб'єктивних прав та юридичних обов'язків, а їх відносини стають правовими. Для констатації (об'єктивації) суб'єктивного права зазвичай необхідні відповідні життєві обставини (юридичні факти). Прикладами таких фактів можуть бути вчинення правочинів, прийняття акта правозастосування тощо;

в) *стадія реалізації правових норм (об'єктивного права)*, на якій відбувається фактичне втілення норм у правомірній поведінці суб'єктів, право як належне переходить у соціальну реальність, у фактичну площину, тобто в наявне, суще. Саме тут правове регулювання проходить перевірку практикою на доцільність, достатність та ефективність.

Факультативною стадією правового регулювання є *стадія застосування правових норм (об'єктивного права)*. На цій стадії здійснюється залучення суб'єктів владних повноважень у разі неможливості самостійної реалізації учасниками суспільних відносин їхніх прав та обов'язків, виникнення спорів та ін. Ця стадія може як передувати стадії реалізації норм права, так і завершувати її. Крім того, застосування норм права може здійснюватися під час їхньої реалізації.

Розділ 6

ПРАВО І ДЕРЖАВА

6.1. Держава як правовий інститут

Держава – правова форма організації народу та суспільства. *Право – засіб регулювання та обмеження державної влади.*

Держава, як і право, бере свій початок в людині, як і право, вона створювалася в процесі взаємодії, комунікації людей. У своєму становленні й розвитку вони пройшли надзвичайно тривалий і складний історичний шлях. На цьому шляху напрями їхнього руху як перетиналися, так і різко розходилися. Інакше кажучи, держава і право, хоч і мали спільне джерело походження, ніколи (навіть в умовах одновекторної спрямованості їх руху) не були єдиними за своєю сутністю, як інколи вважається в пострадянському загальнотеоретичному правознавстві.

Їхні відносини завжди були не просто складними, а й суперечливими.

У наш час важко уявити людей, які б проживали на пристосованій до життя території, що не перебуває під юрисдикцією тієї чи іншої держави, тобто без можливості державних органів виконувати на цих територіях управлінські, правоохоронні та інші функції. Тим часом історія розвитку людства свідчить про те, що з моменту появи *homo sapiens* і до виникнення перших відомих держав минули сотні тисяч років. Порівняно з цим відрізком часу в сучасному державно-організованому суспільстві люди проживають порівняно незначний період. Рух первинного суспільства до державної організації був досить тривалим: люди на значних частинах заселених земель могли тисячоліттями не знати, що таке державна організація; на інших територіях за різних умов тисячоліття тому виникали, а потім зникали одні держави, на їхніх місцях утворювалися інші. І донині процес виникнення нових держав не припиняється, як і не припиняється дискусія щодо причин їх утворення, сутності та призначення.

Що ж саме спонукало людей об'єднуватися під владою держави, заради чого вони погоджувалися на іншу організацію влади у своїй спільноті, ніж та, яка вже існувала? Відповідь на ці та інші запитання слід шукати в процесах поступового розвитку, ускладнення соціальної організації первісного суспільства і в тих соціальних регуляторах, які впорядковували суспільні відносини та удосконалювалися разом із ними.

Можна припустити, що норми та інститути регулювання родоплемінної організації суспільства у певний історичний період переставали вирішувати проблеми, які неминуче виникали в процесі еволюції людини. До таких проблем слід віднести: власний захист; захист території свого проживання; необхідність забезпечення безпеки торговельних відносин; підтримання порядку у відносинах між членами роду; захист своєї власності тощо. І як у ті часи, потреба унормовування цінностей, які сформувалися у суспільстві, регулювання відносин між людьми призвела до виникнення відповідних соціальних та правових норм, так і в пізніші часи необхідність безпечного, стабільного, прогнозованого існування людини, забезпечення зростаючих потреб та інтересів сприяло створенню нових форм володарювання, управління, захисту суспільних відносин, які сприймалися людьми як корисні, бажані, справедливі та правові. Цією новою формою ставала держава, яка виникала на базі існуючих соціальних регуляторів, як службова організація для забезпечення потреби людини у стабільному, безпечному розвитку, зокрема, завдяки контролю за дотриманням сформульованих державою правових норм. У такому контексті виникнення як права, так і держави ставало результатом практичної реалізації потреб та інтересів людей в процесі їх спільної діяльності.

Але причини виникнення права, всупереч поширеній у попередні роки позиції, та держави хоча і пов'язані з потребами та інтересами людини, проте вони не є ідентичними.

Ці причини не збігаються як у часовому, так і в змістовному вимірах. Виникненню держави завжди передувало виникнення права, з припиненням існування держав право не зникало, а продовжувало існувати як один із соціальних регуляторів відносин між людьми, зберігаючи свої властивості в процесі формування та функціонування наступних державних утворень і навіть існуючи паралельно з ними. Це свідчить також про ще одну відмінність між цими явищами – держава може розвиватись, як еволюційним так і революційним шляхом, право переважно розвивається еволюційним шляхом, революції вирішального впливу на право не мають.

Зв'язок права і держави не можна недооцінювати, оскільки перед фактичною появою державної організації на практиці та у суспільній свідомості повинен був визріти і сформуватися образ такої організації, як структура, яка відповідає (не суперечить) тим правовим регуляторам, які вже існували і довели свою дієвість. А розвиток держави та її інститутів цілком залежав від подальшої еволюції людини, її самоусвідомлення, зокрема, у тому, що саме їй притаманні певні права.

Більше того, якщо розглядати деякі функції права та держави в суспільстві, нескладно побачити точки їх перетину. Як право, так і держава здійснюють регулювання суспільних відносин на засадах справедливості, яку по-різному могли розуміти у різні історичні періоди, таким чином досягаючи суспільного консенсусу. Незабезпечення справедливого, з погляду людей, регулювання неминуче приводить до несприйняття правової норми, стимулюючи зміни у її приписах. Так само руйнуючи і державну владу в разі виходу її діяльності за межі тих способів і засобів, які суспільство вважає справедливими.

Проте шляхи розвитку держави і права як перетиналися, так і різко розходилися. З історії відомі приклади поважного ставлення до права і його розвитку в державах – полісах Греції, розквіт правової думки і правової практики часів Римського імперії. Викликає повагу право сучасних європейських (і не лише) країн, яке слугує визнанню та практичному захисту прав людини.

Разом з тим існують й інші приклади, коли держави, а точніше люди, які очолюють такі держави, нехтували і продовжують нехтувати основоположними правами людей, загальновизнаними принципами права заради досягнення своєї політичної або ідеологічної мети, яка у спрощеному вигляді, як правило, полягає у бажанні зберегти владу і відповідні привілеї якомога довше, навіть за будь-яку ціну.

Це не означає, що в такій державі відсутні норми, які відповідають загальновизнаним принципам права. Воно є передусім у сферах, які не мають суттєвого впливу на ідеологію держави, саме там право виконує свою природну функцію регулювання суспільних відносин. Це стосується і сфери боротьби зі злочинністю, цивільно-правових відносин тощо. Але у сферах публічних відносин, які стосуються організації та функціонування влади, зміст норм проходить через фільтр ідеологічних настанов і офіційного визнання, перевіряючись не стільки на здатність задовольняти чи захищати права і свободи людини, скільки на безпечність цих норм для існуючого ладу і збереження влади.

Свавілля, яке часто-густо в такій державі маскується у форму закону, який ототожнюється з правом, застосування сили для досягнення

егоїстичної мети, підкорення людей під страхом кари, не мають нічого спільного з правом і сучасним розумінням суті та призначення держави, єдиним виправданням існування якої є можливість задоволення потреб та інтересів людей.

Нині у будь-якій демократичній державі право є не тільки базою, фундаментом формування державної влади, а й основним засобом діяльності держави. За допомогою права держава виконує свої функції, правові норми, сформульовані правотворчими органами держави, стають загальнообов'язковими для виконання всіма суб'єктами правовідносин. Крім того, право є тим обмежувальним фактором, вихід за який позбавляє державу її суті та призначення. Діяльність, яка суперечить або виходить за рамки визначеної в правових нормах компетенції державного органу чи посадової особи, є протиправною. За певних обставин така діяльність може бути кваліфікована як кримінальний злочин. За межами права державна влада закінчується: там може бути інша влада, наприклад, влада деспота, диктатора, завоюювника тощо.

Існування як права, так і держави у сучасному світі можна охарактеризувати як тенденцію до «олюднення». Це дістає прояв у багатьох аспектах: по-перше, у формальному закріпленні в конституціях, інших правових актах держав, зокрема на міжнародному рівні, обов'язку визнавати та захищати основоположні права людини. По-друге, у практичній діяльності державних органів, зокрема правоохоронних та судових, яка спрямовується на забезпечення умов для реалізації прав людини, а у випадку їх порушення – на захист та відновлення.

Але незважаючи на вказану тенденцію, це зовсім не означає, що «олюднення» права та держави призводить до того, що вони стають явищами єдиної суті. Що стосується права, то його «олюднення» беззастережне, фактичне, оскільки базується на відображенні у праві основоположних прав людини, визнанні того факту, що природні права людини є не результатом діяльності держави, а першоджерелом права. Природа держави більш суперечлива, історично всі конституції починалися із закріплення способів утворення, повноважень органів державної влади, і лише з часом формулювалися та закріплювалися права людини. З одного боку, держава є гарантом прав людини, а з іншого – на практиці, в процесі здійснення своїх функцій вона є найбільшим їх порушником. Однією з ілюстрацій такого стану речей є діяльність Європейського суду з прав людини, який розглядає позови проти держав саме за порушення тих чи інших прав людини з боку державних органів.

Відповідь на запитання про те, що необхідно, щоб забезпечити відповідні обов'язки держави як гаранта та обмежити (усунути) її свавілля щодо людини, можна знайти, аналізуючи функціональні зв'язки, різні аспекти взаємодії та взаємовпливу як держави на право, так і права на державу, про що йтиметься у наступних підрозділах цього розділу.

6.2. Специфічні ознаки держави та їх зв'язок з правом

Різні підходи до визначення держави: загальна характеристика. Характеристика основних та факультативних ознак держави.

На сьогодні немає єдиного, загальноприйнятого визначення поняття «держава». Це зумовлюється як складністю охоплення всіх елементів явища, так і наявністю різних теорій, шкіл, доктрин, що пояснюють причини та шляхи виникнення держави. Радянському періоду розвитку правової науки було притаманне визначення держави як політико-територіальної організації влади в соціально неоднорідному суспільстві, яка є виразником волі та інтересів панівного класу, що має апарат управління та примусу, та яка здатна робити свої веління загальнообов'язковими для всіх. Таке визначення спирається на ідеї етатизму та нормативізму. При цьому поза увагою залишалося право як основа, мета та засіб існування держави, а головним стрижневим елементом державної влади ставав апарат управління та примусу.

Таке розуміння держави не відображає її справжньої суті та змісту (про що вже йшлося у попередньому підрозділі). Головним обов'язком сучасних демократичних держав стало забезпечення прав і свобод людини. Відповідно, права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави, а єдиним джерелом влади визнається її народ. Зрозуміло, що це не може бути не враховано при формуванні сучасного поняття держави, в якому її характерними ознаками (без яких вона не може існувати) є: народ, територія та єдина правова влада.

Народ. Як було зазначено вище, держава ставала результатом розвитку потреб та інтересів людини у первісному суспільстві та суспільних відносин. Відповідно сукупність людей, які проживали на певній території, під час створення державних інституцій, набувала нових ха-

рактистик, перетворюючись на народ держави, який складається з її громадян (підданих). Компактність проживання людей, єдина мова, спільні традиції, звичаї, релігія тощо сприяли такому процесу. Держава починає функціонувати через своїх громадян, задля задоволення їх потреб та інтересів й інтересів всього народу. Уявити функціонуючу державу без народу неможливо. Більше того, державна влада знаходить своє обґрунтування в народі та його правосвідомості¹. Громадяни у межах держави набувають публічно-правові права та обов'язки, які характеризують їх правовий взаємозв'язок з державою. Прикладами таких прав і обов'язків є, з одного боку: громадянство або підданство; право брати участь в управлінні державними справами; право обирати та бути обраним; право вільно пересуватись у межах держави; обов'язок сплачувати податки, захищати державу тощо. З іншого боку, держава бере на себе обов'язок стосовно народу, як-от: боронити свій народ від різних зовнішніх та внутрішніх небезпек; захищати права людини; підтримувати правопорядок; притягати до відповідальності правопорушників тощо.

Територія. Правові можливості держави не всеосяжні, просторовими межами повноважень держави здебільшого є її територія, на якій вона сформувалася та поширює свій суверенітет. Як правило, межі території держави отримують своє правове закріплення через укладення ряду міжнародних договорів та набувають своєї фіксації на місцевості за допомогою відповідних знаків. Територія держави – це не лише суша, вона включає територіальні води, внутрішні моря, озера, річки, повітряний простір та надра. У деяких випадках державна влада може поширюватися і за межі визначеної кордоном території, передусім йдеться про морські шельфи, території посольств в інших державах, повітряні та морські судна, які належать цій державі, але тимчасово перебувають за межами її території.

Безпосередньо факт перебування будь-якої людини на певній обмеженій кордоном території породжує юрисдикцію над нею держави. Інакше кажучи, виникає правовий зв'язок між територією та державою щодо всіх суб'єктів, які постійно або тимчасово перебувають у її межах та які повинні підкорятися державній владі. Захоплення території однієї держави іншою призводить до зникнення держави або обмеження суверенітету державної влади, навіть якщо народ залишився на своїй території. І навпаки, залишення підконтрольної території іншою дер-

¹ Кистяковский Б.А. Избранное: в 2-х ч. – Ч. 2. – М., 2010. – С. 182.

жавою або ослаблення такого контролю спонукає народ до відновлення (становлення) власної державності.

Влада. У демократичному суспільстві єдиним джерелом державної влади є народ, що, як правило, знаходить своє відображення у сучасних конституціях. У Конституції України цей факт знайшов своє відображення та правове закріплення у статті 5. Влада, яка отримана від народу шляхом волевиявлення громадян, стає правовою владою, владою по праву, владою, правовим велінням якої всі зобов'язані підкорятися. Така влада характеризується самостійним, незалежним характером, вона обмежується тільки правами і свободами своїх громадян. Свое інституційне закріплення влада отримує через формування (конституювання) органів публічної влади. У зовнішніх відносинах державна влада також має самостійний характер у межах можливостей, які не суперечать міжнародному праву.

Такий незалежний характер державної влади як у внутрішніх, так і зовнішніх відносинах охоплюється поняттям «державний суверенітет». Повноцінного правового характеру державний суверенітет набуває після визнання держави іншими, вже існуючими державами. Воно відбувається шляхом встановлення дипломатичних відносин, прийняття держави до міжнародних організацій, підписання міжнародно-правових угод із державою як суб'єктом міжнародного права тощо. У сучасному світі не можна сприймати суверенітет як прояв абсолютної самостійності держави при прийнятті будь-яких рішень.

Нині будь-яка держава при вирішенні як зовнішніх, так і внутрішніх справ не лише керується власним баченням та інтересом, а й повинна зважати на норми свого та міжнародного права, відповідно до якого держава має певні зобов'язання на вчинення або утримання від певних дій, наприклад, тих, що порушують права людини. При цьому вимоги або санкції у зв'язку з невідповідністю її дій нормам міжнародного права можуть бути висунуті державі з боку інших держав чи міжнародних організацій, навіть у випадку, якщо держава-порушник не є членом цих організацій чи стороною відповідних міжнародних договорів.

Крім основних ознак держави слід виокремити ряд факультативних, таких як: наявність державного гімну, прапора, герба та деяких інших, що є відображенням історичної традиції. Але в свою чергу ці атрибути не можна вважати зайвими, вони слугують формуванню державної ідентичності та вихованню патріотичних почуттів у громадян щодо власної держави. Як правило, детальний опис, зміст, порядок використання цих атрибутів відображається в конституції чи інших нормативно-правових актах держави.

6.3. Взаємодія держави і права та її аспекти. Сфери і способи впливу держави на право

6.3.1. Держава і правове регулювання

Як зазначалося раніше, однією з причин виникнення держави була усвідомлена суспільством необхідність забезпечення за допомогою державних інститутів подальшого існування та розвитку соціальних відносин у суспільстві. У додержавний період регулювання переважної більшості цих відносин традиційно здійснювалося за допомогою різноманітних правових і соціальних регуляторів (моралі, звичаїв, релігійних і корпоративних норм тощо).

Державні інститути від початку свого формування забезпечували легітимність існування, спираючись на існуючі соціальні та правові норми. Сам процес здійснення притаманних державі функцій нормативно забезпечувався тими самими регуляторами, які вже були соціально визнані. Природне ускладнення відносин у процесі розвитку суспільства неминуче вимагало модифікації правового регулювання. Логічно, одним зі шляхів вирішення цієї проблеми ставало залучення у цей процес органів держави. Усе це віддзеркалювалося у державній правотворчості та участі держави в реалізації права, завдяки чому держава стала позиціонувати себе як активний учасник процесу правового регулювання суспільних відносин, але тільки тих відносин, які вимагали такого регулювання та допускали його можливість за допомогою правових (юридичних) засобів.

Найдієвішим засобом правового регулювання суспільних відносин за участю держави слід назвати створення правового акта, який містить у собі необхідні для регулювання правові норми. Органи держави у межах своїх повноважень можуть створити, прийняти, укласти різноманітні види правових актів. Це насамперед нормативно-правові акти, індивідуальні правові акти, нормативні договори тощо. Через вказані правові акти держава має можливість конституювати правові норми як правила поведінки суб'єктів, що є обов'язковими або бажаними для досягнення мети правового регулювання. При цьому слід враховувати, що норма права не виникає автоматично, лише тому, що правовий акт видано державним органом. Щоб стати правовою, вона має бути легітимована суспільством як така. Люди повинні на практиці користуватися цією нормою, втілювати її приписи у життя, здійснюючи права та виконуючи обов'язки, зафіксовані у ній. У протилежному випадку правове регулювання державою суспільних відносин не відбуватиметься.

6.3.2. Державна правотворчість та формальна визначеність і загальнообов'язковість права

Найбільш виразно можливість держави впливати на право відображається у процесі правотворчості, як частині глобального процесу правотворення. При цьому слід зауважити, що роль держави в у процесі правотворення не є визначальною. В процесі правотворчості держава лише завершує, можна сказати, інституціоналізує цей процес, надаючи йому певних юридичних форм. Вона в особі відповідних державних органів є творцем не права, а відповідних нормативно-правових актів.

Такі акти набувають відмінних від притаманних соціальним регуляторам, рис. Перш за все це стосується формальної визначеності і загальнообов'язковості правових норм, які формулюються у процесі державної правотворчості. Формальна визначеність полягає у тому, що правова норма фіксується у письмовому тексті, який має раціональну структуру, що дозволяє суб'єктам права більш чітко визначати свої права та обов'язки, тобто бути впевненими щодо правових можливостей, як власних, так й інших учасників правовідносин. Письмовий текст надає правовій нормі відносної стабільності, перешкоджає її довільному тлумаченню, робить її передбачуваною та статичною. Але в той же час письмовий текст «заморожує» словесний вираз правової норми, робить її нединамічною. Тобто такою, яка рано чи пізно, без коригування тексту, перестане відповідати змінам, які відбуваються у суспільних відносинах.

Формальна визначеність не є виключно властивістю норм права, які формулюються у процесі державної правотворчості. Так, наприклад, релігійні правові норми також здебільшого мають текстуальне закріплення. Що дійсно є прерогативою виключно правових норм, сформульованих у процесі державної правотворчості, так це те, що вони мають загальнообов'язковий характер для всіх суб'єктів правовідносин на всій території держави. Це зумовлюється перш за все природою суверенної державної влади і, відповідно, тим фактом, що легітимна державна влада поширює свої владні веління на всю територію та на все населення держави, яке сприймає такі веління як правові. Відповідно, одним із способів здійснення таких велінь і є державна правотворчість. Крім того, загальнообов'язковість вказаних вище норм досягається наявністю у держави легітимованих, таких, які діють у правовий спосіб, засобів контролю за виконанням правових норм та засобів примусу у разі їхнього невиконання.

6.3.3. Держава і реалізація права

Участью держави в процесі правотворчості її можливості впливати на право не вичерпуються. Як один із суб'єктів правотворчості, тобто як один із творців правових норм, за участю якого правові норми набувають особливих, вказаних вище властивостей, держава при цьому залишається активним учасником процесу реалізації правових норм, зокрема тих, що створені в процесі державної правотворчості. Так, винятково через реалізацію приписів правових норм, які закріплені у законодавстві, державні органи та їх посадові особи можуть здійснювати свої повноваження. Так само через реалізацію норм права, зокрема і тих, що знаходять свою фіксацію в інших джерелах, ніж нормативно-правові акти, люди здійснюють свої права та обов'язки переважно самостійно, без залучення держави. Однак складність і багатоманітність правових відносин, колізії, які виникають у процесі правореалізації, час від часу вимагають від держави (у межах її правових повноважень) активних дій, спрямованих на виникнення, відновлення та продовження правових відносин між суб'єктами.

Такі активні дії державних органів, спрямовані на вирішення правових ситуацій у правовий спосіб, прийнято називати правозастосуванням. Специфіка правозастосування полягає у тому, що її результатом є вирішення правової ситуації шляхом прийняття обов'язкового для виконання правозастосовного акта. Прикладами таких правозастосовних актів, які приймають державні органи, є насамперед рішення судів, контролюючих органів, дозвільних і реєстраційних органів тощо.

Таким чином, маючи легальні можливості зі створення правових норм, реалізуючи їх приписи у власній повсякденній діяльності, застосовуючи правові норми для вирішення правових ситуацій між суб'єктами правовідносин, держава має змогу не лише взаємодіяти з правом, а й активно впливати на його зміст, а найголовніше – охороняти право від порушень.

Треба зауважити, що правоохоронна функція держави є одним з основних напрямів її діяльності, який характеризує її сутність. Вона дістає прояв перш за все в охороні державою від порушень прав та свобод громадян, конституційного ладу, правопорядку, всіх встановлених і регульованих правом суспільних відносин. Так чи інакше, правоохоронна функція властива діяльності всіх органів державної влади та інших, як державних, так і недержавних органів та організацій, які, реалізуючи свою компетенцію у різноманітних сферах, повинні дотримуватись правопорядку, забезпечувати охорону (захист) прав і свобод громадян.

Важливість для людей, суспільства та держави існування в стабільному правовому полі зумовлює наявність в державі окремих органів правоохорони, які наділяються законом спеціальною компетенцією із профілактики, виявлення, розкриття правопорушень, притягнення правопорушників до відповідальності, забезпечення виконання покарань тощо.

6.4. Способи впливу права на державу. Право і закон

6.4.1. Легітимність державної влади

Раніше вже йшлося про те, що право є не лише основним засобом діяльності держави, воно є також базою, фундаментом формування державної влади, а найголовніше – тією межею, перетин якої позбавляє державу її легітимності. Державна влада, яка відповідає зазначеним вище критеріям, сприймається людиною як правомірна влада, як така, що має правовий характер. Інакше кажучи, через оцінку відповідності праву відбувається процес легітимації, визнання державної влади.

Джерелом легітимності державної влади є людина, а точніше – її активна участь у суспільно-політичному житті держави (у правовій, політичній, господарській сферах життєдіяльності). Через такі сфери участі державна влада та право набувають реальної легітимності¹. При цьому критерієм оцінки діяльності державної влади виступають невідчужувані та невід’ємні права людини. Основні права людини не даруються (надаються) державою, а визнаються нею як існуюча дійсність. Можливість вільної реалізації цих прав безпосередньо людиною є межею для діяльності державної влади. Порушення такої умовної межі без правових підстав делегітимує владу як неправову, що в свою чергу зумовлює суспільний протест, який зрештою може мирним або насильницьким шляхом змінити державну владу.

Від процесу легітимації державної влади за допомогою права, слід відрізнити процес легалізації її діяльності, яка також здійснюється за участю права. Перш за все це стосується формулювання у правових

¹ Ковальчук В. Легітимність державної влади в правовій теорії та державно-правовій практиці: Монографія. – К., 2011. – С. 185.

нормах компетенції державних органів, зокрема тих, що здійснюють правоохоронну діяльність, визначення підстав і меж охоронних заходів держави, меж державного примусу і порядку його застосування. Детальніше цей аспект буде розглянутий наприкінці цього підрозділу.

6.4.2. Правове конституювання і організація державної влади

Для досягнення наведених вище критеріїв легітимності державної влади її конституювання та організація мають відбуватися таким шляхом, який би віддзеркалював її правовий характер. З огляду на те, що державна організація влади є результатом прогресивного розвитку суспільства, відповідно, народ у певний історичний період формує державну владу. Це передбачає утворення у суспільстві різних за рівнем та повноваженнями органів державної влади, порядок їхнього формування, зокрема шляхом народного волевиявлення, встановлення повноважень, засобів контролю за їх діяльністю з боку інших органів та всього суспільства, способи їхньої взаємодії, підзвітності, відповідальності тощо.

Зазначений процес сучасною правовою наукою охоплюється поняттям «конституціоналізм». Останній передбачає не стільки наявність у державі конституції як нормативного акта (акта установчої влади), скільки наявність правових шляхів організації органів державної влади, регламентації взаємовідносин суспільства та особи з владою, зокрема, наявність правових способів (механізму) запобігання узурпації влади, наявність законодавчо закріпленої системи стримувань і противаг у діяльності органів державної влади тощо.

Одним із правових шляхів легітимації державної влади, відомих ще з давніх часів, є вибори. Під час виборів відбувається легітимація не лише органів державної влади, а й органів місцевого самоврядування. Шляхом виборів народ країни безпосередньо наділяє (делегує) владними повноваженнями своїх обранців для роботи в органах державної влади, але тільки на певний час. При цьому необхідною умовою легітимних виборів є дотримання певних правових принципів, таких як загальність, рівність, вільність волевиявлення, таємність тощо. Без дотримання цих вимог вибори перетворюються на фарс, ширму, за якою криється відсутність у державі правового шляху легітимації влади.

Крім процедури виборів, органи державної влади можуть бути організовані шляхом призначення чи конкурсної процедури.

Згаданий вище механізм запобігання узурпації влади як складова конституціоналізму та одна із заповуток легітимації державної влади передбачає правове забезпечення принципу розподілу влади. Це озна-

чає, що в конституції держави або в інших нормативно-правових актах передбачені функції та компетенція для різних державних органів, яка виключає можливість дублювання функцій одне одного, унеможливорює концентрацію влади в одних руках та забезпечує взаємоконтроль між гілками влади. Здійснення вказаної мети досягається правовим забезпеченням розподілу влади на різних рівнях та за різними критеріями. Так, розподіл влади відповідно до функцій прийнято називати **функціональним**. Прикладом цього є розподіл функцій між органами законодавчої, виконавчої і судової влади, що, як правило, відображається у конституції.

Крім того, розподіл влади здійснюється на **інституційному рівні** між органами, які приймають рішення, та органами, які ці рішення виконують відповідно до всієї вертикалі влади. Для успішного виконання (здійснення) своїх функцій відповідні органи мають (чи можуть) бути наділені правом і повноваженнями ухвалювати нормативні акти, які мають відповідати актам вищих органів та спрямовані на реалізацію ними своїх функцій. Наприклад, у структурі виконавчої влади України вищим державним органом є Кабінет Міністрів України. Відповідальними за виконання прийнятих у межах його компетенції рішень є відповідні міністерства і відомства як органи центральної влади, які у свою чергу мають повноваження ухвалювати нормативні акти з метою виконання покладених на них завдань.

У свою чергу рішення міністерств і відомств виконують їхні територіальні органи, відділення на місцях, також маючи повноваження на ухвалення нормативних актів, які не можуть суперечити актам відповідних міністерств і відомств.

Особистісний розподіл влади набуває свого безпосереднього вираження у компетенції державних службовців. Межі такої компетенції чітко визначаються законодавством та відповідними посадовими інструкціями. У межах одного державного органу різні державні службовці мають різний обсяг повноважень, функціональних обов'язків. Одні службовці наділені владою приймати рішення, інші мають повноваження готувати необхідні матеріали для підготовки рішень, ще інші наділені можливістю здійснювати контроль тощо. У будь-якому разі особистісний розподіл влади відбувається виключно у межах приписів нормативно-правових актів, які обмежують дискреційні повноваження державних службовців.

Ще одним проявом особистісного розподілу влади може бути так звана сумісність і несумісність посад державних службовців з іншими видами діяльності.

У функціональному плані державна влада є цілісним явищем, її розподіл зумовлений тими завданнями, які вона виконує на сучасному етапі свого розвитку, та необхідністю збереження цілісності. Але безпосередньо лише розподіл державної влади не забезпечить цілісності державної влади без наявності механізму стримування і противаг. Йдеться про те, що на законодавчому рівні для всіх гілок влади тією чи іншою мірою передбачена компетенція із взаємоконтролю та/або можливість участі у формуванні того чи іншого органу державної влади. Так, парламенти країн як законодавчі органи можуть мати компетенцію щодо формування вищих органів виконавчої влади, а також контролю за діяльністю уряду, в тому числі шляхом прийняття нормативно-правових актів, які стосуються його діяльності.

Одним з основних завдань судової влади в сучасній демократичній державі є стримання інших гілок влади шляхом захисту від порушень закону представниками виконавчої та законодавчої влади. З огляду на це відбором і висуванням кандидатів на посаду суддів мають опікуватися незалежні від виконавчої і законодавчої влади органи, склад яких формується переважно із суддів, заздалегідь обраних представниками суддівського корпусу, а також адвокатів, представників інших юридичних спеціальностей, громадськості. Формальне призначення на посаду судді за рекомендацією такого органу може залишатись у компетенції вищого органу законодавчої влади, органів виконавчої влади або глави держави.

У свою чергу судова влада отримує повноваження із перевірки на відповідність чинним нормативно-правовим актам дій, органів виконавчої влади, забезпечення рівного для всіх застосування закону, конституційності законів та інших правових актів, дотримання прав людини тощо.

Наведені приклади не є вичерпними, механізм стримувань і противаг досить складний та розгалужений, але від його дієвості залежить не лише збалансоване функціонування державного апарату, а й легітимация органів державної влади з боку суспільства, можливість комунікації особи та суспільства з державою, наявність можливостей запобігти незаконному втручання держави у приватне життя окремої людини.

6.4.3. Особливості взаємодії права і держави за різних форм правління та устрою

Протягом всього історичного періоду розвитку держави існували і продовжують існувати у різних кількісних і якісних пропорціях два основних способи організації державної влади (форми правління) – це монархія і республіка.

Залежно від існуючої форми правління взаємодія права і держави відбувається з істотними особливостями.

Так, за **абсолютної монархії** система стримувань і противаг як протидія концентрації (узурпації) влади в одних руках повноцінно існувати не може. Оскільки основні функціональні обов'язки державної влади щодо правотворчості, правореалізації та здійснення правосуддя виконуються та контролюються главою держави – монархом, особою, яка отримує владу, як правило, у спадок та виконує свої повноваження довічно.

Обмежена монархія, як і республіка, характеризується якісно іншою взаємодією права та держави, оскільки вони передбачають розподіл державної влади. Правотворчу функцію здійснює вищий законодавчий орган держави, обраний на певний час, але не тільки. Виконавча влада в державі, незалежно від того, хто її очолює – монарх, президент чи прем'єр-міністр – є відповідальною за реалізацію правових норм, які сформульовані вищим законодавчим органом. Незалежна судова гілка влади здійснює функції контролю у сфері як правотворчості, так і правореалізації.

Проте залежно від різновиду республіки чи обмеженої монархії можуть існувати особливості у розподілі та здійсненні владних повноважень у державі і, відповідно, її взаємодії з правом. У **президентських республіках** реалізується найбільш «чиста» модель розподілу влади. Глава держави – президент, який обирається населенням країни на певний термін, одноосібно формує та очолює вищу виконавчу владу в державі, здійснюючи свої правореалізаційні повноваження відносно незалежно від законодавчої влади.

У **парламентській республіці** виконавча влада (кабінет міністрів) формується і контролюється законодавчою владою, а точніше – партією або коаліцією партій, які перемогли на парламентських виборах. Таким чином, правореалізація, яку здійснює виконавча влада, перебуває під більшим впливом і контролем законотворчого органу (парламенту), ніж у президентській республіці.

У **республіках змішаної форми правління** основні правореалізаційні функції розподілені між двома центрами виконавчої влади – президентом та кабінетом міністрів країни. В **дуалістичних монархіях** монарх здебільшого очолює виконавчу владу в країні. Монарх у конституційних монархіях, як правило, є особою найбільш дистанційованою від правотворчості та правореалізації, які здійснюються у спосіб, подібний до парламентських республік.

Свої особливості взаємодія права та держави має залежно від територіального устрою держави.

Унітарні держави характеризуються, як правило, єдиною для всієї країни та її територіальних одиниць правовою системою, єдиною системою правотворчих, виконавчих і судових органів.

Федеративні держави, до складу яких входять державні утворення (штати, республіки, округи тощо), мають дворівневу правову систему. Паралельно з загальнофедеративною системою нормативно-правових актів суб'єкти федерації мають свою власну систему, яка відображає культурні, історичні, економічні та інші особливості державного утворення. Паралельно з загальнодержавними органами влади у суб'єктах федерації формуються і функціонують власні законодавчі, виконавчі та судові органи влади. Це відбувається у правовий спосіб, що не може суперечити правовим нормам, які сформульовані вищим законодавчим органом федерації.

6.4.4. Межі державного втручання у приватне життя людей (громадян) та суспільне життя і право

Незважаючи на той факт, що держава є інститутом, який сформувало суспільство на певному етапі свого розвитку саме для забезпечення людських потреб та інтересів, історія його розвитку в різні історичні періоди свідчить про існуючі тенденції виходу бюрократичного апарату держави або осіб, які уособлюють вищу державну владу, з-під контролю суспільства. Якщо таке відбувається, людина зокрема і суспільство в цілому починають виконувати обслуговуючу функцію щодо органів державної влади, а не навпаки. А останні для забезпечення свого панівного становища намагаються максимально регламентувати та контролювати життя як всього суспільства, так і пересічних громадян, порушуючи при цьому їхні права та свободи. Це рано чи пізно призводить до конфліктів між людиною, суспільством, з одного боку, та державною владою – з іншого, що у свою чергу спонукає до змін або модернізації останньої.

Тисячоліття існування цієї проблеми та необхідність її подолання виробили у суспільства певні правові вимоги як до організації державної влади, які були розглянуті вище, так і до побудови взаємовідносин між державою, суспільством та людиною, які б могли стати запобіжником на шляху перетворення людей у гвинтик державного механізму.

Передусім ідеться про межі втручання державної влади у життя суспільства. Відповідь на це запитання треба шукати безпосередньо в організації самого суспільства. Відомо, що суспільство є не просто купністю індивідів, які мешкають на певній території, це досить складна соціальна система, що складається із менших підсистем або ж інсти-

тутів (сім'я, соціальна група, клас, народність, етнос тощо), які мають стійкі комунікативні зв'язки один з одним. Ця система виробляє соціальні норми як загальноприйнятні правила поведінки для існування своїх членів, та в цілому є самодостатньою.

Держава, як вже неодноразово вказувалося, виникає як ще один інститут суспільства на певному історичному етапі його розвитку як необхідність для подальшого прогресу суспільного розвитку, безпеки та стабільності. Відповідно, держава в очах суспільства отримує певні права для досягнення цієї мети, їй делегуються відповідні повноваження. Але при цьому треба зважати на той факт, що відносини між людьми у суспільстві та його інститутами, які вже врегульовані відповідними соціальними нормами, нікуди не зникають. Суспільні інститути продовжують функціонувати, розвиватися та взаємодіяти. Люди товаришують, створюють сім'ї, народжують та виховують дітей, об'єднуються у релігійні громади, професійні спілки, громадські об'єднання, укладають угоди тощо. Впорядкування цих процесів відбувається за допомогою різних соціальних регуляторів, у тому числі звичаїв та традицій, моральних та етичних норм, договірних норм, корпоративних, релігійних норм тощо.

З огляду на це державі як інституту суспільства відводиться роль не стільки спостерігача, скільки хранителя та гаранта тих відносин, які вже впорядковані самим суспільством за допомогою соціальних регуляторів. Саме тому межа втручання держави у суспільне життя пролягає по умовній лінії норм, які вже врегулювали відносини та залишаються досить стабільними і не загрожують правам інших його членів або суспільству в цілому.

Відповідно, і вказані соціальні норми, більшість з яких мають правовий характер, не потребують державного втручання для їх зміни або заміни доти, доки вони виконують свої функції. Крім того, слід зазначити, що за жодних обставин корекції у напрямі звуження не підлягають невід'ємні та невідчужувані права людини, які є абсолютною межею, за якою правомірна державна влада закінчується. Існуючи як фундамент і мета державної влади, права людини, з одного боку, обмежують державну владу, а з другого – наділяють її правовим змістом.

6.4.5. Право і забезпечення контролю за діяльністю державної влади

У попередніх підрозділах вказувалося, що держава формується на основі права і здійснює свою діяльність за допомогою правових норм. Свої владні повноваження державні органи та їх посадові особи здій-

снюють виключно у межах та у спосіб, передбачений нормативно-правовими актами. Проте протиріччя між державою та правом, які призводять до викривлення правових цінностей, про що вже йшлося, є об'єктивною реальністю.

Відповідно, з метою забезпечення правового порядку в державі мають існувати форми правового контролю за державною владою. Однією з таких форм є правосуддя, яке здійснюється виключно спеціальними державними органами – судами. Юрисдикція судів поширюється на всі правовідносини, що виникають у державі.

Суди (судді) у своїй діяльності є незалежними і підпорядковуються тільки праву. Правосуддя, зокрема в Україні, здійснюється у формі цивільного, господарського, кримінального, адміністративного, а також конституційного судочинства.

Найбільш пов'язані з контролем за діяльністю органів державної влади адміністративні суди та конституційний суд. Адміністративні суди розглядають справи на відповідність праву тих чи інших аспектів реалізації суб'єктами владних повноважень владної компетенції. Конституційний суд займає окреме місце в судовій системі як за повноваженнями (перевірка конституційності законів та інших правових актів вищого законодавчого органу, тлумачення конституції тощо), так і за особливим характером процесу здійснення конституційного правосуддя.

Завершальною стадією правосуддя як форми контролю за діяльністю держави є виконання судового рішення, яке є обов'язковим для всіх суб'єктів правовідносин, у тому числі державних органів та їх посадових осіб.

Треба зауважити, що в разі вичерпання всіх національних засобів правового захисту особи та громадяни мають права звертатись за захистом своїх прав і свобод до відповідних міжнародних судових установ.

Ще однією правовою формою контролю за діяльністю державної влади є реалізація права осіб та громадян на звернення. Громадяни держави і не тільки, юридичні особи з метою захисту своїх прав мають можливість звернутись до органів державної влади з відповідними скаргами на їх діяльність, пропозиціями, заявами, запитами. Такі звернення підлягають обов'язковому розгляду у встановлені відповідними нормативно-правовими актами строки, після чого заявник отримує обґрунтовану відповідь по суті порушеного питання. При цьому заявник має право звернутись до суду як безпосередньо щодо питання скарги, так і в разі, якщо отримана відповідь на звернення його не задовольняє.

6.4.6. Право як засіб комунікації держави зі своїми громадянами та іншими суб'єктами права

Ще один аспект впливу права на державу зумовлений його комунікативною властивістю. Йдеться не стільки про комунікацію суб'єктів, яка породжує міжсуб'єктивні правові відносини, що слугують джерелом прав та обов'язків суб'єктів, скільки про здатність безпосередньо правової норми закріпити права та обов'язки суб'єктів, які на їх підставі вступають у комунікацію як між собою, так і безпосередньо з державою.

Можливість вступати у правові комунікації властива всім без винятку суб'єктам суспільних відносин – людям, їх об'єднанням, органам державної (публічної) влади.

Для того щоб комунікація дійсно виникла, така норма повинна мати певні якісні властивості, зокрема, сприйматись суб'єктами як правова, тобто така, що перш за все містить цінні, реальні (які можна виконати), а не декларативні права та обов'язки.

Відповідно, правова норма, яка не містить у собі вказаних якісних характеристик, не здатна створити комунікацію між суб'єктами, передусім це стосується норм права, які містяться у нормативно-правових актах, прийнятих державними правотворчими органами. Але є певна особливість: якщо відносини комунікації між людьми можна уявити поза правовими нормами, тобто на підставі інших соціальних регуляторів, то відносини між людиною і державою, між громадянином і державним службовцем, між державними органами поза правовими нормами перестають бути легальними.

Отже, засобом комунікації між людиною (громадянином) і державою, її органами є право. Точніше права та обов'язки, які фіксуються у правових нормах і які дають можливість діяти відповідним чином.

На практиці це положення реалізується через ряд норм, закріплених у статтях нормативно-правових актів, які фіксують можливість звернення громадян, інших суб'єктів до державних органів та обов'язок державних органів на вчинення відповідних дії (вжиття заходів, надання інформації тощо). Так само і в протилежному випадку, державні органи реалізують свої повноваження у межах своєї компетенції, визначеної у відповідному нормативно-правовому акті, звертаючись до інших суб'єктів, що у свою чергу породжує відповідну комунікацію між ними.

За допомогою права здійснюється також спілкування (комунікація) держави з іншими державами, їх об'єднаннями, світовим співтовариством в цілому.

6.4.7. Право і державний примус

Необхідність захисту прав людини, забезпечення загальнообов'язковості норм права зумовлює ще одну важливу властивість державної влади – мається на увазі можливість застосування нею державного примусу.

Примус, переважно психологічний, як один із методів підтримання порядку існує в будь-якій соціальній організації: і в родині, і в громадському об'єднанні. Його характерною рисою, на відміну від іншого методу впливу, такого як заохочення, є необхідність здійснення певних дій незалежно від волі суб'єкта або ж навіть всупереч їй.

З додержавних часів суспільство формулювало і запроваджувало різноманітні засоби примусу для своїх членів з метою підтримання та захисту суспільного порядку. Як самі засоби примусу, так і порядок їхнього застосування був регламентований відповідними соціальними регуляторами. З появою державних інституцій з метою забезпечення виконання членами суспільства правових обов'язків, дотримання заборон, захисту прав та інтересів осіб або всього суспільства, застосування державного примусу ставало однією зі складових методів державного правового регулювання.

Крім переважно психологічного примусу, який більш властивий інститутам громадянського суспільства, державна влада у передбачених законом випадках може застосовувати фізичний примус, включаючи обмеження волі людини. Арсенал державних можливостей щодо застосування примусу достатньо різноманітний, він може проявлятися як форма здійснення юридичної відповідальності, як спосіб виконання судових рішень, як превентивні заходи для запобігання правопорушенням тощо. Але при цьому, як ми вже з'ясували, держава є правовим інститутом, утворюється за правом і здійснює свою діяльність через право.

Відповідно, не можна уявити здійснення державного примусу державою у неправовий спосіб, інакше такий примус автоматично перетворюється на свавілля. Крім того, індіферентний щодо волі суб'єкта характер примусу, можливість через нього обмежувати людину в її правах та свободах, вимагає чіткої законодавчої регламентації заходів, підстав примусу, компетенції органів, які уповноважені здійснювати примус.

Іншими словами, держава за допомогою права вводить примус у жорсткі межі, встановлює особливості його застосування у різних сферах, в тому числі відповідальність за безпідставне або надмірне застосування заходів примусу, включаючи свій обов'язок щодо відшкодування заподіяної шкоди.

В такому випадку людина отримує законодавчо закріплені правові гарантії своїх прав і свобод, вона може передбачати як негативні, так і позитивні наслідки своєї поведінки. Людина набуває правових можливостей адекватного захисту своїх прав, в тому числі шляхом оскарження у незалежному суді будь-яких дій органів державної влади, які вона вважає протиправними. Крім цього, людина може розраховувати на відновлення своїх порушених прав та на компенсацію з боку держави заподіяної шкоди.

Інакше у разі неможливості досягнення правового компромісу між державною владою і людиною та відсутності в державі правових способів цивілізованого вирішення конфліктів у людей залишається тільки їхнє природне право на громадську непокору незаконним діям державної влади, що зрештою може призвести до її зміни, джерелом якої є тільки її народ.

Розглядаючи багатоманітність способів впливу права на державу, слід також висвітлити питання впливу права на закон, творцем якого, на відміну від права, є держава. Мається на увазі закон у широкому розумінні: як нормативно-правовий акт, який приймається переважно органами державної правотворчості та є одним із основних елементів у системі державного правового регулювання.

Сучасне праворозуміння вже давно відмовилося від ототожнення таких явищ, як право та закон. Право набагато складніше явище, воно багатогранне та багатоаспектне. Право народжується та черпає свої сили в глибинах людського життя. Правові норми можуть знайти своє реальне відображення у багатьох джерелах. Закон виступає тільки одним із таких джерел. І як можна перекоонатися на практиці, за певних умов закон як продукт переважно державної правотворчості може і не містити правових норм, тобто таких, які породжують права та обов'язки суб'єктів або ж, що ще гірше, закон може містити такі положення, які порушують невід'ємні та невідчужувані права і свободи людини.

У такому випадку ми говоримо про неправовий закон, тобто такий, що не відображає сутності та цінності права. Він не буде виконаним, оскільки був «мертвонародженим». Закон, який порушує права людини, також не отримає суспільної легітимації, він не породить реальних правовідносин між людьми. Люди не сприйматимуть закон, який не відповідає їхнім потребам та інтересам, він буде частіше порушуватись.

Водночас розуміння нетотожності понять права та закону, розуміння необхідності відображення у законі загальнолюдських цінностей, прав

людини, правових реалій людського життя, яке динамічно розвивається, робить закон джерелом права та, відповідно, дієвим інструментом правового регулювання суспільних відносин.

6.4.8. Протиріччя між правом і державою

Як вже вказувалося, держава і право є явищами, які мають спільне джерело походження – потреби та інтереси людини, проте вони ніколи не були і не є явищами однієї суті, залишаючись при цьому тісно пов'язаними одне з одним. З одного боку, організацію і діяльність держави не можливо уявити без права, а з другого – формулювання правових норм та їх застосування на практиці багато в чому залежить від держави, її органів та посадових осіб. Сутнісні розбіжності та тісний взаємозв'язок неминуче призводять до конфліктів і протиріч між правом та державою, які переважно, але не тільки, виникають у процесах правотворчості та правозастосування.

Так, у правотворчому процесі можуть виникати такі колізії.

1. Формулювання правової норми з подальшим її закріпленням у нормативно-правовому акті чи іншому джерелі права відбувається у процесі діяльності спеціально уповноважених для цього органів. Самі органи складаються переважно з державних службовців. Від їх освіти, кваліфікації, політичних вподобань, життєвого досвіду, відомчого інтересу напряду залежатиме зміст сформульованої норми. У випадку заангажованості правотворця або його непрофесійного ставлення до формулювання змісту правової норми, норма в подальшому не матиме суспільної легітимації, про що вже йшлося раніше, ефекту та авторитету; на практиці вона не сприятиме правовому регулюванню суспільних відносин, але основне протиріччя з державою полягатиме у тому, що формально така норма є загальнообов'язковою, а її виконання гарантується державою.

2. Іншим прикладом протиріч між правом і державою є випадки, коли в процесі державної правотворчості в інтересах влади право підміняється його ідеологічним або політичним замінником, різноманітними деклараціями, які не мають юридичного змісту. Такі норми, наприклад, можуть декларувати права людини в найсучаснішому їх розумінні, при цьому механізм їх забезпечення та захисту державою не створюється.

3. Так само в процесі державної правотворчості за різних причин можуть прийматися нормативні акти, що суперечать один одному, виходять за межі повноважень, які має правотворчий орган. Акти, які приймають відомства або партійні органи за підтримки держави, на

практиці можуть набути вищої сили, ніж закони. При цьому держава не створює дієвого механізму контролю за змістом таких актів, їх відповідності актам вищої юридичної сили, принципам права, вимогам верховенства права тощо.

У процесі правозастосування можуть виникати такі протиріччя між державою та правом.

1. Певні правові норми не можуть бути реалізовані без рішень посадових осіб або органів, у тому числі державних, які мають правозастосовні повноваження. У результаті правозастосовної діяльності абстрактні, безсторонні та безпристрасні приписи правових норм реалізуються у конкретних правовідносинах породжуючи, змінюючи чи припиняючи права та обов'язки їх учасників.

Внаслідок тих чи інших причин державні службовці, зокрема судді, які здійснюють правозастосування, не завжди можуть абстрагуватися від зовнішніх впливів та бути безпристрасними арбітрами у справі. Симпатії чи антипатії, зовнішній тиск чи власна зацікавленість можуть призвести до спотворення змісту правової норми, у результаті чого правозастосування слугуватиме не забезпеченню прав людини та втіленню правових цінностей, а інтересам правозастосовувача або третіх осіб. Таке явище прийнято називати корупцією.

2. Ще одне протиріччя між правом і державою в правозастосовній діяльності пов'язане з дискреційними повноваженнями посадових осіб, які її здійснюють, а точніше – межами таких повноважень. Точно та вичерпано сформулювати у правовій нормі права та обов'язки державного службовця бажано, але вкрай важко, а інколи просто неможливо. Тому наявність простору для власного розсуду при прийнятті правозастосовного рішення може провокувати таке рішення, яке виходить за межі правової норми або не відповідає її меті, тим самим не захищаючи, а порушуючи права осіб.

Наведені приклади суперечностей між правом і державою не є їх вичерпним переліком. Протиріччя трапляються й в інших випадках та в інших сферах, де перетинаються право і держава. Подоланню цих суперечностей мають сприяти розвинені механізми судового контролю за діяльністю держави, її органів та посадових осіб.

ДРУГА ЧАСТИНА ІНСТИТУЦІЙНА ХАРАКТЕРИСТИКА ПРАВА

Розділ 7 НОРМИ ПРАВА

7.1. Поняття норми права та її ознаки

Норми права, як і принципи права, належать до традиційних і найпоширеніших категорій (понять) права. Вони уособлюють одну з найхарактерніших його, як і інших соціальних регуляторів, ознак – нормативність. За всього плюралізму праворозуміння, про що йшлося в розділі I, у сучасному правознавстві практично відсутні концепції, які заперечували б цю властивість (ознаку) права. Це проявляється, зокрема, в очевидній тенденції до діалектичного поєднання різних аспектів права, що знаходить свій прояв у варіантах інтегративної юриспруденції.

Нормативність означає, що норми відображають не одиничні життєві ситуації, а найбільш поширені, неодноразово повторювані, типізовані і позитивно оцінювані дії людей та їхніх об'єднань. Причому фіксація такої моделі юридично значущої поведінки в статті нормативно-правового акта чи інших джерелах права (навіть з бездоганим дотриманням правил юридичної техніки) автоматично не перетворює цю модель на норму права, тобто правило правової поведінки людей (суб'єктів права). Для того, щоб вона стала таким правилом, необхідне її сприйняття

людьми (суб'єктами права), або ж принаймні їх більшістю, як правильної, справедливої та її відтворення у відповідних діях (поведінці).

Норма, що не сприймається людьми, не оцінюється ними як соціально значуща, корисна і справедлива та не відтворюється в їх поведінці (діях), залишається мертвою і не може бути названа правовою. І жодний державний примус не здатний у такому разі забезпечити її обов'язковість. Зобов'язати будь-кого підкорити свою поведінку вимогам зафіксованої (сформульованої) у статтях нормативно-правових актів моделі поведінки (норми) можливо лише за умови, що свідомість суб'єктів права буде готова цим вимогам підкоритися.

Іншими словами, обов'язковості нормам надає не стільки держава, скільки психологічно-ментальна установка адресатів (і носіїв) норми – людей, або використовуючи термінологію основоположника психологічної теорії права, їх «переживання» («атрибутивно-імперативне переживання»). Цілком логічно у зв'язку з цим лунають висновки західних фахівців про те, що обов'язковість будь-якого правила забезпечується передусім вірою в його обов'язковість¹.

З урахуванням цих попередніх зауважень перейдемо до характеристики ознак норм права.

Як різновиду соціальних норм нормам права притаманні передусім усі **загальні ознаки соціальних норм**:

- вони є правилами поведінки, що регулюють *відносини між людьми та їх об'єднаннями*. Призначенням норм є упорядкування суспільних зв'язків як необхідна умова колективного існування людей;
- норми мають *загальний характер*, який полягає в неперсоніфікованості та невичерпності. *Неперсоніфікованість норми*, тобто відсутність вказівки на конкретного адресата, дозволяє їй адресуватися не одній певній особі, а відразу багатьом, поіменно не переліченим. *Невичерпність норми* означає можливість її багаторазової реалізації;
- норми визначають *правила належної чи дозволеної поведінки*. Інакше кажучи, норма вказує на те, як повинні чи можуть діяти суб'єкти в певних життєвих ситуаціях і які наслідки настають у разі порушення цих правил;
- норми *«озброєні» певними засобами, які забезпечують дотримання їхніх вимог*. Оскільки існує можливість порушення норм, то мають існувати й засоби (контроль, переконання, осуд, примус тощо)

¹ Раз Д. Мысли с помощью права // Российский ежегодник теории права. – 2008. – № 1. – С. 465–466.

запобігання таким порушенням. Інакше практично неможливо досягти порядку, заради якого і встановлюються самі норми;

- норми є *суспільно зумовленими правилами поведінки*. Завдяки соціальній (моральній, економічній, політичній та культурній) зумовленості норми сприймаються людьми як виправдані, справедливі та здатні бути відтвореними в їхній поведінці й виступати ефективним суспільним регулятором.

Водночас норми права мають **специфічні ознаки**, що відрізняють їх від інших соціальних норм:

- вони є *вихідними, первинними елементами права*. За великим рахунком право – це сукупність юридичних норм, що об'єднані в інститути, галузі та інші структурні утворення. Отже, норми є первинними клітинками права, цеглинками, з яких побудована вся її система;

- норми права *спрямовані на правове регулювання конкретних суспільних відносин*. Зазвичай вони визначають, що з погляду права може чи повинна робити особа за наявності певних життєвих умов і які наслідки чекають на неї в разі порушення цього правила. Отже, головне призначення норм права – зафіксувати суб'єктивні права та юридичні обов'язки учасників суспільних відносин, визначити їхній зміст та обсяг. Відтак на рівні конкретних суспільних відносин визначається і гарантується справедлива міра свободи, що є засадничим завданням права у цілому;

- норми закріплюють *стандарт (зразок, еталон) правомірної поведінки* особи, встановлюють *наслідки його порушення* (типові норми права) або *сприяють* такому закріпленню та встановленню (спеціалізовані норми права). Вони є правовим критерієм оцінювання поведінки (діяльності) особи як дозволеної, необхідної або забороненої та з'ясування її можливих правових наслідків;

- обов'язковість норм права підтримується *можливістю застосування державного примусу*. Ця ознака, безсумнівно, не свідчить про те, що їх обов'язковість є наслідком виключно забезпечення державного примусу. Останній виконує насамперед роль гарантії, що є необхідною на випадок можливого порушення норми. Основним при цьому має бути варіант добровільного виконання юридичних правил, що ґрунтується на внутрішньому переконанні особи у правильності (справедливості, доцільності та необхідності) норм права, сприйнятті їх як легітимних вимог. Проте їх обов'язковість підтримується також силою державного впливу, в тому числі загрозою застосування примусу. Останній не є атрибутивною властивістю норм права, вступаючи в дію лише у разі їх порушення;

- норма права має *особливі форми свого зовнішнього вираження*. Як елемент права вона відображається у специфічних джерелах: нормативно-правових актах, правових звичаях, судових прецедентах та ін. Саме джерело права може зробити доступними для суб'єктів стандарти правомірної поведінки, що пропонуються нормами, і наслідки відхилення від них. З урахуванням традицій національної правової системи норми права в Україні закріплюються переважно в нормативно-правових актах (законодавстві).

Отже, **норма права** – це закріплене у джерелах права і відтворюване в поведінці суб'єктів права правило загального характеру, що визначає стандарт належної чи дозволеної поведінки або наслідки його порушення, ефективна дія якого забезпечується державою.

7.2. Структура норми права

Структура норми права – це внутрішня будова норми, поділ її на певні складові (елементи).

Традиційно у структурі норми права виокремлюють **три елементи**. При цьому пояснюється, що в нормі права мають бути насамперед перелічені умови, за яких вона підлягає застосуванню (*гіпотеза*); далі повинно викладатися саме правило поведінки (*диспозиція*); нарешті, в нормі має міститися вказівка на наслідки порушення цього правила (*санкція*). Отже, будь-яка норма права може бути викладена у вигляді формули «якщо → то → інакше». За виразним висловом, без диспозиції норма є неймовірною, без гіпотези – безглуздою, без санкції – неспроможною.

Гіпотеза – це елемент норми права, що вказує на життєві обставини, за наявності та/або відсутності яких реалізується правило поведінки (*диспозиція*).

За допомогою гіпотези певний варіант поведінки, сформульований у нормі права, прив'язується до конкретного життєвого випадку, конкретного суб'єкта, часу та місця. Гіпотеза нібито «вдихає життя» у правило поведінки і тому є необхідною умовою обов'язковості диспозиції.

Гіпотези можуть бути різних видів.

1. Залежно від того, з наявністю чи відсутністю життєвих обставин пов'язується дія норми права, виокремлюють позитивні, негативні та змішані гіпотези.

Позитивна гіпотеза вказує на життєві обставини, за наявності яких реалізується правило поведінки. Наприклад, згідно зі статтею 35 Цивільного кодексу України повна цивільна дієздатність може бути надана фізичній особі, яка досягла шістнадцяти років і працює за трудовим договором, а також неповнолітній особі, яка записана матір'ю або батьком дитини.

Негативна гіпотеза вказує на життєві обставини, за відсутності яких реалізується правило поведінки. Так, відповідно до статті 40 Сімейного кодексу України шлюб є фіктивним, якщо його укладено жінкою та чоловіком або одним із них без наміру створення сім'ї та набуття прав і обов'язків подружжя.

Змішана гіпотеза вказує на те, що реалізація правила поведінки зумовлюється наявністю одних і відсутністю інших життєвих обставин. Наприклад, згідно з частиною 1 статті 64 Закону України від 7 липня 2010 року «Про судоустрій і статус суддів» на посаду судді може бути рекомендований громадянин України, не молодший двадцяти п'яти років, який має вищу юридичну освіту і стаж роботи в галузі права не менш як три роки, проживає в Україні не менш як десять років та володіє державною мовою. Тут формулюються життєві обставини, що мають існувати. Водночас згідно з частиною 2 статті 64 цього Закону не можуть бути рекомендовані на посаду судді громадяни, які мають не зняту чи не погашену судимість.

2. *Залежно від кількості життєвих обставин*, з якими пов'язується дія норми права, виокремлюють прості, альтернативні та складні гіпотези.

Проста гіпотеза визначає одну життєву обставину, за наявності (відсутності) якої діє диспозиція норми. Наприклад, згідно з частиною 3 статті 48 Кодексу законів про працю України працівникам, що стають на роботу вперше, трудова книжка оформляється не пізніше п'яти днів після прийняття на роботу.

Альтернативна гіпотеза визначає кілька життєвих обставин, за наявності (відсутності) хоча б однієї з яких діє диспозиція. Так, відповідно до частини 3 статті 67 Кодексу законів про працю України у разі, коли святковий або неробочий день збігається з вихідним днем, вихідний день переноситься на наступний після святкового або неробочого.

Складна гіпотеза визначає кілька життєвих обставин, за одночасної наявності (відсутності) яких діє диспозиція. Прикладом такої гіпотези є частина 4 статті 63 Кодексу законів про працю України: залучення інвалідів до надурочних робіт можливе лише за їх згодою і за умови, що це не суперечить медичним рекомендаціям.

3. *Залежно від повноти і вичерпності формулювання життєвих обставин* виокремлюють абсолютно визначені та відносно визначені гіпотези.

Абсолютно визначена гіпотеза формулює життєві обставини з вичерпною конкретністю і повнотою. Наприклад, згідно зі статтею 108 Конституції України повноваження Президента України припиняються достроково у разі відставки, неможливості виконувати свої повноваження за станом здоров'я, усунення з поста в порядку імпічменту, смерті.

Відносно визначена гіпотеза формулює такі життєві обставини невичерпно і неповно. Так, відповідно до статті 3 Сімейного кодексу України сім'я створюється на підставі шлюбу, кровного споріднення, усиновлення, а також на інших підставах, не заборонених законом і таких, що не суперечать моральним засадам суспільства.

Диспозиція – це елемент норми права, що вказує на правило поведінки, якому має відповідати поведінка суб'єкта.

Диспозиція є серцевиною, стрижнем норми права, адже саме за її допомогою впорядковується поведінка суб'єкта, формулюються його права і обов'язки.

1. *Залежно від кількості варіантів поведінки*, які пропонує норма, виокремлюють безальтернативні та альтернативні диспозиції.

Безальтернативна диспозиція пропонує суб'єкту лише один варіант поведінки. Наприклад, згідно з частиною 1 статті 707 Цивільного кодексу України покупець має право протягом чотирнадцяти днів обміняти у продавця непродовольчий товар неналежної якості на аналогічний товар.

Альтернативна диспозиція надає суб'єкту декілька можливих варіантів поведінки. Так, згідно з частиною 1 статті 708 Цивільного кодексу України покупець, якому продано товар неналежної якості, має право за своїм вибором вимагати у продавця або виготовлювача: 1) безоплатного усунення недоліків товару або відшкодування витрат на їх виправлення; 2) заміни товару на аналогічний товар належної якості або на такий самий товар іншої моделі з відповідним перерахунком у разі різниці в ціні; 3) відповідного зменшення ціни. Також покупець має право відмовитися від договору і вимагати повернення сплаченої за товар грошової суми.

2. *Залежно від способу викладення правила поведінки* виокремлюють прості, описові, відсильні, бланкетні та змішані диспозиції.

Проста диспозиція називає варіант поведінки, проте не розкриває його. Наприклад, у частині 1 статті 323 Кримінального кодексу України встановлено відповідальність за спонукання неповнолітніх до застосування допінгу.

Описова диспозиція описує всі істотні ознаки поведінки. Так, у статті 121 Кримінального кодексу України передбачено відповідальність за умисне тяжке тілесне ушкодження, тобто умисне тілесне ушкодження, небезпечне для життя в момент заподіяння, чи таке, що спричинило втрату будь-якого органу або його функцій, психічну хворобу або інший розлад здоров'я, поєднаний зі стійкою втратою працездатності не менш як на одну третину, або переривання вагітності чи непоправне знівечення обличчя.

Відсильна диспозиція не викладає правило поведінки, а відсилає для його ознайомлення до іншої норми. Наприклад, згідно зі статтею 351 Податкового кодексу України посадовим особам податкової міліції для виконання покладених на них обов'язків надаються права, передбачені певними нормами цього Кодексу, а також деякими нормами Закону України від 20 грудня 1990 року «Про міліцію».

Бланкетна диспозиція є різновидом відсильної диспозиції, яка для розкриття змісту відсилає до інструкцій, правил і технічних норм. Наприклад, до правил експлуатації транспорту відсилає адресата норма статті 287 Кримінального кодексу України, яка встановлює відповідальність за грубе порушення правил експлуатації транспорту, що забезпечують дорожній рух.

Змішана диспозиція поєднує в собі способи викладення правила поведінки, характерні для інших видів диспозицій (наприклад, описової та відсильної).

3. *Залежно від ступеня визначеності* виокремлюють абсолютно визначені та відносно визначені диспозиції.

Абсолютно визначена диспозиція з вичерпною конкретністю і повнотою встановлює права та обов'язки адресатів норми. Наприклад, згідно з частиною 1 статті 165 Цивільного процесуального кодексу України свідки видаляються із зали судового засідання у відведені для цього приміщення.

Відносно визначена диспозиція не містить повних і точних вказівок на права та обов'язки адресатів. Наприклад, у статті 159 Цивільного процесуального кодексу України передбачено, що в судовому засіданні можуть бути оголошені перерви, тривалість яких визначається відповідно до обставин розгляду справи, що їх викликали.

Санкція – це елемент норми права, що встановлює невідгідні наслідки на випадок порушення правила, визначеного в диспозиції.

Санкція є складовою, яка логічно завершує норму права: вона містить вказівку на наслідки відхилення від диспозиції і є одним із засобів спонукання особи до дотримання норми права. У літературі

слухно зазначається, що без санкції правило поведінки може залишитися «мертвою буквою».

1. *Залежно від характеру негативних наслідків*, що настають за порушення правила, визначеного в диспозиції, можна виокремити такі санкції:

а) **правовідновні заходи**, що спрямовані на відновлення порушених прав і законних інтересів, виконання невиконаних або неналежним чином виконаних обов'язків, повернення до первісного стану. Прикладами таких санкцій є обов'язок повернути майно з незаконного володіння, визнання правового акта недійсним, визнання недійсним правочину, спростування недостовірної інформації, поновлення на роботі тощо;

б) **заходи юридичної відповідальності**, що означають додаткові втрати особистого, організаційного або майнового характеру, які настають внаслідок правопорушення. До цього різновиду санкцій відносять штраф, конфіскацію, позбавлення волі, позбавлення батьківських прав, оголошення догани, звільнення та ін.;

в) **заходи припинення правопорушень**. Такими заходами є вилучення заборонених предметів, затримання правопорушника, арешт майна та ін.

2. *За сферою використання* санкції поділяються, зокрема, на **конституційно-правові** (наприклад, розпуск політичної партії), **цивільно-правові** (визнання правочину недійсним, відшкодування збитків, стягнення неустойки та ін.), **адміністративно-правові** (наприклад, попередження, штраф, адміністративний арешт), **дисциплінарні** (догана, звільнення з роботи), **кримінально-правові** (позбавлення волі, виправні роботи, штраф, конфіскація).

3. *За ступенем визначеності* санкції можуть бути:

- **абсолютно визначеними**, тобто такими, що вичерпно визначають вид і кількісну міру державного примусу (наприклад, штраф у подвійному розмірі);

- **відносно визначеними**, тобто такими, що передбачають можливість при правозастосуванні обрання різних видів санкцій (наприклад, штраф або позбавлення волі) чи їх різної кількісної міри (наприклад, позбавлення волі на строк від двох до п'яти років).

4. *Залежно від кількості несприятливих наслідків*, що загрожують порушнику, санкції поділяють на:

- **прості**, що передбачають один неvigідний наслідок (наприклад, штраф);

- **складні**, що передбачають одночасне застосування декількох неvigідних наслідків (наприклад, позбавлення волі з конфіскацією майна);

- **альтернативні**, що передбачають декілька наслідків, один із яких може бути застосовано до правопорушника (наприклад, штраф або обмеження волі).

При цьому слід розуміти, що зазначена триелементна структура норми права є лише науковою конструкцією, що допомагає з'ясувати, яким чином відбувається повноцінне нормативно-правове регулювання.

На практиці нормативно-правове впорядкування суспільних відносин здійснюється за допомогою регулятивних та охоронних норм права. Кожна з них реально складається з **двох елементів** і може бути представлена за допомогою формули «якщо \rightarrow то».

Так, **регулятивні норми права** вказують на певні життєві обставини (правомірні юридичні факти) і пов'язують з ними необхідність дотримання конкретного правила поведінки (тобто реалізації прав і обов'язків). Інакше кажучи, регулятивна норма права складається з *гіпотези* та *диспозиції*. Наприклад, правила дорожнього руху закріплюють таку регулятивну норму права: **якщо** водій керує транспортним засобом у межах населеного пункту (*гіпотеза норми*), **то** йому дозволяється рух із швидкістю не більше 60 км/год. і забороняється перевищення цієї швидкості (*диспозиція норми*).

У свою чергу **охоронні норми права** встановлюють, що у разі порушення прав і обов'язків, передбачених диспозицією регулятивної норми (відхилення від правила поведінки), для адресатів цієї норми настають певні несприятливі юридичні наслідки. Іншими словами, *гіпотеза* охоронної норми вказує на юридичний факт порушення диспозиції регулятивної норми, з яким *санкція* охоронної норми пов'язує настання несприятливих юридичних наслідків.

Наприклад, Кодекс України про адміністративні правопорушення закріплює охоронну норму права: **якщо** водій транспортного засобу перевищує встановлені обмеження швидкості руху (встановлюються життєві обставини як *гіпотеза охоронної норми*; вони становлять собою правопорушення – дії, які порушують правило поведінки, передбачене в диспозиції регулятивної норми, закріпленої в правилах дорожнього руху), **то** на нього накладається штраф від п'ятнадцяти до двадцяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян (передбачені негативні юридичні наслідки як *санкція норми права*).

Таким чином, зв'язок між регулятивною та охоронною нормами можна описати за допомогою *алгоритму*: «якщо^x \rightarrow то¹» (регулятивна норма), «якщо за наявності x не то¹ \rightarrow то²» (охоронна норма).

7.3. Види норм права

Кожна норма в межах системи права має свою спеціалізацію, що зумовлює її своєрідність порівняно з іншими нормами права. Ця особливість дозволяє класифікувати норми права за різними підставами.

1. *За характером впливу на суспільні відносини* норми права поділяють на класичні та спеціалізовані.

Типові норми (норми – правила поведінки) спрямовані на безпосереднє регулювання суспільних відносин; вони закріплюють стандарт правомірної поведінки суб'єкта права або встановлюють наслідки відхилення від нього. Так, норма, що закріплена у статті 116 Цивільного кодексу України, дозволяє учаснику господарського товариства брати участь у розподілі прибутку товариства й одержувати його частину у вигляді дивідендів.

Спеціалізовані (нетипові) норми зазвичай безпосередньо відносять між особами не регулюють, а сприяють реалізації норм – правил поведінки і в такий спосіб опосередковано беруть участь у правовому регулюванні суспільних відносин. Такі норми є досить неоднорідними за своїми характеристиками, змістом та цільовим призначенням і у свою чергу можуть бути поділені на окремі групи:

- **норми, що спрямовують систему права.** Їхнє призначення полягає у встановленні вихідних засад, основ правового регулювання суспільних відносин. Завдяки ним визначаються цілі, завдання, принципи, межі та методи правового регулювання. Вони є носіями «духу» права і мають велике значення як при створенні норм права в процесі нормотворчості, так і при реалізації та застосуванні норм права (наприклад, використовуються під час тлумачення типових норм права). До таких норм належать, зокрема, *норми-засади, норми-завдання, норми-принципи*;

- **норми, що сприяють збереженню узгодженості системи права.** Такими нормами є: *колізійні норми*, що встановлюють правила вибору норми права, яка підлягає застосуванню за наявності розбіжності (зокрема, суперечності) між нормами, що регулюють однакові фактичні обставини; *оперативні норми*, що спрямовані на введення в дію і припинення дії інших норм права; *норми*, що встановлюють правила дії суб'єкта за наявності *прогалів у законодавстві*;

- **норми, що спрощують правозастосування,** допомагають у тлумаченні та застосуванні типових норм права. Прикладами таких

норм є *норми-дефініції* і *норми-строки*. Ці норми сприяють застосуванню тих норм права, в яких використані відповідні поняття або містяться посилання на строки. Відсутність норм-дефініцій і норм-строків у системі права позбавила б право ясності, ускладнивши процес його застосування.

2. *За функціональною спрямованістю* норми права поділяють на регулятивні і охоронні.

Регулятивні норми права здійснюють правове регулювання суспільних відносин шляхом наділення їх учасників правами і покладання на них обов'язків. Вони забезпечують виконання правом його регулятивної функції, визначаючи стандарт правомірної поведінки суб'єктів. Наприклад, стаття 75 Сімейного кодексу України зобов'язує дружину і чоловіка матеріально підтримувати одне одного і надає право на утримання (аліменти) тому із подружжя, що є непрацездатним і потребує матеріальної допомоги.

Охоронні норми права здійснюють правове регулювання суспільних відносин шляхом встановлення складів правопорушень і закріплення відповідних юридичних санкцій. Призначенням таких норм є охорона правомірних суспільних відносин, попередження суб'єктів права про обов'язок утримуватися від певної дії або бездіяльності, що порушують ці відносини, і можливі негативні наслідки порушення відповідного обов'язку. Наприклад, статтею 186 Кримінального кодексу України встановлено склад такого злочину, як грабіж, і передбачено покарання (санкцію) за його вчинення; отже, вона забороняє вчинення грабежу і охороняє правомірні майнові відносини, що впливають з права власності.

3. *За способом правового регулювання* норми права поділяють на зобов'язальні, заборонні та уповноважувальні.

Зобов'язальні норми права встановлюють юридичний обов'язок особи вчиняти певні позитивні дії. Закріплення змісту обов'язкової поведінки досягається, як правило, за допомогою таких термінів, як «повинен», «зобов'язаний», «має обов'язок». Наприклад, згідно зі статтею 55 Сімейного кодексу України дружина та чоловік зобов'язані спільно дбати про матеріальне забезпечення сім'ї.

Заборонні норми права закріплюють юридичний обов'язок особи утримуватися від певних дій, тобто заборону їх вчинення. Такі норми зазвичай розпізнаються завдяки термінам «не допускається», «заборонено», «не повинне», «не може бути». Так, відповідно до статті 216 Сімейного кодексу України забороняється посередницька, комерційна діяльність щодо усиновлення дітей.

Уповноважувальні норми права встановлюють суб'єктивні права, тобто дозволяння на здійснення уповноваженою особою тих чи інших активних дій. Уповноважувальні норми права надають суб'єктам свободу розпоряджатися своїми правами, однак не зобов'язують їх реалізовувати. У тексті відповідних приписів часто містяться такі терміни, як «має право», «може», «дозволено». Наприклад, стаття 35 Сімейного кодексу України надає право нареченим обрати прізвище одного з них як спільне прізвище подружжя або надалі іменуватися дошлюбними прізвищами.

Слід зазначити, що поділ норм права на зобов'язальні, заборонні та уповноважувальні певною мірою є умовним. Юридичне правило зазвичай має двосторонній або навіть багатосторонній характер: для однієї сторони воно передбачає певне право (повноваження), а для інших – обов'язки або заборони (наприклад, норма трудового права, що встановлює право працівника на щорічну основну відпустку тривалістю не менш як 24 календарних дні за відпрацьований робочий рік, одночасно передбачає обов'язок роботодавця надати таку відпустку; тому вона є уповноважувальною для працівника і зобов'язальною для роботодавця).

4. *За методом правового регулювання* норми права поділяють на імперативні та диспозитивні.

Імперативні норми права містять категоричні приписи, що безпосередньо визначають поведінку суб'єктів, не дозволяють відхилитися від них і не можуть бути замінені за рішенням (домовленістю) цих суб'єктів іншими умовами. Наприклад, імперативними є правила дорожнього руху, які забороняють водієві керувати транспортним засобом у стані алкогольного сп'яніння або перебуваючи під впливом наркотичних чи токсичних речовин, зобов'язують водія у разі причетності до дорожньо-транспортної пригоди негайно зупинити транспортний засіб і залишатися на місці пригоди. Імперативним також є правило, згідно з яким водій має право вимагати від особи, яка здійснює нагляд за дорожнім рухом та зупинила транспортний засіб, пред'явлення посвідчення особи.

Диспозитивні норми права діють лише тоді, коли адресати норми своїм рішенням (угодою) не встановили інших умов власної поведінки. Диспозитивні норми – це свого роду запасний варіант, який право пропонує використати суб'єктам у разі, коли вони з певних причин не скористалися можливістю встановити інший порядок правового регулювання. Тому часто правила диспозитивних норм супроводжуються застереженнями на кшталт «якщо інше не встановлено договором», «якщо інше не встановлено домовленістю сторін».

Наприклад, згідно зі статтею 334 Цивільного кодексу України право власності у набувача майна за договором виникає з моменту передання майна, якщо інше не встановлено договором. Це означає, що сторони договору можуть домовитися про інший момент набуття права власності (наприклад, про набуття права власності з моменту укладання договору або з моменту оплати товару). Проте в разі, коли сторони не досягли жодної домовленості щодо моменту набуття права власності, при регулюванні їх відносин застосовуватиметься правило, встановлене статтею 334 Цивільного кодексу України.

Найчастіше диспозитивні норми можна зустріти у сфері приватного права. Так, стаття 6 Цивільного кодексу України дозволяє сторонам у договорі за загальним правилом відступати від положень актів цивільного законодавства і врегульовувати свої відносини на власний розсуд. За цією статтею такий відступ не дозволяється, якщо в актах цивільного законодавства прямо вказано про це, а також у разі, якщо обов'язковість для сторін положень актів цивільного законодавства впливає з їхнього змісту або із суті відносин між сторонами.

5. *За ступенем визначеності варіанта поведінки* норми права поділяють на абсолютно визначені та відносно визначені.

Абсолютно визначені норми права з вичерпною конкретністю і повнотою встановлюють умови своєї дії, права та обов'язки адресатів і наслідки їх порушення. Врегулювання не залишає особі, яка застосовує таку норму, можливостей для розсуду. Наприклад, відповідно до статті 145 Цивільного процесуального кодексу України суддя зобов'язаний призначити експертизу в разі заявлення клопотання про призначення експертизи обома сторонами. Отже, власні міркування судді в цьому разі не мають жодного значення для застосування цієї норми.

Відносно визначені норми права не містять повних, вичерпних вказівок на умови їхньої дії, права та обов'язки адресатів або зміст санкцій. Застосування таких норм у конкретних ситуаціях залежить від розсуду (дискреції) особи. Тому ці норми іменують також дискреційними. Наприклад, суддя може призначити експертизу в разі заявлення клопотання однією із сторін, однак таке рішення в цьому разі він прийматиме за власним розсудом.

Залежно від характеру розсуду уповноваженого суб'єкта відносно визначені норми поділяють на *ситуаційні, альтернативні та факультативні*.

6. *Залежно від обсягу (сфери) дії* норми права поділяють на загальні та спеціальні.

Загальні норми права поширюються на всі відносини певного роду в цілому. Наприклад, згідно зі статтею 1166 Цивільного кодексу України особа, яка завдала шкоди, звільняється від її відшкодування, якщо вона доведе, що шкоди завдано не з її вини. Ця норма поширюється на всі відносини, пов'язані з відшкодуванням майнової шкоди.

Спеціальні норми права встановлюються з метою конкретизації і деталізації, врахування своєрідності та особливостей будь-якого виду суспільних відносин, що належать до певного роду, врегульованого загальними нормами права. Фактично спеціальні норми є винятком із загальних норм. Наприклад, відповідно до статті 1187 Цивільного кодексу України особа, яка здійснює діяльність, що є джерелом підвищеної небезпеки, відповідає за завдану шкоду, якщо вона не доведе, що шкоди було завдано внаслідок непереборної сили або умислу потерпілого. Отже, ця норма встановлює особливості відшкодування майнової шкоди, що завдана джерелом підвищеної небезпеки, і на відміну від загального правила, встановленого статтею 1166 Цивільного кодексу України, передбачає можливість відшкодування шкоди і за відсутності вини.

Слід зазначити, що поділ норм на загальні та спеціальні є певною мірою умовним. Так, норми Цивільного кодексу України, що регламентують відносини купівлі-продажу, є спеціальними щодо норм, які регулюють загальні умови зобов'язань. Проте вони є загальними щодо норм, які визначають, наприклад, особливості роздрібної купівлі-продажу.

7. *За належністю до таких підсистем права, як матеріальне і процесуальне право*, норми поділяють на матеріальні та процесуальні.

Норми матеріального права визначають певну модель поведінки шляхом встановлення прав та обов'язків суб'єктів права. Так, норми матеріального права закріплюють правове становище майна та осіб, визначають права та обов'язки учасників конституційних, адміністративних, фінансових, господарських, трудових, цивільних, сімейних та інших правовідносин, підстави і межі відповідальності за правопорушення тощо.

Частина норм матеріального права може бути реалізована в будь-якому порядку, без будь-яких додаткових передумов. Проте у деяких випадках порядок дій має важливе значення: права та обов'язки суб'єктів, передбачені нормами матеріального права, можуть бути реалізовані лише з дотриманням певних процедур, які встановлюються **нормами процесуального права**. Вони сприяють реалізації норм матеріального права шляхом перевірки і фіксації юридичних фактів,

усунення сумнівів у наявності прав та обов'язків та уточнення їхнього змісту і обсягу, врахування інтересів інших осіб, забезпечують більшу визначеність матеріальних норм, їх захист та охорону.

Подібне сприяння, як правило, є необхідним з огляду на значущість певного права та обов'язку, необхідність обмеження сваволі при реалізації владних повноважень, забезпечення справедливості при притягненні до юридичної відповідальності, вирішенні спорів суб'єктів права з приводу їхніх прав та обов'язків.

8. *За підсистемами права* (підсистема публічного і приватного права), до яких належать правила поведінки, норми можна поділити на норми публічного і приватного права.

Норми публічного права регулюють відносини, пов'язані з діяльністю публічної влади (державної влади та місцевого самоврядування). **Норми приватного права** регулюють такі відносини між суб'єктами права, які прямо не стосуються публічної влади. Вони пов'язані з реалізацією інтересів окремих осіб, які визнаються та захищаються правом.

9. *За часом дії* норми права поділяються на постійні та тимчасові.

Постійні норми права – це норми з невизначеним строком дії, що діють до їх скасування або зміни. Переважна більшість норм є саме такими.

Тимчасові норми права – це норми, встановлені на певний строк (наприклад, норми Державного бюджету, які діють з 1 січня до 31 грудня відповідного календарного року).

7.4. Норми права і принципи права

Норми і принципи права як змістовні елементи системи права мають багато спільного (вони є загальними і неперсоніфікованими, обов'язковими правилами, що спрямовані на регулювання поведінки суб'єктів у сфері права). Водночас між принципами права і нормами права існує суттєва різниця:

1) вони висувають різні типи вимог до поведінки. Так, норма права дає відповідь на питання «що [необхідно або можна] робити?» (наприклад, їхати з певною швидкістю, дарувати майно, не красти). У свою чергу принципи відповідають на питання «як це робити?» (пропорційно, добросовісно, розумно, уникаючи дискримінації тощо);

2) існують різні правила подолання колізій між нормами права і між принципами права. Вибір між нормами, що суперечать одна іншій, здійснюється за формулою «все або нічого» (тобто в усіх випадках, що підпадають під дію цих норм, чинною визнається лише одна з них), у той час як конфлікт між принципами вирішується в кожній конкретній ситуації шляхом оптимального вибору на підставі оцінки ваги кожного з принципів, інтенсивності їхньої дії;

3) принципи мають більш абстрактний характер, ніж норми права, нерідко окреслюючи в певній ситуації лише коридор можливостей, прямо не визначаючи конкретний варіант поведінки;

4) існують відмінності в їх застосуванні. Так, норми права безпосередньо зумовлюють певний правовий наслідок за наявності тих чи інших фактичних обставин, тоді як принципи розраховані на опосередковане застосування. Вони зазвичай реалізуються за посередництвом норм права, створених на їх розвиток і конкретизацію. Проте навіть за відсутності норм права суд не може прийняти рішення, посилаючись лише на принцип: на основі принципу як стандарту він має запропонувати правило з чітко сформульованою гіпотезою і диспозицією, діючи при цьому замість законодавця, і вже на підставі цього правила вирішити конкретну справу;

5) вони характеризуються різною глибиною усвідомлення. Принципи, які пов'язані із суспільними цінностями, мають більш глибокий рівень усвідомлення, ніж норми; їх порушення загрожує втратою власної правової ідентичності, а обов'язковість підтримується насамперед завдяки правосвідомості самих суб'єктів;

6) принципи і норми мають відмінності у формах їхнього зовнішнього вираження. Так, норми права обов'язково закріплюються в джерелах права, у той час як принципи у деяких випадках можуть виступати самостійним джерелом права;

7) на відміну від норм права, які створюються та застосовуються за активним сприянням держави, принципи через специфіку їх аксіологічної природи в механізмі правового регулювання відзначаються меншим впливом на їх зміст і перелік з боку держави.

Розділ 8

СИСТЕМА ПРАВА

8.1. Поняття та основні риси системи права

У вітчизняній традиції питання про систему права є *питанням про його структуру*. Категорія системи акцентує увагу на тому, що право складається з певних елементів, які взаємозв'язані між собою, а їх взаємодія породжує нові (інтеграційні) якості: лише разом вони можуть забезпечити виконання правом його функцій – підтримання порядку та гарантування свободи.

Найбільш важливими чинниками побудови системи права, які втілюють прояви його сутності, є *предмет і метод* правового регулювання, *принципи* права, а також *інтереси* окремих осіб та загальнозначущі *потреби* в раціональній правовій організації.

Первинними елементами системи права за тією ж названою традицією є норми права, які у свою чергу утворюють відповідні *структурні об'єднання*.

Не відкидаючи загалом такої конструкції системи права, слід зазначити, що в ній знову-таки певною мірою втрачається людина зі всіма її інтелектуальними, психологічними та іншими властивостями.

Тим часом людина (громадянин) – не пасивний об'єкт створюваної поза нею системи права, а активний учасник не лише її функціонування, а й творення. Адже саме завдяки діяльності людей, як зазначалося у попередніх розділах, зароджуються елементи типізованості, нормативності суспільних відносин, які згодом в узагальненій формі втілюються у сформульованих відповідними нормотворчими органами (які також складаються з людей – державних службовців) нормах; саме через долучення людини до цінностей (яке відбувається у процесі її

соціалізації, у тому числі через правову діяльність) сукупність правових норм набуває структурної єдності.

З цього випливає, що система права, як і будь-які інші правові явища, в кінцевому підсумку є продуктом людської діяльності. Вона значною мірою зумовлена історичними та соціокультурними умовами життя людей, що зрештою визначає її особливості, про що йтиметься у наступних розділах.

У зв'язку з цим обґрунтованими виглядають позиції тих авторів (переважно зарубіжних), які центральним елементом системи права вважають не знеособлену («знелюднену») норму, а людину, хоч і використовують при цьому усталене поняття «суб'єкт права», намагаючись звільнити його від нашарувань догматизму, надмірної раціональності і статичності.

З урахуванням викладеного необхідно, очевидно, підходити до визначення поняття системи права.

Система права – це створена в результаті діяльності людей, інтегрована принципами права, зумовлена поєднанням приватних і публічних інтересів сукупність правових норм, внутрішня організація якої характеризується їх єдністю, узгодженістю, диференціацією та групуванням у відносно самостійні структурні утворення.

Сучасна система права має складну структуру: вона є поліструктурною та багаторівневою. *Поліструктурність* означає, що система права не може досліджуватися лише під одним кутом зору; норми права утворюють кілька автономних структур. Для вітчизняної системи права, як і для багатьох інших систем (особливо континентальної Європи), важливим є поділ на публічне і приватне, матеріальне і процесуальне, регулятивне й охоронне право, а також на різні галузі права. Багаторівневність означає, що деякі структури мають кілька рівнів. Найбільш чітко це помітно у галузевій структурі права.

Система права має такі особливі риси, як:

1. **Єдність.** Вона зумовлена тим, що право ґрунтується на єдиних основоположних і загальних принципах та спрямоване на виконання єдиних функцій.

2. **Узгодженість,** яка полягає, зокрема, у наявності субординаційних і координаційних зв'язків між її структурними утвореннями (нормами, інститутами, галузями права, підсистемами права), в неможливості їх дії ізольовано одне від одного, в доповненні і конкретизації загальних норм спеціальними. Узгодженість забезпечується функціонуванням механізмів моніторингу, експертиз, попередження, подолання та усунення колізій і прогалин у праві.

3. **Диференціація** та **інтеграція**. Диференціація становить собою поділ права на його структурні елементи, який обумовлений виконанням функцій права. Такий поділ є логічним підґрунтям подальшої інтеграції елементів системи права за схемою: норми права (регулюють типові суспільні відносини) → правові інститути (об'єднують норми, які регулюють відносини певного виду) → підгалузі права (об'єднують норми, які регулюють відносини кількох видів) → галузі права (об'єднують норми, які регулюють відносини певного роду) → підсистеми права (приватноправова та публічно-правова, матеріально-правова та процесуально-правова, регулятивно-правова та охоронно-правова).

4. **Об'єктивність** та **суб'єктивність**. Об'єктивність означає, що система права не утворюється внаслідок довільного розсуду суб'єкта нормотворення, а є юридичним відображенням системи суспільних відносин, творцями яких є люди. Водночас її формування відбувається під впливом суб'єктивного чинника – особливостей суспільної правосвідомості, менталітету, традицій, переконань суб'єктів правотворчості, позиції юридичної науки та практики, усвідомлених та сприйнятих суспільством ідей щодо справедливого регулювання відносин тощо.

5. **Стабільність** та **динамізм**. Система права зберігає здатність ефективно регулювати відносини в умовах соціального розвитку і водночас постійно змінюється під впливом зовнішніх та внутрішніх чинників. Стабільність підтримується принципами та структурою системи права, а динамізм – своєчасними якісними і кількісними змінами змісту права, які уможливають його спроможність виконувати покладені на нього завдання, забезпечують його гнучкість. Стабільність та динамізм системи права у своїй взаємодії гарантують її стійкість.

8.2. Публічне і приватне право

Публічне і приватне право характеризують як якісно різні підсистеми права, два різних «юридичних континенти». Публічне і приватне право традиційно вважають наскрізними лініями правового розвитку системи права (правових систем) країн континентальної Європи та деяких інших країн, правові системи яких схожі на континентально-європейські.

Поділ права на приватне і публічне має більш ніж двохтисячолітню історію. Видатний римський юрист Ульпіан писав, що право вивчається у двох аспектах: публічному і приватному. Публічне право – це те, що

належить до користі римської держави, приватне – те, що до користі окремих осіб.

Існує декілька теорій обґрунтування критеріїв поділу права на публічне і приватне: матеріальні (на основі інтересів), формальні (за юридичними критеріями) і змішані (поєднують матеріальні та формальні критерії). Такий поділ не заперечує традиційного галузевого поділу системи права, однак суттєво доповнює уявлення про її структуру.

Поділ права на публічне і приватне має починатися із **розмежування відносин**, що регулюються публічним і приватним правом.

Публічне право – це підсистема права, яка регулює відносини, пов'язані з діяльністю публічної влади (державної влади та місцевого самоврядування).

Публічно-правові відносини пов'язані з реалізацією загального інтересу суспільства, який спирається на підтримку і захист права (*публічний інтерес*). Їх слід умовно поділити на **три великих блоки**:

- 1) відносини, пов'язані з діяльністю держави і місцевого самоврядування, що виникають між суб'єктами владних повноважень;
- 2) відносини, пов'язані з діяльністю держави і місцевого самоврядування, що виникають між суб'єктом владних повноважень та іншими суб'єктами права;
- 3) відносини між іншими суб'єктами права, коли вони прямо стосуються діяльності держави і місцевого самоврядування.

Приватне право – це підсистема права, що регулює такі відносини між суб'єктами права, які прямо не стосуються публічної влади. Приватноправові відносини пов'язані з реалізацією інтересів окремих осіб, які визнаються та захищаються правом (*приватний інтерес*).

Визначення суб'єктів публічного і приватного права. Основний суб'єкт публічного права – суб'єкт владних повноважень, а основними суб'єктами приватного права є фізичні особи та юридичні особи.

Визначення взаємного становища учасників відносин. Учасники публічно-правових відносин, як правило, є *нерівними*, і вступають у *вертикальні* (субординаційні, владні) відносини. Водночас учасники приватноправових відносин є *юридично рівними*, а їхні відносини характеризують як *горизонтальні* (координаційні).

Особливості правового режиму. Для публічного права характерним є *імперативний метод*, за якого норми безпосередньо встановлюють права і обов'язки суб'єктів, а також порядок їх виникнення. Цей режим зазвичай відзначається централізованим і субординаційним регулюванням, спеціально-дозвільним типом регулювання, використанням імперативних норм.

Приватному праву притаманний *диспозитивний* метод, який надає суб'єктам можливість самостійно визначати свої права і обов'язки в межах, встановлених нормами права. Він визнає автономію їхньої волі і правової ініціативи (зокрема, при вчиненні правочинів, визначенні їх змісту, захисті прав). Приватноправовий режим традиційно пов'язується також із децентралізованим і координаційним (договірним) правовим регулюванням, загально-дозвільним типом регулювання, використанням диспозитивних норм.

Водночас диспозитивний метод та інші елементи приватноправового режиму мають обмежене використання при регулюванні публічно-правових відносин, а імперативний метод та елементи публічно-правового режиму – при регулюванні приватноправових відносин.

До **складу публічного права** входять: матеріальні публічно-правові галузі (конституційне, адміністративне, фінансове право та ін.) та процесуальні публічно-правові галузі (кримінальне процесуальне, цивільне процесуальне, адміністративно-процесуальне право тощо). До **складу приватного права** входять галузі цивільного, сімейного права, інститути трудового, житлового, земельного права та ін. При цьому слід розуміти, що забезпечення ефективного правопорядку передбачає обов'язкову взаємодію галузей та інститутів публічного і приватного права.

Більше того, в сучасних умовах помітного зростання обсягу соціального конструктивізму (тобто прагнення до створення простих, функціонально виправданих, доцільних конструкцій) критерії поділу права на галузі публічного і приватного права стають дедалі більш відносними. Яскравим прикладом цьому може слугувати кримінальне право. За усталеною вітчизняною традицією його, як правило, відносять до галузей публічного права. Те ж саме тривалий час мало місце в багатьох інших країнах континентальної Європи.

Тим часом кримінальне право, хоч і безпосередньо пов'язане з діяльністю державної влади і має на меті реалізацію публічного інтересу – охорону правопорядку від злочинних посягань, однак не обмежується публічним інтересом¹. Не менш, якщо не більш важливою метою кримінального права є захист суб'єктивних прав – права на життя, особисту (фізичну) недоторканність, недоторканність власності тощо, тобто не тільки публічного, а й приватного інтересу. З огляду на це дедалі

¹ Див., наприклад: Кабрияк Р. Кодификации. – М., 2007. – С. 12–13.

більше фахівців, зокрема на Заході, не відносять кримінальне право до галузей публічного права. З країн континентальної Європи чи не вперше це відбулося у Франції; нині ж тенденція до розрізнення публічного і кримінального права помітна також за її межами¹.

Взаємопроникнення режимів правового регулювання з публічних сфер у приватні і навпаки – одна з істотних ознак їх еволюції в сучасних умовах. Межі між цими сферами постійно змінюються, що зумовлено складними і суперечливими процесами, що відбуваються в реальному житті.

Вплив економічної глобалізації та зростання у зв'язку з цим регулятивної ролі транснаціональних корпорацій, наприклад, приводить до розширення приватної сфери, а отже, притаманного приватному праву режиму правового регулювання. З іншого боку, із зростанням загроз тероризму, загостренням екологічних, демографічних та інших проблем розширюється публічна сфера з притаманними їй особливостями регулювання, причому інколи за рахунок звуження приватної сфери – певних обмежень прав і свобод людини. Ці процеси, очевидно, продовжуватимуться й надалі, що не може не відбиватися на підходах до вирішення питань співвідношення публічного і приватного права.

8.3. Матеріальне та процесуальне право

Регулювання суспільних відносин потребує визначення не тільки правил поведінки, а й порядку, в якому вони можуть бути реалізовані. Це дає підстави для виокремлення **двох підсистем права** – *матеріального та процесуального права*.

Так, **норми матеріального права** визначають певну модель поведінки шляхом встановлення прав та обов'язків суб'єктів права. Наприклад, норми матеріального права закріплюють правове становище майна й осіб, визначають права та обов'язки учасників конституцій-

¹ Див., наприклад: Хайєк Ф. Право, законодательство и свобода: современное понимание либеральных принципов справедливости и политики. – М., 2006. – С. 202; Честнов И.Л. Постклассическая теория права. – СПб., 2012. – С. 473.

них, адміністративних, фінансових, господарських, трудових, цивільних, сімейних та інших правовідносин, підстави й межі відповідальності за правопорушення тощо.

Частина норм матеріального права може бути реалізована в будь-якому порядку, без будь-яких додаткових передумов. Проте у деяких випадках порядок дій має важливе значення: права та обов'язки суб'єктів, передбачені нормами матеріального права, можуть бути реалізовані лише з дотриманням певних процедур.

*Подібні процедури, тобто послідовність дій, необхідних для реалізації передбачених матеріальним правом прав та обов'язків, встановлюються **нормами процесуального права**. Вони сприяють реалізації норм матеріального права шляхом перевірки й фіксації юридичних фактів, усунення сумнівів у наявності прав і обов'язків та уточнення їхнього змісту й обсягу, урахування інтересів інших осіб, забезпечують більшу визначеність матеріальних норм, їх захист і охорону. Подібне сприяння, як правило, є необхідним з огляду на значущість певного права та обов'язку, необхідність обмеження сваволі при реалізації владних повноважень, забезпечення справедливості при притягненні до юридичної відповідальності, вирішенні спорів суб'єктів права з приводу їхніх прав та обов'язків.*

Якщо матеріальне право відповідає на питання «Що можна або що необхідно робити?», то процесуальне – «В якому порядку реалізується або забезпечується відповідне правило поведінки? В якій послідовності вчиняти дії, щоб досягти належного результату?».

У складі процесуального права можна виокремити:

1) **норми, що регламентують процедуру нормотворчості**, тобто встановлюють послідовність дій, які необхідно виконати суб'єкту нормотворчості для реалізації його нормотворчих повноважень (повноважень на встановлення, зміну або скасування нормативно-правових актів);

2) **норми, що регламентують процедуру правозастосування**, тобто встановлюють послідовність дій, які необхідно виконати суб'єкту правозастосування для прийняття індивідуально-владного рішення у конкретній справі. Особливе значення серед процесуальних норм цієї категорії мають правила, які визначають процедуру судочинства;

3) **норми, що регламентують процедуру здійснення інших правових форм діяльності** (наприклад, інтерпретаційної, контрольно-наглядової);

4) **норми, що визначають процедуру безпосередньої реалізації права**, тобто встановлюють послідовність дій, які необхідно виконати

суб'єкту для виникнення, зміни, припинення або підтвердження його прав або обов'язків (наприклад, подібні процедури можуть регламентувати укладення трудового договору, передачу прав на торговельну марку, скликання та проведення загальних зборів акціонерного товариства).

8.4. Структура системи права

Структура права є відображенням внутрішньої будови права і зв'язків між його елементами. Вона передбачає визначення її базового нормативного елемента – правової норми, врахування предмета правового регулювання, що в сукупності з методом, а також принципами та інтересами об'єднує ці норми в основні групи – інститути права, підгалузі права, галузі права, підсистеми права. Визначальну роль у формуванні й функціонуванні структури системи права відіграє людське начало суб'єкта права.

Отже, систему права складають такі **елементи**.

1. **Суб'єкт права** – конструкція, що уособлює людське начало в системі права, є її первинним (вихідним) елементом, що об'єднує (синтезує) індивідуально-особистісне з безособистісним, формально-юридичним у ній.

2. **Норма права** – первинний структурний елемент системи права, спрямований на регулювання типових суспільних відносин. Узгодженість, взаємопов'язаність, поділ і групування правових норм у системі права зумовлені, з одного боку, структурою предмета регулювання (суспільними відносинами), а з іншого – прагненням суб'єкта (законодавця) ефективно врегулювати ці відносини правовими засобами.

3. **Інститут права** – це виокремлена група норм права, які регулюють певний вид однорідних суспільних відносин. Інститут права є базовим рівнем поєднання правових норм (наприклад, йдеться про інститут покарання в кримінальному праві, інститут застави в цивільному праві, інститут виборів у конституційному праві).

Інститут права характеризується тим, що він: а) регулює певний вид однорідних суспільних відносин; б) становить собою певну сукупність норм, яка є відносно автономною у складі галузі права; в) забезпечує цілісне, відносно завершене правове регулювання певного

соціального феномена (тобто має певну автономію); г) має загальну мету, основну ідею (принципи); д) використовує специфічні поняття та юридичні конструкції.

Інститути права можуть бути класифіковані за різними критеріями:

- за *предметом правового регулювання* вони поділяються на інститути конституційного, цивільного, кримінального, адміністративного, процесуального та інших галузей права;
- за своєю *структурою* інститути поділяються на *складні*, тобто ті, що складаються з субінститутів (наприклад, інститут застави, який має у складі субінститут іпотеки), та *прості*, які субінститутів не містять (наприклад, інститут необхідної оборони);
- за *змістом* суспільних відносин інститути права поділяються на *матеріальні* (наприклад, інститут підряду) та *процесуальні* (наприклад, інститут звільнення від кримінальної відповідальності);
- за *функціями*, які інститути виконують у правовому регулюванні, вони поділяються на *регулятивні* (інститут купівлі-продажу) та *охоронні* (інститут звільнення від адміністративної відповідальності).

4. **Підгалузь права** – об'єднання взаємопов'язаних інститутів, що формується в межах однієї галузі права. Підгалузь характеризується наявністю спільних принципів, способів регулювання, специфікою норм, що входять до її складу. Наприклад, у конституційному праві виокремлюють виборче, парламентське право та ін.; у цивільному праві – речове, зобов'язальне право та ін.; у фінансовому праві – бюджетне, податкове, банківське право. Галузі права, для яких характерні тісна консолідація, компактність змісту, не мають у своєму складі підгалузей права (наприклад, кримінальне процесуальне право).

5. **Галузь права** – це відокремлена сукупність норм права, що регулюють якісно однорідну сферу суспільних відносин за допомогою певних методів.

Аналіз галузей права підкреслює такі її *властивості*: а) галузь є *центральною ланкою системи права*; б) галузь права становить собою *юридичну цілісність*, тобто таку сукупність норм, що зосереджені у взаємопов'язаних правових інститутах і забезпечують регулювання, стабільність цілої сфери життєдіяльності суспільства; в) вона є відносно замкнутою, автономною підсистемою правового регулювання. Головне її призначення – забезпечити стосовно певної галузі суспільних відносин особливий правовий режим, який визначається власними галузевими принципами, специфічним правовим статусом суб'єктів певної галузі, особливим порядком встановлення та реалі-

зації прав і обов'язків, відповідною комбінацією способів, методів та типів правового регулювання, специфічними санкціями та обмеженнями; г) наявність галузевого понятійного апарату; д) основними критеріями для виокремлення галузі права є предмет і метод правового регулювання.

Галузі права можна поділити на такі види:

- **фундаментальні** (профілюючі), до яких традиційно належать конституційне, адміністративне, цивільне, цивільне процесуальне, кримінальне, кримінальне процесуальне право. Вони є юридично первісними, концентрують головні правові режими, галузеві методи правового регулювання;

- **спеціальні**, які виникли шляхом відокремлення від фундаментальних галузей і в яких головні правові режими модифіковано, пристосовано до особливих сфер життя суспільства (трудове, земельне, житлове, сімейне, кримінально-виконавче право та ін.).

6. **Підсистема права** – це інтегрована принципами, завданнями і функціями, зумовлена характером інтересів сукупність інститутів і галузей права, які регулюють комплекс суспільних відносин за допомогою подібних методів правового регулювання. Такими підсистемами права є приватне і публічне право, процесуальне і матеріальне право, регулятивне та охоронне право.

Розділ 9

ДЖЕРЕЛА ПРАВА

9.1. Поняття джерел права

Уявлення про джерела права та їхні види не є статичними. Разом із розвитком уявлень людини про право, виникненням різних підходів до його розуміння формувалося і змінювалося розуміння про його джерела.

Дискусія щодо змісту цього поняття триває і нині. Автори, які надають перевагу позитивістському підходу, під джерелами права розуміють спосіб зовнішнього вираження змісту правових норм, за допомогою якого вони набувають загальнообов'язкового значення. У цьому контексті джерела права ототожнюються із нормативними приписами, що створюються або санкціонуються державою.

Для представників природно-правової доктрини джерелами права є природні, невідчужувані права людини, а прихильники соціологічної юриспруденції джерелом права визнають типізовані взаємовідносини між суспільними союзами, які передують появі правової норми.

Також існують інші, більш широкі підходи до розуміння джерел права, їх розглядають як:

- джерела походження додержавного і державного права;
- змістовні джерела – фактори, що впливають на зміст права: моральні, релігійні, філософські, політичні, соціальні, економічні, ідеологічні тощо. Так, наприклад, іслам як релігія є одним із головних змістовних джерел мусульманського права, марксистсько-ленінська ідеологія тривалий час впливала на зміст радянського права часів СРСР;
- джерела пізнання права, наприклад, історичні пам'ятки. До них належать не тільки стародавні зводи законів, звичаїв, судових рішень, а й стародавні твори літератури, міфи, легенди, народні прислів'я та приказки тощо.

Незважаючи на багатоманітність підходів до значення поняття «джерела права», увага у цьому розділі зосереджена на розгляді джерел права у їх формальному розумінні, **як способі зовнішнього вираження змісту правових норм, – своєрідного «резервуару», з якого суб'єкти правозастосування черпають відповідні норми (правила) для вирішення справи.**

У стародавні часи джерелами права були міфи та легенди, звичаї, традиції прашчурів, священні тексти тощо. В процесі історичного розвитку одні джерела права поступалися місцем іншим або ж зникали зовсім, а певні джерела, пройшовши значну еволюцію з моменту свого виникнення, дійшли до наших днів. В наш час у ролі джерел права розглядаються: нормативно-правові акти та правові звичаї; судові прецеденти та судова практика; загальні принципи права та правова доктрина; нормативний договір та корпоративні норми; релігійні норми; норми «м'якого» права тощо.

9.2. Класифікація джерел права та її критерії

У країнах континентальної Європи прийнято розмежовувати джерела права на прямі та непрямі. До перших відносять нормативно-правові акти та нормативні договори, непрямим джерелом права є судова практика.

Схожою класифікацією є поділ джерел права на первинні та вторинні. Нормативно-правові акти, нормативні договори вважаються такими, що містять первинні норми права. У разі відсутності в цих джерелах необхідної норми можуть застосовуватися джерела права, такі як: правовий звичай, судовий прецедент, судова практика або правова доктрина.

В різних країнах співвідношення (ієрархія) джерел права може бути різним, це залежить від існуючих в них правових систем.

Ще одним критерієм розмежування між джерелами права є їх обов'язковий або переконливий характер. Вважається, що переконливі джерела права, такі як судова практика (не тільки національних судів), а в окремих випадках правова доктрина, не можуть бути достатньою підставою для прийняття рішення, а можуть братись до уваги і застосовуватися разом із джерелами, що містять обов'язкову норму

права – нормативно-правовим актом, нормативним договором тощо. Відповідно, останні джерела права називають обов’язковими, вони мають самостійний характер і не мають жорсткої прив’язки до переконливих джерел права.

Подібною за критеріями є класифікація, яка передбачає поділ джерел права на основні і допоміжні (додаткові). Так, наприклад, допоміжним джерелом права щодо Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод будуть рішення Європейського суду з прав людини. Щодо законів як основного джерела права допоміжними джерелами права слід вважати інші види нормативно-правових актів, виданих на виконання закону.

9.3. Нормативно-правовий акт: загальна характеристика

Майже всі сучасні світські правові системи, особливо країн континентальної Європи та Америки, одним із основних джерел права визнають нормативно-правовий акт. Будучи «наймолодшим» в історичному сенсі поміж існуючих джерел права, нормативно-правовий акт є найпоширенішим на сьогодні джерелом завдяки здатності формулювати ясні, точні, зрозумілі людям юридичні правила. Крім того, поміж інших джерел права нормативно-правовий акт вирізняється:

1) загальною нормативністю, яка полягає у формулюванні таким актом загальних правил поведінки (норм), розрахованих на багаторазове застосування необмеженим колом осіб;

2) владно-розпорядчим характером, який виявляється, по-перше, у тому, що в більшості випадків правила поведінки (норми) формулюються спеціально уповноваженим суб’єктом поза волею суб’єктів, які будуть їх використовувати, а по-друге, у тому, що норми, які містяться в акті, мають загальнообов’язковий характер;

Треба зауважити, що можливість прийняття нормативно-правового акта поза волею суб’єктів його використання не означає, що він може протиставлятися цій волі або не враховувати її. Нормативно-правовий акт є одним із джерел права, спрямованих на правове регулювання суспільних відносин, стрижнем цих відносин є людина, її права та свободи. Відповідно, зміст нормативно-правового акта повинен забезпечувати можливість реалізації, захисту прав та свобод людини.

Ця теза підтверджується також тим, що в нормативно-правовому акті формулюються найбільш поширені, типізовані суспільні відносини. Такі відносини або вже існують, або перебувають у стані зародження.

Крім того, нормативно-правовий акт для того, щоб стати джерелом права, повинен бути легітимізований як правовий, тобто приписи правових норм, сформульовані в нормативно-правовому акті, повинні сприйматися та виконуватися людьми як бажані, корисні та необхідні.

До особливостей нормативно-правового акта, як джерела права слід віднести:

- визначену процедуру прийняття, зокрема, органом, який має відповідну компетенцію;
- можливість бути прийнятим шляхом не лише правотворчості компетентного органу, а й прямого волевиявлення народу чи його частини, наприклад, на референдумі (як на загальнонаціональному (державному), так і на місцевому (локальному) рівнях);
- наявність власної структури;
- заздалегідь встановлену юридичну силу в ієрархії нормативно-правових актів;
- наявність часових, просторових і суб'єктивних характеристик.

Підсумовуючи викладені вище ознаки нормативно-правового акта, можна зробити висновок, що нормативно-правовий акт як джерело права – це акт правотворчості, який:

- а) приймається як шляхом безпосереднього волевиявлення народу, так і уповноваженим на це органом за встановленою процедурою;
- б) містить загальнообов'язкові правила поведінки, легітимізовані людьми;
- в) розрахований на невизначене коло осіб та багаторазове застосування.

Перевагами нормативно-правового акта серед інших джерел права, як вже зазначалося, є його визначеність, яка полягає у ясності, чіткості, зрозумілості для його адресата правил поведінки, а також загальнообов'язковість, яка, зокрема, може забезпечуватися і авторитетом державної влади. Однак поряд з перевагами нормативно-правовому акту властиві недоліки. На відміну від динамізму суспільних відносин, він є «застиглим», а тому схильним до віддалення від плінних суспільних відносин. Якщо до нормативно-правового акта після його прийняття не будуть вноситися уточнення, що коригують його зміст відповідно до змін у суспільних відносинах, то він рано чи пізно перестає функціонувати, перетворюючись на «омертвілий» текст, що не містить норм, які можна застосувати у реальному житті.

9.4. Правовий звичай

На відміну від нормативно-правового акта, правовий звичай не формулюється зовнішнім авторитетом і є чи не найдавнішим джерелом права, яке характеризується такими особливостями:

- правовий звичай стає правилом внаслідок типізованої, повторюваної поведінки людей в однорідних ситуаціях;
- звичаєве правило поведінки є результатом історичного і культурного розвитку соціальної групи;
- правовий звичай може не мати письмового закріплення, передається від покоління до покоління в усній формі, зберігаючи свій зміст у свідомості людей;
- усна форма фіксації та існування звичаю позбавляє його чіткості і ясності у формулюванні правил поведінки.

Але не будь-яке звичаєве правило поведінки є джерелом права, правовим звичаєм. Щоб стати правовим, він повинен не лише закріплювати правила, моделі поведінки. Звичай також повинен мати певні якісні характеристики, як-то: встановлювати права і відповідні обов'язки сторін, бути визнаним як правове, загальнообов'язкове правило поведінки тими, кого він стосується, а також судовою практикою. Так, звичай прикрашати вдома ялинку на Новий рік, який існує у багатьох країнах, не буде вважатися правовим, оскільки не передбачає чіткого обов'язку та, відповідно, права вимоги у будь-кого виконувати такі дії.

На противагу цьому один із торговельних звичаїв чесної конкуренції, за яким сторони не повинні ні словом, ні ділом перешкоджати один одному торгувати на одному ринку, буде вважатися правовим, оскільки у ньому визначено як суб'єктів, так і конкретний зміст правовідносин. Такий звичай у ролі джерела права може бути підставою для винесення відповідного рішення у суді, якщо сторона звернеться до нього за захистом свого порушеного права на чесну конкуренцію.

Дійсні донині якісні характеристики звичаю, які давали підстави вважати його правовим, сформулював ще у XVIII столітті англійський юрист В. Блекстон. Серед них слід назвати такі, як стародавність, безперервність, використання за згодою сторін, обов'язкова сила, визначеність, узгодженість, здоровий глузд тощо¹.

¹ Уолкер Р. Английская судебная система. – М., 1980. – С. 83.

Історично будь-яка публічна влада, яка виникала на тій чи іншій території, первинно у своїй адміністративній чи судовій діяльності спиралася на звичай як вже існуюче апіорі джерело права. Влада не поспішала змінювати звичай, оскільки він був реальним засобом правового регулювання, який відображав дійсний стан речей та віддзеркалював розуміння права людьми. Звичай слугував не тільки самостійним джерелом права, яке використовувалося ними у повсякденному житті, а й джерелом державного права у випадку його застосування у судах чи інших публічних органах влади для прийняття рішень, закріплення у нормативно-правових актах або ж виданні окремих збірок звичаїв з метою їх упорядкування і наступного застосування. На теренах України звичай як одне з джерел права стали основою таких відомих правових пам'яток, як «Руська правда», «Литовські статuti», «Права, за якими судиться малоросійський народ», торговельні (купецькі) звичаї становили основу поширеного свого часу в Україні маґдебурзького права.

Але у разі текстуальної фіксації звичай набував як позитивних, так і негативних рис, притаманних нормативно-правовому акту, про які вже йшлося, поступово втрачаючи свій зв'язок із реальними динамічними суспільними відносинами.

З розвитком державних інституцій, ускладненням суспільних відносин, посиленням ролі держави в управлінні суспільними справами звичай втратив своє значення основного джерела права. Він поступився своїм місцем нормативно-правовому акту, залишивши для себе дуже незначну правову територію. Однак у країнах традиційного права (переважно країни Африки) звичаєве право продовжує існувати паралельно з джерелами права, встановленими державою. Крім цього, звичай у незначному обсязі застосовується у Великій Британії, США та країнах Британської співдружності і ще меншою мірою – у країнах континентальної Європи.

Правова система України допускає можливість застосування звичаю, наприклад, у цивільних відносинах, де він може застосовуватися, якщо не суперечить договору або актам цивільного законодавства. Різновидом таких звичаїв є, зокрема, торговельні звичаї або ж звичаї ділового обігу. До них можна віднести звичаї, закріплені в зібранні міжнародних торговельних звичаїв, що уточнюються та редагуються Міжнародною торговою палатою у Парижі, так звані Правила «ІНКОТЕРМС», а також Принципи міжнародних комерційних договорів 1994 року, розроблені Міжнародним інститутом з уніфікації приватного права. Іншим прикладом можливості застосуван-

ня правового звичаю є норма Господарського кодексу України, яка визначає недобросовісну конкуренцію як будь-які дії у конкуренції, що суперечать правилам, торговим та іншим чесним звичаям у підприємницькій діяльності. Хоча безпосередній зміст цих звичаїв формально залишається не фіксованим. Крім того, сімейне законодавство України також містить посилання на звичай національної меншини, наприклад, як підставу визнання понад двох прізвищ в одного з членів подружжя тощо. Але в будь-якому випадку наведені приклади є дуже мізерною частиною нормативного регулювання порівняно з масивом норм, встановлених нормативно-правовими актами, а безпосереднє практичне їх застосування нашою державою на проблему пошуку змісту (визначення) і конкретизації звичаю. Без цього застосувати звичай, навіть у випадках, дозволених законодавцем, неможливо.

9.5. Нормативний договір

З часів Стародавнього Риму договір як угода двох або більше сторін стосовно взаємних прав та обов'язків був одним із головних джерел формального закріплення правовідносин між сторонами. Договори за своєю суттю бувають досить різними. Грунтуючись на однакових засадах, вони можуть мати суттєві особливості.

На відміну від індивідуального характеру цивільного договору, нормативний договір, маючи спільні для всіх договорів ознаки узгодженості, добровільності тощо, формулює норму, тобто правило поведінки, яке є обов'язковим для виконання не тільки суб'єктами, які уклали цей договір. Ця норма (або норми) розрахована на багатократне застосування неперсоніфікованим колом осіб, а обов'язковість виконання може бути забезпечена як державними, так і недержавними засобами. Крім того, нормативний договір, маючи переважно публічний характер, виконує роль акта правотворчості, в якому можуть бути закріплені не лише норми, а й принципи права¹.

¹ Марченко М.Н. Источники права. – М., 2008. – С. 288.

Названі вище властивості нормативного договору роблять його схожим за змістом на нормативно-правовий акт, проте нормативний договір має такі відмінні характеристики:

- нормативно-правовий акт як загальнообов'язкове правило поведінки приймається одним компетентним органом, який має відповідні нормотворчі повноваження, а нормативний договір є результатом взаємоузгоджених домовленостей двох чи більше сторін;
- сторони нормативного договору повинні мати відповідні повноваження з укладення того чи іншого виду договорів;
- якщо нормативний договір, укладений не повноважними на це особами чи в галузі, яка не допускає договірної правотворчості, він не буде мати юридичної сили і не буде джерелом права.

Найпоширенішим джерелом права нормативний договір є у міжнародному праві, яке переважно складається з норм, яких домовляються дотримуватися суб'єкти міжнародного права на підставі відповідних договорів, угод, конвенцій тощо.

У конституційному праві нормативний договір у ролі джерела права притаманний державам із федеративним устроєм, регулюючи відносини між суб'єктами федерації, розмежовуючи повноваження між центральною владою і владою на місцях тощо.

Історія українського парламентаризму містить приклад Конституційного договору між Верховною Радою України та Президентом України про основні засади організації та функціонування державної влади і місцевого самоврядування в Україні на період до прийняття нової Конституції України від 8 червня 1995 року, хоч щодо його природи до цього часу відсутня однастайна думка серед фахівців.

Найпоширенішим на сьогодні нормативним договором у правовій системі України є колективний договір, який укладається у галузі трудового права між роботодавцем і трудовим колективом з метою регулювання виробничих, трудових та соціально-економічних відносин.

В останні роки набула поширення дискусія щодо можливості розгляду у ролі джерела права адміністративного договору. Відповідно до наданого на початку цього розділу визначення джерела права є способами зовнішнього вираження змісту правових норм, за допомогою яких норма права починає існувати на практиці. Тому для того, щоб розглядати договір як джерело адміністративного права, необхідно припустити, що він укладається між органом публічної влади, який наділений державно-владними повноваженнями, та іншим суб'єктом адміністративних відносин, зокрема, приватними

особами, та формулює нову норму (правило поведінки) для підвладної особи, якої адміністративне право до укладення такого договору не містило.

Не заперечуючи взагалі можливості існування договірних відносин між суб'єктами приватного та публічного права, як і доцільності називати такі договори у певних випадках адміністративними, слід зазначити, що органи публічної влади діють у спосіб, передбачений виключно законом. Відповідно законом регламентуються повноваження органів публічної влади, зокрема у сфері правотворчості (нормотворчості). Закони України не наділяють будь-які органи публічної влади компетенцією зі встановлення (скасування, зміни) норм адміністративного права шляхом укладення договорів між суб'єктами адміністративних відносин.

Крім цього, з позиції принципів договірних відносин адміністративний договір нічим не відрізняється від індивідуальних договорів в інших галузях права. Він так само характеризується персоніфікованістю взаємних прав та обов'язків, вільним виявом волі сторін, узгодженістю позицій тощо.

Саме тому не можна вважати адміністративні договори джерелом адміністративного права, їх доцільно розглядати як один з інструментів діяльності органів публічної влади, за допомогою якого встановлюються права та обов'язки сторін у сфері адміністративних правовідносин, зокрема при наданні адміністративних послуг.

9.6. Судовий прецедент

Як було вже зазначено, звичаєве правило поведінки ставало джерелом права не стільки в результаті його повсякденного використання людьми, скільки завдяки його практичному застосуванню судом для вирішення спорів між членами суспільства.

В умовах формування правових систем суди не тільки формалізували відомі в суспільстві звичаї або інші джерела права. За відсутності останніх для вирішення справи судам необхідно було самостійно сформулювати (віднайти) і застосувати правову норму.

Недарма ще у Стародавньому Римі визнавали, що право *jus* дістало свою назву від правосуддя *justitia*, а сам термін *justitia* перекладається з латини не інакше, як «справедливість».

Тому логічно припустити, що на початковому етапі судові рішення ставало чи не єдиним авторитетним джерелом права, в якому відносно чітко знаходили своє формулювання права та обов'язки учасників тодішніх правовідносин і до якого в разі потреби можливо було звернутись як на орієнтир для вирішення аналогічних справ. Саме властивість судового рішення бути зразком перетворювало його на судовий прецедент.

Доказами цього є численні пам'ятки права, такі як Кодекс царя Хаммурапі або «Руська правда», в тексті яких можна простежити не лише зміст правових звичаїв, а й зміст рішень судів у ролі джерела тодішнього права.

Але свого найвищого розвитку та поширення у ролі джерела права судові рішення набули у Великій Британії в епоху Середньовіччя. Звичай як основне джерело права тодішньої Англії через свою статичність та інертність частково перестав виконувати функцію регулятора суспільних відносин, які у свою чергу дуже динамічно змінювалися.

Можливістю переглянути вже прийняте рішення на основі застарілого звичаю стало утворення в Англії суду справедливості, або ж Канцлерського суду, який від імені короля на основі доктрини «королівської справедливості» міг переглядати справи «по милосердю» та «по совісті». На думку Дж. Бермана, основою цієї доктрини та джерелом юрисдикції суду справедливості стали фундаментальні ідеї християнства¹.

Конкретна життєва ситуація розглядалася судом з погляду розуміння її справедливого вирішення до вимог часу, відображаючи існуючі правові ідеали і загальновизнані правові цінності. У процесі такого вирішення застарілі норми звичаю або закону могли бути відхилені або інтерпретовані так, як того вимагала «справедливість», у результаті чого створювався так званий інтерпретаційний прецедент. На підставі вказаних принципів долалися і прогалини в нормативному регулюванні шляхом створення нової норми (креативного прецеденту), що в підсумку стало практичним втіленням одного з фундаментальних принципів судочинства, а саме – неможливості відмовити будь-кому у правосудді, посилаючись на відсутність норми, яка підходить для такого випадку.

¹ Берман Дж. Вера и закон: примирение права и религии. – М., 1999. – С. 97.

Зважаючи на те, що Канцлерський суд був вищою судовою інстанцією, його рішення були обов'язковими для всіх інших судів. І в наш час суди країн Британської співдружності, США, Австралії чи Нової Зеландії, тобто країн, де судовий прецедент зберігає роль одного з основних джерел права, пов'язані рішеннями судів вищих інстанцій.

Сучасна правова наука визначає судовий прецедент як джерело права, що становить собою судові рішення у конкретній справі, в якій сформульовано правило (*ratio decidendi*), що є зразком для цього або іншого суду для вирішення аналогічних справ.

Незважаючи на те, що судовий прецедент як джерело права більше притаманний англосаксонській правовій системі, в країнах так званого континентального права він також, хоч і досить обмежено, але застосовується, слугуючи засобом заповнення прогалин і подолання протиріч, які існують в національних правових системах.

Прикладом такого застосування в Україні можуть бути не стільки рішення вищих судових інстанцій України, які досить давно слугують допоміжними джерелами права, скільки рішення Європейського суду з прав людини, оскільки відповідно до Закону України від 17 липня 1997 року «Про ратифікацію Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, Першого протоколу та протоколів № 2, 4, 7 та 11 до Конвенції» прямо зазначається, що Україна повністю визнає «дію на своїй території статті 46 Конвенції щодо визнання обов'язковою і без укладення спеціальної угоди юрисдикцію Європейського суду з прав людини в усіх питаннях, що стосуються тлумачення і застосування Конвенції». Більш того, у статті 17 Закону України від 23 лютого 2006 року «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» закріплено, що суди застосовують при розгляді справ Конвенцію та практику Суду як джерело права.

Треба зауважити, що практики Суду без Конвенції не існує, тому під такою практикою слід розуміти рішення Суду, які виступають як допоміжне джерело права та стосуються практичного застосування положень Конвенції як основного джерела права.

З огляду на наведене вище слід зазначити, що прецедентне право як наближене до конкретних життєвих ситуацій, на відміну від деяких абстрактних норм законодавства, більш адекватно реагує на динамізм сучасного життя, відображаючи правові ідеали і загальновизнані правові цінності, що відкриває певні перспективи застосування прецеденту в Україні як джерела права. Це один зі шляхів інтеграції вітчизняної правової системи до європейського правового простору.

9.7. Судова практика та її значення у нормативному регулюванні

Судова практика, як і судовий прецедент, складається завдяки діяльності суддів при вирішенні судових справ. Незважаючи на спільне коріння, судова практика як джерело права має певні відмінності від розглянутого судового прецеденту. Останній, як правило, створює нову норму для заповнення прогалини в існуючих джерелах права, або для подолання правової колізії, і суд в такому випадку виступає як правотворець.

Судова практика як джерело права, за деякими винятками, на відміну від прецеденту, не має ознаки «зразка» для вирішення аналогічної справи. Судова практика формується на підставі традиції застосування вже існуючих норм права, виробляючи при цьому прийоми, способи вирішення юридичних справ, на які можуть або повинні орієнтуватися як судді, так і учасники судового процесу. Так, наприклад, вітчизняне процесуальне законодавство передбачає як підставу оскарження рішення касаційної інстанції до Верховного Суду України у разі неоднакового застосування судом або судами одних і тих самих норм матеріального, процесуального права, внаслідок чого ухвалено різні за змістом судові рішення у подібних правовідносинах. Таким чином, єдина практика застосування вищими судами норм права в однорідних відносинах є орієнтиром як для цих судів, так і для всіх інших судів у подібних випадках. Ще одним аргументом того, що судова практика є джерелом права, є видання різноманітних збірок, довідників судової практики, в тому числі створення і функціонування електронних пошукових систем з судової практики, якими користуються юристи.

Але крім орієнтаційної чи довідкової ролі судова практика також може бути допоміжним джерелом права у зв'язці з основними джерелами. В Україні це стосується, зокрема, рішень Конституційного суду України, яким визнані неконституційними деякі нормативно-правові акти або їх частини. Такі рішення будуть вважатися джерелом права до моменту внесення відповідних змін або прийняття нового нормативно-правового акта. Крім того, раніше зверталася увага на практику Європейського суду з прав людини, яка буде виконувати допоміжну функцію, кореспондуючись з основним джерелом права – Конвенцією.

Іншим прикладом є практика Верховного Суду України, яка відповідно до вимог процесуальних кодексів України є обов'язковою

для застосування нижчими судами при вирішенні подібних судових справ. Її обов'язковість для суду обмежується виключно випадком розгляду аналогічної справи, для вирішення якої вони мають керуватись практикою Верховного Суду як допоміжним джерелом поряд з основними джерелами права. Якщо ж за своїми характеристиками справа має певні відмінності від раніше розглянутої, зовні аналогічної, справи Верховного Суду, суд нижчої інстанції має аргументувати незастосування рішення Верховного Суду. Сліпе слідування рішенням Верховного Суду за будь-яких обставин суперечить принципу незалежності суду.

Також треба звернути увагу на так звану позапроцесуальну судову практику – видання судовими органами різних роз'яснень, узагальнень тощо. Всупереч поширеній думці вона не може вважатися джерелом права. Як правило, в цих документах міститься бачення суддів щодо алгоритмів застосування тих чи інших норм права в типізованих ситуаціях. Така практика виконує здебільшого інформативно-орієнтаційну функцію.

9.8. Загальні принципи права

Докладно питання визначення принципів права, їх ознак, класифікації і застосування вже були висвітлені у розділі 3 цього підручника.

В цьому підрозділі увага зосереджується на загальних принципах права як на його джерелах, які західною, а ще більше вітчизняною правовою доктриною почали визнаватися такими не так давно.

Будучи результатом творчої діяльності людей, свою фіксацію, конкретне вираження більшість загальних принципів права набувають у статтях нормативно-правових актів, а також у судовій практиці. Між тим частина загальних принципів, зберігаючи своє самостійне значення, не має відкритого закріплення в названих джерелах, існуючи в межах таких соціальних регуляторів, як мораль, релігія, звичай.

Можливість практичного застосування принципів права як джерела права зумовлено перш за все їх сутнісними ознаками.

Так, зокрема, але не виключно, пріоритетність принципів права над нормами права дає можливість їх застосування при вирішенні складних судових справ на противагу нормам права, сформульованим в нормативно-правових актах, які можуть суперечити принципам права.

Людиноцентристська природа, здатність визначати зміст права та спрямованість правового регулювання дає можливість застосування принципів права як для заповнення прогалін, так і для вирішення колізій у змісті нормативно-правових актів.

Орієнтованість принципів права на утвердження та захист суспільних цінностей, визначення напрямів подальшого розвитку права зумовлюють їх широке *застосування в правотворчій діяльності*.

Всі названі вище ознаки принципів права, як у **сукупності так, і окремо**, надають можливість їх застосування при тлумаченні інших джерел права.

9.9. Правова доктрина

Правова доктрина як одне із найдавніших джерел права становить собою напрацювання відомих учених-правників, які можуть бути використані для вирішення юридичних справ. Надання юридичної сили саме цим положенням зумовлено, по-перше, тим фактом, що в них відображається правова дійсність, уявлення про право, зміст права, який є виразником певних соціальних реалій та інтересів, а по-друге, повагою і довірою до вчених-правників у суспільстві, зокрема, з боку практикуючих юристів.

Загальновідомим історичним фактом є видання у 426 році в Римі закону, який визнав обов'язкове значення при правозастосуванні за творами таких юристів, як Папініан, Павло, Ульпіан, Гай та Модестін. В середні віки, після ренесансу римського права, **висновки університетських професорів (глосаторів)** мали характер судових рішень. На теренах сучасної України правова доктрина застосовувалась як одне з джерел магдебурзького права.

В судах тогочасної Речі Посполитої, Гетьманщини широко використовувались праці з права Бартоломія Гроїцького («Порядок судів і справ міських права магдебурзького» 1559; «Титули права Магдебурзького»; «Реєстр до Порядку» 1567), Павла Щербича («Муніципальне право» 1581), Яна Церазіна («Виклад деяких спільних місць магдебурзького права» 1557) та інших. Загальновідома кодифікація «Прав, за якими судиться малоросійський народ» (1743) майже на чверть складається з цитат, запозичених у творах Бартоломія Гроїцького. Але в країнах континентального права правова доктрина з часом втратила своє значення

самостійного джерела права, поступившись місцем нормативно-правовим актам. Частково як джерело права правова доктрина зберігається у правовій системі Великої Британії, завдячуючи її традиційності та працям таких визначних правників, як Блекстон («Коментарі законів Англії», 1765), Коук («Правові інститути Англії», 1628), Фостер («Рішення королівських судів», 1763), а також працям Дж. Локка, Дж. Мілля, Е. Берка, А. Дайсі та ін.

Найпоширенішим джерелом права правова доктрина залишається у країнах мусульманського права. Річ у тім, що священна книга мусульман Коран та збірки оповідань про діяння пророка Мухаммеда містять дуже незначну кількість правових норм як обов'язкових правил поведінки в тій чи іншій ситуації. Протягом століть існування ісламу суспільні відносини зазнавали і зазнають суттєвих змін, які потребують відповідного регулювання. Але іслам як релігія не визнає, крім незначних винятків, правових норм, які б не походили від Аллаха та його пророка Мухаммеда. Виходом з цієї ситуації стало формування мусульмансько-правової доктрини (фікха), яка виконує роль інтерпретатора текстів Корану і Сунн, перетворюючи їх на нормативні приписи та формуючи принципи мусульманського права відповідно до потреб правового регулювання та правозастосування у суспільстві, керованому ісламом. Творцями фікха стали авторитетні вчені-богослови, юристи, посилення на праці яких стали нормою при вирішенні судових справ.

Правова доктрина **як джерело права** характерна не лише для мусульманських країн, вона може бути застосована в міжнародному праві, так, стаття 38 Статуту Міжнародного Суду ООН до джерел права, які застосовує Міжнародний Суд, відносить доктрини найбільш кваліфікованих спеціалістів у галузі публічного права¹.

Правова доктрина також має істотне значення як джерело формування права, тобто використовується в процесі законотворчої діяльності, формування правової політики. У процесі реалізації права, зокрема при його тлумаченні, правова доктрина використовується як допоміжне джерело права, про що також свідчать численні коментарі авторитетних учених-юристів, якими супроводжується видання кодексів та інших законів.

¹ Статут Международного суда ООН 1945 // Международное публичное право. Сборник документов. – Т. 1. – М., 1996. – С. 13–14.

9.10. Джерела права і канонічне право

Окрім джерел мусульманського права – Корану, Сунни та фікха як різновиду правової доктрини християнство в процесі свого розвитку також виробило своє право, яке отримало назву канонічного. Термін «канонічний» походить від слова «канон», яке в церковному праві позначає одне з його джерел, що складається з суті постанов вселенських, місцевих соборів, постанов авторитетних церковних діячів щодо церковного управління.

Незважаючи на думки щодо обмеженого розуміння канонічного права, лише постановами вселенських соборів або правом, яке міститься у *Corpus Juris Canonici* (середньовічна збірка церковного права), у сучасній науці цей термін **розуміється** набагато ширше – як сукупність норм, які регулюють церковні відносини, як внутрішні, так і зовнішні, та включає в себе всі існуючі джерела церковного права.

Такими джерелами, крім вже згаданих канонів та *Corpus Juris Canonici*, є закони, які приймала світська влада щодо церковного порядку та догматів віри. Наприклад, винятково церковне законодавство містять титули першої книги кодексу Юстиніана – загальновідомої пам'ятки пізнього римського права. Іншими джерелами виступили різноманітні збірки – від збірок судових рішень церковних судів до збірок, систематизованих за різними критеріями, постанов соборів, указів світської влади з церковних справ тощо. У канонічному праві такі збірки відомі під назвами номоканонів, синопсисів, базилік тощо. У ролі джерел відомі також праці юристів із тлумачення церковного права, **церковні статuti та цер**ковні звичаї. А загальним джерелом права для всіх християнських церков, звичайно, є божественне одкровення, зафіксоване в Біблії.

З огляду на те, що у більшості сучасних держав церква відділена від держави, секуляризована, а церковні суди втратили своє значення для мирян, норми, зафіксовані у наведених джерелах, зберігають свою чинність виключно для духовенства та віруючих як правила відправлення культу, церковної будови та організації міжконфесійних відносин тощо. Проте сучасна світська влада вибудовує свої відносини з церквою на принципах невтручання у церковне життя і поваги до релігійних норм, враховуючи їхній зміст у своїй правотворчій та правозастосовній діяльності.

З погляду порівняльного аналізу наведений короткий огляд джерел канонічного права демонструє однорідність і схожість із засобами фор-

мування аналогічних джерел права, які сьогодні визнаються сучасною світською правовою наукою та застосовуються на практиці. У канонічному праві можна виразно побачити і правову доктрину, і судову практику, і правовий звичай, і нормативно-правовий акт тощо. Пояснень цьому є декілька.

По-перше, це століття паралельного існування, розвитку та конкуренції церковної та світської юрисдикції. По-друге, у своєму поступовому розвитку канонічне та світське право запозичували одне в одного різноманітні прийоми і способи закріплення правових норм. У підсумку світська влада успадкувала практично всі найкращі розробки каноністів у царині правових джерел. Але головна причина такої схожості полягає в універсальному характері самого явища права, коли змістовні і формальні його джерела практично залишаються тотожними, незважаючи на різноманітні сфери, де здійснюється правове регулювання поведінки суб'єктів за допомогою правових норм.

9.11. Інші джерела права в сучасному світі

Наведений у попередніх підрозділах перелік джерел права не є вичерпним. Сучасна правова наука і практика виокремлює також й інші джерела як способи закріплення правових норм. Інколи такі джерела називають нетрадиційними або другорядними, допоміжними, разом з тим вони існують і мають можливість практичного застосування. Серед таких джерел слід назвати: «м'яке» право, правову практику та корпоративні норми.

«М'яке» право (*soft law*) первинно стали виокремлювати у ролі джерела в галузі міжнародного права, сьогодні його застосування можна простежити і у внутрішньодержавних галузях права. До нього традиційно відносять правові акти, які супроводжують переговорний процес, процес підписання нормативно-правових угод, акти, які закріплюють форми типізації угод та їх тлумачення тощо. Різновидами таких актів є: комюніке, декларації, меморандуми, протоколи, зокрема про наміри, рекомендації, резолюції, консультативні висновки тощо. Нині у країнах ЄС такі акти мають особливу популярність.

Термін «м'яке» право щодо цього джерела застосовується з огляду на відсутність обов'язкової юридичної сили вказаних правових актів.

Мається на увазі відсутність юридичного механізму примусу щодо виконання цих правових актів, що жодним чином не заперечує можливість виконання їхніх приписів свідомо, на добровільній основі. Однак як допоміжне джерело права, «м'яке» право може за певних умов проникати в інші джерела і знайти своє відображення у нормативно-правових актах, нормативно-правових договорах, корпоративних нормах тощо. Вказані правові акти також слугують джерелом, яке використовують сторони для розв'язання суперечок і фіксації досягнутих компромісів, їх може використовувати суд для з'ясування *намірів сторін*, а також тлумачення угод чи правовідносин, які склалися між сторонами.

Правова практика, на відміну від іншої практики, судової, є одним із малодосліджених джерел права. На думку А. Полякова, право становить собою систему комунікацій, засновану на зворотному зв'язку. Тому суб'єкти права *не тільки взаємодіють* на підставі соціально визнаних норм, а й модифікують, корегують і пристосовують свою поведінку до латентних, але обов'язкових умов комунікації¹. Інакше кажучи, у процесі практичного застосування правових норм вони можуть зазнати змін, які будуть відрізняти реальну поведінку від тієї, що була первинно передбачена нормою. Але для того, щоб така змінена правова поведінка не була визнана правопорушенням, вона повинна бути легітимована, сприйнята всіма суб'єктами правовідносин, в тому числі державними органами, як корисна. За такої умови правова практика також може виступати у ролі джерела права.

Корпоративні норми. У ролі джерела права корпоративні норми становлять собою правила поведінки, які прийняті для регулювання відносин усередині певної корпорації між її членами, а також зовнішніх відносин такої корпорації та її членів з іншими суб'єктами правовідносин. Творцями таких норм безпосередньо є або всі учасники корпорації, або її представницькі органи, а члени корпорації, відповідно, зобов'язуються їх виконувати.

На перший погляд такі різні явища, як середньовічне братство, цех, гільдію, церкву, університет, сучасне акціонерне товариство, кооператив чи товариство захисту тварин, об'єднує одна ознака – всі вони по суті утворення та діяльності є корпораціями. Своє закріплення корпоративні норми можуть отримувати у так званих локальних актах, статутах, положеннях, інструкціях, кодексах, правилах тощо. Прикладами таких

¹ Поляков А.В. Общая теория права. – СПб., 2004. – С. 666.

актів є церковні статuti; статuti господарюючих суб'єктів, бізнес-асоціацій, профспілок; комплаєнси компаній (або як їх ще називають – керівні принципи) та похідні від них кодекси корпоративної поведінки, антикорупційні правила, посадові інструкції тощо. Особливо виразно корпоративні норми проявляються у так званому спортивному праві, про що вже згадувалось. Різноманітні правила проведення змагань із різних видів спорту, статuti спортивних федерацій, які, крім іншого, включають процесуальні норми розгляду спорів, накладення та зняття санкцій, оскарження рішень тощо, діють без врахування державних юрисдикцій. Більше того, органи державної влади враховують у своїй діяльності вимоги спортивного права, починаючи з рівня правотворчості. Важко уявити державу, яка б на національному рівні прийняла свої власні правила гри у футбол, хокей чи волейбол, які б відрізнялися від тих, що затверджені відповідною міжнародною федерацією. Так само не можна уявити й оскарження рішення спортивного арбітражу як предмет позову у національному суді.

Корпоративні норми не лише виконують роль джерела права, що регулює відповідні відносини, свою наступну легітимацію вони отримують у процесі правозастосування, в тому числі при судовому вирішенні корпоративних суперечок. Рішення суду у такій справі є обов'язковим для сторін. Така обов'язковість забезпечується, зокрема, і державою. Це дає **підстави вважати як самі** нормативні акти корпорації, так і ухвалені відповідно до них рішення правовими.

Особливу актуальність корпоративні норми як джерело права одержують у сучасному глобалізованому світі. В умовах функціонування транснаціональних корпорацій їхні підрозділи, учасники (засновники), як правило, містяться у країнах з відмінними правовими системами та законодавством, при цьому стрижнем діяльності всіх підрозділів таких компаній якраз і є корпоративні норми. Одним з прикладів такої транснаціональної корпорації учасники якої знаходяться в 210 країнах світу, є кооперативне товариство SWIFT (Товариство всесвітніх міжбанківських фінансових телекомунікацій) – міжнародна міжбанківська система передачі інформації та здійснення платежів. Головний офіс її знаходиться у Брюсселі.

Розділ 10

СИСТЕМА НОРМАТИВНО-ПРАВОВИХ АКТІВ

10.1. Вертикальна (ієрархічна) та горизонтальна (галузева) структури системи нормативно-правових актів

Як зазначалось в попередніх розділах, першоджерелом права є невідчужувані права людини, які в кінцевому підсумку обумовлюють зміст правових норм. Незважаючи на багатоманітність способів закріплення правових норм в різних джерелах права, їх людська природа не змінюється. Образ людини як мірила всіх речей (за відомим висловлюванням античного філософа Протагора) є і залишається тим стрижнем, навколо якого формуються і викристалізуються норми права, що з часом отримують фіксацію в різних джерелах.

Вираження норм права у звичаях, судових рішеннях мало казуїстичний і не завжди чітко визначений характер. З розвитком комунікацій між людьми і ускладненням суспільних відносин ці форми права стають неспроможними задовольнити потреби в регулюванні суспільного життя, а нерідко стають гальмівним чинником цих процесів. У зв'язку з цим до них починає активно долучатися державна влада. Як тільки вона достатньо організується і стає міцною, вона намагається витіснити засади звичаєвого права і судової практики нею ж сформульованими загальними нормами.

Перехід до державного правового регулювання здійснювався еволюційно. Спочатку таке регулювання поширювалось тільки на ті сфери суспільного життя, які безпосередньо стосувалися інтересів державної влади. Приватні майнові та сімейні відносини довгий час залишались під впливом звичаєвого права і судової практики. З часом державне регулювання розширюється, підпорядковуючи собі інші сфери суспіль-

ного життя. Таким чином, сформульовані відповідними органами державної влади нормативні акти стають одним з найвагоміших і найпоширеніших джерел права.

Вже перші писані пам'ятки правової культури, які ще не можна вважати нормативно-правовими актами в сучасному розумінні, такі як Закони Хаммурапі (XVIII століття до нашої ери), Закони XII таблиць (V століття до нашої ери), Закони Ману (II століття до нашої ери – II століття нашої ери), та ін. з моменту їх видання органами влади стародавніх держав, сприяли фіксації та закріпленню правового становища людини, формуванню його гарантій, тим самим забезпечуючи стабільність функціонування тогочасних правових систем. Надання нормам звичаєвого права письмової форми і закріплення їх у писаних збірниках, а отже, визнання їх органами публічної влади, також було важливим кроком у процесі правогенезу та розвитку джерельної бази права, забезпечення правової визначеності, стабільності і безпеки.

Не можна сказати, що перебрання державою на себе правотворчої функції та її прагнення до домінування створюваних нею нормативних актів (законів) серед джерел права мали виключно прогресивний характер. Нормативні акти держави (закони) нерідко використовувалися державою для втручання у приватні сфери життя людей, обмежуючи їх свободу, що не могло не викликати негативної реакції з боку найкращих представників політико-правової думки тих часів.

Зокрема, видатні представники грецької античності Платон та його учень Аристотель піддавали різкій критиці державні устрої, «де закон підкоряється якійсь іншій владі, не маючи своєї власної» (Платон), «де владарює хтось один з громадян, а не закон» (Аристотель)¹. У зв'язку з цим вони наголошують на важливій ролі закону як способу обмеження влади уряду.

Отже, ще з давніх часів одним із завдань закону було обмеження свавілля держави, недопущення узурпації влади, що створювало юридичний фундамент для подальшого розвитку суспільств та їх правових систем.

Таким чином, можна сформулювати основне призначення нормативно-правових актів:

1) забезпечення визначеності та передбачуваності поведінки людини шляхом фіксації та конкретизації її прав і свобод, створення юридичних механізмів їх реалізації і захисту;

¹ Браян Таманага. Верховенство права: історія, політика, теорія: пер. з англ. / Браян Таманага. Пер. А. Іщенко. – К.: ВД «Києво-Могилянська академія», 2007. – С. 16

- 2) закріплення правових режимів діяльності суб'єктів права;
- 3) встановлення меж втручання органів публічної влади в життєдіяльність людей та засобів і способів їх обмеження;
- 4) забезпечення і підтримання правового порядку.

Варто зазначити, що будь-яка сучасна правова система світу характеризується достатньо великою кількістю нормативно-правових актів. Тому постає проблема їх упорядкування та взаємоузгодженості. Шляхи вирішення цієї проблеми залежать насамперед від типу правової системи та цінностей, які притаманні цій системі. В сучасних державах, які формують свою правову доктрину на визнанні невід'ємних, невідчужуваних прав людини, в основу упорядкування і взаємоузгодженості нормативно-правових актів покладено положення конституції, яка є фундаментальним, базовим та засадничим документом при прийнятті нових актів.

Взаємоузгодженість нормативно-правових актів забезпечується наступними чинниками:

- 1) зміст нормативно-правового акта в кінцевому підсумку має бути підпорядкований людині як найвищій цінності, забезпеченню її життя і здоров'я, честі і гідності, недоторканності і безпеки;
- 2) положення конституції є основним юридично-ціннісним орієнтиром у процесі правотворчості;
- 3) при прийнятті нових чи внесенні змін до чинних нормативно-правових актів не допускається звуження змісту і обсягу існуючих прав людини;
- 4) встановленням кожному органу публічної влади чітких меж його правотворчої та правореалізаційної діяльності. Конституція держави, окремі закони та інші нормативно-правові акти визначають, які акти може приймати той чи інший орган держави, з яких питань і в якій формі;
- 5) послідовним проведенням ієрархічного зв'язку між нормативно-правовими актами. Цей зв'язок проявляється у тому, що кожний нормативно-правовий акт не може суперечити акту вищого за ієрархією нормотворчого органу.

Повноваження правотворчого органу і визначають юридичну силу тих актів, які приймаються цим органом. Від того, яке місце в ієрархії займає орган правотворчості, які питання державного і суспільного життя він компетентний вирішувати, залежить і становище прийнятого ним документа серед інших нормативно-правових актів. Таким чином, **система нормативно-правових актів** – це сукупність ієрархічно взаємопов'язаних актів, які приймаються компетентними правотворчими органами (суб'єктами владних повноважень).

У системі нормативно-правових актів прийнято виокремлювати вертикальну та горизонтальну структуру (будову).

Вертикальну структуру системи нормативно-правових актів називають ще **ієрархічною**. Вона визначає місце акта у системі нормативно-правових актів за ознакою юридичної сили. **Юридична сила нормативно-правового акта** – це така його властивість, яка означає обов'язкову вимогу відповідності актів органів публічної влади нижчого рівня змісту актів вищих органів публічної влади. Юридична сила нормативно-правових актів дістає прояв у наступних ознаках:

1) обов'язковій відповідності кожного акта принципам і нормам конституції держави;

2) визнанні обов'язкового підпорядкування між різними видами актів – конституція, закон, указ, постанова, наказ, інструкція і т.ін. Саме в такій послідовності зменшується юридична сила кожного акта і збільшується «поле обов'язкової відповідності» для інших актів;

3) встановленні ієрархічної підлеглості актів правотворчих органів залежно від їх місця в державному механізмі. Наприклад, акти голів обласних державних адміністрацій повинні відповідати постановам Кабінету Міністрів України, а їхнім власним правовим актам повинні відповідати акти голів районних державних адміністрацій. Аналогічна підлеглість існує і в галузевій системі нормативно-правових актів – між актами міністерств, інших центральних органів виконавчої влади та актами місцевих органів виконавчої влади (в сфері юстиції, освіти, медицини та ін.);

4) визначенні підстав та меж прийняття того чи іншого акта, його основного змісту. Формулювання «на основі і на виконання закону», «згідно з указом, постановою уряду» і т.ін. виражають цей правовий зв'язок;

5) визнанні нормативно-правового акта, що ігнорує встановлені юридичні залежності, правопорушуючим і таким, що втрачає юридичну силу. Для цього існують різні спеціальні процедури – зупинення дії акта, оскарження акта, в тому числі в судовому порядку, скасування акта, визнання акта недійсним, визнання акта таким, що втратив чинність. Кожний із цих засобів передбачений конституцією та процесуальним законодавством¹.

¹ Правовые акты. Учебно-практическое и справочное пособие. / Ю.А. Тихомиров, И.В. Котелевская. – М.: 1999. – С. 19.

Як вже зазначалось, місце акта за ієрархічною ознакою в системі нормативно-правових актів визначається компетенцією правотворчого органу, який прийняв цей акт. Таким чином, за юридичною силою усі нормативно-правові акти поділяються на закони та підзаконні акти.

Потрібно зауважити, що досить часто у юридичній літературі, у правових актах поряд із поняттям «система нормативно-правових актів» використовують поняття «законодавство», що включає, крім законів, й інші види актів (постанови, укази, накази та ін.). Таке ототожнення є не завжди коректним, оскільки при такому підході роль підзаконних актів може бути перебільшена.

Так, при вирішенні конкретної ситуації підзаконний акт може встановлювати такі правила, які фактично обмежують сферу застосування норм закону і таким чином унеможливають реалізацію певних прав окремими особами. В результаті підзаконний нормативно-правовий акт буде правопорушучим. Крім того, віднесення до поняття «законодавство» як законів, так і підзаконних нормативно-правових актів применшує роль закону, ставить реалізацію закону в залежність від виконання вимог підзаконного акта. Таким чином, слід обережно застосовувати цей термін.

Горизонтальна структура системи нормативно-правових актів – це поділ актів за їх галузевою ознакою. Іншими словами, певна окрема сфера суспільних відносин потребує наявності сукупності актів, об'єднаних за одним предметом правового регулювання. Таким чином, виокремлюють нормативно-правові акти конституційного, цивільного, адміністративного, кримінального, фінансового та інших галузей. Варто зазначити, що галузева (горизонтальна) структура системи нормативно-правових актів не співпадає з поняттям структури системи права (поділом на галузі права, підгалузі та правові інститути). Тобто норми однієї галузі права не завжди знаходять своє відображення у одному систематизованому нормативно-правовому акті. Так, норми екологічного права виражені у положеннях Конституції України, Закону України від 25 червня 1991 року «Про охорону навколишнього природного середовища», Земельному кодексі України та ряді інших нормативно-правових актів.

Однак традиційний підхід до горизонтальної структури системи нормативно-правових актів включає поділ на:

- галузі – об'єднання актів за спільним предметом правового регулювання (якісно однорідними, відносно відокремленими суспільними відносинами);

- інститути – система взаємопов’язаних та взаємодоповнюючих за своїм змістом нормативних актів (частин нормативного акта), які регулюють певну групу внутрішньо узгоджених суспільних відносин.

Найменшим елементом виділяють речення або фразу нормативно-правового акта, яка містить логічно завершені положення, що регулюють певні аспекти поведінки суб’єктів.

10.2. Конституція в системі нормативно-правових актів, її поняття та особливості

Центральне місце в системі нормативно-правових актів посідає конституція.

Як справедливо зауважив відомий політичний діяч періоду боротьби США за незалежність Т. Пейн у своїй роботі «Права людини», «держава без конституції – це влада без права»¹. А основним стримуючим у діяльності публічної влади чинником у сучасних демократичних правових суспільствах є права і свободи людини.

Головне призначення конституції в таких суспільствах якраз і полягає у забезпеченні прав та основоположних свобод людини, обмеження публічної влади, підкорення її праву. **Конституція** – це *Основний Закон держави, який закріплює права і свободи людини і громадянина, їх юридичні гарантії, основні принципи, згідно з якими функціонує суспільство, компетенцію вищих органів державної влади, а також встановлює межі її реалізації.*

Таким чином, конституція не є нормативно-правовим актом у звичайному розумінні. Крім безпосередньо регулятивного характеру, конституція має ряд особливостей.

- Вона є базовим та фундаментальним документом, зміст якого підпорядкований людині як найвищій цінності, визнанню і забезпеченню її невідчужуваних прав і свобод. Конституція визначає орієнтири для всього подальшого розвитку суспільства і держави, є основою правопорядку. Визначальним у сучасному розумінні прав людини є те, що

¹ Шевчук С. Основи конституційної юриспруденції. – Харків: Консум, 2002. – 127 с.

вони визнаються не як результат правотворчої діяльності органів публічної влади, а як основа та першоджерело для такої діяльності.

- Конституцію хоч і називають Основним Законом держави, проте від звичайних законів вона відрізняється тим, що не є актом законодавчої влади (тобто законом у його буквальному значенні). Конституція – це акт установчої влади, що належить народу. Установча влада є первинною щодо так званих встановлених влад (законодавчої, виконавчої, судової). Підготовку і прийняття конституції нерідко здійснює спеціально обрана конституанта (установчі збори), що здебільшого відбувається після та в результаті якихось надзвичайних подій. Єдине завдання установчих зборів – це прийняття конституції шляхом досягнення громадянського консенсусу. Легітимність (визнання народом) установчих зборів (конституанти) забезпечується участю в них безпосередньо обраних шляхом народного волевиявлення представників. Закони ж є актами встановленої конституцією законодавчої влади. Це зумовлює їх субординацію щодо конституції.

Аналіз тексту Конституції України свідчить про те, що термін «закон» вживається в ній як у широкому, так і вузькому значеннях. У широкому значенні (яке охоплює також Конституцію України та інші нормативно-правові акти) термін «закон» вживається, наприклад, у статтях 13, 24, 35, 68 Конституції України, які закріплюють загальновизнані правові принципи – рівність громадян перед законом, недопустимість відмови від виконання законів з мотивів релігійних переконань, незвільнення від юридичної відповідальності через незнання законів тощо. В основному ж у тексті Конституції України термін «закон» вживається у вузькому значенні, охоплюючи лише закони як акти парламенту – Верховної Ради України.

- Норми конституції є нормами прямої дії. Звернення до суду для захисту конституційних прав і свобод людини і громадянина безпосередньо на підставі Конституції України гарантується (стаття 8 Конституції України). Суд безпосередньо має застосовувати конституцію завжди, коли приймаються рішення щодо реалізації та захисту прав індивіда, обмеження окремих прав, перевищення повноважень органами публічної влади.

- Конституції притаманне юридичне верховенство, тобто пріоритетність в системі джерел права, яке дістає прояв, зокрема, в її найвищій юридичній силі. Закони та інші нормативно-правові акти приймаються на основі Конституції України і повинні відповідати їй (стаття 8 Конституції України). Судам необхідно виходити з того, що нормативно-правові акти будь-якого правотворчого органу підлягають оцінці на відповідність Конституції.

- Конституція має підвищений ступінь стабільності. Це забезпечується спеціальною процедурою внесення змін і доповнень до конституції, відмінною від процедури внесення змін і доповнень до звичайних законів.

- Конституція має правову охорону, що забезпечується створенням системи конституційного контролю, за якого закони, акти вищих органів державної влади, котрі не відповідають конституції і не можуть застосовуватись, визнаються неконституційними.

- Конституція є основою правової системи країни. Система нормативно-правових актів держави повинна розвивати норми конституції. Діяльність органів публічної влади, судових та правоохоронних органів повинна здійснюватись на підставі конституції держави.

Таким чином, основне призначення конституції у сучасних демократичних суспільствах полягає у визнанні основних фундаментальних прав людини першоджерелом правового порядку, обмеженні державної влади в інтересах суспільного спокою та стабільності, причому це обмеження не може загрожувати зниженням ефективності виконання державних функцій¹.

10.3. Поняття та ознаки закону. Види законів

Закон у сучасному світі є одним з найважливіших джерел права, проте, як зазначалось раніше, його не слід ототожнювати з правом. Якщо закон стає знаряддям досягнення політичних цілей певними партіями чи іншими об'єднаннями, якщо він нехтує невідчужуваними правами і свободами людини, більше того, порушує їх, не встановлює розумного балансу між потребами та інтересами окремої людини і не визначає меж втручання органів публічної влади в життя людей, – такий закон перестає бути джерелом права.

Враховуючи вищезазначені міркування, спробуємо охарактеризувати поняття закону. **Закон** – це *нормативно-правовий акт, який приймається органами законодавчої влади держави або шляхом референдуму у спеціальному порядку та регулює найважливіші суспільні відносини.*

¹ Шевчук С. Основи конституційної юриспруденції. – Харків: Консум, 2002. – 128 с.

Як юридичний документ закон має такі **ознаки**:

- має відповідати потребам людини і суспільства та загальним принципам права;
- має пріоритетне значення для регулювання правового статусу людини. Виключно законами мають визначатися права людини (хоча права людини не зводяться лише до тих, які визнаються законами), гарантії їх правового захисту, межі втручання держави в приватне життя особи, обмеження реалізації окремих прав індивіда;
- забезпечує правовий захист суспільного порядку, встановлює суспільно небезпечні чи шкідливі діяння (злочини та проступки) та юридичну відповідальність за них;
- визначає межі та способи здійснення повноважень органами публічної влади;
- ухвалюється найвищим представницьким органом держави – парламентом, або у процесі всенародного голосування – референдуму;
- приймається у особливому порядку, який називається законодавчим процесом. Набрання чинності, внесення змін і доповнень, припинення дії закону також здійснюється у спеціальному порядку. Цей порядок визначається конституцією держави (статті 93–94, розділ XIII Конституції України) та/або спеціальним законом;
- регулює найважливіші суспільні відносини, тобто такі відносини, які становлять особливу цінність і значення для людини, суспільства та держави, є типовими та усталеними, (відносно стабільними) Коло відносин, які можуть бути предметом законодавчого регулювання, не можна визначити раз і назавжди. Хоч Конституція України передбачає ті відносини, які визначаються і встановлюються виключно законами України (стаття 92), це не означає, що перелік таких відносин є вичерпним. Конституція акцентує увагу на тому, що зазначені відносини в сучасних умовах (на сьогодні) є найважливішими для суспільного життя і вони не можуть бути предметом регулювання підзаконних нормативно-правових актів;
- в ієрархії нормативно-правових актів має вищу юридичну силу. Це означає, що всі інші нормативно-правові акти (підзаконні) мають відповідати вимогам закону та забезпечувати порядок його виконання. У разі якщо підзаконний акт суперечить нормам закону, він не підлягає застосуванню та може бути оскаржений у порядку адміністративного судочинства;
- створений за особливими правилами юридичної техніки, має спеціальну структуру та реквізити (назва закону, мета його прийняття, дата та ін.).

Особливе значення має порядок набрання чинності законом, зокрема, встановлені для цього певні строки. Так, відповідно до статті 94 Конституції України закон набирає чинності через 10 днів з дня його офіційного оприлюднення. Це положення є надзвичайно важливим, оскільки стаття 57 Конституції України визначає, що закони та інші нормативно-правові акти, які визначають права і обов'язки громадян, мають бути доведені до відома населення. Не доведені до відома населення закони є нечинними. Таким чином, після прийняття закону має пройти певний час з метою ознайомлення населення з його текстом. Закон не може бути чинним одразу після його прийняття (за винятком особливих випадків, наприклад, введення надзвичайного стану і т.п.).

Цікавою є практика Європейського суду з прав людини щодо поняття закону. Норму не можна вважати «законом», якщо вона не сформульована з достатньою чіткістю, що дає особі можливість керуватися цією нормою у своїх діях. Ступінь чіткості, яку мають забезпечувати формулювання національних законів – і яка в жодному разі не може охопити всі непередбачувані обставини, – значною мірою залежить від змісту закону, сфери, на яку він поширюється, а також від кількості та статусу тих, кому він адресований («Гешмен і Герруп проти Сполученого Королівства», рішення від 25 листопада 1999 року).

Отже, для того щоб закон був якісним, на думку Суду, він повинен відповідати таким двом основним вимогам:

- 1) закон має бути загальнодоступним для того, щоб громадянин знав, що за певних обставин застосовується саме цей закон;
- 2) норма закону повинна бути сформульована достатньо чітко, щоб громадянин міг регулювати свою поведінку, а в разі надання йому кваліфікованої консультації був здатний розумно передбачити наслідки, до яких призведе його певна дія¹. Тобто закон має передбачати чіткі та зрозумілі наслідки, які можуть настати для особи.

Усі ознаки закону відповідно до вимог верховенства права можна поділити на дві групи: формальні (змістовні) і матеріальні. **Формальні ознаки** – це такі вимоги, які характеризують процесуальний порядок прийняття закону та його юридико-технічні особливості. До них відносять такі:

¹ Шевчук С. Порівняльне прецедентне право з прав людини. – К.: Реферат, 2002. – С. 99.

- доступність для їх адресатів (норми закону повинні бути оприлюдненими);
- чіткість та зрозумілість положень закону;
- сталість законів у часі, неможливість зворотної дії законів;
- дотримання правил юридичної техніки нормотворчості (наявність необхідних реквізитів, ясність юридичних термінів та ін.).

Крім формальних ознак, закон має відповідати і так званим **матеріальним ознакам** верховенства права, що передбачають вимоги до змісту його положень. В основі цих вимог:

- загальнообов'язковість норм закону для усіх суб'єктів права;
- дотримання індивідуальних прав людини;
- гідність людини є найвищою цінністю, і її захист є керівним принципом діяльності держави.

Отже, закон має відповідати як формальним, так і змістовним (матеріальним) вимогам верховенства права.

Прийнято розрізняти такі **види законів**:

- конституційні;
- органічні;
- звичайні;
- надзвичайні.

Конституційні закони. Під такими законами прийнято розуміти ті закони, які вносять зміни та доповнення до конституції держави. Як правило, такі закони приймаються в особливому порядку кваліфікованою більшістю голосів членів парламенту та посідають найвище місце в ієрархії усіх законів. Після їх прийняття зміст цих законів стає невід'ємною частиною, «тілом» конституції (розділ XIII Конституції України).

Органічні закони. Під ними розуміють закони, про які чітко зазначає конституція держави. Тобто перелік питань, з яких приймаються такі закони, визначений конституцією. Як правило, це важливі питання організації діяльності вищих органів державної влади, порядку проведення референдумів, утворення і діяльності судів, регламентації надзвичайного та воєнного стану та ін. Особливістю цих законів є те, що вони мають спеціальний порядок прийняття (приймаються, як правило, абсолютною більшістю голосів депутатів парламенту) та посідають вище місце щодо інших законів в ієрархії нормативно-правових актів. Оскільки ці закони логічно продовжують саму конституцію, їх і називають органічними. Такі закони відомі в правових системах Франції, Італії, Угорщини, Російської Федерації, Румунії, Молдови, Литви та інших країн.

Під **звичайними законами** розуміють ті, які регулюють типові відносини, що стосуються різних аспектів політичного, економічного, соціального, культурного та духовного життя суспільства. Вони, як і інші закони, мають вищу юридичну силу в системі нормативно-правових актів, але самі повинні відповідати конституції та органічним законам. Таким чином забезпечується єдність усієї системи нормативно-правових актів. Звичайні закони, як правило, приймаються простою більшістю голосів членів парламенту в порядку, визначеному законодавчим процесом.

У системі звичайних законів виокремлюються та посідають особливе місце кодифіковані закони, кодекси. **Кодекс** – це єдиний, зведений, юридично і логічно цілісний, внутрішньо узгоджений закон, який забезпечує повне, узагальнене і системне регулювання певної групи суспільних відносин. Багато профільних галузей законодавства мають відповідний кодекс: цивільне законодавство – Цивільний кодекс України, кримінальне законодавство – Кримінальний кодекс України, процесуальне законодавство – Цивільний процесуальний, Кримінальний процесуальний кодекси, Кодекс України про адміністративне судочинство та ін. Для кодексів характерні деякі структурні та юридико-технічні особливості (поділ на загальну і особливу частини та ін.).

Варто зазначити, що за правовою природою та юридичною силою кодекси і звичайні закони однакові. Тому іноді виникає проблема узгодженості норм кодексів та законів, які регулюють ідентичні суспільні відносини. Ця проблема належить до поняття та способів вирішення юридичних колізій, що буде розкрито у наступних розділах, зокрема, присвячених реалізації і застосуванню норм права.

Надзвичайні закони – це такі закони, які можуть бути прийняті в умовах надзвичайного або воєнного стану. Особливістю цих законів є те, що вони можуть встановлювати окремі обмеження прав і свобод людини і громадянина (стаття 64 Конституції України). Термін дії таких законів чітко обмежений.

Свої особливості має система законів у державах з федеральним устроєм. У них розрізняють:

- федеральні закони – ті, які приймаються федеральним законодавчим органом і поширюються на всю територію федерації;
- закони суб'єктів федерації – ті, які приймаються згідно з розподілом компетенції між центром і суб'єктами федерації і поширюються тільки на їх територію.

10.4. Підзаконний нормативно-правовий акт

Характеристика законів як нормативно-правових актів вищої юридичної сили означає, що всі інші нормативні акти мають відмінну від них правову природу, перебувають «під» законом.

Підзаконний нормативно-правовий акт – це такий акт, який містить норми права та прийнятий уповноваженим на це державним органом відповідно до закону і на його основі. Підзаконні нормативно-правові акти спрямовані на конкретизацію та виконання положень закону. Вони сприяють реалізації норм закону.

Разом з тим підзаконність нормативних актів не означає їх «меншу» юридичну обов'язковість; вони наділені необхідною юридичною силою, хоч вона не має такої всезагальності і вищості, як юридична сила законів.

Тим більше не слід недооцінювати соціального значення підзаконних нормативно-правових актів. Вони покликані забезпечувати на основі законів конкретизоване нормативне регулювання значного комплексу суспільних відносин і тому посідають важливе місце у всій системі нормативного регулювання.

Підзаконні нормативно-правові акти, як і закони, мають різну юридичну силу, що залежить від того, який правотворчий орган їх прийняв. У сучасній системі вітчизняного законодавства можна виокремити такі **види підзаконних нормативно-правових актів**:

- підзаконні акти, які видає Президент України (укази і розпорядження);
- підзаконні акти Кабінету Міністрів України (постанови і розпорядження);
- підзаконні акти, які приймають центральні органи виконавчої влади – міністерства та ін. (накази, інструкції, положення, правила тощо);
- підзаконні акти, які приймають місцеві органи державної влади та органи місцевого самоврядування (постанови, розпорядження, інструкції тощо);
- локальні акти – такі, які приймаються керівними органами підприємств, установ, організацій та які регулюють їх організаційну, трудову та виробничу діяльність (статuti, правила внутрішнього трудового розпорядку, накази, інструкції тощо).

У сучасних умовах надзвичайно важливого значення набувають питання щодо відповідності підзаконних нормативно-правових актів

законам. Часто підзаконні нормативно-правові акти всупереч своєму основному призначенню – конкретизації положень закону – формулюють такі норми права, які суперечать вимогам закону, встановлюють додаткові умови для реалізації прав громадян, звужують їх зміст і обсяг тощо. Для подолання таких суперечностей і захисту прав громадян від незаконних актів суб'єктів владних повноважень в багатьох державах, зокрема в Україні, існує система адміністративного судочинства.

Таким чином, значення підзаконних нормативно-правових актів не слід перебільшувати. В деяких країнах підзаконним нормативно-правовим актам взагалі не надається значення джерела права (наприклад, в Польщі), а вказується виключно на їх процедурний, процесуальний характер.

10.5. Дія нормативно-правових актів у часі, просторі та за колом осіб

Система нормативно-правових актів у цілому та окремі її елементи не існують вічно і діють у певних межах. Для правильної реалізації норм права необхідно точно визначати межі дії нормативно-правових актів відповідно до часових, просторових характеристик та дією за колом суб'єктів.

Дія нормативно-правових актів у часі розглядається як інтегративна категорія, що включає такі моменти тривалості та особливості реалізації акта у часі (темпоральні характеристики нормативно-правового акта), як:

- 1) дата набрання актом чинності та дата введення його в дію, а також дата втрати актом (повністю або в певній частині) чинності та, відповідно, припинення його дії;
- 2) чинність та дія акта;
- 3) способи (види) дії акта у часі¹.

Юридичну силу нормативно-правового акта у часі визначає таке поняття, як його *чинність*. За загальним правилом нормативно-правові акти набувають чинності в один із таких способів:

¹ Шуліма А.О. Темпоральні характеристики закону: історія та сучасність // Наукові записки НАУКМА. – Т. 144–145. Юридичні науки. – К., 2013. – С. 29.

- через вказівку в тексті акта календарної дати, з якої він набирає чинності;

- через вказівку в акті певних обставин, з якими пов'язується набрання чинності акта (набрання чинності іншим нормативно-правовим актом, настання якоїсь події державного чи суспільного життя і т.ін.);

- через деякий час після офіційного оприлюднення акта. Так, закон набирає чинності через 10 днів з дня його офіційного оприлюднення, якщо інше не передбачено самим законом, але не раніше дня його опублікування (стаття 94 Конституції України).

Прийнятий нормативно-правовий акт має бути доведений до відома населення. Це здійснюється шляхом його офіційного оприлюднення державною мовою. Офіційне оприлюднення – це опублікування нормативно-правового акта в офіційних друкованих виданнях (газети «Голос України», «Урядовий кур'єр», «Відомості Верховної Ради України»). Оприлюднення нормативно-правового акта здійснюється, як правило, не пізніше, як у 15-денний строк після прийняття та підписання акта. В окремих випадках оприлюднення актів вищих органів державної влади може здійснюватись через телебачення і радіо.

Від чинності нормативно-правового акта слід відрізнити дію акта. Так, новий нормативно-правовий акт може набрати чинності, але окремі його положення будуть недіючими через неприйняття або ненабрання чинності іншим актом, з яким новий пов'язаний. Або ж нормативно-правовий акт є чинним, проте він діє лише у зв'язку з настанням певних обставин або у певний момент часу (наприклад, Закон «Про правовий режим надзвичайного стану»).

Моментом припинення юридичної сили (втрати чинності) нормативно-правового акта може бути:

- перебіг строку, на який був прийнятий акт – для тимчасових актів (наприклад, закони про державний бюджет країни на певний рік);

- видання нового акта, який регулює ті самі суспільні відносини, що і попередній, раніше чинний акт (непряма відміна);

- пряма вказівка органу, що прийняв новий акт, про відміну попереднього акта (пряма відміна);

- рішення Конституційного Суду України про невідповідність закону чи іншого нормативно-правового акта або їх окремих положень Конституції; рішення адміністративного суду про невідповідність підзаконного нормативно-правового акта або його окремих положень закону.

Виділяють такі способи (види) дії нормативно-правового акту у часі:

- перспективна дія;

- ретроспективна дія;
- ультраактивна дія.

Дія нормативно-правових актів у часі є, як правило, *перспективною*, тобто розрахованою на поведінку суб'єктів права, що виникає після набрання чинності актом.

Проте у деяких випадках нормативно-правові акти можуть мати зворотну (так звану ретроспективну) дію у часі, тобто поширюватись в цілому або в певній частині на відносини, що виникли до набрання ним чинності. Детальніше про ретроспективну дію нормативно-правових актів йтиметься у розділі, присвяченому верховенству права.

З дією нормативно-правових актів у часі пов'язане також поняття переживаюча дія (ультраактивність) акта. Це має місце тоді, коли нормативно-правовий акт є нечинним, але окремі його положення продовжують діяти у певних випадках. Правова норма має переживаючу дію, якщо вона повністю або частково продовжує врегульовувати правовідносини після того, як акт, яким вона встановлена, або відповідне положення цього акта втратило чинність. Наприклад, відповідно до пункту 4 Прикінцевих та перехідних положень *Цивільного кодексу* України до цивільних відносин, що виникли до набрання чинності Цивільним кодексом України, положення цього Кодексу застосовуються до тих прав і обов'язків, що виникли або продовжують існувати після набрання ним чинності. Таким чином, до тих правовідносин, які виникли до набрання чинності Цивільним кодексом, застосовуються норми старого Цивільного кодексу.

В умовах інтенсивності зміни законодавства переживаюча (ультраактивна) дія нормативно-правових актів є інструментом забезпечення стабільності статусу людини як суб'єкта правовідносин, а отже, гарантією правової та соціальної безпеки.

В теорії правотворчості та законодавчій практиці використовують ще одне поняття, пов'язане з дією нормативно-правових актів у часі – зупинення дії акта. Під ним розуміють тимчасове, неостаточне переривання його темпоральної дії, яке обумовлюється певними обставинами і здійснюється в порядку, передбаченому законом. Зупинити дію нормативно-правових актів може як орган, що прийняв його, так й інший орган, якщо подібні повноваження надані йому законом. Так, відповідно до статті 144 Конституції України рішення органів місцевого самоврядування з мотивів їх невідповідності Конституції чи законам України зупиняються у встановленому законом порядку з одночасним зверненням до суду (Конституційного або адміністративного залежно від підсудності).

Дія нормативно-правових актів у просторі визначається **територією, на яку поширюється юрисдикція** того органу, який видав акт. Під територією держави розуміють простір, на який поширюється суверенітет держави. До складу території держави звичайно входять сухопутна територія, водна територія (внутрішні морські води і територіальне море, включаючи прибережні морські води шириною до 12 морських миль), повітряна територія (простір над сухопутною і водною територіями, умовно до космічного простору), а також підземна територія (простір під сухопутною і водною територіями до технічно доступної глибини). До поняття територія держави також належать дипломатичні представництва та консульства держави за кордоном, військові кораблі, морські, річкові та повітряні судна, космічні кораблі і станції, а також інші об'єкти, що належать цій державі.

Норми законів та інших нормативно-правових актів можуть мати і екстериторіальну дію, тобто застосовуватись і поза межами території держави. Так, відповідно до статті 25 Конституції Україна гарантує піклування та захист своїм громадянам, які перебувають за її межами. Тобто дія нормативно-правових актів держави поширюється на громадян цієї держави і у тому випадку, коли вони перебувають за кордоном (громадяни, які знаходяться за кордоном, мають право брати участь у виборах, вони несуть відповідальність за правопорушення за законами своєї держави, якщо не притягались до відповідальності за ті ж правопорушення за законами іншої держави і т.ін.). Інший аспект екстериторіальної дії означає поширення дії нормативно-правових актів та ті об'єкти, які прирівнюються до поняття «територія держави», але юридично та фактично можуть знаходитись на території іншої держави (посольства, консульства держави).

Залежно від поширення юрисдикції того органу, який прийняв акт, нормативно-правові акти за територіальною сферою дії поділяються на:

- акти загальної дії – які поширюються на всю територію держави (Цивільний кодекс України, Закон України від 25 травня 1991 року «Про освіту», правила дорожнього руху, затверджені постановою Кабінету Міністрів України та ін.);
- місцеві акти – це такі нормативно-правові акти, які поширюються на певну адміністративно-територіальну одиницю або на певну місцевість (закони України від 5 лютого 1995 року «Про статус гірських населених пунктів в Україні», від 27 лютого 1991 року «Про правовий режим території, що зазнала радіоактивного забруднення внаслідок Чорнобильської катастрофи», Правила благоустрою міста Києва, за-

тверджені рішенням Київської міської ради від 25 грудня 2008 року № 1051/1051 і т.ін.);

- локальні акти – це акти, які приймаються на рівні підприємств, установ, організацій.

Дія нормативно-правових актів за колом осіб визначається колом суб'єктів, на яких поширюються певні акти. За загальним правилом, усі суб'єкти, які знаходяться на території держави, підпадають під сферу дії її законодавства. Нормативно-правові акти держави, як правило, поширюються на усіх фізичних (громадяни, іноземці, особи без громадянства) та юридичних осіб. Проте дія окремих нормативно-правових актів поширюється тільки на громадян держави, зокрема, це акти, які регулюють політичні права і обов'язки (закони про вибори, референдум, військовий обов'язок і військову службу та ін.).

Дія кримінального кодексу, законодавства про адміністративні правопорушення та деяких інших нормативно-правових актів не поширюється на дипломатичних представників іноземних держав та членів їх сімей, які відповідно до норм міжнародного права користуються дипломатичним імунітетом (недоторканністю).

У деяких випадках нормативно-правовий акт визначає коло адресатів, на яких він поширюється (державних службовців, ветеранів війни та праці, багатодітні сім'ї, інваліди і ін.).

Розділ 11

ПРАВОТВОРЕННЯ І ПРАВОТВОРЧІСТЬ (НОРМОТВОРЧІСТЬ)

11.1. Правотворення та його відмінності від правотворчості

Питання щодо виникнення (формування) змісту права і нині залишається дискусійним. Чи право створюється стихійно, незалежно від людини, під тиском історичних обставин або це результат лише людської творчої діяльності – однозначно відповісти не просто.

Безперечним є тільки факт даності (реальності) права як регулятора суспільних відносин, так само як і мінливості змісту його норм на тривалому історичному шляху становлення.

Проводячи паралелі з процесом еволюційного розвитку та формування людського суспільства, слід вважати, що право також формувалося поступово, в результаті міжособового людського спілкування, викристалізовуючись із практики суспільного життя.

Головними важелями, які впливали і впливають на процес формування змісту права, є природа людини та різноманітні суспільні чинники.

Виокремившись із тваринного світу, людина як мисляча істота зберегла багато зразків поведінки, притаманних її первісній природі. Це стосується і турботи матері про свою дитину, і схильності відокремлювати власні ділянки для життя, і формувати тривалі пари тощо. Також в людській природі кореняться численні базові потреби та інтереси, які закладені в ній на рівні інстинктів (наприклад, харчовий, статевий, владний), потреба у безпеці та свободі, які не може не брати до уваги право.

Необхідність пристосуватися до навколишнього середовища, забезпечувати свої потреби у їжі, безпеці, продовженні роду, зумовлювали

у людей необхідність вступати у взаємодію одна з одною, поступово утворюючи при цьому різноманітні суспільні інститути. Одночасно з процесами формування сім'ї, роду, племені, виникненням міждодових союзів відбувався процес формування, а краще сказати селекції взаємоприйнятних відносин між людьми, зокрема, з приводу задоволення тих чи інших потреб та інтересів. Важливу роль у цьому безперервному процесі відігравала повторюваність, типізація фактичних суспільних відносин за ознакою своєї цінності для людини. Такі типові відносини з часом набували нормативного характеру, перетворюючись на правила загальної поведінки.

Так, наприклад, процес обміну (не лише речами), який є універсальним для людського суспільства, поступово призводив до усвідомлення прав та обов'язків учасників обміну. З часом процес обміну набував типізованого характеру, перетворюючись на правовідносини – через зв'язок права та обов'язку. Ще пізніше такі відносини набували нормативного характеру, ставали зразком поведінки. Вони еволюціонували, правовідносини щодо обміну створили базис для формування правовідносин купівлі-продажу, де за сторонами угоди визнавалися відповідні права та обов'язки. Так само розвиток природних відносин між батьками і дітьми поступово сформували права та обов'язки, які регулюють відносини батьківства, спадщини. Стосунки між людьми, які проживали у парному союзі, спонукали до усвідомлення та формулювання прав та обов'язків у сфері сімейного життя, спільного майна, утримання дітей тощо, які з часом через типізацію відповідних правовідносин набували нормативного характеру.

Треба також зауважити, що на творення змісту правових норм суттєвий вплив має зміст наявних у суспільстві соціальних регуляторів: моралі, звичаїв, релігії. Так само як і інші реалії, насамперед переважні способи господарювання у суспільстві, кліматичні умови проживання, рівень культурного розвитку тощо коригують зміст правових норм у процесі як їх формування, так і подальшого функціонування як регулятора суспільних відносин.

Ще одним шляхом формування права на ранніх етапах розвитку суспільства була діяльність судових органів. Первинно за для вирішення конфлікту, спору сторони шукали арбітра, того, хто міг розсудити, знайти взаємоприйнятне рішення. Сам спір по суті ставав основою всього юридичного. Задля його вирішення арбітру було необхідно, по-перше, вислухати різне розуміння сторонами своїх прав щодо предмета спору, а по-друге, застосовувати розуміння прав та обов'язків сторін у вже існуючих, аналогічних правовідносинах. Крім того, за відсутності від-

повідних правовідносин суди вимушені були самостійно формувати правові нормативи. Основою такої діяльності ставав аналіз постійно повторюваних, таких, що існують у реальності, суспільних відносин, необхідність знайдення компромісного (взаємоприйнятного) і справедливого рішення по справі. У підсумку результатом такого судового рішення ставало перетворення фактичних відносин на правові. При цьому публічний характер судового розгляду, присутність сторін, необхідність допиту свідків, пошук та дослідження доказів зумовлювали формування повторюваних відносин, які знайшли своє відображення у процесуальних нормах права.

Таким чином, процес творення права відбувався протягом тисячоліть еволюційно (як свідомо, так і спонтанно), з урахуванням природної сутності людини, через взаємодію, комунікацію, співробітництво, взаємоузгодження поведінки людей шляхом типізації повторюваних відносин у суспільстві і набуття ними нормативного значення.

На певному етапі історичного розвитку суспільства, пов'язаному з формуванням державних органів влади, процес правотворення набув додаткових властивостей, зумовлених сутністю, авторитетом державної влади та тими функціями, які виконує держава в суспільстві.

Спочатку це дістало прояв у визнанні (легітимації) з боку держави вже існуючих норм права, їх використанні в адміністративному управлінні, практичному застосуванні для розв'язання судових спорів, формальному закріпленні у перших пам'ятках права.

Але з часом прийшло усвідомлення, що суто емпірично – статичний процес правотворення не здатний забезпечити динамізму життя, що дедалі зростав. Зміни у суспільних відносинах, виникнення нових відносин, які потребували правового регулювання, відбувались набагато швидше, ніж їх природна типізація та набуття нормативного значення.

Відповіддю на такі вимоги стала поява письмових джерел права казуального характеру (розрахованих на певний випадок) як результат вже правотворчої діяльності держави. Точніше її органів, що здійснювали таку діяльність, формулюючи приписи правових норм стосовно тих суспільних відносин, які потребували правового регулювання.

Ця діяльність, зокрема, характеризувалася свідомим, цілеспрямованим характером, кінцевою метою її ставала урегульованість суспільних відносин на підставі сформульованої і відповідним чином закріпленої в правовому акті правової норми. Крім формального визначення, конкретизації і деталізації змісту, норма набувала вла-

стивості захищеності з боку держави у разі її невиконання. У процесі правотворчої діяльності норми права не лише формулювалися, а за потреби вже в наявні норми вносилися зміни, або ж вони взагалі могли бути скасовані як такі, що перестали відповідати реаліям суспільного життя.

Факт того, що правотворчий орган не «вигадує» бажану норму, а тільки формулює загальнообов'язковий припис на підставі реальних суспільних відносин, які вже існують (хай навіть у зародковому стані), дає підстави деяким правникам критикувати прийнятність терміна «правотворчість». На їхню думку, коректніше вживати термін «правозакріплення», який би відповідав суті процесу переведення на юридичну мову тих суспільних відносин, які зароджуються, розвиваються в суспільстві і набувають у результаті багаторазового повторення нормативного характеру¹.

Водночас слід зауважити, що процес правозакріплення був властивий раннім етапам становлення права. Сьогодні законодавець не обмежується фіксацією існуючих типізованих суспільних відносин, він творить норми «наперед», інша справа, що він не може надто відриватись від реального життя. В процесі творення він повинен також врахувати вплив суб'єктивних факторів, існуючі та прогнозовані суспільні відносини. Без свідомого врахування і відображення у змісті норми багатьох чинників економічного, політичного, ідеологічного, культурного та іншого характеру сформулювати життєздатну правову норму неможливо.

Таким чином, правотворчість як частина загального процесу правотворення – це особливий вид діяльності, притаманний спеціально уповноваженим органам, із формулювання, зміни або скасування правових норм, в основі яких лежать потреби та інтереси людей.

У вітчизняній правовій літературі процес правотворчості, за попередньою радянською традицією, досить часто продовжує подаватися як «обезлюднений», тобто такий, що здійснюється виключно «кастою обраних» – державних посадовців (чиновників) і депутатів. На жаль, в українських реаліях це справді нерідко виглядає саме так. Громадяни у такому разі виступають переважно як пасивні об'єкти правотворчості. Вони здебільшого не залучаються до участі в підготовці законопроектів, їх обговоренні тощо. Проте річ навіть не в цьому. Правотворчий

¹ Правова система України: історія, стан та перспективи. – Т. 1. Методологічні та історико-теоретичні проблеми формування і розвитку правової системи України. – Харків, 2008. – С. 70.

процес – це справа насамперед професіоналів, до яких державні чиновники і депутати досить часто не належать. Професіонали, зокрема правознавці, також здебільшого залишаються поза межами цього процесу. Ігнорується часто інше: те, що право – це не результат «чистої» правотворчої діяльності «обраних», а продукт людської діяльності, змістом якої є людська поведінка, обумовлена потребами та інтересами людей, які у свою чергу тісно пов'язані з політикою, економікою, психологією (ментальністю) тощо.

1 1.2. Функції та принципи правотворчості

Як вже було зазначено, правотворча діяльність спрямована на формулювання, зміну або скасування правових норм. Своє формальне закріплення результати такої діяльності отримують переважно у нормативно-правових актах або ж у нормативно-правових договорах, які регулюють ті чи інші суспільні відносини. Залежно від того, яким чином правотворчість впливає на правове регулювання суспільних відносин, можна виокремити відповідні **функції правотворчості**:

- 1) первинне регулювання суспільних відносин шляхом формулювання нових правових норм у статтях нормативно-правових актів або нормативно-правових договорів;
- 2) модифікація правового регулювання шляхом внесення змін до існуючих правових норм, закріплених у нормативно-правових актах та нормативно-правових договорах;
- 3) припинення правового регулювання певних суспільних відносин шляхом скасування відповідних правових норм. Вказана функція виконується переважно через відміну частини або в цілому нормативно-правового акта, нормативно-правового договору;
- 4) заповнення прогалин та усунення колізій у правовому регулюванні шляхом формулювання правових норм, яких не вистачає для досягнення мети правового регулювання;
- 5) упорядкування правового регулювання шляхом систематизації існуючих нормативно-правових актів.

Безпосередній вплив результатів правотворчої діяльності на життя людини та суспільства обумовлює необхідність її здійснення, спираючись на відповідні **принципи** – найбільш важливі юридичні вимоги, які створюють фундамент правотворчої діяльності.

Одним з провідних (визначальних) принципів правотворчості є *обґрунтованість*, тобто визнання реальної потреби у створенні норми права. Від того, наскільки вдасться (з урахуванням соціальних, політичних, економічних та інших чинників) визначити об'єктивну необхідність регулювання тих чи інших відносин за допомогою новоствореної правової норми, напряду залежить сприйняття цієї норми людьми та, відповідно, її ефективність.

Гуманізм як принцип правотворчості розкривається через права і свободи людини, які є орієнтиром і першоджерелом для правотворця, вони також не можуть порушуватися чи звужуватися у процесі створення нових правових норм.

Принцип *професіоналізму* передбачає участь у нормопрекувальній роботі фахівців із різних галузей знань, не лише юриспруденції. Професійні знання необхідні як при підготовці змісту правової норми, так і для здійснення аналітичної, прогностичної оцінки наслідків прийняття норми (соціальних, економічних, міжнародних тощо).

Законність. Цей принцип визначає те, що в сучасних суспільствах органи публічної влади здійснюють правотворчу (нормотворчу) діяльність виключно у спосіб, в обсягах і за процедурою, які переважно детально регламентовані відповідними нормативно-правовими актами. Недотримання визначеної процедури, вихід за межі передбаченої законодавством компетенції роблять нелегітимною як саму діяльність такого правотворчого органу, так і, відповідно, норму права, яка була прийнята в результаті такої діяльності.

Демократизм як принцип стосовно правотворчості вимагає врахування суспільної думки та інтересів різноманітних верств населення, участь громадян, їх об'єднань у процесі розробки, обговорення, а в певних випадках і в прийнятті правового акта.

Принцип відкритості та публічного характеру правотворчості передбачає обізнаність людей з планами такої діяльності, проектами нових правових актів та обов'язково з результатами правотворчої діяльності. Особливо цей принцип стосується правотворчої діяльності органів публічної влади. Практично він реалізується через процедуру опублікування нормативно-правових актів або доведення їх до виконавців, без чого нормативно-правові акти не можуть вважатися чинними.

Наведений перелік принципів не є вичерпним, але він відображає основні, стрижневі засади правотворчості, дотримання яких повинно забезпечити якість та ефективність правотворчого процесу і як його результат – дієвість норми права.

1 1.3. Суб'єкти правотворчості

Однією з рис правотворчості, яка відрізняє цей процес від правотворення, є наявність можливості чіткого виокремлення суб'єктів, які мають компетенцію здійснювати таку діяльність. ***Суб'єктами правотворчості є народ, державні та недержавні органи та організації, які мають повноваження на формулювання правових норм та прийняття правових актів, у яких ці норми отримують свою юридичну фіксацію.***

Суб'єктами правотворчості є:

- народ
- державні органи;
- органи місцевого самоврядування;
- сільські та міські голови;
- державні та недержавні організації;

Характеризуючи види суб'єктів правотворчості, слід враховувати, що право як суспільний регулятор народжується в глибинах соціального життя людей. Відповідно, на етапі правотворення саме людина є безпосереднім суб'єктом цього процесу. Етап правотворчості, який вимагає свідомої, цілеспрямованої діяльності, пов'язаної з формулюванням приписів правових норм, характеризується здебільшого опосередкованою участю людей. Незважаючи на те, що народ держави визнається єдиним носієм суверенітету і єдиним джерелом влади, процес правотворчості переважно здійснюється ним не самостійно (через інститути прямої демократії), а через органи, насамперед представницькі.

Проте різноманітні форми участі народу, його частини в процесі підготовки, обговорення та прийнятті правових актів, як опосередковані, так і самостійні, залишаються запорукою підтримання комунікації між державою та народом, що не може не впливати на якість сформульованих правових норм.

До самостійних (безпосередніх) форм участі народу в правотворчому процесі слід віднести:

- референдуми, на яких громадяни країни затверджують або скасовують (відхиляють) правовий акт;
- народну правотворчу ініціативу, яка полягає у визнанні та здійсненні народом права пропонувати до прийняття проекти правових актів. Така пропозиція може здійснюватись як на місцевому, так і на загальнодержавному рівні, шляхом внесення громадянами країни відповідного проекту до представницького органу або винесення його на референдум.

Проте значення референдуму як виду прямої правотворчості народу не слід перебільшувати, оскільки історія знає приклади використання референдумів або плебісцитів (опитувань) як засобів маніпулювання суспільною думкою на користь ідеологій чи вузьких інтересів політиків.

Опосередкована участь громадян країни в правотворчому процесі здебільшого дістає прояв у таких формах, як:

- публічні громадські обговорення проектів правових актів (громадські слухання, конференції, форуми тощо);
- діяльність консультативно-дорадчих органів;
- лобістська діяльність;
- проведення громадських акцій з метою вплинути на процес правотворчості;
- проведення плебісцитів, опитувань громадян з тих чи інших питань загальнодержавного чи місцевого значення;
- проведення соціологічних досліджень та спостережень тощо.

Наведений перелік форм не є вичерпним, можливості опосередкованого впливу громадян на правотворчий процес досить розгалужені. При цьому слід зауважити, що задля впливу на правотворчий процес громадяни країн, як правило, діють не окремо, а об'єднуються у різноманітні організації, у тому числі в політичні партії.

До спеціально уповноважених органів, в результаті діяльності яких приймається основний масив правових актів в державі, належать такі:

Державні органи, які є суб'єктами правотворчості з визначеним законом колом повноважень. Практичне втілення принципів розподілу влади, стримування і протизаваг у діяльності державних органів передбачає розмежування компетенції та уникнення дублювання повноважень у правотворчій діяльності кожного з них.

Так, **вищий представницький орган в державі (парламент, конгрес, дума тощо)** є єдиним суб'єктом законотворчості як виду правотворчої діяльності. За своєю природою він є представницьким органом, який складається з обраних народом депутатів (конгресменів, сенаторів тощо). Тому природним є той факт, що закон, прийнятий, наприклад, Верховною Радою України, є вищим за юридичною силою нормативно-правовим актом, а інші суб'єкти правотворчості, до яких слід віднести органи виконавчої влади, не можуть приймати нормативно-правові акти, які не відповідають закону, або регулювати ті питання, які повинен врегулювати закон.

Органи виконавчої влади – такі як Кабінет Міністрів, міністерства та інші органи – здійснюють правотворчість у тих межах, які дозволяє

закон із чітким підпорядкуванням нормативно-правових актів органів нижчого рівня нормативно-правовим актам органів вищого рівня.

При цьому слід зауважити, що порівняно з законом, який є основним джерелом права, всі інші нормативно-правові акти це додаткові джерела права.

Президент, у випадку якщо він не очолює уряд як одноособовий орган держави, може бути суб'єктом правотворчості із тих питань, які віднесені Конституцією до його компетенції.

Органи місцевого самоврядування є суб'єктами локальної правотворчості, реалізуючи основне право територіальної громади самостійно вирішувати питання місцевого значення у межах Конституції і законів. Спектр таких питань досить широкий: це формування місцевого бюджету, управління комунальною власністю, питання місцевого економічного і культурного розвитку тощо.

Як вже наголошувалося, місцеві органи влади формуються виборчим шляхом і в ідеалі мають репрезентувати у своїй правотворчій діяльності уявлення громади про бажане правове регулювання відносин на її території, зокрема, враховуючи місцеві звичаї та традиції, при цьому не виходячи за межі компетенції, якою вони наділені на підставі закону.

Ще одним органом місцевого самоврядування, який наділений законом правотворчою компетенцією, є **сільський (селищний) або міський голова**.

Забезпечуючи здійснення у межах наданих законом повноважень органів виконавчої влади на відповідній території, сільські або міські голови як одноособові органи можуть також приймати локальні нормативно-правові акти.

Державні та недержавні організації за певних обставин також можуть бути суб'єктами правотворчості. Передусім йдеться про органи управління юридичних осіб, політичні партії, релігійні організації, різноманітні громадські організації, зокрема, профспілки, організації, які здійснюють професійне самоврядування, наприклад аудиторів, адвокатів, майнових оцінщиків тощо. Для забезпечення своєї діяльності вони можуть створювати корпоративні норми, що містять правила поведінки, обов'язкові для дотримання у межах цієї корпорації, наприклад, профспілкові угоди, професійні стандарти та правила, колективні трудові договори між працедавцем та трудовим колективом, статуту тощо.

Свого правового (юридичного) характеру ці норми набувають в процесі їх сприйняття і застосування не стільки членами організації, яка прийняла таку норму, скільки в процесі сприйняття і застосування цих

норм державою для цілей правового регулювання, а також судом в процесі розв'язання спорів.

Деякі з різновидів корпоративних норм можуть мати юридичну силу за межами юрисдикцій країн, де корпорація знаходиться. Насамперед це стосується так званого спортивного права, релігійних норм, корпоративних норм транснаціональних корпорацій тощо, до створення яких органи публічної влади держави не мають відношення.

Легітимація цих норм так само відбувається в процесі їх повсякденної реалізації суб'єктами правовідносин, в тому числі державними органами, зокрема судами при здійсненні правосуддя.

1 1.4. Види правотворчості

Види правотворчості традиційно розмежовуються за такими критеріями.

1. За суб'єктами правотворчості виокремлюють: правотворчість народу; парламентську правотворчість; правотворчість органів виконавчої влади; правотворчість органів місцевого самоврядування, правотворчість посадових осіб тощо.

2. За засобами формування норм права правотворчість поділяється на формулювання нових правових норм та санкціонування – надання юридичних властивостей вже існуючим соціальним нормам (наприклад звичаям ділового обігу).

3. За характером волевиявлення в правотворчій діяльності виокремлюють:

- пряму правотворчість народу, тобто ту, яка здійснюється безпосередньо народом;
- правотворчість представницьких органів, тобто ту, яка здійснюється органами, які обираються народом;
- делеговану правотворчість, яка здійснюється органами, яким представницькі органи делегували певні, визначені повноваження щодо правотворчості.

4. За видами нормативних актів та їхньою юридичною силою виокремлюють: законотворчість та підзаконну правотворчість. Законотворчість здійснює вищий представницький орган або народ держави. Всі інші органи, організації, посадові особи, які наділені правотворчою компетенцією, здійснюють підзаконну правотворчість.

5. Окремим видом правотворчості є договірна правотворчість, яка полягає в укладенні повноважними суб'єктами нормативно-правових договорів, тобто таких, які містять норми права. Найбільш поширений цей вид правотворчості у міжнародному праві, одним із основних джерел якого і є міжнародний нормативно-правовий договір. У межах держави такі договори також трапляються. При федеративному територіальному устрої вони можуть бути укладені між суб'єктами федерації та в інших випадках. На локальному рівні до нормативно-правових договорів слід віднести колективні трудові договори на підприємствах, угоди державних органів з профспілками або з органами, які представляють інтереси того чи іншого сегменту бізнесу, наприклад банківської сфери, зернотрейдерів, паливної галузі тощо.

1 1.5. Основні стадії правотворчості

Будь-який процес можна уявити як певні послідовні дії, спрямовані на досягнення певного результату. Правотворчість як процес створення норм права не є винятком і, відповідно, становить собою систему стадій (етапів), на яких відбувається формулювання норми права як правила поведінки та безпосереднє прийняття правового акта, в якому ця норма фіксується.

Правотворчість є частиною більш загального явища правотворення, і певні стадії цих процесів можуть збігатися чи різнитися, залежно від форми права, в якій формулюється відповідний припис. Однак початкова стадія правотворення і правотворчості не збігається. Зародження процесу правотворення відбувається спонтанно, стихійно. Початок правотворчості характеризується усвідомленням потреби у правовому регулюванні суспільних відносин, які існують (хоча б у зародковому стані). Без наявності такої потреби, як і без наявності відповідних відносин, штучно створена норма права буде «мертвонародженою» та не отримає свою суспільну легітимацію.

У подальшому процес правотворчості розгортається у певні стадії, кількість і зміст яких залежить від статусу (компетенції) суб'єктів правотворчості і видів правових актів, які вони приймають.

В узагальненому вигляді основні стадії правотворчості можна уявити як:

- виявлення потреби правового регулювання існуючих суспільних відносин;

- прийняття рішення про підготовку проекту нормативно-правового акта та визначення осіб, які будуть готувати проект;
- підготовка проекту нормативно-правового акта, що може включати як написання тексту, так і узгодження його положень із зацікавленими в такому акті особами, органами, проведення розрахунків ефективності, експертиз тощо;
- розгляд проекту нормативно-правового акта суб'єктом правотворчості та за необхідності внесення корегувань до тексту;
- прийняття нормативно-правового акта. Ця стадія може мати певні етапи і залежно від виду нормативно-правового акта може включати етап голосування, одноосібного підписання документа або підписання документа декількома посадовими особами (контрасигнації);
- опублікування, доведення до виконавців або тих, кого це стосується, прийнятого нормативно-правового акта.

Як вже вказувалося, зміст і кількість стадій правотворчого процесу залежить від виду правотворчості. Найбільш спрощена процедура може бути застосована до прийняття корпоративних норм юридичними особами. Найбільш складна процедура регламентована щодо прийняття законів про внесення змін до Конституції та прийняття звичайних законів. З огляду на важливість законотворчого процесу він має окреме нормативне закріплення щодо стадій та їхнього змісту як у Конституції, так і в регламентах або інших правових актах, які унормовують діяльність вищого представницького органу держави. Свої відповідні регламенти щодо нормотворчої процедури мають інші органи державної влади – Кабінет Міністрів, Президент, міністерства та інші органи. Наявність такої правової регламентації є одним із проявів реалізації принципу законності у правотворчій діяльності.

Окремо слід звернути увагу на стадії такого виду правотворчості, як референдум. З огляду на той факт, що суб'єктом правотворчості є безпосередньо народ країни, сама процедура його волевиявлення є спорідненою з процедурою проведення виборів. Як правило, порядок здійснення прямого волевиявлення громадян, як на загальнодержавному так і на місцевому рівнях, детально регламентується відповідним законом. Законом визначається не тільки послідовність стадій проведення референдуму, а й предмет проведення референдуму, перелік питань, за якими він може бути проведений, а також тих питань, які не можуть бути предметом референдуму. Безпосередньо питання, які виносяться на референдум, мають бути сформульовані таким чином, який передбачає тільки однозначні відповіді «так» чи «ні».

До стадій проведення референдуму слід віднести:

- ініціювання проведення референдуму;
- призначення (проголошення) проведення референдуму;
- організацію та проведення референдуму;
- підведення підсумків та оприлюднення результатів референдуму;
- офіційне опублікування акта, прийнятого на референдумі.

11.6. Суд і правотворення

Роль суду у процесі правотворення протягом всього історичного розвитку правових систем розумілася неоднозначно. Діапазон підходів до визначення такої ролі коливався від ототожнення суду з творцем права в англосаксонській правовій традиції до органу, роль якого зводилась до «вуст закону», тобто механічного застосування тексту закону, що виключає будь-які елементи правотворення. Це характерно для періоду панування юридичного позитивізму часів Третього рейху і не лише.

Нині в умовах глобалізації та обумовленого нею взаємовпливу правових систем такої широкої диференціації підходів вже не існує, хоча залишаються досить відмінні позиції залежно від типу правової системи та історичної традиції.

Так, суди країн континентальної Європи, на відміну від судів Великої Британії, з часів формування римського права, а потім його відродження у середньовічній Європі були суттєво обмежені у творенні права як волею правителів, так і наявністю відносно універсальної системи писаних нормативно-правових актів. Тим часом можливість для правотворення залишалася. Чим більшим ставав масив нормативно-правових актів, тим більше це спонукало суд до конкретизації правових норм та їхнього тлумачення. Протиріччя між нормами права вимагало вирішення колізій. Не врегульовані законодавцем відносини спонукали долати прогалини, які неминуче виникали в системі законодавства. Такі дії вимагали від суду творчого підходу, пристосування норми права, передбаченої для безлічі ситуацій, до конкретного випадку, застосування у процесі подолання прогалин як загальних принципів права, так і норм, правил поведінки, які створювало саме життя. Тим самим суд неминуче виходив за межі законодавства, заповнюючи прогалини та «дописуючи» ті норми права, які не доробив законодавець.

Найбільш виразно це зафіксовано у статті 1 Цивільного кодексу Швейцарії 1907 року, а саме: «У випадках, коли жодне положення у вигляді закону не можна застосувати, суддя має приймати рішення відповідно до чинного звичаєвого права та, за його відсутності, **відповідно до правил, які б він сам для себе встановив, діючи як законодавець**. При цьому він повинен суворо дотримуватися загальноприйнятої доктрини та традиції»¹.

Для сьогодення роль суду в процесі правотворення зростає, відбувається зближення підходів, притаманних англосаксонській та континентальній правовим системам. Основою цього процесу є визнання невід'ємних та невідчужуваних прав людини, верховенства права, доктрини конституціоналізму, а саме необхідності обмеження державної влади «вищим» правом, та покладання на суд функції з охорони цих цінностей.

В Україні законодавець не наділив суд напряму компетенцією із творення права. Але здійснення правосуддя – основної функції суду, з дотриманням принципів верховенства права (справедливості, свободи, рівності та інших, у тому числі щодо неможливості відмовити у правосудді з посиланням на відсутність відповідної норми) де-факто вимагає від суду добудовувати право там, де законодавець не зміг цього зробити або зробив з явним порушенням вказаних принципів. Подолання прогалів у законодавстві, вирішення колізій, невідповідність існуючих нормативних приписів основоположним правам людини – це ті виключні випадки, в яких суд на підставі відповідної аргументації може виступити як суб'єкт правотворення.

Слід також вказати на особливу компетенцію Конституційного Суду України, яка відрізняється від усіх інших судів. Зокрема тим, що він має повноваження тлумачити Конституцію України, а також визнавати неконституційними закони, інші правові акти. Якщо таке трапляється тоді, з моменту винесення відповідного рішення, правовий акт чи його частина перестає бути чинною, тому в частині цих повноважень Конституційний Суд України також є як суб'єктом правотворення або як його ще називають – «негативним законодавцем».

¹ Бергель Ж.Л. Общая теория права. – М., 2000. – С. 135.

Розділ 12

ЮРИДИЧНА МОВА. ЮРИДИЧНА ТЕХНІКА НОРМОТВОРЧОСТІ

12.1. Особливості юридичної мови. Важливість мови юриста для професійної діяльності

Питання про юридичну мову тісно пов'язане – хоч і опосередковано, достатньо складним чином – з питанням про розуміння права та його сутності.

Вважається, що інтерес до логічної та мовної характеристик права пов'язаний з позитивістською теорією права. Засновником лінгвістичного напрямку позитивізму у праві вважають Герберта Харта. На його думку, завданням позитивістського правознавства є критика мови права. Оскільки мові притаманна неточність, ця її властивість характерна і для юридичної мови. Щоб надавати визначення певним поняттям, потрібно дати їх дефініції за допомогою класичного методу – через родові поняття та через видостворюючі відмінності. Такий спосіб визначень за Хартон неможливий для застосування до юридичних термінів саме через відсутність та невизначеність родового поняття, тобто самого поняття права. Харт пропонує залишити даремні спроби визначити юридичні терміни самі по собі і вивчати їх, виходячи з їх контексту вживання. Так виникає напрям неопозитивізму – юриспруденція понять.

Як зазначає Харт, в науці не може бути остаточного визначення понять. Дефініції юридичних понять ніколи не зможуть досягти такого ступеня точності, за якого застосування відповідних понять до нових випадків стане самоочевидним. (Зрозуміло, що такий підхід призво-

дить до необхідності вибору між кількома можливими рішеннями, тобто обґрунтовує свободу суддівського розсуду)¹.

Такі пояснення юридичних понять відображають суттєві особливості функціонування права в сучасному суспільстві. Визначення юридичних понять потрібно знаходити в інтерпретації конкретних випадків соціальної комунікації, в повсякденному дискурсі, в судових дебатах.

Зроблені застереження, дають можливість нам говорити про певні особливості юридичної мови. Розглянемо ці особливості детальніше.

Юридична мова архаїчного періоду була призначена для усного мовлення, тому їй притаманна стислість висловів, здебільшого характерних для загального вжитку. В пізніші періоди нормативні тексти стають більш словесно наповненими. За часів Юстиніана починається активне використання в текстах законодавчих дефініцій, а ще згодом – різних юридичних конструкцій, фікцій тощо.

В юридичній сфері, де бездоганна чіткість норм права є гарантією правової безпеки, слово і формула, як зазначає Ж.-Л. Бержель, виявляються обов'язковими учасниками» процесу вираження юридичних правил. Юридичні документи наповнені термінами і висловами, незрозумілими для пересічної людини, але їх юридичне значення завжди чітко визначене, і юристи не можуть без нього обійтись. Таким чином, ми не можемо не визнати особливої ролі словника, який забезпечує успішне функціонування юридичної техніки. Однак, незважаючи на очевидний характер потреби в спеціальній мові і лінгвістичні неясності, які заважають правовому процесу, залишається питання про існування **спеціальної юридичної мови**, тобто спеціального способу вираження юридичної думки і юридичної реальності; який включає форми, притаманні загальній мові, та елементи, для неї чужі².

Отже, для юридичної мови є характерним використання спеціальної термінології, юридичних конструкцій та інших специфічних мовних засобів і способів вираження юридичної думки (в тому числі норм права). Це дозволяє виокремити юридичну мову як самостійний жанр літературної мови, який обумовлений особливим соціальним завданням права, специфічним способом відображення предмета і характеризується спеціальними композиційними і стилістичними засобами, особливою будовою словникового складу мови. Ознаки цього жанру

¹ Лезов С.В. Юридические понятия и язык права в современных зарубежных исследованиях. – М., 1986. – 22 с.

² Бержель Ж.-Л. Общая теория права. – М., 2000. – С. 386.

з їх внутрішньою організацією впливають на форму і зміст правових актів. Юридичний текст владно приписує суб'єктам права певну поведінку, формулює вимоги, обов'язкові приписи. З позицій мовознавства юридичний текст – це певне повідомлення, об'єктивоване як офіційний письмовий документ¹.

Це дає підстави стверджувати, що юридична мова функціонує в межах **офіційно-ділового стилю**, у якому виокремлюють нормотворчий, дипломатичний, судово-правовий і адміністративно-канцелярський підстилі.

Офіційно-діловий стиль характеризується такими ознаками:

1) однозначність, послідовність, точність викладу фактів, об'єктивність оцінок, чіткість висловлень, логічна завершеність висловленої думки, що досягається вживанням відокремлених синтаксичних одиниць;

2) нейтральний, експресивний тон викладу, відсутність засобів образності, позалітературних лексичних одиниць, словотворчих засобів вираження суб'єктивної оцінки, синонімічних термінологічних варіантів;

3) консервативність, стандартизація мови (доцільність використання штампів, кліше, усталених словесних формул, повторювання слів, форм, зворотів, «професійних ідіом», що сприяє однотипному розумінню і тлумаченню документа, стислій його побудові);

4) активне функціонування усталених лексико-граматичних одиниць високого рівня стандартизації;

5) широке використання професійної термінології (відповідно до різновидів стилю);

6) перевага складних однотипних синтаксичних конструкцій з нанизанням однорідних членів речення, ускладненість зворотами, уточнювальними членами речення, дотримання прямого порядку слів;

7) наявність номенклатурних назв та численних абревіатур;

8) абстрактно-узагальнений виклад інформації, з одного боку, та максимальна конкретизація матеріалу – з іншого².

Та незважаючи на такі складні філологічні особливості офіційно-ділового стилю, юридична мова покликана виконувати свою основну мету – доводити до адресата (який у переважній своїй більшості представлений пересічним громадянином) значення та зміст правового тексту (юридичного документа), який повинен бути доступний для ро-

¹ Правове письмо. Навчально-методичні матеріали / За ред. Р.О. Стефанчука. – К., 2009. – С. 59.

² Там само. – С. 57–58.

зуміння. В цьому і полягає головна специфіка юридичної мови: попри свої особливості (часто – важкий для розуміння особою без спеціальної освіти та практики текст), сприяти особі у реалізації її прав та законних інтересів, у захисті її порушених прав, у досягненні найоптимальнішого правового ефекту під час вирішення юридичного конфлікту.

12.2. Вимоги, які ставляться до якості юридичної мови

Відповідно до тлумачного словника сучасної української мови слово «якість» означає ступінь цінності, придатності чого-небудь для його використання за призначенням¹. Звідси випливає, що якість юридичної мови характеризує перед усім її придатність забезпечити комунікацію людей у правовій сфері. Для виконання цього призначення вона має відповідати певним критеріям.

Юридична мова повинна бути логічно завершеною. На практиці така завершеність досягається за допомогою дотримання вимог, згідно з якими формулювання змісту юридичного документа повинно бути **точним, чітким, ясним (зрозумілим), доступним для сприйняття**.

Точність юридичних документів означає відповідність тексту документа тій думці, що в нього закладалася особою, яка створила цей документ. Можна виокремити такі критерії точності:

- чіткість формулювань тексту (термінів, фраз, речень та інших мовних елементів);
- відсутність в тексті юридичного документа двозначних та багатозначних термінів;
- перевага стверджувальних конструйованих формул, тобто використання не більше одного заперечення в разі викладення однієї думки;
- неприпустимість використання не пояснюваних далі за текстом слів та словосполучень, таких як: «нерідко», «інші», «в разі необхідності».

Окрім вищезазначеного, юридичні документи повинні бути достатньо **ясними (зрозумілими)** для сприйняття особами, які мають будь-

¹ Великий тлумачний словник сучасної української мови / Уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. – К.– Ірпінь: ВТФ «Перун», 2003. – С. 1423.

який стосунок до цих документів. Неясний (незрозумілий) юридичний документ не дає повного уявлення про права та обов'язки осіб, призводить до невизначеності в їх діяльності, до невинуватених витрат часу і сил на запити щодо тлумачення, роз'яснення змісту документа, призводить до непорозумінь і помилок.

Ясність змісту залежить від вдалого добору слів, термінів, словосполучень, речень, їх правильного і послідовного розташування у тексті юридичного документа. Основними показниками ясності (зрозумілості) юридичного документа є:

- використання в тексті слів у їх загальнозживаному значенні, а також загальнозживаних термінів;
- пояснення значення найбільш важливих та часто зживаних термінів, які використовуються в юридичному документі;
- використання простих і зрозумілих слів, термінів, відомих словникових зворотів, стійких висловлювань, фраз.

Отже, ясність мови тексту юридичного документа дістає прояв у однаковому розумінні адресатами значень різних одиниць літературної мови (термінів, словосполучень, зворотів тощо).

Ясність усвідомлення змісту правового акта залежить для кожного суб'єкта від ряду факторів, таких, як його досвід, освіта, рівень загальної та правової культури. Ступінь ясності визначається також залежно від того, на кого він розрахований, якої сфери відносин він безпосередньо стосується. Якщо це невизначене коло суб'єктів, то акти повинні бути написані більш простою мовою. Якщо ж правовий акт регулює досить вузьке коло суспільних відносин, він може містити спеціальні терміни, бути технічним і складнішим для розуміння звичайними, професійно невідготтованими особами.

Точність і ясність змісту юридичного документа мають поєднуватися з його **доступністю**.

Основними правилами, які роблять документ більш доступним, є:

- використання максимально простих слів, термінів, фраз, широко застосовуваних в повсякденному житті і які легко сприймаються більшістю населення;
- відмова від використання в правових актах мовних конструкцій зі складними зворотами;
- відмова від зловживання іншомовними словами;
- відмова від використання деяких канцелярських зворотів, бюрократичних штампів, архаїчних висловлювань тощо.

Наприклад, з точки зору доступності для розуміння більшістю населення (через зживання специфічного терміна) лист податкових органів

«Про оподаткування роялті» логічніше було б назвати «Про оподаткування авторської винагороди (роялті)».

Проте варто зазначити, що розглядаючи доступність змісту юридичного документа як одну з найважливіших вимог, необхідно слідкувати за тим, щоб прагнення до доступності правових актів не перетворилось на крайнє спрощення та примітивізм¹.

Розкриваючи питання **якості юридичної мови**, слід врахувати ще й таку її ознаку, як чистота. Чистота мови правового акта тісно пов'язана з правильністю мови, відповідністю нормам літературної мови. Чистота мови передбачає відсутність позалітературних елементів – просторічних слів, діалектизмів, жаргонізмів, слів-паразитів, архаїзмів, суржику тощо.

Чистота мови правового акта – це його естетичність і досконалість. Усі комунікативні ознаки культури мови взаємопов'язані і взаємозалежні. Не може бути мова юридичного документа точною без правильності, логічності, чистоти мовного оформлення. Юристу, нормотворцю слід дбати про високу культуру і справжню красу мови права².

Європейський суд з прав людини під час розгляду заяв на предмет порушення Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод здійснює перевірку якісного рівня національного закону, дія якого може викликати порушення прав людини. Суть такого рівня перевірки полягає в тому, що правовий акт, яким державою передбачено обмеження прав людини, повинен бути:

а) *доступним*, тобто оприлюдненим та таким, з яким міг би ознайомитись кожен, кого він стосується. Як правило, це робиться шляхом оприлюднення та опублікування правового акта. В протилежному випадку має місце порушення прав людини (наприклад, про такі обставини зазначається в пункті 158 рішення Європейського суду з прав людини у справі «Полторацький проти України» (2003);

б) *передбачуваним*, тобто сформульованим з достатньою чіткістю, що дає змогу будь-якій особі самостійно або за допомогою консультації юриста передбачити наслідки, які може спричинити його дія. (про таку вимогу наголошується, наприклад, в пункті 48 рішення Європейського суду з прав людини в справі «Українська Прес-Група проти України» (2005), зокрема щодо українського законодавства).

¹ Правове письмо. Навчально-методичні матеріали / За ред. Р.О. Стефанчука. – К., 2009. – С. 50–51.

² Там само. – С. 77.

12.3. Поняття юридичної фрази та її структурні елементи

За допомогою юридичної мови формулюються різні правові тексти – нормативно-правові акти, акти застосування та тлумачення права, організаційно-розпорядчі документи і т.ін. Їх формулювання та стилі мають істотні відмінності. Так, формулювання законодавчого тексту (який містить правила поведінки для суб'єктів права) буде відрізнятися від формулювань, які застосовує суддя у судовому рішенні, слідчий у постанові про відкриття кримінального впровадження чи нотаріус, складаючи заповіт. Стилi цих документів мають свої особливості.

Незважаючи на це, в юридичній мові використовуються певні формулювання та висловлювання, стійкі за своїм змістом, які повторюються і однаково застосовуються у різних юридичних текстах. Тому можна говорити про поняття юридичної фрази як мовного елемента, за допомогою якого формулюються різні юридичні документи.

Юридичні фрази як певні стійкі словесні формулювання розглядаються як основна частина юридичної мови. За їх допомогою передається зміст тієї інформації, яка об'єктивно впливає на правовий статус суб'єктів права. Тому юридичні фрази повинні адекватно передавати цю інформацію. Від якісної редакції формулювань залежить цінність тих правил, значення яких ці формулювання покликані передати. Формулювання юридичного правила повинно бути прямим за значенням (не образним) та мати наказову форму.

Юридичні фрази містять певні установки автора щодо тексту документа. Вони виражаються за допомогою:

- безособових форм формулювання фраз. У таких випадках для граматичного оформлення фраз використовується пасивна форма: особа *звільняється* від відповідальності..., особа *визнається* невинуватою... і т.ін. До речі, останнім часом у формулюваннях деяких західних законодавчих текстів (наприклад, актів парламенту Великої Британії) прийнято не використовувати безособову форму, а робити уточнення в дужках (він чи вона) після слів «особа» чи «персона». Таким чином забезпечується гендерна рівність у формулюваннях юридичних текстів;

- конструкцій з запереченням – характерні для висловлювань, у яких викладаються певні принципи (наприклад, презумпція невинуватості), або коли норма містить винятки із загального правила;

- посилань в тексті. Вони вказують на взаємопов'язаність окремих частин нормативного акта. Проте це не означає, що юридичні фрази повинні застосовуватись у скороченому вигляді. Потрібно знаходити повний зміст юридичного формулювання. Часто юридичні тексти для уникнення повторів містять такі висловлювання, як «зазначений вище», «усі, хто нижче підписався» і т.ін.;

- правил поведінки. Упорядники текстів обмежені у своїх можливостях щодо формулювань правил поведінки. Вони повинні висловити: або можливості для особи вчиняти чи не вчиняти певні дії; або обов'язковість вчинення якихось дій; або заборону; або дозвіл.

Важливим є розуміння значення змісту юридичних текстів. Це залежить від певного аналізу (інтерпретації, тлумачення), у якому виокремлюють логічні та соціолінгвістичні аспекти.

Логічні аспекти перш за все пов'язані з юридичним дискурсом, тобто з тлумаченням правових текстів та з'ясуванням значення юридичних понять. Зміст юридичних термінів може змінюватись залежно від їх використання в різних текстах та ситуаціях. Тому розуміння справжнього значення юридичного вислову залежить від наявності спеціальних знань та досвіду юридичного тлумачення. Крім того, на значення змісту норми права впливає характер її формулювання. Так, норми загального характеру формулюються за допомогою невизначених, безособових форм: *кожен*, *ніхто* і т.ін. Часто норми права формулюються за допомогою дієслів теперішнього, іноді майбутнього часу. Однак ці часові форми використовуються в позачасовому значенні і покликані демонструвати те, що мова йде про цінності загального порядку, дефініції, алгоритми дій.

Соціолінгвістичні аспекти – стосуються відносин між мовою та юридичним спілкуванням. Юридичне спілкування (комунікація у цьому контексті) полягає в передачі деякого повідомлення від законодавця до громадянина, від судді сторонам процесу, від професора студенту, від автора читачу. Такий спосіб передачі може бути як усним, так і письмовим. Чим більш спеціальний характер має повідомлення, тим більша вірогідність його письмової форми передачі. Адресати юридичних текстів вимагають їх читабельності, зрозумілості, інформативної насиченості.

Розуміння юридичних текстів залежить і від розуміння спеціальної використаної в ньому термінології, зміст якої може змінюватись залежно від еволюції суспільних відносин. Так, у сучасному світі дитина має не просто біологічну спорідненість із своїми батьками, що призводить до її матеріальної та психологічної залежності від них.

Це – особа з цілим комплексом прав та обов'язків батьків щодо їх реалізації.

Юридична мова використовує спеціальні формули, фрази, висловлювання у текстах юридичних документів. Переваги юридичних фраз та формул – в їх лаконічності, точності, авторитетності та універсальності. Вони приймають форму алгоритмів, іноді латинських висловів (двостороння реституція, право сервітуту), початкові слова яких достатні для того, щоб зрозуміти спеціально підготовленим особам їх значення: назви принципів, складних понять та інститутів не потребують у законодавчих актах додаткових роз'яснень. Професійні юристи увіковічують стереотипні форми, запозичені із минулих століть. Саме тому у пересічних громадян складається враження, що юридична мова – архаїчна, юристи розмовляють на спеціальному професійному слензі, про «закритість», корпоративність в діях юристів.

Однак особливий характер юридичної мови пов'язаний з її спеціалізацією: вона повинна позначати ті поняття, які загальнолітературна мова пояснити не може. Тому латинські терміни та висловлювання, якими послуговується юридична мова, мають безцінну рису: неможливо без їх застосування коротко і точно відобразити зміст, який в них міститься.

У той же час є можливість обмежити використання цієї спеціальної мови в юридичних текстах, які самі по собі мають певний авторитет.

Не слід недооцінювати ні вимоги, які ставляться до юридичної мови (точність, ясність, однозначність), необхідність дотримання яких пов'язана з головною функцією права, ні неминучість елементів її штучності та незрозумілості, які обумовлені професійними особливостями. Якщо полегшити мову за рахунок позбавлення від баласту у вигляді непотрібних архаїзмів, які її ускладнюють, цілком можливо, то звільнити юридичну мову від специфічних аспектів, які пов'язані із особливостями самого права, неможливо¹.

Зазначена дилема є основною проблемою сучасної юридичної мови, і пошук гармонійних шляхів поєднання, здавалося б, непоєднаних її рис, є найважливішим завданням для творців юридичних документів.

¹ Бергель Ж.-Л. Общая теория права. – М., 2000. – С. 402–411.

12.4. Поняття юридичної техніки. Юридична техніка нормотворчості

У зарубіжній літературі часто використовують поняття правове письмо (*Legal Writing*), яким охоплюється сукупність правил, прийомів, способів створення й систематизації юридичних документів. Правове письмо використовується юристами як зовнішня форма вираження юридичних позицій, прав та обов'язків, а також правових норм. Завдяки правовому письму відбувається формалізація (оформлення) правового аналізу та внутрішнього наповнення права. Основною формою правового письма є юридичний документ.

Юридичний документ – це матеріальний об'єкт, який містить важливу інформацію для суб'єктів права у зафіксованому вигляді та спеціально призначений для її одержання, зберігання, використання і поширення у часі та просторі¹. Отже, основна мета правового письма – це створення якісного, зрозумілого, доступного юридичного документа, під яким, зокрема слід розуміти і нормативно-правові акти, і акти застосування та тлумачення норм права.

Юридична техніка близька за своїм значенням до поняття правового письма. Вона традиційно розглядається у контексті правотворчості як один з її елементів. У цьому контексті нею охоплюється система правил і прийомів підготовки найбільш досконалих за формою і структурою проєктів нормативних актів, які забезпечують максимально повну і точну відповідність форми нормативних приписів їх змісту. Це вимоги до форми актів, зміни чи скасування раніше прийнятих актів, подолання протиріч, а також реквізити, структурні поділи, визначення термінів.

Проте існує й більш широке розуміння поняття **юридичної техніки**. Це – сукупність правил, прийомів, способів підготовки, складання, оформлення будь-яких юридичних документів, їх систематизації та обліку з метою їх зрозумілості, чіткості (визначеності) та ефективності. У зв'язку з цим розрізняють такі види юридичної техніки:

1) техніка нормотворчості. Це сукупність правил та способів формування, оформлення змісту та структури нормативних актів й інших джерел права, особливостей використання при цьому юридичної мови, юридичних термінів та конструкцій;

¹ Правове письмо. Навчально-методичні матеріали / За ред. Р.О. Стефанчука. – К., 2009. – С. 8.

2) техніка систематизації та обліку нормативних актів та інших джерел права. Це сукупність правил розташування нормативних актів у певному порядку залежно від різних видів систематизації – кодифікації, консолідації, інкорпорації;

3) інтерпретаційна техніка, або техніка тлумачення норм права. Це сукупність правил та способів тлумачення норм права для з'ясування їх реального змісту;

4) правореалізаційна та правозастосовна техніка. Це сукупність правил складання та оформлення індивідуальних правових актів. Особливого значення набувають правила судового правозастосування та техніки ухвалення й оформлення судових рішень.

В цьому розділі йтиметься про юридичну техніку нормотворчості.

Юридична техніка нормотворчості – це сукупність правил, прийомів, засобів та способів підготовки, складання і оформлення нормативних актів та інших джерел права. Юридична техніка нормотворчості спрямована на забезпечення:

- адекватного, раціонального урегулювання суспільних відносин, недопущення прогалин і суперечностей, викладення нормативних актів достатньо чітко, визначено і в той же час досить коротко, лаконічно, стандартно;
- достатньої зрозумілості, ясності для осіб, яким ці акти адресовані, щоб у них не виникало сумнівів щодо їх прав і обов'язків, передбачених у правових текстах.

Необхідність чітко та ясно формулювати тексти у нормативно-правових актах та інших джерелах права є одним із важливих аспектів принципу правової визначеності як складової верховенства права. При цьому такі поняття, як «чіткість» та «ясність» є поняттями суб'єктивними, що унеможлиблює їх визначення у правових нормах. Проте при вирішенні конкретних справ Європейський суд з прав людини неодноразово торкався тлумачення цих двох понять та сформулював певні засадничі положення, що стосуються їх розуміння в конкретних правових ситуаціях. Ці положення можуть бути корисними для вітчизняної практики.

Зокрема, Суд, відзначаючи надзвичайну важливість чіткості і ясності формулювання текстів нормативно-правових актів як запоруки правової певності, в той же час застерігає від надмірної деталізації текстів (ригідності), що може призвести до швидкого відставання від обставин, що змінюються. Ступінь чіткості, яку мають забезпечувати формулювання національних законів та інших нормативно-правових актів – і яка в жодному разі не може охопити всі непередбачувані обставини, –

значною мірою залежить від змісту нормативно-правового акта, сфери, на яку він поширюється, а також від кількості та статусу тих, кому він адресований (наприклад, рішення Європейського суду у справі «Гешмен і Герруп проти Сполученого Королівства»).

Проаналізувавши практику Європейського суду з прав людини, яка стосується розуміння правової визначеності в аспекті вимог до текстів правових актів, можна дійти таких висновків.

1. Нечітке формулювання правової норми або рішення суду може допускатись лише у виняткових випадках, коли із контексту самої норми або рішення суду можна з достатньою очевидністю встановити, що вимагається від особи. При цьому обов'язкове дотримання таких вимог, як доступність та передбачуваність.

2. Ступінь чіткості правової норми залежить від змісту нормативно-правового акта або іншого писаного джерела права, сфери, на яку поширюється цей нормативно-правовий акт (наприклад, ступінь чіткості норм конституційного права є нижчою, ніж норм інших галузей права), а також від кількості та статусу тих, кому він адресований.

3. Судова практика є засобом, який деталізує формулювання правової норми у конкретних випадках шляхом аргументації правової позиції та тлумачення норм права.

4. Вимога щодо чіткості та зрозумілості є диференційованою щодо справ, що стосуються меж прав, обов'язків та відповідальності осіб (чіткість та зрозумілість норми права тлумачиться як така, що дає можливість передбачати правові наслідки своєї поведінки), та справ, що стосуються меж втручання держави у приватне життя особи (чіткість та зрозумілість норми означає встановлення конкретно визначених повноважень для органів державної влади та недопущення дискреційних повноважень).

5. Головний принцип при вирішенні справ, що стосуються чіткості та ясності правових норм, які визначають права, обов'язки та відповідальність особи: особа не може передбачити свою поведінку та розуміти зміст правової норми, якщо вона не характеризується певними об'єктивними ознаками. При цьому такі об'єктивні ознаки повинні бути у достатній мірі чітко визначеними, щоб особа могла передбачити наслідки своїх дій.

6. У справах, що стосуються втручання у приватне життя людини та які пов'язані з обмеженням дискреційних повноважень органів державної влади, необхідно дотримуватися особливої чіткості та ясності при формулюванні правових норм.

7. Чіткість правової норми, що дістає прояв у детальній визначеності, є не тільки правовою гарантією захисту основоположних прав і свобод людини від свавільного втручання з боку держави, а й засобом, що обмежує дискреційні повноваження органів державної влади.

Питання юридико-технічної досконалості нормативно-правових актів держави є особливо актуальним в умовах постійного зростання їх кількості, розширення сфери правового регулювання. З огляду на останні події в Україні (підписання Угоди про асоціацію з ЄС) юридико-технічна досконалість нормативно-правових актів і їх відповідність вимогам правової визначеності є актуальним питанням, адже процес правотворчості сьогодні активізувався, і наслідком цього буде створення великого нового нормативно-правового масиву.

Правила правотворчої техніки можна розділити на три види:

1) *правила, які стосуються змісту та структури нормативно-правового акта*. Нормативно-правовий акт повинен мати достатньо визначений предмет регулювання і розрахований на упорядкування однорідних суспільних відносин. Він має вирішувати всі питання, пов'язані з регулюванням цих відносин, таким чином, не повинно бути прогалин у законодавстві. Нормативний акт за можливості не повинен містити виноски, винятки і т.ін. Вирішенню цих проблем сприяє певна структура нормативного акта, спрямована на побудову логічно послідовного викладу акта. Структура правового документа – це його внутрішня будова. Будь-який правовий документ містить, як правило, три частини: вступну, основну та заключну. Так, великі за розміром нормативні акти можуть складатися із загальної та особливої, вступної та постановляючої частин; преамбули, значення термінів і понять та змістовної частини;

2) *правила та прийоми викладу норм права (мова нормативних актів)*. Загальне правило – норми права повинні бути викладені лаконічно, чітко і визначено. Чіткість та визначеність формулювання досягається за допомогою різних способів викладу правових норм (прямий, відсильний, бланкетний; абстрактний та казуальний та ін.), використання спеціальних термінів, стандартних мовних конструкцій. Звідси випливають такі вимоги до мови нормативних актів:

- формулювання норм права мають відзначитися стандартністю, стереотипністю, граматичною єдністю;
- термінологія нормативних актів повинна бути єдиною. Для цього необхідно: один і той самий термін використовувати в одному і тому ж значенні; одне і те ж поняття позначати одним і тим самим терміном.

3) *правила, які стосуються зовнішнього оформлення нормативних актів*. Кожний нормативний акт повинен мати необхідні реквізити, які б виражали його юридичну силу, предмет правового регулювання, сферу дії, надавали б йому офіційного характеру. Кожний нормативний акт повинен мати: назву виду (закон, постанова, положення і т.ін.), назву суб'єкта прийняття (орган державної влади чи місцевого самоврядування, іншої організації), назву акта, яка відображає предмет та зміст правового регулювання (ця назва за можливості має бути короткою та лаконічною). Нормативний акт повинен містити дату та місце його прийняття, реєстраційний або порядковий номер (так, законам України присвоюється порядковий номер у Верховній Раді України, підзаконні акти мають бути зареєстровані у Міністерстві юстиції України). Обов'язковим реквізитом нормативного акта є підпис відповідальної посадової особи (так, закони України після їх прийняття підписує Голова Верховної Ради України, після чого він направляє їх на підпис Президента України).

Окрім зазначеного, цілком можливим є поділ правил і засобів юридичної техніки залежно від їх місця і ролі у правовій системі держави на статичні і динамічні (чи точніше – в яких переважає той чи інший названий аспект). До правил і засобів юридичної техніки, в яких переважає статичний елемент, можна віднести мовні правила і засоби закріплення норм права в нормативних актах та інших писаних джерелах права, конструювання структури нормативного акта, правові фікції та презумпції, правові символи, концепцію закону та ін. Правилами і засобами юридичної техніки, в яких переважає динамічний аспект, є правила проведення правової експертизи нормативного акта, правила запобігання колізіям та прогалинам у законодавстві¹.

Правила і засоби юридичної техніки повинні ґрунтуватися на досягненнях правової науки, а правова наука опирається, зокрема, на практику застосування цих правил. Адже, як слушно зазначає Робер К. Бержерон, нормопроєктувальники повинні відмінно знати чинне право та його можливості, загальні принципи тлумачення і різні способи модифікації права².

¹ Дзейко Ж.О. Законодавча техніка в Україні: історико-теоретичне дослідження: Монографія. – К.: Видавничо-поліграфічний центр «Київський університет», 2007. – С. 214.

² Бержерон Р.К. Листи до українських законопроектувальників. – 1999. – С. 23.

12.5. Складові юридичної техніки: юридична термінологія, юридичні конструкції

Надійність (однозначність) мови іноді більш важлива, ніж її відповідність окремим нюансам реальної дійсності. Принцип *nullum crimen sine lege* (немає покарання без закону) так і залишився б невизнаним, якби закон формулювався в термінах, незрозумілих настільки, що суддя сам повинен був би визначати, під який вид злочину підпадає те чи інше діяння та вид відповідного покарання. Це свідчить про те, що зміст юридичних термінів має бути однозначним і стійким.

Юридична термінологія – це сукупність різноманітних термінів, які використовуються в текстах юридичних документів (правових актів). Терміни – це словесні позначення понять, які використовуються при викладенні змісту якогось тексту.

В текстах юридичних документів використовуються три види термінів:

а) *загальноновживані*, тобто терміни в загальноприйнятому, відомому всім значенні, наприклад: «документ», «будинок», «батьки», «діти» тощо;

б) *спеціально-наукові*, тобто ті, які мають значення, що прийняте в галузі спеціальних знань та розробляються іншими, неюридичними науками – медичною, біологічною, технічною, економічною та ін., наприклад: «ембріон», «генетичний матеріал», «депозит», «інфляція», «дефолт» і т.ін.;

в) *спеціально-юридичні* – тобто терміни, які мають особливе юридичне значення та визначають специфіку того чи іншого правового поняття, наприклад: «реституція», «презумпція невинуватості», «злочин», «крадіжка» тощо.

Використання термінології в правових актах має відповідати таким вимогам:

- *єдності* термінології: один і той самий термін (наприклад, посадова особа, неповнолітній) повинен вживатись в цьому акті (як і в усіх інших) в одному значенні;
- *загальновизнаності термінів*: слова не повинні бути вигаданими тільки для даного правового акта або застосовуватись в ньому в якомусь особливому смислі розробниками правового акта;
- *стабільності термінів*: вони мають бути усталеними, їх значення не повинно змінюватись з кожним новим актом;

- *доступності*: за всієї складності юридичної термінології слова і вислови правового акта повинні в цілому давати правильне уявлення про зміст його норм.

Юридичні терміни в текстах правових актів пояснюються за допомогою дефініцій. **Дефініція** – це коротке визначення якого-небудь поняття, яке називає суттєві, якісні ознаки предмета чи явища. Дефініція повинна бути побудована чітко, логічно, послідовно.

При цьому необхідно розуміти, що будь-яке визначення є умовним, оскільки воно передбачає певну домовленість про те, як буде використано певне поняття.

Використання законодавчих дефініцій – це один із основних технічних прийомів, який забезпечує дотримання принципу правової визначеності та полегшує засвоєння тексту закону. Значення законодавчих дефініцій в тому, що за їх допомогою виключається двозначність та надмірний повтор слів. Включення дефініції поняття в законопроект необхідно, якщо словникове значення слова є незрозумілим, занадто загальним або занадто вузьким для цілей конкретного законопроекту або має декілька значень¹. Неможливо обійтись без визначення також тоді, коли, з точки зору законодавця, термін дуже важливий і тому щодо поняття, яке він позначає, не може бути жодних неправильних тлумачень і сумнівів. Крім того, нормативні дефініції необхідні й тоді, коли: поняття оформлене за допомогою слів, які дуже часто вживаються в звичайній мові і викликають численні смислові асоціації; певний термін вживається в специфічному значенні з урахуванням цілей законопроекту або по-різному тлумачиться юридичною наукою і практикою.

При формулюванні законодавчих дефініцій необхідно дотримуватись певних правил:

- визначення повинно мати суттєві видові та родові ознаки терміна;
- воно формулюється за допомогою слів, висловлювань та інших термінів, значення яких відомі або більш зрозумілі, ніж значення терміна;
- законодавча дефініція не може містити термін, що визначається;

¹ Хворостянкін А.В. Дефініції в законодавчих текстах: питання теорії / А. Хворостянкін // Право України. – 2005. – № 11. – С. 28–32; Хворостянкін А.В. Правова визначеність як одна з ознак демократичного суспільства: до питання щодо дефініцій в законодавчих актах // Вибори та демократія. – № 2(16). – 2008. – С. 40–46.

- взаємопов'язані терміни не можуть визначатись один через одного таким чином, що кожний термін, який входить до складу складного опису, вводиться раніше або роз'яснюється пізніше.

Юридична термінологія часто має древньогрецьке або латинське походження. Істотна частина слів, які використовуються для позначення юридичних інститутів, походять з грецької («демократія», «монархія», «олігархія», «політика» та ін.) або латинської мови («республіка», «конституція», «легіслатура», «режим», «сенат» тощо). Такий вплив існує у всіх галузях права: «іпотека», «акт», «кодекс», «контракт» та багато інших. Вплив римського права мав вирішальне значення в процесі формування романської правової системи та юридичного словника.

В деяких випадках юридичний словник запозичує терміни із сучасних іноземних мов. Із італійської мови запозичені фінансові і комерційні терміни, такі, як «банк», «банкротство»; із англійської – такі слова як «бюджет», «чек», «комітет», «журі», «гарантія» та ін. Всі ці слова входять в інші мови, адаптуючись до нового середовища. Інші слова напряму вводяться в мовну практику інших держав без зміни початкової форми. Наприклад, *factoring*, *leasing*, *know-how* та багато інших¹.

Це цілком нормальна та така, що історично склалась, традиція. Крім того, враховуючи сучасні міждержавні інтеграційні процеси, стало важливою необхідністю використовувати в міжнародних відносинах слова іншомовного походження. Однак використання «інтернаціональної» правової мови може бути виправданим при дотриманні трьох обов'язкових умов: 1) якщо ці терміни і словосполучення оптимальні та правильно позначають відповідні поняття; 2) досить міцно ввійшли в міжнародний юридичний лексикон, стабільні та їх використання мотивоване; 3) їх значення розшифровується, пояснюється в самому акті.

Одноманітна термінологія, особливо в міжнародному публічному і приватному праві, в різних міжнародних деклараціях, договорах, угодах і т.ін., сприятиме нормалізації та поглибленню співробітництва в світовому співтоваристві, у вирішенні економічних, політичних, культурних, екологічних, транспортних, у сфері охорони здоров'я та інших проблем, у яких зацікавлені усі народи світу².

¹ Бержель Ж.-Л. Общая теория права. – М., 2000. – С. 397–398.

² Керимов Д.А. Законодательная техника. – М., 1998. – С. 64.

Прагнення до точності передбачає *рекомендації* щодо вживання слів іншомовного походження.

1. Іншомовні слова мають вживатися лише в разі потреби, коли їх не можна замінити українськими відповідниками з тим самим значенням.

2. Краще не застосовувати в текстах документів іншомовних слів, які мають відповідники в українській мові: «адекватний – відповідний», «екстрений – терміновий», «компенсація – відшкодування», «одіозний – небажаний», «локальний – місцевий» тощо.

3. Вживати ті іншомовні слова й терміни, які або дістали міжнародне визнання, або не мають відповідника в нашій мові: «бланк», «кредит», «делікт», «диспозиція», «патент», «інструкція» тощо.

4. Вживати іншомовні слова саме з тим значенням, з яким вони за-позичувались, і лише в тому разі, коли заміна українським словом не-можлива або небажана.

5. Вживати в одному тексті на позначення того самого поняття за-позичене і власномовне слово не рекомендується (синонімія в норма-тивних документах обмежена). Слід обрати щось одне.

6. Не зловживати в одному реченні, тексті іншомовними словами, бо це може призвести до ускладнення сприйняття його змісту¹.

Варто зазначити про важливі проблеми для розуміння юридичних текстів, термінів та понять, які виникають при перекладі іншомовних документів. Для України це питання є особливо актуальним у зв'язку з подальшими євроінтеграційними процесами.

Юридичний переклад – це переклад з однієї правової системи в іншу, він більше формалізований та характеризується наявністю складних термінів, які розкривають поняття (дефініції), властиві прав-овій системі лише конкретної країни, що вирізняється своїми сти-лістичними особливостями: професійною термінологією, особливи-ми висловами і фразеологічними сполученнями, які не вживаються або рідко вживаються у розмовній мові (побуті та загальноприйнятій літературі)².

У випадках спорідненості правових систем переклад зробити легше, однак мовна спорідненість не полегшує перекладачеві його завдання,

¹ Правове письмо. Навчально-методичні матеріали / За ред. Р.О. Стефанчука. – К., 2009. – С. 73.

² Шлепнев Д.Н., Пархаева Ю.А. Проблема подбора учебно-методических материа-лов по курсу юридического перевода П.У.М. – Режим доступу: <http://www.franceius.ru/upload/library/ПРОБЛЕМА.П.У.М.pdf>

якщо правові системи суттєво відрізняються одна від одної. Для збереження правового змісту юридичні тексти слід завжди перекладати з мови оригіналу і уникати перекладу з перекладеного тексту. Оскільки переклад юридичних текстів потребує глибоких спеціальних знань, то юридичні тексти часто перекладаються юристами, а не професійними перекладачами. Ця практика затвердилась, зокрема, в адміністрації ЄС, де юристи перевіряють тексти, перекладені перекладачами, а в Суді ЄС перекладачами працюють тільки юристи¹. І оскільки юридичний переклад є перекладом з однієї правової системи на іншу, відповідно, з'являються нові труднощі при перекладі: перекладач має врахувати семантичні розбіжності між термінами різних мов у процесі перекладу.

Якщо говорити про переклади документів Ради Європи, Європейського суду з прав людини, ОБСЄ, ЄС, то йдеться про переклади з англійської та французької мов. Зауважимо, що слова в англійській мові можуть мати більш абстрактний характер, ніж аналоги української мови, і тому в цьому випадку може мати місце метод «генералізації» – коли слово або словосполучення мови оригіналу з більш вузьким значенням замінюють відповідними словами або словосполученнями з мови перекладу, що мають більш широке значення. У деяких випадках мають місце використання/додавання декількох додаткових слів з метою чіткої передачі змісту першоджерела, а також кращого її тлумачення і розуміння².

Труднощі суто лінгвістичного характеру у такому разі посилюються відмінністю доктрин, джерел, понять загального права, невідповідністю їх термінам континентального права, оскільки рішення Європейського суду з прав людини та Суду ЄС мають прецедентний характер. Це зумовлює часте застосування у названих документах понять системи загального права. Таким чином, адекватний переклад їх стає складним завданням для перекладача, оскільки потребує поглиблених знань про їхній реальний правовий зміст.

Яка юридична сила тексту перекладу? В міжнародних угодах тексти, перекладені усіма офіційними мовами, на відміну від неофіційних мов, мають однакову юридичну силу. В країнах з декількома державними

¹ Болотна Т.М., Зубрицька О.В. Мова права у лінгвістичному висвітленні. – Режим доступу: http://philology.kiev.ua/library/zagal/Movni_i_konceptualni_2010_30/286_290.pdf

² Солдатова А.А. Переводческие трансформации юридического текста. – Режим доступу: <http://www.vestnik-mgou.ru/mag/2010/ling/5/st14.pdf>

мовами тексти законів, перекладені на всі державні мови, мають рівну юридичну силу. Те ж саме стосується права ЄС. Однак тлумачення юридичних актів ЄС потребує обов'язкового порівняння їх текстів різними офіційними мовами. Таким чином, наявність декількох офіційних мов пов'язане із підвищеним ризиком порушення правової безпеки¹.

Важливо зауважити, що відновлення і творення юридичного терміна в українському законодавстві повинно здійснюватися на національній основі, з урахуванням вітчизняних правових і мовних традицій та особливостей.

12.6. Юридичні конструкції

Особи, вступаючи у багатоманітні правовідносини, потрапляють у різні правові ситуації, в яких права, обов'язки та відповідальність мають узгоджуватися. Юридичною наукою напрацьовані типові схеми правовідносин, які через нормативне регулювання та юридичну практику набули характеру юридичної реальності. Ці схеми (моделі) прийнято називати юридичними конструкціями.

Юридичні конструкції – це своєрідна модельна побудова прав, обов'язків, відповідальності, їх усталені схеми, в які втілюється нормативний матеріал. Наприклад: соціальне забезпечення, добровільне страхування, майнова відповідальність і т.ін. Саме такі специфічні мовно-термінологічні форми дають можливість зацікавленій особі діяти певним чином при реалізації своїх прав та обов'язків.

Юридичні конструкції, їх налагодженість та відпрацьованість на практиці є показником досконалості нормативного регулювання, зокрема законодавчого. Досконалість законів та інших нормативних актів значною мірою дістає прояв у тому, наскільки відпрацьовані типові схеми і моделі, дані науки і практики, вимоги якості, ефективності, закони логіки.

Основними ознаками юридичних конструкцій є такі:

- вони становлять собою моделі, які є формою відтворення об'єктивної реальності;

¹ Болотна Т.М., Зубрицька О.В. Мова права у лінгвістичному висвітленні. – Режим доступу: http://philology.kiev.ua/library/zagal/Movni_i_konceptualni_2010_30/286_290.pdf

- юридичні конструкції більшою чи меншою мірою відповідають об'єктам реальної дійсності, які вони відображають;
- вони створюються внаслідок здійснення логічних операцій абстрагування та типізації;
- вони визначають основні властивості певних суспільних відносин чи їх елементів, у тому числі відображають їх структуру;
- елементи юридичних конструкцій характеризуються внутрішньою єдністю та взаємодією, що обумовлено їх єдиним змістовним та функціональним призначенням; юридичні конструкції надають законам та втіленим в них нормам права нової якості¹.

Юридичні конструкції, за певними винятками, повинні визначати: суб'єкт та об'єкт, зміст (права та обов'язки суб'єктів), умови встановлення, зміни та припинення правових відносин, відповідальність за порушення норм права, механізм реалізації нормативно-правового акта.

Юридична конструкція як ідеальна модель і найбільш висока правова абстракція охоплює ряд однопорядкових правових понять нижчого рівня і виявляє основне, суттєве в цих поняттях, відображає складну структурну будову урегульованих правом суспільних відносин, юридичних фактів. СENS юридичних конструкцій полягає у тому, що певні поняття об'єднуються в єдине ціле, на основі чого робляться логічні висновки, які застосовуються до понять нижчого рівня. Наприклад, із різного виду договорів формується загальне поняття договору; із багатьох понять договору формується поняття угоди; із різних форм власності формується загальне поняття власності; із різноманітних суб'єктів права формується загальне поняття суб'єкта права і т.ін. Специфічна функція юридичної конструкції в тому і полягає, що вона пов'язує правові норми, статті закону в органічно єдину правову систему.

При формуванні юридичної конструкції необхідно дотримуватись певних вимог. Вона повинна:

- 1) точно і повно охоплювати ті норми, статті закону, на базі яких формується; бути цілісною, системною, відповідати іншим правовим конструкціям;
- 2) максимально відповідати цілям права;
- 3) вирізнятись ясністю, простотою, легкістю розуміння і реалізації.

¹ Дзейко Ж.О. Законодавча техніка в Україні: історико-теоретичне дослідження: Монографія. — К.: Видавничо-поліграфічний центр «Київський університет», 2007. — С. 241.

На завершення розгляду цієї теми зробимо кілька загальних висновків.

1. Тексти правових актів можуть містити складні, іноді дуже складні юридичні поняття. Разом з тим правові акти та інші юридичні документи пишуться для людей. Тому нормотворцям потрібно, намагаючись досягти максимальної суворості і точності юридичних понять, одночасно дбати про зрозумілість, простоту та ясність викладу нормативного матеріалу.

2. Правові акти мають особливий, юридичний стиль викладу: вони мають бути офіційно і термінологічно досконалими, в них не повинно бути художньої краси, тексти не можна перевантажувати декларативними положеннями, лозунгами, закликами.

3. Мова нормативного акта – загальнолітературна, але вона має особливості, що дозволяє умовно говорити про юридичну мову. Ці особливості – чіткість, визначеність і точність думки законодавця, спеціальна термінологія, специфічний прескриптивний характер викладу.

4. Усі ці особливості свідчать про те, що юридичний стиль і юридична мова можуть бути віднесені до загальнокультурних цінностей. Специфічні формулювання покликані відобразити і «дихання» самого життя, і складний юридичний зміст, і в той же час бути дохідливими і переконливими.

Юридична мова, правові формули в самій своїй суті наповнені великою інтелектуальною і духовною силою, і в цьому сенсі правові акти не тільки мають регулятивно-охоронне значення, а й можуть збагатити духовний світ людини, принести їй внутрішнє духовне задоволення. Юридична мова, безперечно, належить до цінностей духовної культури людства.

ТРЕТЯ ЧАСТИНА ФУНКЦІОНАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА ПРАВА

Розділ 13 ПРАВОВІДНОСИНИ

13.1. Поняття та основні ознаки правовідносин. Склад (структура) правовідносин

Як зазначалося у попередніх розділах, однією з визначальних рис правової комунікації людей – суб'єктів права є кореляція взаємних прав і обов'язків. Ці поняття є провідними у розумінні правовідносин.

Як відомо, суб'єкти права мають можливість реалізовувати свої права та обов'язки як у відносинах з іншими особами, так і поза ними. Це дає підстави виокремити **два шляхи їхньої реалізації**:

1) використання суб'єктом його прав і виконання ним обов'язків, коли він *не вступає у відносини з іншими особами*. Наприклад, власник на власний розсуд, без допомоги інших суб'єктів може користуватися своїм майном, особа може самостійно дотримуватися кримінально-правових заборон, шанувати державні символи або не завдавати шкоди навколишньому середовищу;

2) реалізація, пов'язана з необхідністю для суб'єкта *вступати у правовідносини з іншими особами*, що зумовлено неможливістю здій-

снення прав і реалізації обов'язків без відповідних дій з боку інших суб'єктів права (наприклад, здійснення права на придбання автомобіля вимагає контактів з його власником, права на медичну допомогу – з медичним закладом, права на вихід із громадянства – з державою; обов'язок щодо сплати податків може бути реалізований через взаємодію з фіскальними органами).

Правовідносини – це вид суспільних відносин, що виникають на основі права і учасники яких є носіями суб'єктивних прав та юридичних обов'язків.

Основні ознаки правовідносин:

1) вони є *суспільними відносинами*, які виникають між людьми та їх об'єднаннями. Суб'єктами правовідносин можуть виступати фізичні та юридичні особи, держава, її органи та посадові особи тощо;

2) вони є *юридичним вираженням (формою) різноманітних суспільних відносин* (сімейних, економічних, політичних, релігійних та ін.). Іншими словами, правовідносини виникають не самі по собі, а на основі інших суспільних відносин, як наслідок їх правового врегулювання;

3) виникають, припиняються або змінюються *на основі принципів та норм права*. Норми права зазвичай закріплюють модель правовідносин, визначаючи їх об'єкти, суб'єктів, права та обов'язки останніх, а також юридичні факти, необхідні для виникнення, зміни та припинення цих відносин. Водночас модель певних відносин (насамперед деяких приватних) безпосередньо нормами не встановлюється; їх правове упорядкування здійснюється за власним рішенням (домовленістю) суб'єктів, яке не суперечить принципам права і нормам, обов'язковість яких впливає з їх змісту або із суті відносин. Інколи упорядкування може здійснюватися також за допомогою інститутів аналогії закону і аналогії права;

4) *суб'єкти правовідносин пов'язані між собою правами та обов'язками*. Ця риса означає, що в кожному правовому відношенні є сторона, яка має (за допомогою інститутів аналогії закону і аналогії права) а також володіє суб'єктивним правом (уповноважена особа) та сторона, яка наділена юридичним обов'язком, що кореспондує суб'єктивному праву (зобов'язана особа). Найчастіше у правовідносинах всі сторони мають взаємні права та обов'язки;

5) вони становлять собою *індивідуалізований та конкретизований правовий зв'язок*. Індивідуалізація означає зв'язок між конкретними, інформованими один щодо одного суб'єктами. У свою чергу, конкретизація полягає у визначеності об'єкта певного правовідношення, а також змісту та обсягу прав і обов'язків його суб'єктів.

Для кращого розуміння конкретних правовідносин та їх юридичного аналізу й оцінки використовується така юридична конструкція, як склад правовідносин.

Склад правовідносин – це сукупність елементів, необхідних для їх виникнення та існування (суб'єкт, об'єкт, юридичний зміст та юридичний факт).

Суб'єкти правовідношення – це його учасники, які є носіями суб'єктивних прав та юридичних обов'язків.

Об'єкт правовідношення – це благо, заради якого суб'єкти вступають у правовідношення.

Юридичний зміст правовідношення – це суб'єктивні права та юридичні обов'язки його суб'єктів.

Юридичний факт – це життєва обставина, з наявністю або відсутністю якої пов'язуються виникнення, зміна та припинення правовідносин.

Правовідносини можуть бути **класифіковані** за різними критеріями:

1) *за галузями права* правові відносини можна класифікувати на кримінально-правові, цивільні, адміністративні, трудові та ін.;

2) *за функціональним призначенням* виокремлюють дві великі групи правовідносин: регулятивні та охоронні. Регулятивні правовідносини виникають внаслідок правомірного використання прав та дотримання обов'язків. Охоронні правовідносини виникають на основі юридичних заборон і є наслідком вчинення суб'єктами правопорушень;

3) *за підсистемою права* розрізняють матеріально-правові та процесуально-правові відносини. Якщо перші виникають на основі норм матеріального права (наприклад, правовідносини продавця та покупця, що виникли на основі цивільного права), то другі – на основі процесуального права у випадку неможливості самостійної реалізації норм матеріального права. Вони встановлюють процедуру реалізації прав і обов'язків суб'єктів права, порядок вирішення юридичних справ (наприклад, у випадку продажу магазином товарів неналежної якості та відмови повернути кошти покупець звертається до суду);

4) *за тривалістю дії* виокремлюють постійні, тимчасові та одномоментні правовідносини. Дія постійних правовідносин у момент їх виникнення не обмежена часом (наприклад, шлюбні відносини, постійні трудові відносини). Тимчасові правовідносини тривають певний визначений час (наприклад, відносини з приводу виконання підрядних робіт, перевезення вантажу, строкові трудові відносини). Одномоментні правовідносини виникають та припиняються внаслідок реалізації прав і обов'язків в дуже стислі терміни, в один момент (наприклад, роздрібна купівля-продаж).

13.2. Суб'єкти правовідносин. Поняття правосуб'єктності

Суб'єкт правовідносин – це суб'єкт права, який вступив у правовідносини для реалізації прав і обов'язків.

Використовуючи усталене для вітчизняної (та й не тільки) теорії права поняття «суб'єкт правовідносин», слід ще раз наголосити на тому, що суб'єкт – це не щось аморфне, позаособистісне. Суб'єкти правовідносин – це (в кінцевому підсумку) завжди люди, які можуть перебувати в різних статусах – пересічного громадянина, державного чиновника, об'єднання людей чи співтовариства тощо.

Та чи інша особа визнається суб'єктом правовідносин, якщо вона має здатність бути суб'єктом права, тобто наділена **правосуб'єктністю**. Завдяки правосуб'єктності особа як суб'єкт права *потенційно, узагалі здатна* бути учасником правовідносин. Правосуб'єктність є своєрідним правом на право.

В юридичній науці виокремлюють:

- 1) **загальну правосуб'єктність**, тобто здатність особи бути суб'єктом права в межах певної правової системи;
- 2) **галузеву правосуб'єктність**, тобто здатність особи бути учасником правовідносин тієї чи іншої галузі права (наприклад, існує конституційна, цивільна, трудова, кримінально-правова правосуб'єктність);
- 3) **спеціальну правосуб'єктність**, тобто здатність особи бути учасником певного кола правовідносин у межах галузі права. Наприклад, спеціальну правосуб'єктність мають державні службовці, пенсіонери, банки та ін.

Правосуб'єктність має певну структуру (склад), яка включає:

- **правоздатність**, тобто здатність суб'єкта права мати права та обов'язки;
- **дієздатність**, тобто здатність суб'єкта права своїми діями набувати для себе права та обов'язки, самостійно їх здійснювати та виконувати.

Необхідність виокремлення у складі правосуб'єктності правоздатності і дієздатності обумовлено тим, що в деяких галузях права можливість певного суб'єкта мати права й обов'язки не завжди означає можливість самостійного набуття і здійснення цих прав і обов'язків. Іншими словами, правосуб'єктність ніби роз'єднується на відокремлені структурні елементи: правоздатність і дієздатність. Класичним прикладом у цьому випадку є цивільне право, яке визнає цивільну правоз-

датність індивідів – фізичних осіб з моменту народження, у той час як цивільна дієздатність виникає поступово, з досягненням *певного віку*. Наприклад, часткова дієздатність встановлюється для осіб, що не досягли 14 років, неповна дієздатність – для осіб віком від 14 до 18 років, повна дієздатність – для осіб, які досягли 18 років.

Крім того, ураховуючи нездатність до самостійних дій деяких фізичних осіб через *їхній психічний стан*, цивільне право передбачає існування обмеженої дієздатності, а також визнання особи недієздатною.

У деяких галузях (наприклад, у трудовому праві) правосуб'єктність існує як єдина праводієздатність: правоздатність і дієздатність виникають у особи одночасно. Це пояснюється тим, що специфіка трудових правовідносин передбачає особисте виконання працівником трудових обов'язків; особа до досягнення певного віку не може здійснювати трудові обов'язки, а виконання їх іншою особою не допускається.

Для юридичних осіб, які становлять собою організації, створені шляхом об'єднання осіб та (або) майна і зареєстровані у встановленому порядку, право- і дієздатність зазвичай виникають одночасно.

У складі правосуб'єктності іноді виокремлюють **деліктоздатність** – здатність особи нести юридичну відповідальність за скоєні правопорушення (делікти). Проте вона не має самостійного значення і повинна розглядатись як один з аспектів дієздатності.

Слід розуміти, що поняття суб'єктів правовідносин і суб'єктів права не збігаються. Зважаючи на те, що правовідносини – не єдина форма реалізації норм права, суб'єкт права не завжди є водночас і суб'єктом правовідносин. Крім того, суб'єкт права, наприклад, може бути не зацікавлений в реалізації своїх прав, з цієї причини не вступати в правовідносини, а отже, не бути суб'єктом (учасником) тих чи інших правовідносин. У той же час *суб'єкт правовідносин – це фактичний, реальний учасник правовідносин*.

Суб'єкти правовідносин поділяються на **індивідуальні** (фізична особа, посадова особа) та **колективні** (юридична особа, орган державної влади та ін.).

У правовідносинах у *сфері приватного права* беруть участь переважно **фізичні особи** як індивідуальні суб'єкти права та **юридичні особи** як колективні суб'єкти. Людина як учасник приватноправових відносин вважається фізичною особою, тоді як юридичною особою визнається організація, створена і зареєстрована у встановленому законом порядку, яка може від свого імені набувати майнових та особистих немайнових прав та обов'язків і здійснювати їх, бути позивачем і відповідачем у суді. У приватноправових відносинах фізичні та юридичні особи беруть

участь як покупець і продавець, працівник і роботодавець, кредитор і боржник тощо.

Типовим суб'єктом *відносин у публічному праві* є **суб'єкт владних повноважень** (орган державної влади, орган місцевого самоврядування, їх посадові особи та ін.). Він бере участь у цих правовідносинах як контролюючий орган, розпорядник бюджетних коштів, суддя, слідчий, державний службовець та ін. Крім того, у публічні правовідносини можуть вступати фізичні та юридичні особи, які беруть участь в них як громадяни, іноземці, виборці, політичні партії, громадські організації та ін.

Специфічними суб'єктами правовідносин є **держава** та **територіальна громада**. Так, держава вступає в різні правовідносини, зокрема у міжнародні (тобто у відносини з іноземними державами та міжнародними організаціями), у публічні (наприклад, відносини щодо громадянства), у приватні (відносини з приводу спадкування за заповітом на користь держави).

13.3. Зміст правовідносин

Зміст правовідносин становлять суб'єктивні права та юридичні обов'язки його суб'єктів.

Суб'єктивне право – це гарантована правом міра можливої поведінки особи.

Суб'єктивне право безпосередньо пов'язане із свободою особи і виступає мірою цієї свободи. Воно належить уповноваженій особі, його реалізація дає змогу задовольнити певний власний інтерес. При цьому носій права вільно обирає передбачений правом варіант поведінки. Водночас межі можливої поведінки суб'єкта визначені нормами права.

Реалізація суб'єктивного права, тобто переведення передбачених ним можливостей у практичну площину, реальне здійснення відповідних правомірних дій, відбувається як у межах правовідносин, так і поза ними.

У першому випадку реалізація зумовлена певними юридичними фактами (наприклад, фактом укладання договору, подачі позову, скарги або заяви, виданням наказу). Саме в межах правовідносин відбувається конкретизація суб'єктивного права, визначеного правом: здійснюється його прив'язка до іншого суб'єкта – зобов'язаної сторони, до певного об'єкта (визначеного блага), уточнюються зміст та межі дозволеної поведінки уповноваженої особи.

У складі суб'єктивного права можна виокремити такі **правомочності**, як:

- 1) *право на власні дії*, тобто можливість суб'єкта діяти особисто;
- 2) *право на чужі дії*, тобто можливість суб'єкта вимагати певної поведінки від зобов'язаної особи (вимагання);
- 3) *право на дії уповноважених осіб*, тобто можливість звертатися до уповноважених на це суб'єктів заради застосування державного примусу у випадках невиконання зобов'язаною особою своїх обов'язків (домагання).

Юридичний обов'язок – це встановлена нормами права міра належної поведінки особи.

Обов'язок покладається на зобов'язану особу, яка повинна обрати передбачений правом варіант поведінки – здійснювати певні дії або утримуватися від них. При цьому право визначає міру необхідної поведінки. Обов'язок є гарантом виконання суб'єктивних прав.

Реалізація обов'язків, так само як і реалізація норм права, відбувається в межах правовідносин або поза ними. У межах правовідносин визначений нормою права обов'язок конкретизується: визначаються уповноважена сторона, певний об'єкт, уточнюються зміст та межі належної поведінки зобов'язаної особи.

Юридичний обов'язок передбачає:

- 1) необхідність здійснення певних дій або утримання від них;
- 2) необхідність *відреагувати* на законні вимоги уповноваженої особи;
- 3) необхідність *не перешкоджати* уповноваженій особі користуватися благами, на які вона має право.
- 4) необхідність *нести відповідальність* за невиконання своїх обов'язків.

13.4. Об'єкти правових відносин

Об'єкт правовідносин – це блага, заради одержання, передачі або використання яких суб'єкти права вступають у правовідносини.

Об'єктами правовідносин можуть бути:

- 1) **природні об'єкти**, тобто земля, її надра, атмосферне повітря, водні, лісові та інші природні ресурси; вони мають природний характер, людьми не створюються, але використовуються ними для задоволення своїх потреб;

2) **речі, у тому числі гроші та цінні папери, інше рухоме й нерухоме майно.** Предмети матеріального світу задовольняють різноманітні потреби людини і виступають об'єктами майнових відносин (наприклад, при купівлі-продажу, даруванні, обміні, спадкуванні);

3) **немайнові блага (особисті та соціальні):** життя, здоров'я, честь і гідність, свобода, недоторканність житла, права людини і громадянина, конституційний лад, громадський порядок і безпека, довкілля, належне управління та ін. Вони визнаються значущими для суспільства і людини, унаслідок чого захищаються правом;

4) **результати дій, у тому числі послуги та результати робіт.** Вони надаються у сферах управління, побутового обслуговування, господарській, культурній, освітянській та інших сферах (наприклад, соціальні, адміністративні, фінансові, побутові);

5) **об'єкти права інтелектуальної власності** (літературні та художні твори, комп'ютерні програми, наукові відкриття, торговельні марки та ін.). З приводу їх використання та передачі виникають різноманітні правовідносини.

13.5. Юридичні факти та їх класифікація

Юридичні факти – це конкретні життєві обставини, з наявністю та/або відсутністю яких норми права пов'язують виникнення, зміну або припинення правових відносин.

Юридичні факти є життєвими обставинами (діями та подіями, наявними або відсутніми, такими, що залежать або не залежать від волі людини), що прямо або опосередковано визначені гіпотезою норми права; саме вони є підставою для виникнення, зміни або припинення правовідносин.

Класифікація юридичних фактів

1. За вольовою ознакою їх поділяють на юридичні дії та юридичні події.

Юридичні дії – це юридично значущі вчинки особи, які можуть бути правомірними та неправомірними.

Правомірні дії відповідають нормам та принципам права, протиправні – їм суперечать. У свою чергу правомірні дії залежно від спрямованості волі суб'єкта поділяються на юридичні акти та юридичні вчинки.

Юридичні акти спрямовані на досягнення певного правового результату (вчинення правочину, видання наказу, подання позову та ін.), тоді як *юридичні вчинки* породжують юридичні наслідки незалежно від спрямованості волі на їх настання (створення літературного твору, наукове відкриття та ін.).

Юридичні події – це юридично значущі життєві обставини, настання яких не залежить від волі людини.

У свою чергу юридичні події можуть бути поділені на *відносні* (викликані діяльністю людей – наприклад, пожежа внаслідок підпалу) та *абсолютні* (ті, які не пов'язані з діяльністю людей; наприклад, падіння метеориту, пожежа внаслідок самозаймання).

2. Залежно від наявності або відсутності життєвих обставин виокремлюють **позитивні** і **негативні** юридичні факти. Наприклад, наявність громадянства буде позитивним юридичним фактом для військової служби, а відсутність захворювання, що перешкоджає проходженню військової служби, – негативним.

3. Залежно від юридичних наслідків юридичні факти поділяються на **факти, що породжують правовідносини** (наприклад, видання наказу про призначення на посаду), **факти, що змінюють правовідносини** (наприклад, видання наказу про переведення на іншу посаду), **факти, що припиняють правовідносини** (наприклад, видання наказу про звільнення з посади).

Певними особливостями характеризуються **факти безперервної дії** – *правові стани* (наприклад, громадянство, шлюб, судимість).

У деяких випадках для виникнення, зміни та припинення правовідносин необхідний **фактичний склад** – наявність або відсутність кількох юридичних фактів. Наприклад, для призову на дійсну військову службу необхідні такі юридичні факти, як українське громадянство, досягнення встановленого законом віку, належний стан здоров'я, відсутність права на відстрочку.

Розділ 14

РЕАЛІЗАЦІЯ І ЗАСТОСУВАННЯ НОРМ ПРАВА

14.1. Поняття реалізації норм права та її форми

Реалізація і застосування норм права, як і багато попередніх тем, у вітчизняному загальнотеоретичному правознавстві зазвичай розглядається як обезлюднений («безлюдний») процес. Активна роль людини – суб'єкта права визначається хіба що в окремих формах реалізації норм права, про які йтиметься далі. Загалом же людина переважно виступає не як автономний і творчий суб'єкт, а фактично як об'єкт права, причому нерідко навіть тоді, коли йдеться про захист прав і свобод людини¹.

Оскільки цей розділ висвітлює тему, безпосередньо пов'язану з теорією позитивного права (інколи в пострадянській теорії держави і права її до цього часу називають догмою права, що не зовсім коректно), вона, звісно, не може не опиратися на надбання юридичного позитивізму у її розробці. Проте при її вивченні слід усвідомлювати, що за усталеними формами реалізації норм права та традиційною позитивістською термінологією завжди стоять живі люди з їх індивідуальними особливостями – персональним досвідом, світоглядом, менталітетом, стилем мислення тощо. І саме від них (в якому б статусі вони не були – пересічного громадянина чи професійного державного службовця), врешті-решт залежить ступінь втілення вимог норм

¹ Честнов И.Л. Постклассическая теория права. – СПб., 2012. – С. 486.

права в життя, тобто перетворення їх з абстрактної моделі поведінки на реальну, фактичну норму, інакше кажучи з належного в наявне.

Отже, **реалізація норм права** – це втілення (здійснення) їх вимог у правомірній поведінці людей – суб'єктів права.

Реалізація права може бути пов'язаною як із здійсненням правомірних дій, так і з правомірною бездіяльністю. Результатом реалізації права є досягнення відповідності фактичних дій (бездіяльності) вимогам норм права щодо цієї поведінки суб'єктів права.

Зазвичай виокремлюють такі **типи реалізації норм права**:

1) **безпосередню реалізацію**, коли суб'єкти права самостійно, без зовнішнього втручання чи допомоги втілюють юридичні правила у своїй поведінці, здійснюють права та виконують обов'язки, дотримуються заборон (наприклад, власник здійснює право власності на належне йому майно, водій виконує обов'язок попередити учасників дорожнього руху про зупинку транспортного засобу, особа утримується від зухвалої, цинічної поведінки в публічних місцях). Саме так у суспільстві реалізується переважна більшість норм права;

2) **правозастосовну реалізацію**, яка має місце тоді, коли права та обов'язки не можуть бути реалізовані або не реалізуються особою без залучення спеціальних суб'єктів (суб'єктів правозастосування). При цьому слід розуміти, що такими суб'єктами все одно є люди, хоч і, як правило, професійно підготовлені. Це – посадові особи відповідних органів державної влади, місцевого самоврядування та інших організацій, уповноважених застосовувати норми права. У цьому випадку реалізація проходить особливу стадію – застосування норм права (наприклад, громадянин реалізує своє право на пенсію лише із залученням органу Пенсійного фонду, який приймає рішення про призначення пенсії цій особі, особа виконує свій обов'язок щодо сплати пені лише після ухвалення відповідного судового рішення).

Важливе значення для розкриття природи реалізації норм права має також виокремлення **її форм**, яке здійснюється залежно від характеру дій, необхідних для реалізації права. У свою чергу цей характер зумовлений способом правового регулювання, що використовується у тій чи іншій нормі права (заборона, зобов'язання або дозвіл).

Це дає можливість виділити:

1) **дотримання**, яке є формою реалізації заборонних норм права. Суть цієї форми полягає в бездіяльності (пасивній поведінці), тобто утриманні від здійснення дій, що знаходяться під заборонаю правових норм (наприклад, особа утримується від куріння, забороненого в громадських місцях, або від заподіяння шкоди чужому майну);

2) **виконання**, яке є формою реалізації зобов'язальних норм права. Ця форма завжди вимагає активної поведінки – дій, пов'язаних із виконанням суб'єктами обов'язків, покладених на них нормами права (наприклад, виконуючи свої обов'язки, платник податку сплачує податок на доходи, водій транспортного засобу зупиняється на червоне світло світлофору);

3) **використання**, яке є формою реалізації уповноважувальних норм права. Воно становить собою добровільне здійснення особою своїх прав і втілюється як у діях, активній поведінці (наприклад, виборець використовує право обирати народних депутатів), так і в бездіяльності, пасивній поведінці (наприклад, особа використовує право не свідчити проти себе і своїх близьких).

14.2. Застосування норм права та його особливості. Ознаки правозастосовної діяльності

Важливе значення в процесі правового регулювання має застосування норм права. Якщо в процесі нормотворчості створюються норми права, що містять загальні правила поведінки, то застосування норм права продовжує правове регулювання, розпочате нормотворчістю, на рівні конкретних життєвих ситуацій. Необхідність правозастосування обумовлена тим, що адресати норм права не завжди можуть реалізувати свої права й обов'язки самостійно, без своєрідного посередництва, залучення уповноважених суб'єктів.

Застосування норм права **є необхідним**, зокрема:

- коли закріплені нормами права і обов'язки конкретних осіб через їх підвищену соціальну значущість, можуть бути реалізовані лише після винесення індивідуально-владного рішення (так, право на підприємницьку діяльність не може бути реалізоване без реєстрації громадянина як суб'єкта підприємницької діяльності державним реєстратором);

- коли існує спір про право і сторони не можуть дійти згоди щодо змісту своїх прав і обов'язків (у такому випадку права не можуть бути реалізовані, доки їх обсяг не буде визначений у судовому рішенні);

- коли скоєно правопорушення і необхідно визначити міру юридичної відповідальності особи (наприклад, винести вирок за скоєний злочин);

- коли необхідно встановити наявність або відсутність факту, що має юридичне значення (наприклад, факт батьківства).

Застосуванню норм права притаманні такі **характерні ознаки**:

1) воно є *стадією реалізації норм права*, метою якої є сприяння їх втіленню в поведінці суб'єктів права шляхом усунення перешкод, через які безпосереднє їхнє здійснення є неможливим, а також контроль за цим процесом. Правозастосування може як розпочинати, так і завершувати реалізацію норм права. Крім того, застосування норм права може здійснюватися під час дотримання, виконання, використання норм;

2) застосування норм права є *владною діяльністю*; ця діяльність породжує обов'язкові юридичні наслідки і забезпечується можливістю застосування державного примусу;

3) воно здійснюється лише *уповноваженими на це суб'єктами* (суб'єктами владних повноважень). Як і нормотворчість, правозастосування є прерогативою публічної влади, пов'язаної із необхідністю підтримання правопорядку в суспільстві та адміністрування правової системи. У деяких випадках з метою більш ефективного функціонування правової системи правозастосовні повноваження можуть бути делеговані іншим суб'єктам, наділеним публічними функціями (наприклад, фондам соціального страхування, приватним нотаріусам);

4) застосування норм права становить собою *індивідуальну діяльність, індивідуальне (ненормативне) правове регулювання*, тобто вирішення конкретної справи, окремого життєвого випадку, певної правової ситуації. Правозастосування передбачає прийняття **індивідуальних приписів**, які мають конкретного адресата та розраховані на врегулювання певної ситуації;

5) воно здійснюється *за певною процедурою, яка регламентується правом*. Призначення такої процедури – зменшити вірогідність свавілля, забезпечити прийняття законних, обґрунтованих, своєчасних й справедливих рішень;

6) його результатом є *правозастосовні акти* (наприклад, судові рішення), які є інструментом надання певним велінням статусу індивідуальних приписів, підтвердження їхнього правового характеру.

Отже, **застосування норм права** – це діяльність уповноважених на це суб'єктів, яка передбачає винесення індивідуально-правових рішень, здійснюється за певною процедурою і має своєю метою сприяння адресатам правових норм у реалізації їх прав і обов'язків, а також контроль за цим процесом.

14.3. Стадії застосування норм права

Стадії правозастосування – це сукупність дій (операцій), які здійснюються в процесі правозастосування й об'єднані певною проміжною метою.

Певна послідовність здійснення дій під час правозастосування дає підставу говорити про три основні стадії правозастосовної діяльності:

1. **Встановлення фактичних обставин справи.** Як відомо, реалізація норм права пов'язується із наявністю юридичних фактів (певних життєвих обставин, передбачених диспозицією норми). Суб'єкт правозастосування повинен встановити всі фактичні обставини, що мають юридичне значення і пов'язані з вирішенням справи по суті. Він має зібрати для цього достатні докази, переконатися в їхній належності, обґрунтованості та допустимості, провести відповідне процесуальне оформлення доказів.

2. **Встановлення юридичної основи справи,** яке передбачає: пошук норми права, що підлягає застосуванню; перевірку правильності тексту того нормативно-правового акта, у якому міститься норма; перевірку чинності норми і параметрів її дії у часі, просторі та за колом осіб; з'ясування змісту норми, у тому числі пошук актів офіційного тлумачення.

Крім того, у деяких складних випадках правозастосування на цій стадії можуть здійснюватися *додаткові дії*, спрямовані на подолання недоліків правового регулювання (прогалин та колізій у законодавстві).

Усі ці дії об'єднані метою *правильної правової кваліфікації встановлених фактичних обставин*. Правова кваліфікація, тобто юридична оцінка всієї сукупності фактичних обставин справи шляхом співставлення цього випадку до певних норм права, полягає у визначенні галузі й інституту права, а також встановленні норми, яка поширюється на цей конкретний випадок.

3. **Прийняття рішення у справі.** Рішення у справі має відповідати фактичним обставинам і ґрунтуватися на нормах і принципах права. Воно закріплюється в актах правозастосування, які оформлюються уповноваженими на це суб'єктами, підписуються, оприлюднюються (доводяться до відома зацікавлених сторін) і набувають законної сили.

14.4. Основні вимоги до правозастосування

До основних вимог до правозастосування належать, зокрема, такі.

1. **Справедливість**, яка наголошує на безсторонності й послідовності при застосуванні норм права. Безсторонність вимагає неупередженості, тобто насамперед розгляду спірних випадків, незважаючи на особу. У свою чергу послідовність при застосуванні норм права створює передбачуваність, заперечує сваволю при розгляді справ та ін.

2. **Пропорційність**, яка вимагає прийняття рішення, в якому був би дотриманий необхідний баланс між несприятливими наслідками для прав, свобод та інтересів особи і цілями, на досягнення яких спрямоване це рішення.

3. **Правова визначеність**, що, зокрема, висуває вимоги зрозумілості, несуперечливості, повноти, остаточності й виконуваності правозастосовних актів.

4. **Законність**, яка означає, що: правозастосовне рішення повинно прийматися уповноваженим на це суб'єктом у межах його компетенції; правозастосування має здійснюватися в порядку і формах, передбачених процесуальними нормами права; правозастосовні органи зобов'язані правильно обирати норми матеріального права, належним чином їх тлумачити і приймати рішення відповідно до норм та принципів права.

5. **Обґрунтованість**, яка означає, що прийняття правозастосовного рішення має базуватися на всебічному і повному дослідженні всіх фактичних обставин, що мають значення для справи, і має бути забезпечене належною та переконливою аргументацією.

6. **Доцільність**, яка полягає в обов'язку суб'єкта правозастосування обирати саме те рішення, яке є найбільш сприятливим для досягнення цілей та реалізації завдань відповідної норми права, найкраще враховує специфіку конкретної життєвої ситуації.

7. **Добросовісність**, що відображає вимогу сумлінного й чесного використання суб'єктом правозастосування наданих йому повноважень й виконання покладених на нього обов'язків.

8. **Розумність**, яка зобов'язує суб'єкта правозастосування приймати рішення, які б були розсудливими, обачними, відповідали здоровому глузду та ін.

9. **Своєчасність**, яка визначає обов'язок здійснювати застосування норм права протягом розумного строку, без невиправданих зволікань, у найкоротший строк, достатній для отримання обґрунтованого результату.

14.5. Акти застосування норм права, їх види

Акт застосування норм права – це правовий акт, у якому закріплюється індивідуальне рішення суб'єкта правозастосування у конкретній справі.

Основними ознаками акта правозастосування права є такі:

1) він є одним із видів правових актів, що спрямований на індивідуально-правове регулювання суспільних відносин, забезпечення реалізації норм права. Він підсилює авторитетність норм права у конкретних життєвих ситуаціях, підтверджує права й обов'язки певних осіб, а в разі необхідності конкретизує, додатково визначає їхній зміст. Закріплюючи індивідуально-правове рішення, фіксуючи результат застосування норм права, він становить собою зовнішню форму правозастосовної практики;

2) на відміну від нормативно-правового акта, має *персоніфікований характер*, тобто адресований конкретним особам, фіксує їхні суб'єктивні права та обов'язки, а також *вичерпується виконанням*. У зв'язку з цим акт правозастосування нерідко визначається як ненормативний (індивідуальний) правовий акт;

3) видається *лише уповноваженими на це суб'єктами правозастосування* за встановленою законом *процедурою*;

4) як письмовий документ він має *певну форму* (постанова, указ, наказ, розпорядження тощо), *власні реквізити* (назву акта, номер, дату, місце прийняття, вказівку на суб'єкта, що його затвердив, підпис та посаду особи, яка підписала акт), а також *структуру* (в класичному варіанті – вступна, описова, мотивувальна і резолютивна частини).

Класифікація актів застосування норм права здійснюється за різноманітними підставами:

1) *за суб'єктом прийняття*: акти органів законодавчої, виконавчої та судової влади, глави держави, органів місцевого самоврядування та ін.;

2) *за формою акта*: укази, постанови, розпорядження, накази, ухвали, подання, вироки, рішення та ін.;

3) *за характером правового впливу*: регулятивні та охоронні;

4) *за юридичним значенням*: акти, що містять остаточне рішення в юридичній справі (вирок суду, указ про нагородження), та акти, що забезпечують прийняття основних актів (ухвала суду про відкладення розгляду справи);

5) *за характером юридичних наслідків*: акти, що встановлюють, змінюють, припиняють, констатують, відновлюють суб'єктивні права й обов'язки та ін.

14.6. Прогалини в нормативних актах та способи їх подолання.

Аналогія права і аналогія закону

Прогалини в нормативно-правових актах – це повна або часткова відсутність законодавчої регламентації певних суспільних відносин, що перебувають у сфері правового регулювання.

Як синонім прогалин в юриспруденції нерідко використовується термін «лакуна» (від лат. *lacuna* – заглиблення, порожнина). Прогалини традиційно вважаються одним із найпоширеніших видів юридичних дефектів. Відсутність необхідного юридичного правила ніби роз'єднує систему права та законодавства, знижує її узгодженість і, як наслідок, ефективність правового регулювання.

Прогалина є *відсутністю або неповнотою нормативно-правових приписів*, необхідних для вирішення конкретного випадку (казусу). Іншими словами, йдеться про дефіцит для вирішення наявної проблеми такого нормативного припису, який за його змістом (навіть при найбільш широкому розумінні) підлягав би застосуванню в цьому конкретному випадку. На відміну від *розширеного тлумачення*, коли ми маємо справу з обставинами, які передбачені законом, але буквально під його дію не підпадають, прогалина існує у випадку, коли закон взагалі не передбачає такі обставини.

Крім того, від прогалин у законодавстві слід відрізняти відсутність приписів щодо тих відносин, які знаходяться *поза сферою правового регулювання* (сфера *non jus*). У першому випадку йдеться про відсутність у законодавстві відповіді на питання, що перебувають у сфері правового регулювання, потребують юридичного вирішення, тоді як у другому – про відсутність юридичного питання взагалі, недоцільність юридичного впорядкування таких відносин.

Виокремлюють такі **види прогалин у нормативно-правових актах**:

1) залежно від часу виникнення – *первісні прогалини*, тобто ті, які існують на момент набрання чинності нормативно-правовим актом, та *наступні прогалини* – ті, що з'являються внаслідок подальшого розвитку суспільних відносин, які мають регулюватися правом;

2) залежно від можливості подолання прогалин у процесі правозастосування – *переборні й непереборні прогалини*;

3) залежно від того, чи пов'язане існування прогалин з умислом суб'єкта нормотворення, – *навмисні й ненавмисні прогалини*;

4) залежно від ступеня відсутності неврегульованості суспільних відносин – *повні або часткові прогалини*.

Подолання прогалин у нормативно-правових актах – це застосування засобів, що дозволяють прийняти рішення в конкретній справі за відсутності відповідної норми права.

Для подолання прогалин зазвичай використовують такі засоби, як **аналогія закону** й **аналогія права**. Можливість застосування норм за аналогією прямо передбачена в окремих законодавчих актах (наприклад, в статті 8 Цивільного кодексу України, статті 10 Сімейного кодексу України, частині 8 статті 9 Цивільного процесуального кодексу України і частині 7 статті 9 Кодексу адміністративного судочинства України). Крім того, можливість застосування аналогії може передбачатися в *непрямій* формі – через заборону відмови у розгляді справи з мотивів *неповноти* чи *відсутності законодавства*, яке регулює спірні відносини (див., наприклад, частину 7 статті 4 Господарського процесуального кодексу України). Особлива формула, яка легалізує лише аналогію права, використана в частині 6 статті 9 Кримінального процесуального кодексу України.

Аналогія є виправданою також в інших галузях права, що робить доцільним встановлення **презумпції припустимості аналогії**: подолання прогалини шляхом застосування аналогії можливо, якщо не доведено інше – існування непереборної прогалини.

За аналогією **не можуть** застосовуватися норми права, що спрямовані на **обмеження прав людини**. Це пояснюється необхідністю дотримання *принципу правової визначеності*, який гарантує захист свободи індивідів від свавільного втручання державної влади. Класичним прикладом тут є **заборона аналогії в кримінальному праві**, унаслідок чого склади злочинів не можуть встановлюватися лише шляхом судження за аналогією або іншого доповнення норм права. З частини 2 статті 19 Конституції України випливає заборона аналогії при визначенні **повноважень суб'єктів публічної влади**, а також підстав та способів їх дій.

Крім того, застосування аналогії виключається, коли закон **свідомо** поширює свої приписи **лише на прямо передбачені ним випадки**, що є доказом того, що цей припис не має сили щодо інших випадків (так званий *argumentum a contrario* – висновок від протилежного). Цей аргумент означає, що визначений правовий наслідок діє тільки для такої обставини справи, яка чітко підпадає під дію норми права. В іншому випадку робиться висновок, що для такого випадку ця норма не діє.

Аналогія закону – це вирішення справи за наявності прогалини на основі норми права, що регулює найбільш подібні суспільні відносини.

Аналогія закону спирається на **схожість, подібність відносин** (їхнього фактичного складу), які врегульовані законом і які є предметом розгляду, але не врегульовані законом. Крім зовнішньої подібності, для застосування аналогії також необхідна констатація, що ці випадки є ціннісно рівними. Деякі розбіжності у фактичному складі цих відно-

син не повинні вплинути на рішення. Вони мають бути «винесені за дужки» як незначні, несуттєві; лише спільні ознаки повинні бути визнані як необхідні передумови для висновку за аналогією.

Так, згідно з пунктом 31 Постанови Верховного Суду України від 24 жовтня 2008 року № 13 у разі продажу учасником товариства з обмеженою або додатковою відповідальністю своєї частки з порушенням переважного права покупки інших учасників слід за аналогією застосовувати норму частини 4 статті 362 Цивільного кодексу України, яка дозволяє співвласнику пред'явити позов до суду про переведення на нього прав та обов'язків покупця при порушенні переважного права купівлі частки у праві спільної часткової власності. Цей висновок зумовлений тим, що відносини стосовно реалізації переважного права на покупку частки в товаристві з обмеженою чи додатковою відповідальністю є схожими, подібними до відносин, які виникають при реалізації переважного права купівлі частки у праві спільної часткової власності.

Отже, використання аналогії побудовано на уявленні про **системність та внутрішню послідовність права**: якщо б закон передбачав цей випадок, то вноормував би його так само, як унормовані схожі з ним по суті випадки.

Окремим випадком аналогії закону є **міжгалузева аналогія** (субсидіарне застосування норм права). Вона передбачає застосування до конкретних відносин нормативного припису, який регулює подібні відносини в суміжних галузях. У деяких випадках закон може *прямо дозволяти або забороняти міжгалузеву аналогію*. Наприклад, згідно з частиною 1 статті 9 Цивільного кодексу України «положення цього Кодексу застосовуються до врегулювання відносин, які виникають у сферах використання природних ресурсів та охорони довкілля, а також до трудових та сімейних відносин, якщо вони не врегульовані іншими актами законодавства». Водночас частина 2 статті 1 Цивільного кодексу України за загальним правилом забороняє застосування цивільного законодавства «до майнових відносин, заснованих на адміністративному або іншому владному підпорядкуванні однієї сторони другій стороні, а також до податкових, бюджетних відносин».

Прикладом міжгалузевої аналогії може бути визначення в конституційному праві порядку обчислення строків для всіх органів влади за аналогією з порядком, встановленим Цивільним процесуальним кодексом України. Саме тому в конституційному праві, коли строки визначаються днями, то їх обчислюють з дня, наступного після того дня, з якого починається строк. Якщо ж закінчення строку припадає на неробочий день, то останнім днем строку вважається перший після нього робочий день.

Аналогія права – це вирішення справи за наявності прогалини на основі загальних або галузевих принципів права.

На законодавчому рівні існує кілька підходів до визначення аналогії права. Так, деякі кодекси пов'язують аналогію права з регулюванням відносин відповідно до *загальних засад певної галузі законодавства* (див. норми Цивільного і Сімейного кодексів України). Водночас Цивільний процесуальний кодекс пропонує виходити із *загальних засад законодавства*, Кримінальний процесуальний кодекс — із *загальних засад кримінального провадження*, а Кодекс адміністративного судочинства — з *конституційних принципів і загальних засад права*.

У випадку застосування аналогії права для подолання прогалини залучається **принцип** — правова вимога, яка є загальною (спільною) для інституту, підгалузі та галузі права. Він й підлягає застосуванню до схожого (аналогічного) випадку, що безпосередньо не врегульований жодною нормою законодавства. Для регулювання таких відносин на основі принципу шляхом його конкретизації з урахуванням обставин тієї ситуації, що підлягає вирішенню, *створюється (формулюється) конкретне правило, яке б найкращим чином узгоджувалося з принципами права*. У таких умовах суддя ніби ставить себе на місце законодавця, передбачає його рішення з цього питання, яке б найкраще узгоджувалось з вказаним принципом.

Застосування аналогії права є засобом, що рідко використовується при здійсненні правосуддя. У сучасних умовах практично всі відносини, що вимагають правового регулювання, отримали пряму або опосередковану регламентацію з боку закону.

14.7. Юридичні колізії та способи їх подолання

У правознавстві юридичні колізії традиційно пов'язуються з проблемою неузгодженостей (суперечностей) у правовій системі. Йдеться про існування у сфері правового регулювання двох видів неузгодженостей: матеріальних і формальних.

Будь-яка правова система взаємодіє із зовнішнім (соціальним) середовищем, внаслідок чого можуть виникати **матеріальні неузгодженості**: наприклад, неузгодженості між нормами права і суспільними відносинами, які вони покликані регулювати, між нормами права та іншими соціальними нормами, зокрема моральними або релігійними, внаслідок відставання, неврахування в процесі нормотворення тощо.

Крім того, у сфері правового регулювання виникають **юридичні колізії**, тобто **формальні неузгодженості**, суперечності всередині право-

вої системи. Вони зазвичай виникають внаслідок інтелектуальних помилок суб'єктів права, порушень правил юридичної техніки. Юридичні колізії призводять до порушень цілісності, внутрішньої узгодженості та єдності правової системи.

Існують **різні види юридичних колізій**.

Залежно від правових форм діяльності, під час здійснення яких вони виникають, можна говорити про:

- нормотворчі колізії, тобто колізії, закладені в процесі нормотворчості (наприклад, колізії між різними нормативно-правовими актами);
- правозастосовні колізії, тобто колізії, закладені в процесі застосування норм права (зокрема, колізії між рішеннями судів, колізії між нормативно-правовими і правозастосовними актами);
- інтерпретаційні колізії, тобто колізії, закладені в процесі тлумачення права (наприклад, колізії між інтерпретаційними актами, колізії між нормативно-правовими та інтерпретаційними актами).

На особливу увагу заслуговує питання неузгодженості між нормами права, яке іменують **колізіями між джерелами права**. Вони можуть бути охарактеризовані як *дефекти у джерелах права*, тобто як порушення, деформації логіко-структурної побудови і розвитку системи права, його елементів та джерел, і поділяються на:

- колізії в законодавстві (тобто колізії між нормами права, закріпленими в законодавстві);
- колізії між нормами, закріпленими в законодавстві, та нормами, закріпленими в інших джерелах права (наприклад, суперечності між законодавством і судовими прецедентами);
- колізії між нормами права, закріпленими в інших джерелах права (наприклад, колізії між судовими прецедентами).

З огляду на те, що законодавство є основним джерелом вітчизняного права, саме колізії в законодавстві та його системі є найбільш поширеним різновидом колізій у джерелах права України. Тому саме вони перебувають в центрі уваги вчених і практиків.

Колізії у законодавстві – це різновид юридичних колізій, що виникають за наявності розбіжності (зокрема, суперечності) між нормами права, які закріплені в законодавстві та регулюють одні фактичні відносини.

Найбільш поширеними видами колізій у законодавстві є такі.

1. **Темпоральна (часова) колізія** – це колізія, що виникає внаслідок видання в різний час з того самого питання декількох норм права, закріплених в нормативно-правових актах.

Для подолання такої колізії необхідно докладно проаналізувати чотири показники, що характеризують дію неузгоджених нормативних актів у часі. Загальним правилом, що використовується для подолання

таких колізій, є правило, згідно з яким *наступний закон з того самого питання скасовує дію попередніх*. Тому в разі неузгодженості застосуванню підлягає норма права, яка є більш пізньою.

2. **Ієрархічна колізія** – це колізія, яка виникає внаслідок регулювання одних фактичних відносин нормами, закріпленими в актах, що мають різну юридичну силу.

Загальне правило, яке використовується для подолання ієрархічних колізій, є таким: *у разі суперечності застосовуються норми, що закріплюються в нормативно-правових актах, які мають більш високу юридичну силу*.

3. **Змістовна колізія** – це колізія, що виникає внаслідок часткового збігу обсягів регулювання декількох норм права.

Специфіка подібних колізій пов'язана з поділом норм права на загальні й спеціальні. Загальні норми права, як відомо, поширюються на рід відносин у цілому; спеціальні діють тільки в межах певного виду відносин цього роду і встановлюють для нього певні особливості порівняно із загальним правилом. Ці норми можуть закріплюватися як в одному, так і в кількох нормативно-правових актах. У разі конкуренції загальних і спеціальних (виняткових) норм слід керуватися правилом: *спеціальний закон скасовує дію загального*.

Існують також складні випадки, коли неузгодженість між нормами права зумовлена одночасним існуванням (збігом) кількох видів колізій.

Так, при **збігу темпоральної та ієрархічної колізій**, що виникає внаслідок більш пізнього введення в дію норми, яка міститься в акті меншої юридичної сили, пріоритет віддається нормі, яка міститься в нормативно-правовому акті вищої юридичної сили, хоча його прийнято раніше.

У разі **збігу темпоральної та змістовної колізій**, що виникає внаслідок більш пізнього введення в дію акта, що містить загальну норму, пріоритет зазвичай віддається спеціальній нормі, хоча акт, що містить її, прийнято раніше. У цьому випадку слід виходити з того, що, незважаючи на зміну загального правила, право має на меті зберегти особливе регулювання, обумовлене специфікою певного виду відносин. Якщо ж під час тлумачення буде встановлено, що нова загальна норма усуває відмінне регулювання для різних видів відносин одного роду, яке раніше було передбачене спеціальними нормами, то вибір слід зробити на користь більш пізнього загального закону.

При **збігу ієрархічної та змістовної колізій**, коли загальна і спеціальна норми містяться в актах, що мають різну юридичну силу, перевагу має спеціальна норма, якщо її видання прямо чи опосередковано передбачено актом вищої юридичної сили. В іншому випадку повинна діяти загальна норма, що міститься в акті вищої юридичної сили.

Розділ 15

ЮРИДИЧНЕ ТЛУМАЧЕННЯ¹

Тлумачення, хоч і належить до традиційних і, здавалося б, добре розроблених правознавством проблем, однак не втрачає і, без сумніву, ніколи не втратить актуальності для юриспруденції. Адже ступінь володіння правилами, прийомами і навиками тлумачення – це показник рівня загальної ерудиції, професійної підготовленості юриста, його правової культури. Невипадково в розвинутих правових державах воно

¹ Питання про те, що підлягає юридичному тлумаченню, тобто про його об'єкт, в юриспруденції залишається до цього часу не визначеним. Найпоширеніша назва відповідних розділів (тем) підручників і навчальних посібників з теорії права, присвячених тлумаченню, це – «тлумачення правових норм». Проте, нерідко зустрічаються й інші їх назви – «тлумачення права», «тлумачення нормативних актів (законодавства)», «тлумачення юридичних текстів». Всі ці назви небездоганні.

Об'єкт тлумачення – правові норми, хоч і найбільш наближений до теми з-поміж інших, проте вразливий вже тому, що правова норма – це ідеальна, логічна конструкція, яка далеко не завжди співпадає з текстом відповідної статті закону та іншого нормативного акта. Конструювання правової норми (пошук її складових елементів – гіпотези, диспозиції, санкції) часто якраз і відбувається в процесі тлумачення. Отже «правова норма» як логічна конструкція є не тільки і навіть часом не стільки об'єктом, скільки результатом тлумачення.

Не може бути об'єктом тлумачення також «право». На відміну від закону воно є явищем конкретним, яке не можна розглядати як щось таке, що міститься виключно в нормативних актах, тобто відокремлене від діяльності суб'єктів тлумачення. Останнє якраз і передбачає пошук права стосовно конкретної правової ситуації, конкретних фактів і конкретних осіб.

Нормативно-правові акти (законодавство) як об'єкт тлумачення не прийнятний тому, що юридичне тлумачення законодавством не обмежується. Його об'єктом можуть бути міжнародні і внутрішньодержавні договори, інші нормативні документи, загальні принципи права, не зафіксовані в конституціях і законах, тощо.

Не зовсім коректним виглядає також такий об'єкт тлумачення як юридичні тексти, оскільки відповідні правові приписи (вимоги) можуть виражатися не тільки у словесних текстах, а й у певних символах. З огляду на викладене, у цьому підручнику пропонується саме така назва розділу, хоч вона загалом має ширше значення порівняно з тим, яке зазвичай вкладається в поняття тлумачення правових норм.

завжди було і залишається одним з визначальних напрямів підготовки юристів. Тим більше це актуально для сучасної вітчизняної юридичної освіти, чому є декілька причин.

По-перше, практично панівний, як зазначалося, в радянській юриспруденції юридичний позитивізм суттєво спрощував процес і мету тлумачення, зводячи його виключно до точного і однакового розуміння і застосування закону, виявлення тієї волі, яка вкладає законодавець в словесне його формулювання. Тлумачення мало протидіяти будь-яким спробам відійти від точного змісту норм закону. Навіть міркування про необхідність з'ясування мотивів, якими керувався законодавець при ухваленні закону та його намірів, відкидалися, оскільки це, мовляв, призводить до порушення законності. У законодавця, що відображає волю народу, немає і не може бути жодних об'єктивних причин, щоб формулювати закон туманно і неоднозначно, ускладнювати його, тим самим практично усувається можливість для неясності і суперечностей при його тлумаченні¹.

Така позиція призводила до крайнього формалізму і догматизму в тлумаченні нормативних актів, а зрештою спотворювала процес правозастосування.

Якщо і не зовсім ідентичні, то подібні підходи до тлумачення все ще достатньо не подолані у вітчизняній юриспруденції.

По-друге, широкомасштабність перетворень у всіх сферах суспільного життя, які постали на порядку денному після здобуття Україною незалежності, складність завдань їх ефективного правового регулювання, без якого будь-які реформи приречені, відсутність досвіду, а нерідко й належного професіоналізму у нормопроєктувальників і законодавців, надмірний вплив на законодавчий (правотворчий) процес ідеологічних і політичних чинників не могли не позначитися на якості ухвалюваних законів та інших нормативних актів, призвівши до зростання у них суперечностей, прогалин та інших недоліків. У цих умовах потреба у кваліфікованому тлумаченні правового матеріалу набуває підвищеного значення.

По-третє, істотно актуалізує проблему тлумачення долучення України до європейських правоінтеграційних процесів, що викликало необхідність приведення національного законодавства у відповідність з європейськими цінностями і стандартами. Їх втілення у національну правову систему України не обмежується фактом офіційного визнання відповідних міжнародно-правових документів чи навіть їх імплементацією в українське законодавство. Одним з важливих способів такої імплементації є тлумачення положень національного законодавства в

¹ Теория государства и права / Под ред. А.И. Денисова. – М., 1967. – С. 344–347.

контексті міжнародних та європейських цінностей і стандартів. А це, в свою чергу, вимагає від юристів, передусім від юристів-практиків, які застосовують законодавство, системного юридичного мислення, оволодіння новими видами тлумачення з урахуванням нагромаджених сучасним правознавством знань та здобутків міжнародної, насамперед судової, практики, уміння тлумачити і застосовувати міжнародно-правові документи, до яких приєдналася Україна, не очікуючи поки вони будуть втілені (імplementовані) в національне законодавство.

15.1. Поняття юридичного тлумачення

Історія поняття «тлумачення» сягає ще античних часів. Його активно використовували грецькі та римські оратори. У стародавньому Римі з'явився й термін «інтерпретація» (*interpretatio*), який є прообразом сучасного тлумачення.

Протягом своєї історії юридичне тлумачення пережило різні періоди – як піднесення (зокрема, в часи становлення і розквіту римського права та його відродження після тривалого занепаду в епоху Просвітництва) так і спадів, аж до повної заборони (в часи панування в юриспруденції ортодоксального юридичного позитивізму). Формально обмеженим, як зазначалося, було ставлення до юридичного тлумачення в період тоталітаризму. З його крахом у вітчизняній юриспруденції почався новий етап піднесення юридичного тлумачення, який перебуває поки що на початковій стадії.

Тлумачення в юридичній літературі визначається по-різному. Одні автори розглядають тлумачення як особливий розумово-пізнавальний процес, спрямований на розкриття змісту норм права¹, інші – як різновид юридичної діяльності із встановлення змісту правових приписів², ще інші – як особливий різновид юридичної практики³.

¹ Общая теория права / Под ред. А.С. Пиголкина. – М., 1995. – С. 280; Ведерніков Ю.А., Грекул В.Є. Теория держави і права. – К., 2005. – С. 167.

² Алексеев С.С. Право: азбука – теория – философия: опыт комплексного исследования. – М., 1999. – С. 130; Хабриева Т.Я. Толкование Конституции Российской Федерации: теория и практика. – М., 1998. – С. 9–26; Рабінович П.М. Основи загальної теорії права та держави. – Харків, 2002. – С. 127.

³ Черданцев А.Ф. Толкование права и договора. Учебное пособие. – М., 2003. – С. 274.

Неоднозначно розуміють також сфери застосування тлумачення. Одні пов'язують його виключно з правозастосовним процесом, інші вважають, що тлумачення властиве також процесу підготовки і ухвалення законів та інших нормативних актів. Недостатня визначеність має місце щодо об'єкта та суб'єктів тлумачення, його видів тощо.

Такі розбіжності в розумінні тлумачення невинні. Юридичне тлумачення – доволі складний і багатогранний розумовий процес і вид діяльності. Воно охоплює як внутрішню, так і зовнішню його сторони, стосується різних аспектів діяльності людини у сфері права – як правотворчості, так і правореалізації, здійснюється безліччю суб'єктів – від окремих пересічних осіб до спеціально уповноважених державних органів, має різні юридичні наслідки.

Під **тлумаченням** традиційно прийнято розуміти насамперед внутрішній розумовий процес особи, що реалізує правові норми у будь-якій формі, особливо особи, що застосовує їх.

Без такого інтелектуального процесу неможливо собі уявити також учасників нормопроектувальної і правотворчої діяльності, кодифікаційних робіт тощо. В юридичній літературі цей процес прийнято іменувати **тлумаченням-з'ясуванням**. Основна його мета – з'ясувати зміст правових норм «для себе». Тлумачення-з'ясування характеризує його інтелектуально-розумову сторону. Частіше за все воно є підготовчим етапом для інших видів робіт (діяльності), вказаних вище.

Тлумачення, яке адресоване іншим суб'єктам, передусім особам і органам, що застосовують правові норми, іменується **тлумаченням-роз'ясненням**. Воно виступає як діяльність певних органів, організацій, установ і осіб, спрямована на забезпечення правильного здійснення (реалізації) правових норм, що тлумачаться, у всіх випадках, на які вони розраховані, попередження помилок, можливих при їх застосуванні, тобто характеризує діяльнісну сторону тлумачення.

Тлумачення-роз'яснення обов'язково має зовнішню форму свого вираження. Це можуть бути відповідні **інтерпретаційні акти** (акти-тлумачення) спеціально уповноважених на те державних органів, що мають обов'язковий характер, або ж рекомендації, поради, розроблені науковими установами, громадськими об'єднаннями чи окремими особами і викладені в наукових монографіях, статтях, коментарях до законів та інших нормативних актів, методичних матеріалах тощо.

Отже, підсумовуючи викладене, можна констатувати, що **юридичне тлумачення** – це особливий розумовий (інтелектуальний) процес і вид юридичної діяльності, спрямований на з'ясування і роз'яснення змісту норм права та положень інших правових документів з метою правильної їх реалізації.

15.2. Чинники, що зумовлюють необхідність юридичного правозастосовного тлумачення

Потреба в тлумаченні закладена в самій природі правових норм і правореалізації (правозастосування).

Норми права мають, як зазначалося в попередніх розділах, загальний, абстрактний, неперсоніфікований характер. Реалізуються ж вони в конкретних діях осіб в конкретних обставинах. Тому їх реалізація у будь-якій формі вимагає наближення змісту норми до конкретної ситуації, конкретних фактів і стосовно конкретних осіб, тобто переходу від загального до одиничного. Без тлумачення такий перехід є нездійсненним. Це по суті головний чинник, який зумовлює потребу у юридичному правозастосовному тлумаченні.

Окрім цього, необхідність в тлумаченні зумовлюється:

- технічною недосконалістю формулювання правових норм – неточністю мови, вживаної при їх формулюванні, неясністю їх викладу тощо;
- неоднозначністю використаної в законах та інших нормативних актах термінології, термінологічною неточністю офіційних перекладів текстів міжнародно-правових документів, незрозумілістю запозиченої іноземної термінології;
- використанням у законодавстві оцінювальних понять, тобто понять, що виражають лише загальне соціальне значення тих чи інших явищ, ознаки яких неконкретизовані;
- наявністю колізій між правовими нормами, які регулюють одні і ті самі відносини, в нормативних актах одного або ж різних рівнів, прийнятих у різний час і в різних політичних, економічних і соціальних умовах;
- можливими прогалинами в правовому регулюванні, тобто такими ситуаціями, коли відносини, з приводу яких виник спір (спірні відносини), перебувають у сфері правового регулювання, проте з різних причин – упущень правотворчих органів, еволюційних змін в самих суспільних відносинах, свідомого умовчування – виявилися неврегульованими нормами права;
- впливом на національну правову систему загальновизнаних світовим співтовариством норм міжнародного права та правотлумачної практики міжнародних судових органів, насамперед практики Європейського суду з прав людини.

15.3. Функції тлумачення

З урахуванням двосторонньої природи юридичного тлумачення та особливостей подолання ним чинників, що зумовлюють потребу в тлумаченні, можна виокремити такі функції юридичного тлумачення:

- з'ясувально-пояснювальну, спрямовану на з'ясування і усвідомлення змісту правової норми, що тлумачиться, самим суб'єктом тлумачення;
- інформаційно-роз'яснювальну, за допомогою якої з'ясований і усвідомлений суб'єктом тлумачення зміст правової норми набуває зовнішнього вираження у формі, доступній для сприйняття іншими особами;
- трансформуючу, спрямовану на пристосування (наближення) абстрактних, загальних за формою вираження норм до конкретних ситуацій, фактів і осіб;
- компенсаційну, призначення якої полягає у подоланні невизначеностей, суперечностей і прогалин у правовому регулюванні;
- гуманізаційну (людиноорієнтовну), спрямовану на наближення тлумачення до міжнародних і європейських стандартів у сфері захисту прав людини та відповідної міжнародної і європейської практики судового правотлумачення.

15.4. Види юридичного тлумачення

Як і щодо багатьох інших питань юридичного тлумачення, в питанні про види тлумачення в юридичній науці існують різні точки зору. Досить часто поряд з видами тлумачення окремо виокремлюють способи (або прийоми) тлумачення, щодо кількості яких та їх найменування також існують розбіжності. Відсутня єдність поглядів на критерії розрізнення окремих видів юридичного тлумачення, їх зміст тощо. Не можна сказати, що дискусії навколо цих питань зовсім безплідні. Вони уточнюють, а інколи й розширюють наші уявлення про окремі сторони юридичного тлумачення, додатковий раз підтверджуючи його складність і багатогранність. Проте надмірна зосередженість на дискусіях з цих питань відволікає від вирішення більш складних, актуальних як для сучасної правової теорії, так і юридичної практики проблем, про які йтиметься далі. З огляду на традиційність і загалом досить ґрунтовну розробленість питань про види тлумачення зупинимось на них порівняно коротко.

Види юридичного тлумачення можуть бути класифіковані за кількома критеріями: а) за способом тлумачення; б) за обсягом тлумачення (залежно від співвідношення між текстואльним вираженням правової норми та її змістом); в) за суб'єктами тлумачення та його юридичними наслідками.

За способом юридичного тлумачення виокремлюють такі його види:

1) *філологічне (граматичне, текстове, мовне) тлумачення* – полягає у з'ясуванні змісту правової норми шляхом аналізу її текстового вираження під кутом зору його лексико-семантичних, лексико-граматичних, морфологічних, синтаксичних характеристик;

2) *історико-політичне (історичне) тлумачення* – використовується для з'ясування змісту правової норми на основі вивчення конкретних історичних і політичних умов її ухвалення, його мотивів і намірів;

3) *системне тлумачення*¹ – полягає у з'ясуванні змісту правової норми на основі виявлення її зв'язків з іншими нормами права, тобто розгляду її в контексті системності права;

4) *телеологічне (цільове) тлумачення* – передбачає з'ясування змісту правової норми на основі встановлення мети, заради досягнення якої норма була прийнята.

Крім названих видів тлумачення, які, можна сказати, стали загальноновизнаними, за цим самим критерієм інколи виокремлюються також *спеціально-юридичне тлумачення*, під яким розуміють тлумачення з використанням специфічно-юридичних засобів і прийомів, юридичних конструкцій, понять тощо; *логічне тлумачення*, тобто з'ясування змісту правової норми на основі використання логічних правил і прийомів; *функціональне (соціологічне, раціональне, еволюційне) тлумачення*, яке полягає у з'ясуванні змісту правової норми з урахуванням змін, які відбулися в суспільному житті після її ухвалення.

Якщо виокремлення як самостійних перших двох видів тлумачення викликає сумнів, оскільки вони охоплюються по суті традиційними видами (важко уявити будь-який вид тлумачення без застосування правил логіки чи спеціально-юридичних технічних прийомів, досягнень юридичної науки і практики), то виокремлення як самостійного виду функціонального (еволюційного) тлумачення цілком обґрунтоване. Оскільки цей вид тлумачення в умовах зростаючого динамізму сус-

¹ Частіше вживається термін «систематичне тлумачення», що з точки зору семантики є не зовсім коректним, оскільки слово (термін) «систематичний» в українській мові має зовсім інший смисловий відтінок, ніж термін «системний».

пільного життя набуває підвищеної гостроти і є відносно новим для вітчизняних правників, йому буде приділена окрема увага трохи далі у зв'язку з розглядом статичного і динамічного підходів до тлумачення.

Залежно від співвідношення між текстуальним вираженням правової норми та її дійсним змістом (за обсягом) тлумачення поділяється на такі види:

- 1) *буквальне (адекватне) тлумачення*, коли зміст норми, що тлумачиться, повністю збігається з її текстуальним вираженням;
- 2) *розширювальне*, коли зміст норми, що тлумачиться, ширший за її текстуальне вираження;
- 3) *обмежувальне*, коли зміст норми, що тлумачиться, вужчий від її текстуального вираження.

Тлумачення за обсягом є логічним продовженням і одним з результатів використання тих способів (прийомів) тлумачення, про які йшлося вище. Цими видами тлумачення фактично завершується характеристика тлумачення як розумово-з'ясувального процесу, тобто тлумачення-з'ясування.

Звичайно, найбільш бажаним із видів тлумачення за обсягом мало б бути буквальне тлумачення, оскільки в ідеалі закон чи інший нормативний акт має читатися так, як він написаний. Проте в житті нерідко трапляються випадки, коли словесна оболонка норми з огляду на ряд причин (недосконалість викладу, неузгодженості зі змістом інших правових норм тощо) не збігається з її реальним змістом. Тому до розширювального і обмежувального (звужувального) тлумачення його суб'єктам доводиться звертатися доволі часто. Головне, щоб при використанні цих видів тлумачення дотримувалися певні межі, про що йтиметься нижче.

За суб'єктами тлумачення та його юридичними наслідками розрізняють такі види тлумачення:

- 1) *офіційне* тлумачення, тобто роз'яснення змісту правових норм, яке здійснюється уповноваженими на те державою органами і результати якого мають обов'язковий характер;
- 2) *неофіційне* тлумачення, тобто роз'яснення змісту правових норм, що здійснюється науковими установами, громадськими об'єднаннями, окремими особами, результати якого не мають обов'язкового характеру.

Офіційне тлумачення, в свою чергу, поділяється на нормативне і казуальне. Нормативне тлумачення – це таке тлумачення, яке поширюється на всі випадки застосування і реалізації роз'яснюваної норми і є обов'язковим для всіх осіб і органів, що її реалізують або застосовують.

Казуальне тлумачення – це таке роз’яснення змісту норми, яке здійснюється судом або іншим уповноваженим органом у зв’язку з розглядом конкретної справи і є формально обов’язковим лише для випадку, з приводу якого роз’яснюється зміст норми.

Нормативне тлумачення може бути легальним і судовим.

Легальне тлумачення – це таке тлумачення, яке здійснює або орган, що встановив певну юридичну норму (воно іменується аутентичним), або ж інший уповноважений на це законом орган. Аутентичне роз’яснення закону, що виходить від самого законодавця, може бути лише у формі нового закону чи доповнення до чинного закону.

Судове тлумачення – це тлумачення, яке дає суд.

У пострадянській літературі поширеною є думка, згідно з якою легальне тлумачення ототожнюється з делегованим тлумаченням, тобто з тлумаченням, здійснюваним органом, який цю норму не встановлював, але законодавчо наділений повноваженням (уповноважений) її тлумачити. До таких органів зазвичай відносять також суди. Проте вважати, що суд здійснює тлумачення норм права на основі делегування йому такого повноваження, некоректно. Тлумачення – це іманентна властивість правосуддя. Делегування ж передбачає як надання, так і позбавлення цього повноваження, що для правосуддя означало б його повернення до позицій ортодоксального позитивізму – виключно «вуст закону», а фактично призвело б до його знищення, оскільки без можливості тлумачення воно просто перестає бути правосуддям.

Акти нормативного тлумачення не мають самостійного значення, тобто не можуть застосовуватись окремо і незалежно від закону чи іншого нормативного акта (їх положень), що тлумачаться, повністю поділяючи їхню долю.

Неофіційне тлумачення залежно від суб’єктів тлумачення також поділяється на доктринальне, професійно-практичне і буденне.

Доктринальне тлумачення – це роз’яснення змісту норм права, що здійснюється науковими установами або окремими науковцями. Воно хоч і не має обов’язкового характеру, проте суттєво впливає на правотворчу і правозастосовну діяльність з огляду на його переконливість, авторитет вчених, що його здійснили.

Професійно-практичне тлумачення – це роз’яснення змісту правових норм, яке здійснюють, як правило, юристи-практики переважно у формі консультацій.

Буденне тлумачення – це тлумачення змісту норм права, що здійснюється (чи може здійснюватися) практично всіма людьми, які не мають

ні спеціальної юридичної освіти, ні досвіду юридичної діяльності. Значення такого тлумачення здебільшого обмежується потребами реалізації тих чи інших правових норм самим суб'єктом тлумачення.

На цьому завершимо коротку характеристику видів тлумачення і перейдемо до питань набагато складніших і поки що менш осмислених вітчизняною юриспруденцією попри їх зростаючу актуальність.

15.5. Тлумачення як наука і мистецтво

У вітчизняній юридичній літературі, у тому числі прямо присвяченій проблемі тлумачення, до цього часу поширена думка, що тлумачення правових норм – це одна з істотних сторін (один з необхідних моментів) процесу наукового пізнання права.

Дійсно, як процес інтелектуальний тлумачення принаймні на доктринальному і професійному рівні, не може стояти осторонь від науки, причому не тільки юридичної. Проблема тлумачення – це, як зазначалося, одна з найдавніших сфер наукових знань. Вчення про нього виокремилася з філософії ще в античні часи і дістало назву «герменевтика», що походить, як вважається, від імені Гермеса – бога древньогрецької міфології, який виступав посередником між богами і людьми через тлумачення божественної волі людям. Герменевтика була покликана досліджувати природу розуміння і тлумачення явищ природи і суспільства, світу в цілому через такі категорії як «текст» (на письмових текстах фактично зосереджується її основна увага), «зміст», «мова», «інтерпретація», «герменевтичне коло» тощо. Дещо пізніше сформувалася юридична герменевтика, основною метою якої є дослідження питань, пов'язаних переважно з тлумаченням юридичних текстів.

Свого розквіту герменевтика досягла на початку XIX століття, увібравши у себе досягнення філософії, філології та юриспруденції. Творцем теорії інтерпретації в дусі герменевтичних ідей вважається німецький філософ, філолог і теолог Ф. Шлейєрмахер. Помітний внесок в її розвиток зробили М. Вебер, Г. Зіммель, М. Хайдеггер, Г.-Г. Гадамер та ін.

Як Ф. Шлейєрмахер, так й інші представники герменевтики, неодноразово наголошували на тому, що природа тлумачення не зводиться до науки, вона має також ознаки мистецтва. Дедалі більше прихильників

такого погляду на природу тлумачення існує в сучасному правознавстві, щоправда, переважно зарубіжному. Як синтез науки і мистецтва розглядається також герменевтика.

Для поглибленого осмислення особливостей методології юридичного тлумачення, як і природи права загалом, істотне значення має поняття розуміння. Більше того, саме у правозастосовній і правотлумачній діяльності ознаки розуміння, тобто світоглядні позиції суб'єкта тлумачення, його моральні і політичні погляди, ментально-цивілізаційні особливості, стиль правового мислення дістають прояв найбільш яскраво. Пристосування юридичної норми, яка має загальний характер, до конкретної правової ситуації вимагає від суб'єкта тлумачення врахування безлічі чинників – самого змісту норми, яка застосовується, її відповідності загальним принципам права та іншим цінностям, суспільним реаліям тощо. Сам по собі закон ніколи не є єдиним і достатнім для прийняття правового, обґрунтованого рішення.

Подібно до акторів чи музикантів, які мають безліч способів зіграти п'єсу чи музичний твір у власній інтерпретації (обробці, аранжуванні) і не завжди точно відтворюють авторський текст, суб'єкти тлумачення – «правові актори» також, як правило, «грають п'єсу закону» більшою чи меншою мірою відмінно від його буквального тексту, яким його написав законодавець. Головне полягає у тому, щоб така гра «правових акторів» не порушувала загальної гармонії права, тобто узгоджувалася з «музикою» правової системи.

У зв'язку з цим не можна не згадати сформульовану свого часу Ф. Шлейєрмахером основну мету герменевтичного методу: інтерпретатор повинен зрозуміти автора та його працю краще, ніж він сам її розуміє, що набуває все більшого поширення в юриспруденції. Чи не найвлучнішим у цьому плані є висловлювання Г. Радбруха про те, що «інтерпретатор може розуміти закон краще, ніж його творець, закон може бути мудрішим ніж його автор – він, власне, мусить бути мудрішим ніж його автор»¹.

Така мудрість при тлумаченні правових норм особливо вимагається в умовах підвищеного динамізму суспільного життя, за яким не завжди встигає законодавець.

¹ Радбрух Г. Философия права. – М., 2004. – С. 107.

15.6. Статичний і динамічний підходи до тлумачення правових норм

Статичний підхід полягає у тому, що суб'єкт тлумачення має тлумачити норми права, виходячи з того, що їх зміст залишається незмінним, тобто таким, яким його виклав у тексті закону сам законодавець. Тому воля законодавця, втілена в нормах закону при його прийнятті, не може коригуватися тими, хто його тлумачить, пристосовуватися до економічних, політичних та інших умов суспільного життя, що змінюються. Цей підхід, хоч і переслідує, здавалося б, благородну мету – забезпечити максимальну стабільність правового регулювання, призводить в кінцевому підсумку до надмірної формалізації і догматизації права.

На відміну від закону, текст якого є застиглим, здатним відставати від суспільного життя, право є явищем динамічним, яке має йти, як неодноразово підкреслював у своїх рішеннях Європейський суд з прав людини, «в ногу з обставинами, що змінюються», тобто змінюватися відповідно до зміни суспільних відносин, які воно регулює. Приведення права у відповідність зі зміненими суспільними умовами і потребами людей можливе двома шляхами – за допомогою прийняття нового закону, що з огляду на особливості законодавчого процесу та інші чинники далеко не завжди можна зробити вчасно, та шляхом тлумачення, пристосовуючи незмінний текст закону чи окремих його положень до нових умов та відносин, що змінилися. Це якраз і досягається за допомогою **динамічного підходу** до тлумачення правових норм.

Тим часом на пострадянському просторі ставлення до нього нерідко залишається негативним. Як зазначає, зокрема, один з провідних спеціалістів з проблем тлумачення О.Ф. Черданцев, «з точки зору принципів правової держави за наявності сучасного законодавства динамічні тенденції мають безумовно відхилятися»¹. Навряд чи таке категоричне заперечення динамічного підходу можна вважати обґрунтованим. В умовах дедалі динамічнішого суспільного життя і пов'язаного з ним швидкого застарівання законодавства та іншого нормативного матеріалу динамічний підхід до тлумачення є неминучим. Інша річ, що для його використання необхідний високий рівень професіоналізму правозастосувачів, формування у них нового стилю правового мислення, з

¹ Черданцев А.Ф. Толкование права и договора. Учебное пособие. – М., 2003. – С. 81, 82.

одного боку, орієнтованого на подолання досі домінуючих у вітчизняній юриспруденції формально-догматичних підходів до тлумачення, на утвердження людиноцентристського праворозуміння, що є сьогодні визначальним для феномену тлумачення, а з іншого – усвідомлення того, що свобода правозастосувача в процесі тлумачення не є безмежною.

15.7. Тлумачення і правотворчість

Питання про межі тлумачення правових норм є чи не найскладнішим для феномену (процесу) тлумачення. Його суть зводиться до того, чи допустиме в процесі тлумачення внесення змін в чинні норми, а тим більше створення нових норм права.

Попри досить давню історію, погляди на це питання і сьогодні істотно різняться. Одні, як правило представники неопозитивістських течій в юриспруденції, вважають, що тлумачення і правотворчість несумісні, інші – дотримуються думки, що тлумачення, принаймні судове, і правотворчість нероздільні. Такий погляд на співвідношення судового тлумачення і правотворчості характерний нині не тільки для представників англо-саксонської правової системи, для якої *judge-made-law*, тобто право, створене суддями (судове право), є традиційним, а й здобуває дедалі більше прихильників в загальнотеоретичному правознавстві країн континентальної Європи.

Більш реалістичний підхід до співвідношення судового тлумачення і правотворчості спостерігається останнім часом також на пострадянському просторі, зокрема в Україні (С.В. Шевчук, В.М. Ватаманюк та ін.). Однак у вітчизняному загальнотеоретичному і галузевому правознавстві продовжує переважати традиційно-позитивістський підхід до вирішення вказаного питання: тлумачення, включаючи судове, не вносить і не може вносити будь-яких змін у чинні норми.

Не зупиняючись на детальному аналізі зазначених позицій, відзначимо основні моменти, які важливо враховувати при правозастосовному, насамперед судовому тлумаченні.

Правотворчість, безперечно, не є функцією (тобто одним із основних напрямів діяльності) правозастосовних органів, у тому числі судів, включаючи Конституційний Суд України з його особливими повноваженнями в сфері тлумачення та найвищий судовий орган в системі судів загальної юрисдикції – Верховний Суд України. Наділення їх такою

функцією дійсно суперечило б принципу розподілу влади, на що цілком слушно звертають увагу противники судової правотворчості. Тому механічно переносити на вітчизняну правову систему, як і на континентальну правову сім'ю, зміст англійського *judge-made-law* справді некоректно. Разом з тим було б спрощенням розглядати правозастосовну, особливо судову практику і тим більше практику органів конституційного контролю – конституційних судів, як щось таке, що стоїть поруч і окремо від процесу правотворення. Наявність у правотлумачній діяльності елементів правотворення – не аномалія, як це все ще нерідко кваліфікується у вітчизняній літературі, а об'єктивна необхідність, яка хоч і має свої межі, проте повністю не може бути виключеною з діяльності конституційних судів і судів загальної юрисдикції, оскільки закладена в самій природі їхньої діяльності.

Це обумовлено кількома причинами. По-перше, пошук права не є виключно завданням законодавчих та інших правотворчих органів. Це завдання кожного юриста, який бере участь у розгляді тієї чи іншої конкретної справи – будь-то адвоката, прокурора чи тим більше – судді. Цей пошук не обмежується формально-логічним аналізом тексту закону чи іншого нормативного акта, а часто вимагає звернення до нормативного матеріалу, що знаходиться за межами відповідних текстів національного законодавства – загальних принципів права, які, як свідчить історичний досвід, нерідко формулюються за безпосередньої участі судів і не завжди знаходять пряме чи опосередковане закріплення в конституціях і законах, міжнародній судовій практиці тощо. Уявлення, що така інтелектуальна діяльність не привносить нічого нового в національне право (національну систему права) – це ілюзія.

По-друге, звернення судів до правотворення зумовлено тим, що норми Конституції, до яких вдаються суди в своїй правозастосовній, зокрема правотлумачній, діяльності, це норми прямої дії, що зафіксовано у статті 8 Конституції України. Звернення до суду для захисту конституційних прав безпосередньо на підставі Конституції гарантується державою незалежно від того, конкретизовані її норми (а вони, як правило, викладені в доволі абстрактній формі) в поточному законодавстві, чи ні. За умов таких звернень (а вони мали місце також в українській судовій практиці, хоч і нечасто) місію конкретизації конституційних норм змушені брати на себе суди, зокрема Конституційний Суд України.

За своєю ґносеологічною (пізнавальною) природою і своїми юридичними наслідками така конкретизація не відрізняється від правотворчої діяльності державних правотворчих органів, хоч процедура та форма викладу нормативного матеріалу мають істотні відмінності.

По-третє, без елементів правотворчості не можна обійтись в процесі офіційного тлумачення Конституції і законів Конституційним Судом. Адже воно має на меті, як правило, подолання невизначеності тих чи інших положень Конституції і законів, розкриття, з'ясування і роз'яснення їх об'єктивного внутрішнього змісту, який не зводиться до виявлення «волі конституцієдавця чи законодавця на момент прийняття акта» (історичного законодавця), а передбачає з'ясування глибинного змісту самого акта з урахуванням змін, які відбулися в суспільному житті після його прийняття. Отже, як зазначав у своїх рішеннях Європейський суд з прав людини, будь-який закон має тлумачитися у світлі умов сьогодення, тобто в процесі тлумачення відповідно до духу часу може змінюватися дух закону, що тлумачиться, чи окремі його положення. А це, як зазначалося, не може не супроводжуватися привнесенням у його зміст «без відповідних словесних змін» нових моментів, про виникнення яких історичні конституцієдавець чи законодавець могли навіть не здогадуватися.

По-четверте, необхідність у судовій правотворчості виникає й тоді, коли в процесі судового тлумачення доводиться долати прогалини в законах та інших нормативних актах. Прийнято вважати, що прогалини в нормативно-правовому регулюванні долаються з допомогою такого інструменту як аналогія. Вона (навіть аналогія закону, не кажучи вже про аналогію права) не є суто механічною процедурою, що ґрунтується на формально-логічних міркуваннях. Це завжди творчий процес, який має враховувати моральні, політичні, економічні передумови та цінності, що нерідко перебувають за межами позитивного права, тобто не обмежуються формально-логічними операціями. І хоч у таких ситуаціях суди мають діяти особливо виважено і обережно, про що мова піде нижче, відмовити у правосудді, посилаючись на відсутність у законі відповідних положень (норм), суд не може. Це вже стало аксіомою.

Можна, очевидно, дискутувати з приводу точності вживаної у таких випадках термінології – оперувати терміном «судова правотворчість» чи більш коректним терміном «судове правотворення», який використовувався ще в радянські часи, або ще обережнішими термінами «судова добудова права», «судовий розвиток права», як це має місце, зокрема, у німецькій літературі¹. Проте заперечувати очевидні факти виходу судового тлумачення за межі з'ясування і роз'яснення волі конституцієдавця чи законодавця, наповнення відповідних конституцій-

¹ Циппеліус Р. Юридична методологія. – К.: Реферат, 2004. – С. 67–124.

них чи законодавчих положень, що тлумачаться, змістом, який часто відрізняється від змісту, що вкладався у них конституцієдавцем чи законодавцем, означає залишатися на позиціях крайнього формалізму і догматизму, не сумісних з сучасними уявленнями про право та місце у ньому людини.

Сказане зовсім не означає, що судові тлумачення – правотворення чи судова «добудова» і «розвиток» права не мають меж і визначаються виключно судовим розсудом.

По-перше, тлумачення, яке виходить за межі тексту закону чи іншого нормативно-правового акта, «добудовує» і розвиває їх положення, не може порушувати єдності правової системи, тобто має уникати логічних суперечностей між цілями норм, що тлумачаться, і загальними цілями права, узгоджуватися з цінностями, закладеними в правову систему, уособленням яких у демократичному суспільстві є насамперед Конституція. Дотримання цих цінностей, які забезпечують наскрізну єдність правової системи, – одна з основних цілей будь-якого тлумачення.

По-друге, тлумачення-правотворення не повинно йти далі, ніж це потрібно для забезпечення стабільності права. Будь-яке тлумачення має підпорядковуватися утвердженню принципу правової певності, тобто впевненості людей у тому, що їхнє правове становище не буде погіршене. Звідси випливають відповідні вимоги до тлумачення, сформульовані, зокрема, у рішеннях Європейського суду з прав людини. Серед них відзначимо такі, як:

- права і свободи людини не можуть бути обмежені шляхом тлумачення у процесі правозастосовних практик;
- тлумачення не може призводити до звуження змісту та обсягу прав і свобод, спотворювати розуміння їх сутності;
- всі сумніви, що виникають в процесі інтерпретації норм, які регулюють відносини держави і громадянина, мають тлумачитися на користь громадянина;
- всі дозволи щодо громадян необхідно тлумачити або буквально, або ж розширювально, проте аж ніяк не обмежувально. Обмеження дозволів – це виняткова сфера законодавця, а не судового тлумачення.

По-третє, винятковою сферою законодавця є також усунення певних прогалин в законах. Хоч поширена у вітчизняному правознавстві думка про те, що аналогія закону і аналогія права взагалі не стосуються кримінального права, залишається небезспірною, проте не можна не визнати, що застосування аналогії у кримінальному праві є вкрай обмеженим.

Відповідно до відомого ще з давніх часів принципу *nullum crimen, nulla poena sine lege* (без закону немає ні злочину, ні покарання), який, хоч і опосередковано, знайшов своє відображення у пункті 22 статті 92 Конституції України та в Рішенні Конституційного Суду України від 30 травня 2001 року, суду забороняється, зокрема, застосовувати аналогію закону у випадках виявлення прогалин в кримінальному законі, що стосуються кваліфікації складу злочину, визначення міри покарання за нього тощо. Не можуть створюватися чи навіть змінюватися склади правопорушень та встановлюватися санкції за них на підставі аналогії закону також в адміністративному, податковому та інших галузях публічного права. Це відповідно до згаданого пункту 22 статті 92 Конституції України також є прерогативою законодавця.

Недопустиме для суду й створення в процесі правозастосовної і правотлумачної діяльності правових підстав (квазіном, правоположень тощо) для втручання у сферу прав і свобод інших осіб, якщо відсутні застереження щодо допустимості подібних втручань в конституції¹.

Можна, очевидно, назвати й деякі інші обставини, що обумовлюють обмеженість елементів правотворчості судів. Однак навряд чи можна вважати обґрунтованими пропозиції, які інколи мають місце в пострадянській літературі, про необхідність чіткого визначення меж інтерпретаційної і правотворчої судової діяльності, зокрема діяльності конституційних судів, законом. Між судовим тлумаченням і правотворенням межі настільки тонкі і рухливі, що їх більш-менш повна регламентація законом неможлива. У кращому разі законом можуть бути зафіксовані лише загальні критерії, якими мали б керуватися суди при визначенні меж своєї інтерпретаційної і правотворчої діяльності. Основним же принципом такої діяльності має залишатися принцип самообмеження. Суди можуть звертатися до «добудови» і розвитку права (правотворення) лише тоді, коли на основі всебічного зважування аргументів «за» і «проти» вони доходять висновку, що без елементів правотворення реалізація того чи іншого права людини майже неможлива, інакше кажучи, коли аргументи забезпечення прав людини виявляються вищими (переконливішими) в ієрархії цінностей за аргументи дотримання принципу розподілу влади в конкретній ситуації. Права людини – це і є той базовий критерій, який визначає межі судового тлумачення і правотворення.

¹ Циппеліус Р. Юридична методологія. – К.: Реферат, 2004. – С. 75.

Розділ 16

ТЕОРІЯ ЮРИДИЧНОЇ АРГУМЕНТАЦІЇ

Аргументація (від лат. *argumentatio*) – наведення доказів з метою обґрунтування певної думки, зміни позиції чи переконання іншої сторони.

Доказ (від лат. *confirmatio, demonstratio*) – основане на фактах чи інших аргументах судження, спрямоване на обґрунтування чи спростування певних тверджень.

16.1. Становлення та еволюція вчення про юридичну аргументацію: від стародавніх філософських шкіл до складової загальної теорії права

Проблема юридичної аргументації тісно пов'язана з проблемою юридичного тлумачення. Як і остання, вона має глибокі історичні коріння, які сягають ще часів античності. Особливо важливе значення для становлення політичної і правової аргументації та започаткування вчення про неї мало зародження демократії, яке пов'язане з майдами Стародавньої Греції. Публічні політичні диспути, побудоване на змаганні сторін судочинства стимулювали потяг до інтелектуальної діяльності, до аналізу і систематизації нагромаджених в процесі цих диспутів і судових дебатів ідей та вироблення відповідних навиків і правил політичних і правових дискурсів (від лат. *discursus* – міркування) та вдосконалення ораторських промов.

У зв'язку з тим, що далеко не всі громадяни володіли ними, досить швидко виникла потреба у навчанні риториці і аргументації. Першими, хто взяв на себе цю місію, були давньогрецькі софісти – професійні вчителі філософії і красномовства другої половини V століття – першої половини IV століття до нашої ери. Проте їх навчання зводилося здебільшого до підготовки текстів промов та вивчення їх напам'ять учнями або ж до застосування різних квазілогічних хитрощів, які створювали видимість обґрунтування чи спростування будь-чого. Зрозуміло, що для успіху в диспутах та судових дебатах, які часто вимагали спритності розуму і миттєвої реакції на аргументи опонента, цього було явно недостатньо. Поставала суспільна потреба в теорії і технології дискурсів.

Попри те, що інтелектуальні вправи щодо них ґрунтувалися переважно на політико-правових аспектах тогочасної соціальної діяльності, формування теорії юридичних дискурсів не було відокремлене від становлення загальної теорії аргументації. Воно почалося з стародавніх філософських шкіл.

Серед них необхідно відзначити насамперед **школу логіки**, основоположником якої був видатний давньогрецький філософ і вчений Аристотель. Він же був творцем силогістики – особливого вчення про логічну дедукцію в судженнях.

У формальній логіці і силогістиці переконливість міркувань ґрунтується на демонстрації їх формальної правильності, тобто суворій відповідності правилам умовиводів, побудованих на дедукції (виведення з більшого засновку меншого), яка виступає основним засобом доведення. Саме вона переважно визначала суть аргументації на етапі становлення її теорії.

Проте вже в античні часи виникли сумніви щодо здатності силогістики задовольнити потреби юриспруденції. Особливо вразливою вона ставала в умовах інтенсивного проникнення у сферу філософії і правознавства ідей природного права – справедливості, свободи, рівності, палким прихильником яких був сам Аристотель. Стало зрозумілим, що без врахування впливу цих та інших ідей, як і правосвідомості загалом, на аргументацію в процесі публічних диспутів і судових дебатів розраховувати на її переконливість важко. У зв'язку з цим до теорії аргументації залучаються нові засоби і прийоми, які ґрунтуються не тільки на формально-логічних правилах силогістики, а й на схильності до діалогу між учасниками диспутів та дебатів, намаганні досягти взаєморозуміння. Цей аспект обґрунтування тісно пов'язаний з зародженням та розвитком риторики, діалектики і топіки, без опори на які уявити собі сучасну теорію юридичної аргументації неможливо.

Риторика (від гр. *rhetorike* (ῥητορικὴ) – вчення про ораторське мистецтво, започатковане Аристотелем у його праці з аналогічною назвою і розвинуте визначними римськими ораторами і теоретиками ораторського мистецтва Цицероном і Квінтіліаном. Вони залишили після себе ряд трактатів з риторики, які не втрачають свого значення й сьогодні. Згодом риторика як вчення вийшла далеко за межі ораторського мистецтва, включивши в свою орбіту цілий комплекс питань, пов'язаних зі збором матеріалу, його обробкою, вираженням у відповідних текстах, їх стилем тощо.

Діалектика (від гр. *dialektike* (διαλεκτική) – мистецтво вести бесіду (спір), ґрунтується на переконанні співрозмовника. З самого початку її розуміли як мистецтво показу переваги одного аргумента над іншими. Найважливіші етапи її історії тісно пов'язані з іменами того ж Аристотеля та інших давньогрецьких мислителів – Геракліта, Платона, Прокла, Сократа, а в більш пізні часи – зі школою німецької класичної філософії (І. Кант, Й.Г. Фіхте, Ф.В. Шеллінг, Г. Гегель та ін.). Хоч діалектика за середньовічною традицією суто ототожнювалася з логікою, вона не обмежувалася суто дедуктивним методом, властивим формальній логіці, а обґрунтовувала необхідність застосування індуктивного методу, інколи схилиючись навіть до його універсальності.

Відповідно до цього методу відправною точкою в аргументації (міркуваннях) є спостереження фактів і явищ, від яких переходять до встановлення загальних правил, тобто, на відміну від дедуктивного методу, діють у зворотному напрямі – від висновку до засновку. Інакше кажучи, діалектика, не відкидаючи силогізму, акцентує увагу на методах ведення дискусії, які ґрунтуються не тільки на силогізмі, а й на сукупності доводів, що використовуються в спорі, враховуючи при цьому різноманітність, динаміку, безперервний рух явищ і процесів, що мають істотне значення, зокрема, для правового дискурсу.

Нарешті, не можна не відзначити впливу на формування теорії аргументації так званої **топіки** (від гр. *topos* (τόπος) – що дослівно означає місце). Топіка становить собою певну техніку тісно пов'язаного з логікою, риторикою і діалектикою проблемного мислення, яка істотно залежить від «місця», що використовується для знаходження доказів і застосування аргументації. Тобто важливою умовою правильності і переконливості міркувань є знання контексту, в якому формулюється відповідна аргументація.

Зародженню топіки як теорії дискурсу ми знову-таки маємо завдячувати Аристотелю. Їй присвячено його окремий трактат «Топіка» в логічному зводі «Органон». У ньому детально проаналізовані практичні

ситуації, в яких застосовується логіка, описані типові логічні помилки та засоби їх недопущення і розглянуті різні форми діалектичних умовиводів, які виходять за межі формальної логіки, оскільки опираються на певні світоглядні позиції та існуючу реальність. Отже, топіка розвиває діалектичний підхід до міркувань та обґрунтувань.

Започатковані в античні часи основи теорії аргументації були розвинуті в наступні історичні епохи. Причому визначальний вплив на неї продовжували здійснювати позитивістські і неопозитивістські напрями та течії – аналітична філософія, логічний позитивізм, лінгвістична філософія, логічна семантика тощо, які ґрунтувалися переважно або й виключно на традиційній логічній структурі мислення, в основі якого лежали силогістичні методи. Намагання доповнити цей вплив засобами і методами непозитивістського спрямування, зокрема, неформальної логіки, антропології тощо, нерідко призводили до суперечностей, неузгодженостей, що негативно позначалося на авторитеті філософської аргументації серед правників. Не сприяла йому й надмірна абстрактність філософських суджень, їх відірваність від юридичної практики.

Не дивно тому, що попри зростання кількості публікацій та різних заходів – семінарів, конференцій, симпозіумів тощо, присвячених теорії аргументації, впливу на юридичну практику вони майже не мали. Більшість юристів-практиків про здобутки філософської аргументації або ж не знала зовсім, або, якщо й знала, то не використовувала їх. Скептичне ставлення юристів поширювалося також на логіку (навіть під назвою «юридична») та її значення для правової теорії й практики. Властива їй орієнтація на традиційні засоби силогістики та інші позитивістські інструменти перетворювали її, за влучним висловом одного з основоположників соціологічної школи права Р. Паунда, на «механічну юриспруденцію»¹.

І це при тому, що теорія аргументації у зв'язку з помітним урізноманітненням і зростанням динамізму правового життя та, відповідно, ускладненням юридичної практики набувала все більшої актуальності для юриспруденції.

Значному пожвавленню інтересу до теорії аргументації, передусім юридичної, після Другої світової війни сприяв масовий рух проти позитивізму, котрий, за висловом визначного німецького філософа права

¹ Pound R. Mechanical jurisprudence. Columbia Law Review, 1908, pp. 605–623. Цит. за Титов В.Д. Юридическая логика в США. – Харьков, 2007. – С. 23.

Г. Радбруха (який, до речі, також тривалий час стояв на позитивістських позиціях) «позбавляв сил і здатності протистояти зловживанням нацистського законодавства»¹, за допомогою якого часто схвалювалися нацистські злочини проти людства і людяності.

Пошук нових концептуальних підходів до теорії аргументації стимулювало також певне розчарування герменевтикою, значення здобутків якої, як і будь-якої відносно нової філософської течії, тривалий час перебільшувалося в гуманітарних науках, у тому числі в правознавстві.

Під впливом вказаних факторів почала формуватися теорія власне юридичного дискурсу, відносно автономного від загального філософського дискурсу. Особливої активності цей процес набув у другій половині ХХ століття. Саме в цей час закладаються основи концепції юридичної аргументації як самостійного напрямку загальнотеоретичного правознавства і навчальної дисципліни. До створення цієї концепції доклали зусиль вчені різних країн – Ж. Дабен, М. Калиновські (Франція), Х. Перельман (Польща, Бельгія), Фон Райт (Фінляндія), Р. Алексі, Ю. Габермас, А. Кауфманн, Г. Струк (ФРН), Р. Дворкін, Ф. Шауер (США), та ін.

Важливою віхою на шляху формування теорії юридичної аргументації стала, зокрема, концепція «нової риторики» Х. Перельмана, викладена у роботі «Нова риторика. Трактат з аргументації», написаній разом з Л. Ольбрехтс-Титекою і опублікованій у 1958 році. Спираючись на традиції античної риторики Аристотеля, Цицерона і Квінтіліана, Х. Перельман запропонував доповнити теорію демонстративного доведення, що ґрунтувалася на формальній логіці, « новою риторикою », метою якої є переконання за допомогою дискурсу, побудованого не тільки на аналітичних доказах, оснований на логіко-раціональному мисленні, а й на використанні прийомів ораторського мистецтва, здатних переконати аудиторію, психологічно схилити її на свій бік. «Нова риторика» розуміється як теорія аргументації для гуманітарних наук, політичної, юридичної та іншої суспільної діяльності, відмінна від теорії математичного доведення, яка на той час була досить поширеною в різних науках. Свій подальший розвиток концепція «нової риторики» Х. Перельмана отримала в його вже індивідуальній праці «Юридична логіка. Нова риторика», виданій у 1979 році. У ній він переконливо доводить, що юридична логіка і ри-

¹ Радбрух Г. Философия права. – М., 2004. – С. 232, 235.

торика мають ґрунтуватися не на дедукції, побудованій виключно за формально-сигістичною моделлю, оскільки право далеко не завжди піддається логічним рішенням, отриманим дедуктивним шляхом, а на сукупності суджень, які надають аргументи, що гарантують цінність висновку¹. На думку Х. Перельмана, у праві нерідко трапляються випадки, коли логічно вразливий аргумент може виявитися «риторично ефективним».

Важливим внеском в становлення і розвиток теорії юридичної аргументації, розуміння її моделей, складових, критеріїв тощо стала праця одного з провідних теоретиків права сучасної Німеччини Р. Алексі «Теорія юридичної аргументації. Теорія раціонального дискурсу як теорія юридичного обґрунтування»².

Унікальними для поглибленого розуміння особливостей судової аргументації, особливо «в складних випадках», є праці відомого американського теоретика права Р. Дворкіна. Хоч здебільшого вони становлять собою порівняно невеликі за обсягом статті, які написані до того ж на матеріалах судової практики англо-американської правової системи (з використанням інколи специфічної для неї термінології)³, їх значення для теорії юридичної аргументації дуже важливе. Поступово з'являються серйозні публікації з зазначеної проблематики також в постсоціалістичних країнах⁴.

Відповідні розділи чи теми, що стосуються теорії юридичної аргументації загалом або окремих її аспектів, дедалі частіше включаються в навчальні посібники і підручники із загальної теорії права та інших юридичних дисциплін⁵. Ця проблематика не лише жваво обговорюється в середовищі юристів-науковців і практиків, а й вводиться в навчальні плани підготовки майбутніх правників європейських і американських університетів у вигляді самостійних спецкурсів.

¹ Perelman Ch. Logique juridique – nouvelle rhétorique (2 ed 1978). – С. 7.

² Alexy R. Theorie der Juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der Jurischen Begründung. Frankfurt am Main, 1991.

³ Див. детальніше: Титов В.Д. Юридическая логика в США. – С. 153–162.

⁴ Див., наприклад: Grabowski. Dyskurs prawniczy, jako przypadek szczególny ogólnego dyskursu praktycznego: Studia z filozofii prawa 2. Krakow 2003; Stelmach J., Brozek B. Metody prawnicze. Krakow 2006. – С. 161–220.

⁵ Див., наприклад: Бержель Ж.-Л. Общая теория права. Пер. с франц. – М., 2000; Bruckel S., Christensen R., Fischer-Lescano A. Neue Theorien des Rechts Stuttgart 2009; Mastronardi P. Angewandte Rechts-theorie. Bern-Stuttgart-Wien, 2009. – Р. 270; Циппеліус Р. Юридична методологія. – К.: Реферат, 2004.

Цього, на жаль, не можна сказати про Україну, незважаючи на те, що вона мала давні традиції як викладання мистецтва ведення диспутів, так і його практичного застосування. Курс риторики, як свідчать дослідження, був одним з основних курсів, які викладалися спудеям вже з початку заснування Києво-Могилянського колегіуму (на початку XVII століття), перетвореного 1701 року на Академію, а публічні диспути – головною формою навчання в них, що цілком відповідало традиціям європейських вищих навчальних закладів того часу.

Академічні диспути відбувалися дуже урочисто в найбільшій конгрегаційній залі Академії, їх із задоволенням відвідували освічені кияни, почесні гості¹. Існували також посібники з риторики, підготовлені викладачами Академії. На жаль, після ліквідації Академії ці традиції втрачені. Ситуація, яка склалася в Україні в наступні століття, не сприяла їх відновленню.

З огляду на ряд причин це тим паче стосується теорії юридичної аргументації. Вона до цього часу не привернула до себе належної уваги представників загальнотеоретичного правознавства. Її практично-прикладні аспекти не стали також предметом глибоких досліджень галузевих наук.

Як правило, питання, що стосуються теорії правового дискурсу, розглядаються в межах традиційної або ж юридичної логіки, яка представлена нині переважно фахівцями – логіками і філософами. Ними опубліковано ряд ґрунтовних праць, серед яких слід відзначити, зокрема, праці В.Д. Титова [10].

Здавалося б, проблема юридичної аргументації мала б стати складовою правової деонтології. Проте, попри помітне зростання кількості підручників і навчальних посібників з названої навчальної дисципліни в Україні, ця проблематика у них практично оминається. Навіть у тих випадках, коли юридична деонтологія визначається як галузь юридичної науки, що узагальнює систему знань про мудрість спілкування та мистецтво прийняття вірного рішення в юридичній практиці², цьому мистецтву приділено вкрай мало уваги. Решта навчальних посібників і підручників з юридичної деонтології охоплюють її предметом систему

¹ Див., наприклад: Хижняк З.І., Маньківський В.К. Історія Києво-Могилянської Академії / Києво-Могилянська академія. Навчальний процес. Класи поетики і риторики. Клас філософії. Філософська думка в Академії. – К.: Вид. дім «КМ Академія», 2003. – С. 77–82.

² Горшенев В.М. Юридическая деонтология. – К., 1988. – С. 8.

загальних знань про юридичну науку та юридичну практику, вимоги до професійних та особистих якостей юриста, систему, форми, методи та засоби підготовки юристів-професіоналів тощо. Про теорію юридичної аргументації серед питань, що становлять предмет юридичної деонтології, навіть не згадується. Відсутня ця тематика також у змісті підручників і навчальних посібників з названої дисципліни.

Не надто просувають по шляху поглибленого розуміння особливостей теорії правової аргументації також поодинокі теоретико-правові та галузеві дослідження, присвячені, зокрема, проблемам юридичної риторики.

Ще гірше виглядає ситуація з юридичною аргументацією рішень в процесі правозастосування, передусім судового. Це свідчить про необхідність активнішого звернення до цих проблем на всіх рівнях – наукових теоретико-правових досліджень, юридичної освіти, практичної юридичної діяльності.

16.2. Моделі (типи) юридичної аргументації

В логіці, зокрема юридичній, та в працях, спеціально присвячених теорії правової аргументації, можна зустріти різні підходи до її типології. Чи не найпоширенішим серед них є виокремлення двох основних моделей (типів) юридичної аргументації – силогістичної і дискурсивної.

Перша з них часто іменується монологічною (від слова «монолог»), а друга – діалогічною (від слова «діалог») або ж власне аргументаційною. Відмінності між ними випливають з самої назви. В основі першої лежить розгорнуте міркування однієї особи, а другої – прагнення учасників до діалогу, узгодження висхідних засновків, їх тлумачення. Більш широкий підхід до типології юридичної аргументації запропонований Р. Алексі. Він виокремлює, зокрема, дедуктивну модель, модель прийняття рішень, герменевтичну модель та модель когерентності¹. У юридичній літературі має місце й інша типологія юридичної аргументації: її поділ на теоретичну і практичну, матеріальну і процесуальну тощо.

Алекси Р. Юридическая аргументация как рациональный дискурс / Пер. с нем. М.В. Антонова // Российский ежегодник права. – 2008. – № 1. – С. 447–451.

На основі узагальнення висловлених в літературі позицій зупинимося головним чином на характеристиці чотирьох типів (моделей) юридичної аргументації, які з певною часткою умовності можна назвати дедуктивною, індуктивною, герменевтичною та цілісною (когерентною).

Дедуктивна модель, як випливає з вищевикладеного, є однією з найстаріших (чи навіть найстарішою). Вона ґрунтується на правилах силогізму: рішення будь-якого правового казусу, яке за названими правилами розглядається як менший засновок (висновок), виводиться з чинної юридичної норми – більшого засновку. Дедуктивна модель юридичної аргументації характерна переважно для концепції юридичного позитивізму та його варіантів, зокрема так званої юриспруденції понять. Відповідно до цієї моделі право розглядається як внутрішньо узгоджена, замкнена система, тобто законодавцем у створюваних ним нормах передбачене все, тому з них дедуктивним шляхом за допомогою суто логічних операцій можна вивести відповідь на будь-яке питання. Роль суду за названого підходу зводиться виключно до «вуст закону», тобто фактично до пасивного його застосування – виведення рішення з норм позитивного права.

Аргументація, побудована виключно на правилах формальної логіки, накладає на право відбиток догматизму, який несумісний із складним характером реальної дійсності і гнучкістю життя, з динамізмом самого права. Як підтверджує практика, воно дає безліч прикладів порушення логічних правил, отриманих дедуктивним шляхом. Дедуктивна модель не враховує наявності колізій між нормами, можливості формулювання правозастосовних рішень всупереч дослівному тексту норм (*contra legem*), зокрема у випадках їх застарілості, невідповідності правовим цінностям тощо. Тому зведення права до формальної логіки, як зазначає Ж.-Л. Бержель, суперечить головній спрямованості будь-якої юридичної системи¹.

Зважаючи на суттєві недоліки дедуктивної моделі, вона вже давно не розглядається як визначальна, а тим паче вичерпна модель правозастосування, хоч її гіпертрофований вплив на юридичну аргументацію досі до кінця не подоланий, особливо у вітчизняній юриспруденції, про що йтиметься далі.

Індуктивна модель юридичної аргументації виникла як реакція на недосконалість дедуктивної моделі і по суті ґрунтується на протилежних їй засобах і прийомах юридичного дискурсу. Її формулювання і ос-

¹ Бержель Ж.-Л. Общая теория права. – М., 2000. – С. 471.

таточне утвердження тісно пов'язане із становленням і розвитком соціологічної юриспруденції та її варіантів – від школи вільного «живого права» Є. Ерліха та Р. Паунда до американської і скандинавської шкіл правового реалізму.

Є. Ерліх, хоч і не був першим, хто піддав різкій критиці формально-логічну «абстрактно-дедуктивну», за його оцінкою, тобто відірвану від реальної дійсності, юриспруденцію, проте саме він своїм пошуком «живого права» в реальному суспільному житті сприяв звільненню юриспруденції від надмірного впливу на неї формальної логіки і силогістики.

Абстрактно-дедуктивна юриспруденція, за Є. Ерліхом, вступає у суперечність зі всією сучасною наукою, в якій переважає індуктивний метод. Звідси центр ваги розвитку права переноситься ним з формально встановлених державою норм в суспільство, у соціальні відносини, які породжують право. «Живе спостереження за юридично значущими людськими відносинами, узагальнення даних такого спостереження і виведення з нього рішення – це становить компетенцію юриспруденції», – писав Є. Ерліх в своїй найбільш відомій фундаментальній праці «Основи соціології права»¹.

Ідеї Є. Ерліха були розвинуті його послідовниками – Ф. Жені, Г. Канторовичем та ін. Вони слідом за Є. Ерліхом переконливо доводили, що судді при прийнятті рішень не обмежуються суто логічною операцією «виведення» з більшого засновку – норми закону чи іншого нормативного акта, а мають враховувати моральні, політичні, економічні передумови та цінності, що перебувають за межами позитивного права.

Особливо актуальними для сьогодення є висновки Є. Ерліха та його послідовників про те, що закон не є єдиною і виключною підставою для прийняття рішення; необхідна адаптація тексту закону до потреб часу шляхом його тлумачення. Ці висновки цілком співзвучні з сучасними теоріями динамічного (еволюційного) тлумачення та згадуваною вже позицією Європейського суду з прав людини, який в ряді своїх рішень наголошував на тому, що право – це живий інструмент, який має змінюватися відповідно до вимог часу.

Важлива роль в утвердженні подібних поглядів в західній юриспруденції належить реалістичній школі права. Представники правового

¹ Ehrlich E. Grukdlegung der Soziologie des Rechts. Wien. 1913. – S. 385. Цит. за Російський ежегодник теории права. – 2008. – № 1. – С. 385.

реалізму остаточно підірвали довіру до силогістичної моделі правового мислення, відкривши шлях до принципово іншого підходу до обґрунтування правових норм і судових рішень. В його основу покладений комплекс реальних дій офіційних осіб – застосування правових норм з урахуванням політичних, економічних, моральних, персональних та інших чинників судового процесу. Відповідно до поглядів реалістів право при вирішенні конкретних справ більше схоже на мистецтво, ніж на науку, яка виходить з загальновизнаних передумов.

Висновки правового реалізму спричинили істотний вплив на становлення і розвиток теорії юридичної аргументації. Нині у західному правознавстві фактично не піддається сумніву те, що «тексти законів... ніколи не втілюються в чистому вигляді в діюче право»¹, тобто один лише закон не є достатнім джерелом для конкретного правового рішення. Як явище конкретне право має зберігати зв'язок з реальним життям. Тому суд не може не брати до уваги реальний стан речей.

Школа правового реалізму виникла на ґрунті англосаксонської правової системи, правники якої, на відміну від правників континентальної Європи, яким традиційно був притаманний здебільшого дедуктивний стиль мислення, завжди в побудові своєї аргументації віддавали перевагу індуктивній логіці, тобто відштовхувалися не стільки від правової норми, скільки від фактів реального життя (звідси назва школи).

Проте ці відмінності нині не варто абсолютизувати, як це нерідко має місце у вітчизняній літературі. Континентально-європейські та англосаксонські правові системи, як зазначалося у розділі I, мають глибокі спільні історичні логіко-філософські і культурні традиції, які не можуть не впливати на аргументацію при ухваленні правових рішень. Такий вплив тим більше проявляється в умовах інтенсивних правоінтеграційних процесів, які вже порівняно давно охопили Європу.

Сьогодні практично всі правові системи Європи, попри відмінності між ними, орієнтовані на дедуктивно-індуктивні способи обґрунтування. Принаймні серед європейських правників існує згода у тому, що суд при розгляді справи, з одного боку, не може відриватися від реальності, він ніколи не повинен втрачати її з поля свого зору, більше того, передбачати практичні наслідки своїх рішень, а з іншого – має усвідомлювати, що надмірна орієнтація суду на реальність, яка відривається

¹ Кох Х., Магнус У., Винклер фон Моренфелье П. Международное частное право и сравнительное правоведение. – М., 2003. – С. 329.

від нагромаджених людством ідеалів і цінностей, концентрованим виявом яких є загальні принципи права, та від правових норм (як би по-різному їх не розуміли), не тільки не наближає до пошуку і утвердження права, а, навпаки, спроможна породити беззаконня і свавілля, схвалене до того ж рішеннями органу, який за своїм призначенням має уособлювати справедливість.

Сказане зовсім не означає, що в юридичній аргументації правників країн континентальної Європи та Британської співдружності (вони утворюють окремі масиви правових систем, про які йтиметься у розділі XIX) стираються будь-які відмінності. Такі відмінності, безперечно, існують і очевидно існуватимуть й надалі. Проте вони полягають не стільки у виключній або навіть переважній орієнтації на дедуктивну чи індуктивну модель аргументації, скільки в особливостях юридичної техніки: інструментах пошуку права, мові і стилі аргументації, ступені використання позаправових (зокрема, політичних і моральних) аргументів при ухваленні рішень тощо.

Як свідчить практика тлумачення та судової аргументації в європейських країнах, особливості останньої часто більше залежать не стільки від специфіки правових систем, притаманних їм традицій, звичаїв тощо, скільки від юридико-світоглядної позиції правозастосувача, підходу до праворозуміння, на основі якого вирішується справа.

Цікавою у цьому відношенні є гіпотетична «Справа спелеологів» (*«Case of Speluncean Explorers»*), розроблена Л. Фулером і розвинута в багатьох зарубіжних публікаціях. Згадується про неї також в окремих вітчизняних працях.

При розгляді гіпотетичних фактичних обставин цієї справи колегією суддів кожен з них застосовував той чи інший підхід до праворозуміння, відповідно до якого акцентував увагу на тих чи інших фактах. З огляду на це використовував різні інструменти аргументації своєї позиції та переконання аудиторії в її правильності¹.

В правозастосовній практиці пострадянських країн такі зрушення помітні значно менше порівняно з країнами Заходу. Більшість вітчизняних правозастосувачів, у тому числі суддів, продовжують віддавати перевагу формально-логічним прийомам аргументації, відірваним від духовних аспектів права та реальної дійсності, нерідко ігноруючи

¹ Хворостянкіна А.В. Юридична аргументація в англосаксонській та романо-германській правових сім'ях: методологічні засади порівняльного аналізу // Наукові записки НаУКМА. – Т. 129. Юридичні науки. – К., 2012. – С. 48.

окремі факти чи їх важливі деталі, які, як правило, привертають увагу суддів європейських країн, особливо англосаксонських. Це призводить до нівелювання особливостей конкретних справ, а зрештою – до спрощених, формально-догматичних судових рішень, що ґрунтуються на букві недосконалого або неправильно витлумаченого закону, а не на вимогах конституції і верховенства права. Особливо часто «відзначалися» у цьому плані судові рішення, що стосувалися заборон на мирні зібрання громадян під час Революції Гідності.

Герменевтична модель юридичної аргументації, як впливає з її назви, своїм становленням і розвитком завдячує герменевтиці. Ключовим поняттям цієї моделі є поняття так званого «герменевтичного кола», під яким слід розуміти можливість осягнення цілого через осягнення частин, і навпаки, що, власне, й утворює коло.

Використання поняття герменевтичного кола в юридичній науці, на відміну від інших наук, має свою специфіку. Для інтерпретації звичайних текстів достатньо розуміти зміст його слів, хоч це також не завжди просто. Як зазначав вже неодноразово згадуваний Є. Ерліх, з тих пір як існує людська мова, ще жодне слово не вимовлялося в одному і тому самому значенні. Воно залежить від мовного контексту, від особистих і суспільних взаємозв'язків¹.

Для юридичної інтерпретації самого розуміння змісту слів часто недостатньо. На практиці нерідко виникають ситуації, коли зміст тієї чи іншої норми неможливо встановити шляхом буквального філологічного (граматичного) тлумачення – з'ясування семантичного змісту слів, за допомогою яких норма сформульована. «Буква» закону не завжди відповідає «духу» права. Він же може бути виявлений лише на основі системного тлумачення, тобто розгляду будь-якої окремої норми в контексті з іншими нормами та нормативними документами, інакше кажучи, через таку характерну рису права, як системність. Не дивно тому, що філологічним тлумаченням тексту конкретної статті закону чи окремого її положення, навіть найавторитетнішими філологами, часто обмежуватися не можна. Більше того, некритичне сприйняття їх висновків у відриві від системного тлумачення може призвести до помилкових рішень.

¹ Эрлих О. Судейское нахождение права на основании правового предложения. Четыре отрывка из незавершенной работы «Теория судейского нахождения права» / Пер. с нем. М.В. Антонова // Российский ежегодник теории права. – 2009. – № 2. – С. 335.

Проте застосування герменевтичного кола в юриспруденції з'ясуванням взаємозв'язків між окремими словами юридичного тексту та нормами не вичерпується. Як вже зазначалося, право – це не тільки система норм, воно є складовою більш широкої суспільної системи, функціонує і розвивається у постійній взаємодії з безліччю інших соціальних чинників. І юрист, який застосовує закон, має бачити зв'язок між конкретними фактами, що ним розглядаються, і цими суспільними чинниками. З огляду на це будь-яка норма має тлумачитись у зв'язку з реальністю. Як слушно зазначає Ж.-Л. Бержель, як тільки право починає віддалятися від конкретних реалій дійсності... воно перестає бути правом¹. Інакше кажучи, закон хоч і відправний, проте не є цілком достатнім засобом для вироблення правильного рішення у справі. Рішення є результатом врахування комплексу чинників, обсяг і зміст якого, у свою чергу, значною мірою визначається уявленням правозастосовувача про життя, його професійним досвідом тощо.

Попри те, що герменевтична модель акцентує увагу на надзвичайно важливих аспектах юридичної аргументації, вона також має певні недоліки, що, як зазначалося, свого часу призвело до певного «охолодження» юристів до герменевтики. Вона не дає відповідей на ряд питань, які виникають в процесі тлумачення юридичних текстів, про які згадувалося у попередньому розділі, і тим паче не пропонує чітких механізмів їх вирішення.

Просування на цьому шляху можливе за умови цілісного підходу до проблеми юридичної аргументації. В основі цієї моделі лежить ідея **системної єдності або когерентності**², яка своїми коріннями сягає розробленої одним з основоположників історичної школи права, німецьким правознавцем Ф.К. Савіні «теорії органічного цілого» та спирається на положення «теорії цілісності», сформульованої згадуваним вже сучасним американським теоретиком права Р. Дворкінім.

Самостійною ця модель стає, за Р. Алексі, лише тоді, коли така єдність (когерентність) стає домінуючою ідеєю³. І хоч у чому полягає ця домі-

¹ Бержель Ж.-Л. Общая теория права. – М., 2000. – С. 455.

² Когерентність – термін технічний (від лат. *kohaerenti* – те, що перебуває у зв'язку). Означає узгодження протікання у часі кількох хвильових процесів згідно із строго визначеним законом.

³ Алексі Р. Юридическая аргументация как рациональный дискурс / Пер. с нем. М.В. Антонова // Российский ежегодник права. – 2008. – № 1. – С. 449–450.

нуюча ідея, Р. Алексі не розкриває, з його міркувань можна припустити, що нею охоплюється не лише узгоджений і взаємозв'язаний комплекс засобів, методів, прийомів, що застосовуються в аргументації, а й чимало інших, не менш важливих аспектів єдності (когерентності).

До них слід віднести:

- розуміння самого права як багатоаспектної цілісності, що існує, як зазначалося раніше, у різних проявах і формах, основою яких є невідчужувані права людини;
- погляд на право, не як на статичне явище, а як на інтелектуальний процес, в якому норми мають розглядатися тільки в контексті нагромаджених людством цінностей, численних суспільних відносин та інститутів, розгалужених процедур і стилю мислення;
- усвідомлення того, що висновки у будь-якій справі мають ґрунтуватися на єдності, цілісності доказової бази, тобто виявленні, вивченні та оцінці всіх доказів, що мають значення для справи;
- уявлення про правозастосовну аргументацію не тільки як про винятково раціональну процедуру, здійснювану за правилами логіки (Р. Алексі), а й таку, що включає «логічно недійсні аргументи, які можуть бути риторично ефективними» (Х. Перельман);
- усвідомлення того, що жодна модель аргументації не може претендувати на завершеність і когерентність сама по собі, без її втілення у реальних діях людей. Отже, її цілісність можуть забезпечити лише люди через певні процедури, однією з яких є юридична аргументація¹.

16.3. Особливості судової аргументації

Крім розглянутих вище моделей (типів) юридичної аргументації, в основу виокремлення яких покладені переважно застосовувані ними підходи та методи дискурсу (міркувань), вона може бути класифікована також за іншими ознаками.

¹ Алексі Р. Юридическая аргументация как рациональный дискурс / Пер. с нем. М.В. Антонова // Российский ежегодник права. – 2008. – № 1. – С. 450.

Однією з найважливіших з них є змістовно-діяльнісна ознака, за якою аргументація поділяється, як зазначалося на початку цього розділу, на теоретичну і практичну. Як першим, так і другим видом аргументації в тому чи іншому поєднанні використовуються підходи, характерні для всіх названих моделей (типів) аргументації. Проте поряд із спільними рисами вони мають суттєві відмінності, обумовлені природою теоретичної і практичної діяльності. Якщо перша становить собою форму наукової діяльності, метою якої є досягнення максимально елімінованого від суб'єкта, тобто позаособистісного знання про дійсність, то природа практичної діяльності через вплив на неї людського фактора набагато складніша, що не може не позначатися на особливостях аргументації.

Практична юридична аргументація за суб'єктами у свою чергу може бути поділена на аргументацію, властиву різним юридичним професіям – суддям, адвокатам, прокурорам тощо, кожен з видів якої має свою специфіку. Найяскравіше вона дістає прояв у судовій аргументації, яка відображає як призначення суду і особливості судочинства, так і засоби, методи і прийоми аргументації, застосовувані учасниками судового процесу, які в кінцевому підсумку впливають на зміст судового рішення.

Відмінності між суб'єктами науково-теоретичної і судової діяльності – науковцем-дослідником і суддею полягають насамперед у тому, що перший з них – науковець – може відмовитись від надання відповіді на поставлене перед ним питання, пославшись на те, що наука на сьогодні не готова до розв'язання цього питання. Навіть науковець-правник на поставлене перед ним питання, як з наукової точки зору можна вирішити той чи інший правовий спір, може обмежитись констатацією наявності прогалини у його врегулюванні і запропонувати її усунення через внесення змін до закону чи іншого нормативного акта. Для судді питань, від вирішення яких він може ухилитися при розгляді справи, пославшись на те, що він не знає, як їх вирішувати, оскільки закон з цих питань мовчить, не існує. Суддя не може чекати також, коли такі питання будуть врегульовані законом. Відмова судді від вирішення з тих чи інших причин законодавчо не урегульованих питань за давньою європейською традицією розцінюється як ухилення від виконання покладених на суд обов'язків, як порушення одного з визначальних загальних принципів права – «відмова у правосудді не допускається».

Завдання суду полягає у тому, щоб за будь-яких обставин знайти шляхи розв'язання правового спору за допомогою властивих праву

засобів, зокрема численних способів, прийомів і видів юридичного тлумачення. Це зовсім не означає, що всі передумови правильно-сті тлумачення закладені в самій системі законодавства, хай навіть в прихованій формі, і їх потрібно лише виявити. Як вже зазначалося, законодавство ніколи не утворює якусь завершену, замкнену систему, з якої можна «вивести» рішення у справі за допомогою суто понятійно-логічних засобів без будь-яких власних оцінок. Жодний логічний зміст законодавства не здатний дати більше того, що в ньому закладено. Навіть принципи права, до яких доводиться у таких випадках звертатися суду, не завжди є результатом їх текстуального або змістовного закріплення у Конституції чи законах, як часто вважається у вітчизняній літературі, про що вже згадувалося у розділі 3. Для їх пошуку суду доводиться залучати додатковий нормативний матеріал, який нерідко знаходиться за межами національних законодавчих текстів.

Втім, навіть у тих випадках, коли принципи права чітко сформульовані у Конституції і законах, «виведення» з них рішень неминуче передбачає активну участь правосвідомості, за допомогою якої надається необхідна визначеність принципу, «заповнюється» його форма стосовно певної ситуації. Властива принципам права незаповненість форми, є тим внутрішнім двигуном, за допомогою якого формальні характеристики принципів набувають для себе нового змісту, пристосовуючись до змін в суспільному житті. Їх висока еластичність забезпечує динамізм принципів, дає їм можливість краще за правові норми реагувати на вказані зміни; свою змістовну визначеність вони набувають в процесі їх застосування та відповідної аргументації.

Отже, судова аргументація становить собою об'єднання зусиль національних законодавчих текстів, здобутків правової доктрини, міжнародно-правових актів, міжнародної та національної судової практики. Це означає, що суд не може виходити ні з механічного «виведення» рішення з норми, ні з абсолютної дискреції (свободи розсуду) у виборі нормативної бази та її інтерпретації.

Істотна особливість судової аргументації, на відміну від науково-теоретичної, полягає не тільки у змісті використовуваних доказів, а й у формі їх доведення до учасників судового процесу та інших присутніх на ньому осіб, що в свою чергу обумовлюється природою судового розгляду. Що він собою становить – виключно раціональну діяльність, де панують логічні побудови, властиві науці, чи діяльність, що більшою мірою ґрупується на позараціональних складових, притаманних мистецтву?

Думки з цього питання істотно різняться. Деякі науковці вважають, що суть судового розгляду визначає логіка, відтак, він не особливо відрізняється від наукового пізнання.

Подібні погляди залишаються досить поширеними на пострадянському просторі. По суті вони є продовженням радянської доктрини теорії доказів та концепції «об'єктивної істини» в судовому процесі, проникнутої, як слушно зазначається в літературі, «надмірним техніцизмом і логізмом», притаманним передусім природно-науковим дослідженням¹. Навіть у суспільних науках до використання поняття «об'єктивна істина» слід ставитися досить обережно, пам'ятаючи про істотне значення в них «суб'єктивації» об'єкта дослідження з боку самого дослідника, що є однією із визначальних особливостей наукового пізнання в суспільствознавстві. Тим більше це стосується судового процесу, побудованого на принципі змагальності. Роль людського чинника у ньому часто виявляється вирішальною.

У зв'язку з цим багато дослідників, принаймні на Заході, дотримуються думки, що будь-який судовий процес не є послідовно логічним, тобто підпорядкованим наперед визначеним логічним актам. У ньому переважають швидше закони мистецтва, ніж науки. Зокрема, американські дослідники Б. Дейнет (B. Danet) і Б. Богоч (B. Bogoch) зазначають, що судовий розгляд в значній своїй частині розігрується як п'єса, в якій його учасники діють як актори. В основі цієї п'єси лежить конфлікт двох версій реальності і розвивається вона не стільки за законами логіки, скільки за законами жанру, який в цьому разі ближчий до «драми», оскільки в судовому процесі вирішується доля людей². І вирішують цю долю також люди з притаманними їм особливостями сприйняття почутого в судовому засіданні, його оцінки, стилю мислення, емоціями і переживаннями. Це накладає на судовий процес істотний відбиток позараціональних, психологічних чинників, без яких уявити правосуддя неможливо.

Можна дискутувати з приводу зведення судового змагання виключно до «словесної бійки, безжалісної і майже завжди брудної», в якій кожна із сторін прагне лише до досягнення власної егоїстичної мети, як ще на початку минулого століття характеризував його відомий пра-

¹ Александров А.С. Диспозитив доказывания в аргументации в уголовном судопроизводстве // Российский ежегодник теории права. – 2008. – № 1. – С. 496.

² Danet B., Bogoch B. Fixed fight or free-for-all? An empirical study of combativeness in the adversary system of justice. British Journal of Law and Society. – 1976. – № 7.

вознавець Л.Є. Владимиров¹. Проте неможливо заперечити його ж слова, що судове змагання – «це не науковий спір», учасники якого своєю єдиною метою ставлять досягнення істини.

Суть судової аргументації, як писали свого часу Х. Перельман і Л. Ольбредтс-Титека, пояснює не стільки логіка, скільки риторика, яка в свою чергу вимагає слухачів. Мета сторін у судовому процесі полягає у переконанні суду в правильності власної версії, а не в виробленні на основі діалогу спільної версії чи підтриманні версії противника. Тому вони піклуються передусім про посилення своїх доказів і послаблення доказів противника. Для цього використовуються різні методи і аргументи – аналіз фактів, суперечностей в позиції противника, реконструкція минулих подій, звернення до різних психологічних способів впливу на аудиторію, прийомів ораторського мистецтва тощо. Звісно, при цьому звертаються до надбань як логіки, так і діалектики, герменевтики та інших галузей знань. Проте якщо наукові докази ґрунтуються на аксіомах, а отже, є істинними в формально-логічному значенні, докази сторін судового процесу виходять з загальних припущень і, таким чином, є не більше ніж правдоподібними².

Це свідчить про те, що роль «об'єктивної істини» в судовому процесі не варто фетишизувати. Якби, скажімо, адвокат ставив за мету тільки встановлення «об'єктивної істини», він фактично ухилявся би від виконання своєї основної функції – захисту свого клієнта (підзахисного). Не обмежується виключно пошуком істини і буквою закону при обґрунтуванні своєї позиції також обвинувач. Він, як і адвокат, використовує різні риторичні прийоми впливу на аудиторію. Завдання ж суду полягає у тому, щоб зважити аргументи сторін і зробити вибір між ними. Такий вибір відбувається здебільшого на основі не математично точної реконструкції минулих подій, а найбільш переконливого доведення їх вірогідності.

Складніше з пошуком об'єктивної істини в конституційному і адміністративному судочинстві. На відміну від цивільного і кримінального судочинства, побудованого виключно на змагальності сторін, конституційне і адміністративне судочинство, хоч і не відкидають елементів змагальності, проте й не зводяться до неї. У цих видах судочинства істотне, а іноді навіть визначальне, значення має пошуковий, дослід-

¹ Владимиров Л.Е. *Advocatus moles*. – СПб., 1911. – С. 23, 169, 174.

² Александров А.С. Диспозитив доказывания в аргументации в уголовном судопроизводстве // *Российский ежегодник теории права*. – 2008. – № 1. – С. 482.

ницький (інколи використовується термін «інквізиційний», хоч він з огляду на його походження зберігає переважно негативний відтінок) принцип. Як конституційні, так і адміністративні суди не обмежуються зважуванням доказів, наданих сторонами в судовому засіданні або витребуваних і долучених до справи судом за їх клопотанням. Ці суди можуть збирати, узагальнювати і зважувати їх за власною ініціативою, що для суддів загальної юрисдикції (цивільного, кримінального тощо) є загалом неприпустимим. Це в свою чергу обумовлює інші особливості конституційного і адміністративного судочинства – мінімізацію фактора аудиторії, позараціональних чинників, прийомів ораторського мистецтва тощо. В цих видах судочинства переважають раціональні моменти і логічні побудови, характерні для науки. Як наслідок зближуються з науковими (чи принаймні мають зближуватися) також результати конституційного і адміністративного судового розгляду.

16.4. Правила юридичного дискурсу

Правила юридичного дискурсу, як і моделі юридичної аргументації, можна класифікувати за різними критеріями. Одним з найпоширеніших і найбільш придатних (характерних) для юридичного дискурсу є поділ таких правил на матеріальні (змістовні), тобто такі, що стосуються структури і змісту аргументів, та процедурні, тобто ті, які є безпосереднім предметом процедури дискурсу. Польські правознавці Є. Стельмах і Б. Брожек називають вказані групи правил відповідно «топіко-риторичними» і «нормативними»¹.

До першої групи цих правил належать, зокрема, вимоги:

- несуперечливості застосовуваних аргументів та способів їх оцінки;
- термінологічно-мовної ясності (визначеності) їх подачі (доведення);
- достовірності застосовуваних емпіричних передумов;
- виваженості ухвалюваних рішень, врахування їх соціальних наслідків тощо.

¹ Stelmach Jerzy. Brozek Bartosz. Metody prawnicze. Krakow. – 2006. – S. 175, 183–195.

На цих правилах має базуватися будь-яка теорія практичного аргументування, будь-яка модель, у тому числі монологічні різновиди юридичної аргументації.

Процедурні правила стосуються (в першу чергу) діалогічної моделі юридичної аргументації, тобто специфічних правил власне практичного дискурсу. Основне завдання цих правил полягає у забезпеченні безсторонності, неупередженості практичної аргументації.

Основні процедурні правила юридичного дискурсу зводяться до такого:

- участь у дискурсі не може бути обмежена, у ньому можуть брати участь усі (за Р. Алексі – «кожен, хто може говорити»);
- кожен може піддавати сумніву будь-яке твердження інших учасників дискурсу;
- кожен може внести в дискурс будь-яке твердження, висловлюючи свої погляди та побажання;
- жодному з учасників дискурсу (ораторові) не можна перешкоджати реалізації названих правил шляхом тиску в межах дискурсу чи поза ним.

Процедурні правила юридичного дискурсу гарантують права кожному з його учасників, а також свободу і рівність в межах дискурсу.

У свою чергу вони ґрунтуються на основоположних універсальних принципах демократичної правової держави – справедливості, свободи і рівності, що свідчить про універсальний характер також самої теорії дискурсу¹.

¹ Алексі Р. Юридическая аргументация как рациональный дискурс / Пер. с нем. М.В. Антонова // Российский ежегодник права. – 2008. – № 1. – С. 453.

Розділ 17

ЮРИДИЧНО ЗНАЧУЩА ПОВЕДІНКА. ПРАВООПОРУШЕННЯ

17.1. Юридично значуща поведінка (правомірна і протиправна): поняття, ознаки, види

Людина як істота не тільки біологічна, а й соціальна, яка живе в суспільстві з собі подібними, може задовольняти свої потреби та інтереси тільки у взаємодії з іншими членами суспільства. У процесі такої взаємодії вона здійснює свідомі дії і вчинки, які сприймаються оточенням, і, відповідно, оцінюються ними як корисні, бажані або, навпаки, шкідливі і небажані як для окремих осіб, так і для всього суспільства. Характер оцінки залежить від відповідності дій і вчинків людини приписам соціальних, у тому числі правових норм, які існують у суспільстві. Дії і вчинки людей, доступні зовнішньому сприйняттю та оцінці з точки зору їх корисності, або, навпаки, шкідливості для суспільства, охоплюються поняттям соціально значущої поведінки.

Поведінка набуває юридичної значущості у тому разі, коли вона може бути оцінена з погляду вимог правових норм. При цьому норми права можуть впливати тільки на вольові дії особи, які підконтрольні свідомості людини. Якщо особа свідомо не контролює свої дії, припис норми не може бути нею реалізований.

Норми права, у свою чергу, містять формально-обов'язкові критерії, на підставі яких можна дати юридичну оцінку відповідності або, навпаки, невідповідності поведінки нормі права. У першому випадку юридична значущість поведінки полягатиме у правомірності такої поведінки, у другому – у протиправності та можливості настання негативних юридичних наслідків. Юридично значущою також може бути така

поведінка, яка формально не суперечить, проте і не відповідає нормі права. Таке можливо під час реалізації правової норми всупереч меті, для якої вона була встановлена, коли припис правової норми свідомо виконується однією особою на шкоду інтересам іншої особи. Така поведінка є, зокрема, наслідком зловживання правом, про що більш детально йтиметься в кінці цього підрозділу.

Для того щоб юридично значуща поведінка вважалася правомірною, необов'язково повинна існувати норма права, якій чітко відповідає така поведінка. Правомірною буде така поведінка громадян та їх об'єднань, що відповідає відомому принципу: «дозволено все, що не заборонено законом». Правомірна поведінка державних органів та їх посадових осіб, навпаки, полягатиме лише у діях, прямо передбачених правовими нормами, тобто для них діє принцип: «те, що не дозволено законом, заборонено».

Таким чином, можна дійти висновку, що **юридично значуща поведінка** – це соціальна поведінка особи, яка може бути оцінена з точки зору вимог правових норм та може мати певні юридичні наслідки.

Правомірна поведінка характеризується такими ознаками:

- перебуває під контролем свідомості і волі особи;
- є соціально корисною з точки зору інтересів особи, суспільства і держави;
- здатна спричинити юридичні наслідки, виступаючи у ролі юридичного факту, впливати на виникнення, зміну або припинення правовідносин;
- підлягає юридичній оцінці (правовій кваліфікації) для визначення її відповідності (невідповідності) нормам права.

З погляду внутрішнього свідомого ставлення особи до здійснення правомірної поведінки її можна поділити на принципову, звичайну, конформістську і маргінальну.

Принципова поведінка має місце тоді, коли особа усвідомлює соціальну користь від своїх дій як для себе, так і для суспільства, держави. *Звичайна поведінка* обумовлюється повсякденною звичкою діяти правомірно. *Конформістська поведінка* має місце тоді, коли особа орієнтується на поведінку інших людей, пристосовуючись до ситуації. *Маргінальний тип* правомірної поведінки характеризується так званим «граничним» станом, коли особа здійснює свої правомірні дії винятково під страхом відповідальності, а коли загроза понести відповідальність не є явною, особа може нехтувати приписами правової норми, тим самим здійснюючи протиправну поведінку. Найбільш виразно можна побачити перехід певних груп людей від маргінальної до

протиправної поведінки під час стихійних лих, військових конфліктів або ж громадських заворушень, коли послаблюється правоохоронна діяльність.

Протиправна поведінка характеризується іншими за змістом, ніж правомірною поведінкою, ознаками:

- шкодить інтересам особи, суспільства, держави;
- викликає негативні юридичні наслідки, породжуючи правоохоронні правовідносини;
- підлягає юридичній оцінці (правовій кваліфікації) для визначення можливості притягнення особи до юридичної відповідальності.

Протиправну поведінку залежно від ступеня соціальної небезпеки її наслідків, свідомого чи несвідомого здійснення, наявності вини поділяють на такі види: правопорушення, об'єктивно протиправна поведінка та зловживання правом.

17.2. Поняття правопорушення: теоретичні підходи до його розуміння

Правопорушення є різновидом протиправної поведінки і характеризується рядом специфічних ознак, за наявності яких протиправна поведінка кваліфікується як порушення норм права, за яке особа може бути притягнена до юридичної відповідальності.

Залежно від типу праворозуміння визнання дій правопорушенням може істотно змінюватися. Якщо право сприймати виключно як сукупність норм, встановлених державою, то правопорушенням слід визнавати будь-яке діяння, яке порушує приписи, встановлені державою у таких нормах, незалежно від оцінки їх змісту. В інших випадках правопорушення не буде.

Якщо стати на позицію творення норми права й іншими суб'єктами, крім держави, які містяться у статутах, релігійних текстах, нормативно-правових договорах, колективних угодах тощо, то, відповідно, і правопорушенням будуть визнаватися діяння, які суперечать приписам, встановленим цими нормами. Наприклад, таке порушення спортивних правил, як вжиття допінгу, вважатиметься правопорушенням, за яке винні особи притягаються до різних видів відповідальності, передбачених нормами спортивного права (штраф, дискваліфікація тощо).

Правові норми, норми моралі та інші соціальні регулятори, за допомогою яких здійснюється як соціальне, так і правове регулювання суспільних відносин, не лише змістовно можуть виходити за межі державних правових приписів, а й у певних випадках можуть конкурувати або навіть суперечити нормам права, які сформульовані державою. Якщо таке стається, виникає давно відома дилема: чи можна вважати по суті правопорушенням дію, яка порушує закон, що застарів, або закон, що вступає у протиріччя з правами людини? З погляду позитивіста, правопорушенням буде вважатись будь-яке діяння, що суперечить закону. Оцінка цього закону з точки зору моралі (відповідає він уявленню про добро, справедливість тощо) значення не має. *Dura lex sed lex* (поганий закон, але закон), і він повинен виконуватися доти, доки не буде іншого. Однак історія свідчить, що часто боротьба за права людини, за справедливість та свободу здійснюється через свідомі порушення заборон, закріплених у законах, приписи яких застаріли, не відповідають загальнолюдським цінностям чи суперечать загальновищезначимим невідчужуваним правам людини.

Для розв'язання цієї дилеми, зближення позитивістського та природно-правових підходів до розуміння правопорушення необхідно звернутись до змістовної оцінки та характеристики закону, який закріплює норми, невідповідність поведінки яким кваліфікується як правопорушення.

Існує дві групи критеріїв такої оцінки. По-перше, це ясність, чіткість, зрозумілість, відсутність протиріч між приписами норми. По-друге, така норма повинна відповідати принципам права (навіть не зафіксованим в законах), сприйматись як соціально цінна та легітимна норма, базуватись на визнанні і беззастережному прийнятті найвищої цінності людини, її убезпеченні від свавілля владних структур та їх посадових осіб.

17.3. Ознаки правопорушення. Склад правопорушення

Незважаючи на багатоманітність поглядів на сутність правопорушення, всі вони мають спільні характеристики. А саме:

1) будь-яке правопорушення є діянням особи (фізичної або юридичної), що дістає прояв у зовнішній поведінці, яка може бути сприйнята оточенням як дія або бездіяльність. Внутрішній стан фізичної особи,

її думки, переживання або навіть наміри, поки вони не реалізовані у зовнішній поведінці, не є ознакою правопорушення;

2) діяння особи (фізичної або юридичної) є суспільно небезпечним, що дістає прояв у спричиненні шкоди особистим чи суспільним інтересам чи загрозі спричинення такої шкоди;

3) повинна існувати правова норма, яка забороняє те чи інше суспільно небезпечне діяння або вбачає правопорушення у невиконанні або неналежному виконанні зобов'язань.

Для **правопорушень, які здійснюються індивідами – фізичними особами**, характерні такі ознаки:

1) діяння має свідомо вольовий характер, тобто в момент вчинення залежить від волі і свідомості індивіда – фізичної особи правопорушника;

2) фізична особа повинна усвідомлювати протиправність як свого діяння, так і його наслідків. Діяння, вчинене особою, яка за певних обставин, наприклад, при розумовому розладі, не здатна усвідомлювати протиправність своїх діянь, не може визнаватись правопорушенням. Аспект здатності усвідомлення також передбачає досягнення фізичною особою певного віку, з якого вона може бути притягнена до юридичної відповідальності. В юридичній науці можливість притягнення особи до юридичної відповідальності визначається терміном «деліктоздатність».

Відсутність зазначених вище ознак не дозволяє розглядати діяння як правопорушення.

Реалізуючи принцип правової визначеності, в Україні діяння, які є злочинами, адміністративними або дисциплінарними правопорушеннями, визначаються виключно законами.

Виятком є тільки цивільні правопорушення, які за природою цивільних правовідносин можуть проявлятися у порушенні договірних зобов'язань, умови яких узгоджуються сторонами договору. При цьому засади (принципи) юридичної відповідальності за цивільні правопорушення визначаються також виключно законом.

В правових системах інших країн діяння, які є правопорушеннями, можуть бути зафіксованими у відмінних від закону правових текстах. Наприклад, в країнах мусульманського права це можуть бути релігійні тексти, в країнах, де як джерело права застосовується звичай – текст відповідного звичаю тощо.

Визнання діяння правопорушенням має свої особливості в міжнародному праві, норми якого знаходять свою фіксацію у різноманітних джерелах, основним з яких є міжнародний нормативно-правовий договір.

Проте незважаючи на можливість визнання діяння правопорушення різними джерелами права, спільними для всіх правопорушень будуть його ознаки, які у своїй сукупності утворюють склад правопорушення.

Склад правопорушення, охоплює такі елементи, які прийнято називати його структурою:

- об'єкт правопорушення;
- об'єктивна сторона правопорушення;
- суб'єкт правопорушення;
- суб'єктивна сторона правопорушення.

Склад найбільш суспільно небезпечних видів правопорушень, насамперед кримінальних, фіксується в законах. Наявність чи відсутність в діянні складу правопорушення прямо впливає на можливість притягнення або непритягнення особи до відповідальності.

Елементи складу правопорушень характеризуються таким чином.

Об'єкт правопорушення – це охоронювані правом суспільні відносини, яким при здійсненні правопорушення заподіюється певна шкода або створюється загроза заподіяння такої шкоди.

Інакше кажучи, об'єкт правопорушення можна охарактеризувати як певну цінність (життя, здоров'я, майно тощо), якій тією чи іншою мірою завдається шкода.

Об'єктивна сторона правопорушення – це сукупність ознак, які характеризують зовнішню сторону складу правопорушення. Тобто ознак, що характеризують умови здійснення правопорушення та яким чином воно проявилось у поведінці особи.

Обов'язковими ознаками об'єктивної сторони є: наявність суспільно небезпечного діяння, наявність негативних наслідків діяння та причинно-наслідковий зв'язок між діянням і наслідками.

Факультативними ознаками об'єктивної сторони правопорушень, тобто ознаками, які властиві не всім складам правопорушень, є: місце, час, обставини, спосіб, знаряддя здійснення діяння.

Суб'єкт правопорушення – це деліктоздатна особа (фізична, юридична), що скоїла правопорушення. Як вже було зазначено вище, деліктоздатність фізичної особи пов'язується з віком та станом здоров'я.

Суб'єктивна сторона правопорушення – це внутрішня сторона правопорушення, що характеризує психічний стан особи в момент здійснення правопорушення. У структурі суб'єктивної сторони розрізняють: вину, мотив, мету, емоційну складову. Вина, тобто певне психічне ставлення особи до свого протиправного діяння і його суспільно небезпечних або шкідливих наслідків, є обов'язковою озна-

кою суб'єктивної сторони правопорушень, які здійснюються фізичними особами. Без доведення вини особа не може бути притягнена до юридичної відповідальності, відповідно, її діяння не буде вважатися правопорушенням.

Слід зазначити, що діяння, яке спричинило шкоду охоронюваним законом правам та інтересам без наявності вини суб'єкта, в результаті перебігу обставин (казусу), може бути кваліфіковане як різновид протиправної поведінки – **об'єктивно протиправне діяння**. За таке діяння особа не несе юридичної відповідальності, але на неї може бути покладено обов'язок із відшкодування заподіяної шкоди. Наприклад, відшкодувати шкоду потерпілому, яка виникла в результаті неконтрольованого впливу джерела підвищеної небезпеки, яким володіє ця особа. Об'єктивна протиправність має місце також тоді, коли діяння, хоча і містить всі ознаки складу правопорушення, але здійснена неделіктоздатною або неосудною особою. У такому випадку на батьків або осіб, які їх замінюють, може бути покладено обов'язок із відшкодування шкоди, яка виникла у результаті діяння неделіктоздатної особи, а до неосудної особи можуть бути застосовані заходи примусового медичного характеру.

Крім того, слід зауважити, що у випадку здійснення правопорушення юридичною особою, суб'єктивна сторона не встановлюється, а презюмується, оскільки в основі будь-якого діяння юридичної особи є відповідні дії або бездіяльність фізичних осіб, які пов'язані з юридичною особою трудовими або корпоративними відносинами, встановити ступінь вини яких за те чи інше правопорушення юридичної особи з достатньою достовірністю практично неможливо.

Прийнято розрізняти такі форми вини, як умисел і необережність. **Умисел** буває прямий і непрямий. При *прямому умислі* особа усвідомлює суспільно небезпечний характер свого діяння, передбачає настання суспільно небезпечних його наслідків та **бажає** їх настання.

При *непрямому умислі* особа також усвідомлює суспільно небезпечний характер свого діяння та передбачає настання суспільно небезпечних наслідків, але **свідомо допускає** ці наслідки або ставить до них байдуже.

Своєю чергою, **необережність** поділяють на самовпевненість та недбалість. При самовпевненості особа **передбачає** можливість настання суспільно небезпечних наслідків свого діяння та **легковажно розраховує на їхнє запобігання**, а при недбалості особа **не передбачає** можливості настання суспільно небезпечних наслідків, **хоча повинна і могла їх передбачати**.

17.4. Види правопорушень та їх причини

Правопорушення класифікуються за двома головними ознаками: за галузями права і ступенем суспільної небезпеки.

За галузями права правопорушення прийнято поділяти на кримінальні, адміністративні, цивільні та дисциплінарні. Але цей перелік не є вичерпним. Правопорушення можуть мати місце й в інших галузях права, якщо їх ознаки зафіксовані у відповідній правовій нормі. Так, правопорушення можуть відбуватися і у сфері регулювання конституційного, податкового, господарського права, галузях міжнародного права тощо.

За ступенем суспільної небезпечності правопорушення поділяються на кримінальні – злочини та кримінальні проступки, а також інші проступки, які можуть бути адміністративними, цивільними або дисциплінарними.

Злочином та кримінальним проступком визнається передбачене законом винне, суспільно небезпечне діяння, що посягає на особистість, права і свободи громадян, правопорядок, економічну систему, власність, державне управління та інші значущі суспільні відносини.

Проступки в інших галузях права також є суспільно небезпечними діяннями. Проте їхній негативний вплив менш значний порівняно зі злочинами. Об'єктами правопорушень – проступків є адміністративні, майнові, трудові та інші суспільні відносини, врегульовані правом, порушення яких не завдає значної шкоди суспільству.

Так, адміністративним проступком визнається протиправне винне діяння, що посягає на державний або громадський порядок, власність, права і свободи громадян, порядок управління, за яке передбачена адміністративна відповідальність. Найпоширенішими адміністративними проступками є порушення правил дорожнього руху, порушення правил полювання та рибальства, протипожежних правил тощо.

Цивільні проступки, або як їх ще називають «цивільно-правові делікти», здійснюються у сфері цивільного обігу, тобто у сфері майнових та особистих немайнових відносин, які характеризуються рівністю, автономією та майновою самостійністю їх учасників.

Більшість цивільних правопорушень полягає у невиконанні або неналежному чи несвоєчасному виконанні зобов'язань, заподіянні майнової, моральної шкоди тощо.

Дисциплінарний проступок порушує трудову, службову, навчальну, військову дисципліну, яка регламентована відомчими (локальними) та

іншими нормативними актами та завдає шкоди нормальному функціонуванню господарюючих суб'єктів, навчальних та інших установ, організацій та підприємств.

Найпоширенішими дисциплінарними проступками є прогул, запізнення на роботу, невиконання наказів керівництва, порушення вимог військових та інших статутів тощо.

Як вже було зазначено вище, класифікація можливих правопорушень і, відповідно, проступків не вичерпується межами кримінальних, адміністративних, цивільних, дисциплінарних правовідносин. Правопорушення можуть мати місце і в інших сферах, які врегульовані правом. Яскравим прикладом цього є порушення норм міжнародного права, за яке порушник, зокрема держава, яка заподіяла шкоду відносинам, охоронюваним міжнародним правом, може понести юридичну відповідальність у вигляді покладення на неї різноманітних санкцій з боку міжнародного співтовариства.

Що стосується причин виникнення правопорушень, то вони цікавили людство з часів, коли люди стали усвідомлювати сам факт порушення кимось своїх прав. Однак донині однозначної відповіді на те, що саме змушує особу порушувати загальнообов'язкові правила поведінки, немає. Юридична наука кримінологія, предметом якої, крім іншого, є вивчення причин та умов злочинності, досліджує як окремо, так і у сукупності цілий ряд обставин, що зумовлюють злочинність як свій наслідок. Зокрема такі як: економічні, соціальні, біологічні, ідеологічні, психологічні, правові, організаційно-управлінські та інші.

Всі ці обставини, залежно від співвідношення якісних і кількісних характеристик, лежать в основі численних теорій (концепцій) про причини правопорушення. На сьогодні ці теорії умовно можна поділити на дві основні групи: соціальні та біосоціальні.

В основі пояснення причин правопорушення у соціальних теоріях – вплив на особу різних факторів, які містяться у соціумі, що оточує людину.

Наприклад, теорія науково-технічної революції пояснює причини правопорушень змінами у традиційному житті людей, що викликані індустріалізацією, урбанізацією, міграцією тощо. І як наслідок порушення усталених зв'язків відбувається відчуження і знеособлення людини, придушення її індивідуальності, що в свою чергу підвищує агресивність, егоїзм, індивідуалізм та емоційну нестриманість.

Інші дослідники вбачають причини правопорушення у формуванні особи правопорушника в процесі його контактів у мікрогрупах: сім'ї, вулиці, неформальному об'єднанні тощо. Залежно від домінування у

таких групах антигромадських поглядів, установок і пропозицій особа може сформуватися як правопорушник.

Теорія соціальної дезорганізації пояснює правопорушення різним рівнем багатства і бідності людей, соціальною нерівністю, важкими побутовими умовами життя, відсутністю законних умов досягнення благ, цінностей, які декларуються суспільством як мета, сенс життя. Інакше кажучи, людина не бачить можливості виправити своє матеріальне, соціальне становище, яке вона вважає несправедливим, іншим шляхом, ніж скоюючи правопорушення. Нерозвинута духовна та ідеологічна сфера життя суспільства лише стимулює це, формуючи криміногенні соціально-психологічні фактори, такі як: правовий нігілізм, етнічну або релігійну нетерпимість, наркозалежність, формування кримінальної субкультури тощо.

Крім того, неефективність роботи правоохоронних органів держави, відсутність реальних заходів із профілактики правопорушень, корупція в правоохоронній сфері, яка дає можливість уникнути покарання, також може бути стимулом для діяльності потенційного правопорушника.

Біосоціальні теорії правопорушень ставлять акцент не на фактори, які оточують людину, а безпосередньо на особу, її біологію та свідомість. До таких теорій відносять:

- психоаналітичні теорії;
- спадкові теорії;
- теорії конституціональної схильності тощо.

Окремо слід звернути увагу на причини правопорушень у сфері міжнародних відносин. Хоча формально порушником міжнародного права може виступати держава, в основі її дії завжди будуть рішення, які приймаються вищими посадовими особами такої держави. Як правило, в основі цих рішень – нігілістичне ставлення правителів до норм міжнародного права, спроба зміцнення або узурпації власної влади в середині країни, намагання поширити свій вплив на території інших держав.

Відсутність однастайності в пошуку причин правопорушення, наявність різноманітних теоретичних підходів до їх пояснення лише підкреслює факт того, що правопорушення є явищем соціальним, яке супроводжує всю історію людства, тобто є однією з ознак його функціонування. Крім того, слід наголосити, що виокремити якусь одну, універсальну причину того чи іншого правопорушення, мабуть, неможливо. На практиці більшість із причин спрацьовує у комплексі, формуючись достатньо тривалий час. Розуміння цих причин, механізмів їх формування та впливу на поведінку людини дає можливість протидіяти, викривати правопорушення, а також перешкоджати їх появі.

Незважаючи на те, що будь-які правопорушення у момент вчинення є шкідливим «діянням», за певних обставин вони можуть спонукати до позитивної еволюції суспільства. Йдеться про ті випадки, коли правопорушення або їх критичний рівень в тій чи іншій сфері стимулюють суспільство до активного розвитку шляхів подолання причин правопорушень. Суспільство змушене модифікувати своє законодавство, проводити реформи, зокрема у сферах економіки, освіти, культури, вдосконалювати методи здійснення правоохоронної діяльності тощо. Більше того, порушення законів може свідчити про застарілість тих з них, які порушуються, відсталість норм від реального життя, що в свою чергу спонукає до змін у законодавстві, приведення його у відповідність до дійсних потреб людини та суспільства.

17.5. Юридично значуща поведінка і зловживання правом

На початку розгляду цієї теми при визначенні видів юридично значущої поведінки було зазначено, що за певних обставин може існувати така поведінка, яка формально не суперечить, але і не відповідає нормі права. Така колізія можлива під час реалізації правової норми всупереч меті, для якої вона була встановлена, коли припис правової норми свідомо виконується однією особою на шкоду інтересам іншої особи. Інакше кажучи, «буква» використовується всупереч «духу» права.

Таку поведінку не можна визнати правопорушенням, оскільки воно передбачає наявність відповідного складу, визначеного законом, та за нього передбачена відповідальність. Більше того, зловживання правом базується на реалізації особою наданих їй суб'єктивних прав, тобто особа діє у дозволений спосіб, передбачений правом. Натомість, здійснюючи правопорушення, особа діє у спосіб, заборонений правом. З точки зору позитивізму поведінка, яка здійснюється у спосіб, передбачений нормою, є цілком правомірною. Який тоді критерій зловживання? Для розуміння цього треба згадати, що право – це не тільки правила поведінки, закріплені у законодавстві, право – це і його мета, яка базується на принципах, засадах права, основними з яких є справедливість, рівність, свобода, гуманізм, розумність, добросовісність тощо. Ці принципи набувають свого закріплення у нормативно-правових актах, правовій доктрині, а також існують як самостійні

джерела права. Відповідно до цього будь-яке суб'єктивне право особи треба розглядати не лише в сенсі можливості діяти певним чином, а й з погляду справедливості наслідків таких дій щодо прав та інтересів як інших осіб, так і суспільства. Критерій справедливості має неабияке значення, оскільки сам факт негативного впливу суб'єктивних прав однієї особи на права іншої особи ще не є зловживанням правом. Умови конкурентної боротьби між підприємцями, якщо вони не мають характеру заборонених правом дій, є одним із прикладів можливого завдання шкоди суб'єктивним правам одних осіб (на отримання прибутку) реалізацією суб'єктивних прав іншими особами (зниження цін на аналогічні з конкурентом товари). Наявність чесної конкуренції як правомірної поведінки є корисною і справедливою як для суспільства, так і для підприємців.

Але зловживання правом не можна відносити до правомірної поведінки, оскільки воно виникає тоді, коли формальна реалізація суб'єктивного права однією особою спрямована на досягнення іншої, ніж передбачено нормою, мети, що в результаті призводить до порушення суб'єктивного права іншої особи або настільки звужує його, що воно перестає бути корисним і цінним для неї. Інакше кажучи, «своє» право протиставляється праву в цілому. Власна мета за допомогою наявного у особи суб'єктивного права на певні дії досягається через нехтування правами інших, вступаючи у протиріччя з принципами, цінностями, метою права взагалі.

Зловживання правом можливе в будь-якій галузі права, зокрема, сімейному, трудовому чи системі міжнародного права, де суб'єктом зловживання є держава.

Можна навести різні приклади зловживання правом. Незважаючи на те, що норми процесуального права безпосередньо накладають на учасників судових процесів обов'язок не зловживати своїми процесуальними правами, часто реалізація процесуальних прав сторонами у господарській чи цивільній справі, як то подання клопотань, оскарження процесуальних дій, подання зустрічного позову, заяви про відвід суду тощо, спрямована виключно на затягування строків розгляду справи, з метою не дати іншій стороні у справі отримати рішення у передбачений законом строк. Тим самим сторона отримує час для реалізації своїх активів або інших дій з метою уникнення відповідальності. Формально такі дії не є правопорушенням, але вони фактично перешкоджають чи взагалі унеможливають реалізацію таких принципів правосуддя, як розгляд справи в розумний строк, принцип невідворотності покарання.

У земельному праві право одного землекористувача розпоряджатися своєю землею на власний розсуд може шкодити правам іншого сусіднього землекористувача у багатьох життєвих випадках, наприклад, при тривалому запустінні земель, необробці ділянки або ж, навпаки, будівництву об'єкта на межі з ділянкою іншого власника, що впливає на екологію чи комерційну привабливість, вартість останньої.

У корпоративному праві зловживання правом може відбуватися щодо міноритарних акціонерів з боку мажоритарних утримувачів акції шляхом нехтування інтересами акціонерів, які не є більшістю.

Одним із яскравих прикладів зловживання правом можна вважати дії місцевих органів влади, які, керуючись наданим їм правом, з мотивів суспільної безпеки звертаються до суду з метою заборонити проведення будь-яких громадських заходів, а суди в усіх випадках звернення задовольняють такі заяви. У такий спосіб без наявності вагомого, мотивованого явною суспільною небезпекою рішення суди також здійснюють зловживання правом (суддівське зловживання), оскільки в цьому випадку гарантоване Конституцією України право громадян збиратися мирно, проводити збори, мітинги, походи і демонстрації стає фікцією або звужується настільки, що перестає бути цінністю як для особи, так і для суспільства.

Наведені приклади зловживання правом порушують проблему ефективних шляхів протидії такому різновиду юридично значущої поведінки. Одним із них може бути встановлення санкції за конкретне зловживання правом, тобто кваліфікація зловживання як правопорушення. Іншим шляхом є детальна регламентація суб'єктивних прав та встановлення заборон на конкретні дії, які можуть призвести до викривлення мети правової норми. Але такий нормотворчий шлях не є універсальним, оскільки ревізувати весь масив існуючих суб'єктивних прав ні технічно, ні навіть теоретично не можливо. Формальна заборона одних дій буде породжувати пошук інших можливостей зловживання у межах суб'єктивних прав.

З урахуванням того, що зловживання правом відбувається під час його реалізації, найефективнішим засобом протидії має бути практична діяльність правозастосовних органів, передусім органів судової влади. Суди мають відповідні засоби і повноваження, аби зловживання правом не відбулося, в кожному конкретному випадку виявити добросовісність суб'єкта реалізації прав та вирішити справу, керуючись принципами верховенства права, співвідносячи конкретні дії особи з метою правової норми, не допускаючи можливості порушення охоронюваних прав та інтересів інших осіб або всього суспільства.

Розділ 18

ЮРИДИЧНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ

18.1. Соціальна відповідальність та її види

Як впливає з попередніх розділів, дії людей, їх інституційних утворень з метою задоволення власних і суспільних потреб та інтересів здійснюються у спосіб, який відповідає соціальним нормам, що регулюють поведінку людей, а через неї – суспільні відносини. Така поведінка визнається суспільством корисною та бажаною. Факт порушення цих норм сприймається як деструктивна поведінка. Це однаковою мірою стосується як моральних, звичаєвих, корпоративних, релігійних так і інших соціальних норм. Правила поведінки, які встановлюються цими нормами, досить багатогранні. З одного боку, вони стимулюють особу відповідально ставитися до власної поведінки, формують у неї уявлення про бажаність, доцільність певної поведінки, її власну і суспільну користь, з іншого – вони також дають уявлення про наслідки, які можуть настати за поведінку, яка порушує названі вище норми.

Тому, розглядаючи питання соціальної відповідальності, буде помилкою зводити її винятково до можливого негативного впливу на особу за порушення соціальних норм. Соціальна відповідальність також передбачає здатність особи усвідомлено (відповідально) ставитися до покладених або прийнятих нею добровільно зобов'язань, передбачених соціальними нормами, які діють у суспільстві. Прикладом цього є частина Преамбули Конституції України, в якій, крім іншого, зазначено, що Верховна Рада України від імені Українського народу – громадян України всіх національностей, приймаючи цю Конституцію, **усвідомлює свою відповідальність** перед Богом,...

попередніми, нинішнім та прийдешніми поколіннями. Ще одним прикладом такої відповідальності може бути поширена у розвинутих країнах тенденція до запровадження соціальної відповідальності бізнесу, яка полягає у добровільному покладенні на суб'єкта господарювання додаткових, не передбачених законодавством, зобов'язань у соціальній, економічній, екологічних сферах тощо. Свою формальну фіксацію такі зобов'язання набувають на різних рівнях, починаючи з корпоративних норм суб'єктів бізнесу і закінчуючи відповідними угодами на рівні ООН.

Підсумовуючи викладене, слід визнати, що соціальна відповідальність може існувати як у проспективному, розрахованому на майбутнє, так і ретроспективному, тобто за дії, вчинені в минулому, аспекті. Її часто іменують негативною відповідальністю.

Прспективна соціальна відповідальність – це свідоме дотримання вимог соціальних норм суб'єктами суспільних відносин, практичні результати якого будуть відомі у майбутньому.

Негативна соціальна відповідальність – це можливість або обов'язок суб'єкта перетерпіти несприятливі для себе наслідки у разі порушення соціальних норм.

Значення соціальної відповідальності полягає у тому, що вона забезпечує таку поведінку членів суспільства, яка відповідає інтересам, які відображаються у вимогах соціальних норм¹.

Треба також вказати на існування інших підходів до розуміння соціальної відповідальності. Наприклад, соціальна відповідальність визначається як зовнішня негативна реакція з боку суспільства на нормопорушуючі дії суб'єкта, що порушують соціальну комунікацію, і становить собою легітимну соціальну відповідь на неприпустиму поведінку через реалізацію принципу покарання².

Але таке визначення охоплює виключно каральні властивості соціальної відповідальності.

Залежно від виду соціальних регуляторів, вимоги яких можуть бути порушені, соціальну відповідальність поділяють на моральну, політичну, релігійну, юридичну тощо.

Наприклад, порушення **моральних** норм, які відображають уявлення людей, суспільства про добро, зло, честь, гідність, справедливість тощо, може призвести до несприятливих наслідків для особи, які та-

¹ Витрук Н.В. Общая теория юридической ответственности. – М., 2009. – С. 5.

² Поляков А.В. Общая теория права. – СПб., 2004. – С. 830.

кож передбачені моральними чи звичаєвими нормами за аморальну поведінку. Це може бути і осуд, і відмова у спілкуванні з такою особою з боку оточення. Яскравим прикладом такої відповідальності може бути звичай викликати кривдника на дуель. Незважаючи на формальну заборону з боку держави, дуель як форма відповідальності за образу, кривду тощо існувала протягом багатьох століть, відбиваючи уявлення суспільства про гідну (моральну) поведінку і відповідальність за її порушення.

Близькою по суті з моральною відповідальністю слід визнати такий різновид соціальної відповідальності, як етична, яка породжується порушенням **етичних** норм, наприклад, осуд оточенням людини, яка неналежно поводить себе в місці, яке вимагає певної поведінки (поховання, публічні церемонії, вистави тощо). За тими самими критеріями порушення етики, але вже професійної, можна виокремити **професійну відповідальність**, яка притаманна носіям професій, які тісно взаємодіють з іншими людьми, як-то: суддям, адвокатам, лікарям, журналістам, аудиторам, нотаріусам та ін. Така відповідальність за порушення норм професійної (корпоративної) етики, крім осуду, може полягати у відстороненні людини (тимчасово або назавжди) від заняття відповідною професійною практикою.

Політична відповідальність – відповідальність політика за порушення політичних норм, як-то: недотримання взятих зобов'язань, зміна політичних уподобань із власних інтересів тощо, може мати наслідком непідтримку виборцями кандидатури такого політика на виборах на новий термін повноважень або ініціювання відкликання політика з виборної посади тощо.

Порушення **релігійних** норм призводить до відповідальності у вигляді покладення відповідним церковним органом на вірянина чи клірика певних обмежень або додаткових зобов'язань при відправленні культу, які передбачені релігійними нормами, у тому числі відлучення від церкви.

Так само й інші соціальні норми містять у собі допустимі заходи несприятливого впливу на порушника, застосування яких є мірою відповідальності особи за порушення цих норм.

Роль соціальної відповідальності в житті суспільства важко недооцінити. Як реакція суспільства на протиправну поведінку, зокрема і у випадку зловживання правом, відповідальність виконує не лише функцію покарання, їй також властива роль запобіжника в процесі нормального функціонування суспільства як одного із факторів необхідності дотримання приписів соціальних норм.

18.2. Поняття юридичної відповідальності та її ознаки

На відміну від розглянутих вище видів соціальної відповідальності, юридична відповідальність є специфічним видом відповідальності, пов'язаним з державою, з виконанням нею своїх функцій, насамперед правоохоронної, виключно держава має легальні можливості застосування примусу або іншого обмеження прав та свобод людини.

Відповідно, до юридичної відповідальності мають ставитись особливі вимоги, які не можна автоматично перенести з інших видів соціальної відповідальності, насамперед це стосується визначеності.

Так, юридична відповідальність *може настати тільки за порушення правових норм*, перелік і зміст яких сформульовано у законі.

Іншою відмінною особливістю юридичної відповідальності є *можливість застосування державно-правового примусу до особи, яка скоїла правопорушення*. Саме правопорушення за наявності всіх ознак, що утворюють його склад, є фактичною підставою юридичної відповідальності.

Державно-правовий примус до особи, яка скоїла правопорушення, дістає прояв у покладенні на особу компетентним органом обов'язку перетерпіти визначені законом несприятливі для неї наслідки як майнового, так і немайнового характеру.

Відповідно, без визначення (закріплення) у законі виду і міри юридичної відповідальності за те чи інше правопорушення юридична відповідальність настати не може.

Ще однією характерною ознакою юридичної відповідальності є те, що *вона здійснюється у процесуальній формі*. Це означає, що порядок покладення юридичної відповідальності визначається нормами процесуального права, на основі яких за наявності певного факту виникають процесуальні правовідносини, в яких відбувається рух юридичної відповідальності.

Цей рух передбачає кілька стадій, основними з яких згідно з теорією юридичної відповідальності є:

- а) виникнення юридичної відповідальності, момент якого, як правило, пов'язаний із вчиненням правопорушення;
- б) дослідження обставин справи про правопорушення;
- в) прийняття компетентними органами рішення про застосування (незастосування) заходів державно-правового примусу, вибір їх у межах санкції, передбаченої нормою права;
- г) реалізація юридичної відповідальності, тобто виконання застосованих до правопорушника заходів державно-правового примусу.

У цій завершальній стадії полягає сенс здійснення юридичної відповідальності.

Таким чином, можна запропонувати таке визначення юридичної відповідальності. **Юридична відповідальність** – передбачений законом обов’язок особи перетерпіти несприятливі для себе наслідки як майнового, так і не майнового характеру, вид і міра яких визначаються компетентним органом за результатами розгляду скоєного особою діяння, визначеного законом як правопорушення.

Юридичну відповідальність слід відрізнати від інших примусових заходів державного реагування. Так, не можна вважати юридичною відповідальністю тимчасове обмеження прав особи у визначених законом випадках як превентивний захід від можливих правопорушень, для забезпечення розслідування правопорушення, для захисту прав та інтересів людини, інших осіб, суспільства. Такі примусові заходи зокрема, але не тільки, можуть полягати у взятті особи під варту, обмеженні свободи пересування особи, зупиненні виробництва, забороні реалізації продукції, виконання робіт тощо. У разі виправлення недоліків у господарській діяльності, недоведеності вини підозрюваної особи, усунення загроз правам та інтересам людини та в інших встановлених законом випадках вищезазначені примусові заходи скасовуються.

Так само не буде юридичною відповідальністю вжиття заходів, спрямованих на відновлення порушеного права особи. Наприклад, прийняття компетентним органом рішення про поновлення на роботі працівника після незаконного звільнення; повернення боргу, який особа вчасно не повернула; виселення з незаконно зайнятого приміщення тощо. У цих випадках на особу покладається обов’язок відновити правове становище іншої особи, яке залишалося б таким самим, якби його не порушували, інакше кажучи, особа зобов’язана виконати приписи правових норм, які вона з тих чи інших причин не виконала вчасно або правомірно.

При настанні юридичної відповідальності на особу може бути покладено обов’язок понести несприятливі наслідки майнового чи особистого характеру, якого в особи не було б, якби не скоєне нею правопорушення, як-то: сплатити штраф за невчасне повернення боргу; позбавитися власного майна; перетерпіти обмеження волі тощо.

18.3. Підстави юридичної відповідальності

Як вже було відзначено вище, фактичною підставою юридичної відповідальності є правопорушення за наявності всіх ознак, які утворюють його склад (об’єкт, суб’єкт, об’єктивна сторона, суб’єктивна сторона), що виступають у нерозривній єдності, тобто як єдине ціле. Однак

склад правопорушення – це вирішальна, але не єдина підстава юридичної відповідальності. Підставою юридичної відповідальності є наявність трьох складових: нормативної, фактичної, процесуальної.

Нормативна підстава – це наявність норми права, що передбачає можливість покладання відповідальності.

Як не може бути діяння, визначеного як правопорушення без закріплення його ознак у правовій нормі, так не може бути і відповідальності, міра і підстави якої не відображені у нормі права.

Незважаючи на плюралізм підходів до праворозуміння та, відповідно, способів існування правових норм, слід визнати, що в більшості країн (не тільки континентальної Європи), зокрема в Україні, нормативна підстава юридичної відповідальності може бути відображена тільки в законі як виді нормативно-правового акта, так само як і ознаки діяння, яке є правопорушенням. Така позиція обумовлюється тим, що закон є актом вищої юридичної сили порівняно з іншими нормативно-правовими актами.

Можливість прийняття закону вищим представницьким, колегіальним органом, яким є Верховна Рада України, за відповідною процедурою або ж на всенародному референдумі повинна забезпечувати виваженість та стабільність існування нормативних підстав юридичної відповідальності та забезпечувати їхню легітимність для суспільства. А сама норма права, закріплена законом, є максимально формалізованою (визначеною), чіткою і зрозумілою, на відміну від інших способів існування правових норм.

У Конституції України такий підхід до визначення нормативних підстав юридичної відповідальності набув свого відображення у частині 22 статті 92, якою закріплено, що виключно законами України визначаються засади цивільно-правової відповідальності; діяння, які є злочинами, адміністративними або дисциплінарними правопорушеннями, та відповідальність за них.

Фактична підстава – це наявність факту правопорушення (фактично скоєного діяння), з яким пов'язується виникнення охоронних правовідносин і у межах якого реалізується юридична відповідальність.

Для того щоб правопорушення стало фактом, воно повинно бути виявлено та зафіксовано. Великий масив протиправних діянь, які трапляються у житті, внаслідок різних причин залишаються латентними (прихованими).

Але, незважаючи на явний або прихований характер протиправного діяння, факт його вчинення є початком юридичної відповідальності.

Безпосередньо наявність факту правопорушення встановлюється в суді або в процесі діяльності інших уповноважених на це (компетентних) органів, зокрема правоохоронних.

Процесуальна підстава – це наявність правозастосовного акта уповноваженого на те (компетентного) органу, яким встановлюється вид і міра юридичної відповідальності (обсяг та форма заходів державно-правового примусу).

Треба зауважити, що в процесі встановлення факту правопорушення уповноваженими на те органами можуть бути виявлені обставини, які законодавець визначив як підстави, коли юридична відповідальність при формальній наявності складу правопорушення виключається. До таких обставин зокрема, але не тільки, слід віднести: випадок (казус); непереборну силу; необхідну оборону, уявну оборону та крайню необхідність. Названі обставини вказують на відсутність суспільної небезпеки та протиправності діяння або на відсутність вини правопорушника.

Від підстав **виключення** юридичної відповідальності слід відрізняти підстави **звільнення** від юридичної відповідальності. Звільнення від юридичної відповідальності відбувається за скоєне правопорушення, де вина порушника доведена у встановленому порядку. Цей інститут ґрунтується на основоположних принципах гуманізму, справедливості та застосовується у визначених законом випадках, коли існує невисокий ступінь суспільної небезпеки правопорушення або правопорушника.

Ступінь суспільної небезпеки знижується з часом, який минув після скоєння правопорушення, тому найпоширенішою підставою звільнення від юридичної відповідальності є строк давності скоєння правопорушення або строк давності прийняття невиконаного правозастосовного акта щодо відповідальності правопорушника, після настання якого притягнути до юридичної відповідальності особу не можна. Такі строки передбачені для кримінальної, адміністративної, дисциплінарної відповідальності. У цивільному праві аналогічним інститутом є строк позовної давності, після настання якого особа не може звернутися з позовом до суду, зокрема, з приводу притягнення особи до цивільно-правової відповідальності, хоча в цьому випадку наявність складу правопорушення залишається недоведеною.

На ефекті зменшення ступеня суспільної небезпеки з часом, який минув після правопорушення, базуються й інші підстави звільнення від юридичної відповідальності, такі як: помилування, амністія, умовно-дострокове звільнення тощо.

Окремо слід розглянути інститут призначення покарання та звільнення від його відбування у випадку укладення так званої «угоди з правосуддям» особою, яка вчинила злочин. З одного боку, можливість звільнитися від відповідальності в обмін на співпрацю зі слідством суперечить деяким принципам юридичної відповідальності, зокрема,

принципам невідворотності відповідальності, однаковому підходу до осіб, які вчинили однакове правопорушення тощо. З іншого – угода зі слідством у межах кримінального провадження дає можливість розкрити злочин, притягнути до відповідальності злочинців, яким за інших умов не можна було б висунути обвинувачення. У цьому разі має йтися швидше за все про кінцеві цінності та інтереси, які захищає інститут юридичної відповідальності. Суддя, який приймає рішення про звільнення від фактичного покарання або пом'якшення відповідальності особи, яка погодилася співпрацювати зі слідством, повинен бути впевненим, що суспільство отримає більше користі від розкриття злочину, притягнення інших винних до відповідальності, ніж засудження одного, окремо взятого правопорушника. Але навіть при такому зваженні інтересів питання щодо відповідності зазначеного способу звільнення від юридичної відповідальності її принципам залишається.

18.4. Принципи юридичної відповідальності

В розділі 3 цього підручника, який був присвячений принципам права, серед інших характерних ознак наголошувалось, що **принципи права** існують у всіх правових системах, визначають людиноцентричну природу права та правового регулювання, вони задають формат, який дозволяє праву виконувати своє призначення в суспільстві – створювати умови для нормальної життєдіяльності людей, бути антиподом свавілля і беззаконня.

Юридична відповідальність є правовим явищем та одночасно елементом правової системи. Відповідно, принципи юридичної відповідальності визначають природу, суть, зміст, призначення юридичної відповідальності як правового явища.

Такі основоположні принципи права, як справедливість, гуманізм, рівність перед законом своєї конкретизації набувають у принципах юридичної відповідальності. Особливе значення для юридичної відповідальності, як і для права загалом, має принцип справедливості. Вже сам факт настання відповідальності після скоєння правопорушення є проявом справедливості. Так само як справедливим і гуманним буде звільнення від юридичної відповідальності особи за наявності обставин, які пом'якшують вину, або як результат амністії чи помилування.

До принципів юридичної відповідальності належать такі принципи, які є складовою верховенства права:

- правова визначеність підстав, наслідків, юридичної відповідальності; прав та обов'язків як осіб, які притягаються до юридичної відповідальності, так і осіб, які уповноважені здійснювати таку діяльність;
- законність підстав юридичної відповідальності;
- невідворотність юридичної відповідальності;
- рівність всіх перед законом та судом;
- однаковий підхід до осіб, які вчинили однакове правопорушення;
- індивідуалізація юридичної відповідальності;
- неможливість притягнення до юридичної відповідальності двічі за одне і те саме правопорушення;
- недопустимість притягнення до юридичної відповідальності за діяння, яке на час вчинення не визнавалося законом як правопорушення.

Цей перелік не є вичерпним, в юридичній літературі можна знайти й інші підходи до обсягу і змісту принципів юридичної відповідальності.

Принцип правової визначеності, змістовно складається з декількох аспектів. Щодо юридичної відповідальності найважливішими з них є:

- вимоги до ясності, чіткості, несуперечливості правової норми, яка встановлює підстави настання або звільнення від юридичної відповідальності, прав та обов'язків як осіб, які притягаються до юридичної відповідальності, так і осіб, які уповноважені здійснювати таку діяльність;
- доступність та передбачуваність вказаної вище правової норми;
- відсутність зворотної сили правової норми, якою встановлено юридичну відповідальність;
- остаточність судового рішення;
- обов'язковість виконання судового рішення.

Втілення названих вимог в правовій нормі та в практиці її застосування, з одного боку, дає можливість людині передбачати правові наслідки своїх дій чи бездіяльності, з іншого – слугує гарантією захисту людини від свавільного втручання в її життя, а також є засобом, що обмежує дискреційні повноваження органів, які уповноважені притягати осіб до юридичної відповідальності.

Остаточність та обов'язковість судового рішення є невід'ємною частиною іншого загального принципу права, а саме справедливого судового розгляду. Без виконання судового рішення уявити справедливий судовий розгляд неможливо.

Принцип законності підстав юридичної відповідальності також має декілька аспектів:

- як самостійний елемент правової визначеності цей принцип базується на відомому з часів римського права постулаті *nullum crimen, nulla poena, sine lege* (без закону немає ні злочину, ні покарання). Але одного факту закріплення у законі підстав юридичної відповідальності недостатньо. Як вже було зазначено раніше, склад правопорушення, за наявності якого може настати юридична відповідальність, вид і міра такої відповідальності, повинні бути сформульовані в законі з максимальною визначеністю і зрозумілістю для всіх і кожного.

- вид і міра юридичної відповідальності застосовуються виключно у межах санкції правової норми;

- притягнення до юридичної відповідальності відбувається у законодавчо визначеному процесуальному порядку і тільки особами, які мають відповідні, визначені законом повноваження.

Принцип невідворотності юридичної відповідальності полягає в тому, що будь-яке визначене законом правопорушення, не повинно залишитися без негативних наслідків для правопорушника.

Принцип рівності всіх перед законом знайшов своє втілення у юридичній відповідальності як рівність підстав для всіх осіб, тобто однакових, закріплених у законодавстві прав і обов'язків для суб'єктів однієї категорії, які притягаються до юридичної відповідальності.

Принцип індивідуалізації юридичної відповідальності розкривається через максимальну персоніфікацію виду та міри відповідальності, тобто її залежність від характеру конкретного діяння та характеристики конкретної особи, яка вчинила діяння. Передусім це стосується визначення ступеня суспільної небезпеки діяння та особи, можливості відшкодувати заподіяну шкоду, наявності в особи пом'якшуючих або, навпаки, обтяжуючих провину обставин тощо. Лише з урахуванням цих та інших обставин у комплексі можна визначати вид та міру покарання, можливість відстрочення покарання або звільнення від юридичної відповідальності.

Неможливість притягнення до юридичної відповідальності двічі за одне і те саме правопорушення – цей принцип відомий ще з античності, знайшов своє закріплення у статті 68 Конституції України і безпосередньо стосується неможливості застосовувати двічі один і той саме вид юридичної відповідальності за одне і те саме правопорушення. Треба зауважити, що цей принцип не виключає можливості покладення на особу додаткових видів юридичної відповідальності. Наприклад, на засудженого до позбавлення волі за скоєний злочин додатково може бути покладено обов'язок не займатися певною діяльністю після відбуття покарання та/або відшкодувати заподіяну шкоду.

18.5. Незнання закону та юридична відповідальність

Важко собі уявити, що всі без винятку учасники правовідносин досконало знають свої права і обов'язки, зокрема, щодо можливості бути притягненим до юридичної відповідальності. Причин цьому багато: це і велика кількість нормативно-правових актів, в яких знайшли своє відображення приписи правових норм; і об'єктивні чинники, пов'язані зі складністю правового матеріалу тощо. Однак ще з давніх часів відомий принцип: «незнання закону не звільняє від юридичної відповідальності», який знайшов своє закріплення у частині 2 статті 68 Конституції України. Чи немає в цьому протиріччя? З одного боку, знати все неможливо, а з іншого – це не є аргументом для звільнення від відповідальності.

Насправді уявити собі можливість особи бути звільненою від відповідальності з підстав того, що вона не знала, чого не можна робити, також важко. Якщо таке було б можливо, то принципи юридичної відповідальності, такі як невідворотність, рівність підстав притягнення до відповідальності тощо не діяли б, а сама юридична відповідальність як наслідок правопорушення перестала б існувати, оскільки перевірити, чи дійсно особа знала, що вчиняє діяння, яке підпадає під ознаки правопорушення, неможливо.

Неможливість уявити такий стан речей пояснюється насамперед тим, що людина не є ізольованою від правових процесів, зокрема правотворення і правореалізації, вона живе в середовищі наскрізь пронизаному правовими реаліями. Людина долучається до пізнання права, до його сприйняття не тільки через правові тексти, а й через досвід свого буття. Людина може прожити життя, здійснюючи правомірні вчинки, при цьому не звіряючи свою поведінку з конкретними приписами нормативно-правових актів.

Проте принцип правової визначеності, про який вже йшлося, вимагає встановлення додаткових гарантій знання закону. А саме, щоб правові акти заздалегідь оприлюднювалися, діяли на майбутнє, були ясними, простими, чіткими та несуперечливими. Дотримання цього принципу дає людям змогу планувати свої дії з упевненістю, що знають про їх правові наслідки. У вказаному принципі практично сконцентровано дві основні вимоги: нормативно-правовий акт повинен бути офіційно оприлюднений та зміст його вимог має бути зрозумілим і виконуваним, а наслідки невиконання – передбачуваними.

В Україні цей принцип частково закріплено у статтях 57 та 58 Конституції України, де вказано, що кожному гарантується право знати свої права і обов'язки. Закони та інші нормативно-правові акти, що визначають права і обов'язки громадян, мають бути доведені до відома населення у порядку, встановленому законом. Закони та інші нормативно-правові акти, що визначають права і обов'язки громадян, не доведені до відома населення у порядку, встановленому законом, є не чинними. Закони та інші нормативно-правові акти не мають зворотної дії в часі, крім випадків, коли вони пом'якшують або скасовують відповідальність особи. Ніхто не може відповідати за діяння, які на час їх вчинення не визнавалися законом як правопорушення.

Практична реалізація цих норм дає можливість встановити презумпцію знання закону кожним, за умови, що кожний має можливість ознайомитися із законом, який відповідає вимогам принципу правової визначеності, після його відповідного опублікування. У разі коли закон не опубліковано, або ж опубліковано, але він не відповідає вимогам принципу правової визначеності, стверджувати про те, що людина обізнана зі своїми правами та обов'язками, неможливо.

Таким чином, слід зробити висновок, що принцип неможливості звільнення від відповідальності на підставі незнання закону діє тільки за умови, коли особа мала можливість не лише ознайомитися з цим законом, а й зрозуміти його вимоги щодо своїх прав та обов'язків, сама або за допомогою компетентної особи.

18.6. Види юридичної відповідальності

Досить часто в юридичній літературі класифікацію видів юридичної відповідальності здійснюють за галузевою ознакою, поділяючи її на: конституційну, кримінальну, адміністративну, цивільно-правову, трудову (дисциплінарну) тощо. Але такий підхід не охоплює видів відповідальності, які можуть існувати в межах однієї галузі, та не враховує того факту, що та сама дисциплінарна відповідальність притаманна не тільки трудовому праву.

Більш сучасною класифікацією, хоча і не позбавленою недоліків, є розподіл видів юридичної відповідальності за критерієм її настання при порушенні норм приватного або публічного права. Поділ системи

права на дві підсистеми зумовлений різним характером публічних та приватних відносин, які регулюються правом. В публічних відносинах переважає субординація, а в межах приватних – координація. Відповідно, в публічному праві переважають імперативні правові норми, а в приватному – диспозитивні. Звичайно, цей поділ є умовним, дві підсистеми інтегровані між собою, проте підстави настання, процедура притягнення до відповідальності, її конкретний прояв будуть залежати від того, норми публічного чи приватного права були порушені.

Так, одним із різновидів юридичної відповідальності є **застосування заходів публічно-правового характеру до держави та її органів за невиконання чи неналежне виконання своїх обов'язків**.

Видами такої відповідальності держави за невиконання своїх обов'язків можуть бути конституційні та міжнародно-правові заходи. Так, Конституція України зобов'язує державу відшкодовувати матеріальну чи моральну шкоду, завдану фізичним або юридичним особам актами і діями її органів чи посадових осіб, що визнані неконституційними.

Міжнародно-правові заходи (санкції) до держави будуть проявом міжнародної відповідальності за порушення норм міжнародного права. Також на державу, крім іншого, можуть бути покладені зобов'язання із відшкодування шкоди як своїм громадянам, так і іншим державам. Різновидами санкції до держави із відшкодування шкоди у міжнародному праві є реституція та репарація.

Іншим різновидом юридичної відповідальності в публічно-правовій сфері регулювання слід назвати **конституційно-юридичну відповідальність**, передбачену Конституцією України, за дії та бездіяльність державних органів, органів місцевого самоврядування їх посадових і службових осіб. Держава також може бути суб'єктом конституційно-юридичної відповідальності за невиконання своїх обов'язків. Як приклад можна навести зобов'язання держави щодо виконання нею судових рішень, які винесені та невиконані державними підприємствами, установами та організаціями. Порядок виконання таких зобов'язань зафіксовано у Законі України від 5 червня 2012 року «Про гарантії держави щодо виконання судових рішень»¹.

Проте необхідно розмежовувати конституційно-юридичну і конституційно-політичну відповідальність. Остання не є різновидом юридичної відповідальності, оскільки настає за порушення не юридичних, а

¹ Відомості Верховної Ради. – 2013. – № 17. – Ст. 158.

політичних норм, без наявності визначеного нормою права складу правопорушення. Так, різновидами заходів конституційно-політичної відповідальності є: дострокове припинення повноважень Верховної Ради України; відставка Кабінету Міністрів України тощо.

Іншими різновидами юридичної відповідальності є **дисциплінарна, адміністративна та кримінальна відповідальність**. Незважаючи на те, що ці види відповідальності настають із різних підстав у різних галузях права, вони мають і спільні риси. По-перше, для діянь, за які настають ці види відповідальності, характерний високий ступінь суспільної небезпеки, тому законодавець в Україні виокремив ці види відповідальності, закріпивши у Конституції України норму, відповідно до якої підстави настання такої відповідальності можуть визначатися лише законом. По-друге, притягнення до такої відповідальності можливе винятково за рішенням компетентного органу або посадової особи, яка має закріплені у законі відповідні повноваження.

Так, дисциплінарна відповідальність настає за дисциплінарні проступки, які може скоїти особа при виконанні взятих на себе або покладених на неї, трудових, службових, професійних та інших обов'язків, пов'язаних із дотриманням дисципліни. Цей різновид відповідальності застосовується при порушенні норм не лише трудового права, дисциплінарну відповідальність можуть понести і військовослужбовці у разі порушення військових статутів, судді – за порушення норм судочинства, адвокати – за порушення адвокатської етики, особи, засуджені до позбавлення волі, за порушення дисципліни у закладах, де відбувають покарання тощо.

Варто зазначити, що дисциплінарна відповідальність є універсальною з тієї точки зору, що притаманна як публічному, так і приватному праву. Так, трудове законодавство, яке належить до приватного права, передбачає можливості настання дисциплінарної відповідальності у разі невиконання або неякісного виконання працівником своїх обов'язків, передбачених трудовим договором. Найбільш вагомою дисциплінарною санкцією в такому випадку є звільнення з роботи.

Більш високий ступінь суспільної небезпеки діянь, які кваліфікуються як адміністративні, кримінальні проступки або злочини, зумовлюють те, що попередження, виявлення та притягнення винних у їх здійсненні до відповідальності належить до правоохоронної сфери діяльності держави, тобто до публічної сфери правовідносин. Це, в свою чергу, визначає особливості правозастосовного процесу накладення такої відповідальності. Якщо до дисциплінарної відповідальності особа може бути притягнена безпосередньо рішенням керівно-

го органу підприємства, установи, організації тощо, де вона служить, працює, то до адміністративної чи кримінальної відповідальності можна притягнути виключно через прийняття правозастосовного рішення компетентним органом або судом, який не пов'язаний відносинами підпорядкування з особою, яка притягається до відповідальності. Притягнення до цих видів юридичної відповідальності відбувається у визначеній законом процесуальній формі. Сторонам забезпечуються відповідні права: відкритість розгляду; змагальність обвинувачення та захисту; можливість збирати та надавати докази; можливість мати представника чи захисника; можливість оскарження прийнятого рішення тощо.

Проте адміністративну і кримінальну відповідальність не можна вважати різновидами виключно публічно-правової відповідальності. З одного боку, притягнення до такої відповідальності забезпечує публічний інтерес – правопорядок, а з іншого – захист прав людини, який відбувається в процесі розкриття правопорушення і притягнення винних осіб до адміністративної чи кримінальної відповідальності, є відображенням приватного інтересу людини. Є й інші аргументи на користь висловленої тези. Так, притягнення до відповідальності за окремі, визначені законом кримінальні правопорушення повинно відбуватися у порядку так званого «приватного обвинувачення», тобто виключно за заявою потерпілої фізичної чи юридичної особи. Це саме стосується і певних видів адміністративних правопорушень. У такому випадку ми можемо говорити не про суто публічний, а про публічно-приватний характер кримінальної та адміністративної відповідальності.

Адміністративну та кримінальну відповідальність можна розглядати разом як різновиди відповідальності ще з тих міркувань, що вони мають спільне соціальне коріння. Багато кримінальних злочинів у процесі удосконалення правової системи з часом стають адміністративними проступками та, навпаки, за набуття певних кваліфікаційних ознак адміністративний або кримінальний проступок може бути перекваліфікований як злочин. Фактично кримінальна чи адміністративна юридична відповідальність будуть розрізнятися не стільки процесом її накладення (більш спрощеним для адміністративної відповідальності), скільки характером негативних наслідків, які особа повинна перетерпіти у разі понесення адміністративної чи кримінальної відповідальності, що, в свою чергу, зумовлено ступенем негативності наслідків від діяння щодо охоронюваних адміністративним чи кримінальним правом відносин.

Так, найбільш поширеними санкціями за порушення норм адміністративного права є: попередження, штраф, конфіскація предмета (знаряддя) правопорушення тощо. Санкції кримінального права більш негативні для особи: позбавлення волі, конфіскація майна, заборона займатися певними видами діяльності тощо.

Відмінності між вказаними видами відповідальності пов'язані з небезпечністю наслідків діянь, за які вони настають, і полягають також у тому, що до адміністративної відповідальності можуть бути притягнені як фізичні, так і юридичні особи. Суб'єктом покладання відповідальності не обов'язково повинен бути суд, це може бути і визначений законом інший державний орган і посадова особа. До кримінальної відповідальності також можуть притягатися як фізичні, так і юридичні особи, але у зв'язку з підвищеною суспільною небезпечкою злочину або кримінального проступку та важкістю санкцій притягнення до цього виду відповідальності може відбутися виключно за рішенням суду. Це у свою чергу повинно забезпечити підвищену якість правозастосовного процесу, можливість детального розгляду аргументів і доказів як вини, так і невинуватості, надання правової допомоги підозрюваному тощо.

У зв'язку з динамічним розвитком системи права, що зумовлює виникнення нових правових інститутів та галузей, в останні десятиліття законодавець визначив заходи відповідальності за порушення новостворених норм, щодо галузевої належності яких виникла дискусія.

Це передусім стосується фінансового, бюджетного, валютного, податкового, митного, екологічного права. На перший погляд, вказані відносини підпадають під сферу регулювання адміністративного права, оскільки належать до напрямів державного управління. Але є й інша точка зору. Наприклад, в одному зі своїх рішень Конституційний Суд України стверджує, що якщо законодавець в законі чітко не визначив те чи інше діяння як адміністративне правопорушення, відповідальність за схоже, але не визначене законом правопорушення, не може вважатися адміністративною, та відповідно до нього не можуть застосовуватися норми адміністративного права¹. Вказаний висновок дає можливість кваліфікувати інші види юридичної відповідальності у сфері публічного права як самостійні, без ототожнення з

¹ Рішення Конституційного Суду від 30 травня 2001 р. № 7-рп/2001.

адміністративним правом, та, відповідно, визначати їх як податкову, бюджетну, митну, екологічну тощо юридичну відповідальність, що, у свою чергу, формально порушує припис статті 92 Конституції України, якою встановлено вичерпний перелік видів юридичної відповідальності. Практичним наслідком такого висновку є питання про дотримання принципу законності підстав притягнення до таких «нових» видів юридичної відповідальності. Відповідь на нього можлива лише одна, а саме: підстави будь-якого різновиду юридичної відповідальності в класичній чи новій галузі права можуть бути визначені тільки в законі. В жодному іншому виді нормативно-правових актів таких підстав бути не може.

У сфері приватноправових відносин юридична відповідальність, крім вже згаданої дисциплінарної, може наставати за порушення норм цивільного права, або як їх ще називають «цивільно-правові делікти». Цивільне право як галузь приватного права регулює відносини у сфері приватної власності в усіх її формах і проявах. З цивільним правом тісно пов'язані такі галузі, як господарське, сімейне, трудове право. Правове регулювання у сфері цивільного права здійснюється на засадах рівності сторін, координації взаємодії, договірних відносин тощо. Відповідно, юридична відповідальність, яка настає внаслідок порушення норм цивільного права, також відрізняється від відповідальності у сфері публічних відносин. Основна відмінність полягає у тому, що відповідальність може бути понесена суб'єктом добровільно, без рішення компетентного органу. Це стосується всіх випадків настання цивільно-правової відповідальності. Основним видом такої відповідальності є матеріальна, яка, наприклад, може настати за прострочення виконання зобов'язань (пеня, штраф). Цивільно-правова відповідальність може полягати не тільки в обов'язку сплатити додаткові кошти, а й в обов'язку вчинити певні дії, виконати додаткові роботи тощо.

В юридичній літературі, особливо з цивільного права, існує думка, що характерною відмінністю цивільно-правової відповідальності є те, що у визначених законом випадках наявність вини як однієї з ознак правопорушення, за яке особа повинна нести відповідальність, не є обов'язковою. Як приклад наводиться відшкодування заподіяної шкоди власником джерела підвищеної небезпеки. Така точка зору суперечить як основним принципам юридичної відповідальності, зокрема, неможливості настання відповідальності без вини, так і Конституції України. Так, однією з основних засад судочинства в Україні відповідно до статті 129 Конституції України є забезпечення дове-

деності вини. А сама юридична відповідальність, зокрема цивільна, може настати виключно за діяння, яке законом визначається як правопорушення. Відповідно, склад правопорушення включає вину як невід'ємний елемент, без доведеності якої діяння не може бути кваліфіковане як правопорушення.

На практиці у цивільних правовідносинах дії з відшкодування шкоди, зокрема, спричиненої джерелом підвищеної небезпеки (автомобілем, зброєю, твариною тощо), слід вважати не різновидом юридичної відповідальності, а нічим іншим, як виконанням обов'язку стосовно порушених прав особи, в якій постраждало майно або постраждала вона особисто.

Зобов'язання з відновлення порушених прав є характерною рисою цивільно-правових відносин, чи то повернення простроченого грошового боргу або майна, чи відшкодування шкоди.

Взагалі засади інституту компенсації заподіяної шкоди є універсальними і застосовуються до всіх суб'єктів правовідносин у різних галузях права. Це стосується і держави, яка несе обов'язок із компенсації заподіяної шкоди перед своїм громадянами як у разі неправомірних дій державних органів, так і в результаті форс-мажорних обставин (стихійні лиха). Це стосується і обов'язку сплати аліментів батьками в сімейному праві тощо.

Вказані аргументи свідчать про те, що вважати дії із компенсації заподіяної шкоди як за наявності вини, так і без такої, видом юридичної відповідальності не можна. Наведений вище перелік видів юридичної відповідальності не є вичерпним. Система права перебуває у динамічному розвитку, що зумовлює виникнення нових відносин і нових правових норм, за порушення яких, за умови визначення засад **відповідним законом**, може настати юридична відповідальність.

ЧЕТВЕРТА ЧАСТИНА СУЧАСНІ ПРАВОВІ СИСТЕМИ ТА ЇХ ОБ'ЄДНАННЯ. ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА

Розділ 19 СІМ'Ї НАЦІОНАЛЬНИХ ПРАВОВИХ СИСТЕМ. МІСЦЕ ПРАВОВОЇ СИСТЕМИ УКРАЇНИ СЕРЕД НИХ

19.1. Поняття правової системи

Поряд з поняттям **«система права»**, про характерні риси і структуру якого йшлося у розділі 8 цього підручника, в загальній теорії права використовується ще одне близьке за етимологією поняття – **«правова система»**. Ці поняття навіть юристи, особливо юристи-практики, не кажучи вже про людей, які не мають спеціальної підготовки, нерідко плутають, вживаючи як синоніми.

Тим часом поняття **«система права»** і **«правова система»**, хоч і мають спільні генетичні коріння (породжені діяльністю людей в процесі їх взаємодії), відмінні за своїм змістом, обсягом, структурою і призначенням поняття. Якщо перше характеризує право виключно як нормативне

утворення і становить собою внутрішньо узгоджену систему всіх чинних юридичних норм певної держави, диференційовану на галузі, інститути та інші утворення, то друге – це конкретно-історично обумовлений комплекс всіх взаємопов'язаних правових явищ (юридичних норм, установ, правосвідомості й правової культури, юридичної практики тощо), які функціонують у певній країні. Центром правової системи є людина, яка не тільки її формує, а й своїми діями реалізує. Тобто за своїм змістом і обсягом поняття **«правова система»** значно ширше за поняття **«система права»**. Суттєво відрізняється також внутрішня структура цих явищ. Якщо систему права, як зазначалося, становлять такі її структурні елементи, як норма права, інститут права, галузь права, то структуру правової системи визначає специфіка не тільки цих складових, а й ряду інших елементів: особливості праворозуміння, джерел права, їх тлумачення і застосування, юридичної техніки і юридичної термінології, правової ідеології та правової психології, своєрідність юридичного мислення та ін. Детальніше про ці особливості йтиметься далі.

Правову систему зі всіма її особливостями, яка функціонує в тій чи іншій країні, прийнято називати національною правовою системою.

Національна правова система – це своєрідна «внутрішня правова карта» конкретної країни, що відображає її соціально-економічні, політичні, культурні, правові та інші особливості. Вона є явищем унікальним, неповторним або ж, висловлюючись категоріями діалектики, – одиничним. Нині у світі налічується понад 200 національних правових систем.

«Правова карта світу» не є простою сукупністю «внутрішніх правових карт» країн. Вона набагато складніша.

Це обумовлено насамперед глобалізаційними та інтеграційними процесами, які відбуваються у сучасному світі, особливо в Європі. Дедалі глибшим стає розуміння того, що національний ізоляціонізм має негативні наслідки, хоч ідеї всесвітньої уніфікації права, привабливі ще на початку і в середині минулого століття, сьогодні не мають великого поширення (як правило, обмежуються морським, повітряним, ядерним правом тощо).

Спротив, інколи досить жорсткий, зустрічають також спроби «нав'язування» чужих правових систем, досить обережно підходять сучасні національні правові системи також до механічних «запозичень» з інших правових систем.

Суверенізація конкретно-національного регулювання та багатоманітність національних правових систем зовсім не означає, що вони поряд з унікальними, неповторними рисами (одиничним) та спільними

рисами, притаманними праву в цілому (загальним), не мають ознак подібності, родинності, тобто особливого.

Виявлення особливого в національних правових системах та їх класифікація (групування) – одне з головних завдань порівняльно-правових досліджень, які тривалий час проводилися переважно в межах науки загальної теорії права.

За цей час не тільки нагромаджений величезний за обсягом дослідницький матеріал, а й виокремився специфічний предмет порівняльно-правових досліджень, сформульовані вимоги до методології та методики таких досліджень, що дало підстави багатьом авторам, як зарубіжним так і вітчизняним, для обґрунтування нового статусу порівняльного правознавства (правової компаративістики) – не лише як особливого дослідницького методу, а й як відособленої, автономної галузі наукових знань, що виходить за межі науки загальної теорії права.

У зв'язку з цим виникає необхідність уточнення чи навіть переосмислення викладення теми «Основні правові системи сучасності» як вона зазвичай називається в навчальних посібниках і підручниках із загальнотеоретичного правознавства. Очевидно, збереження в курсі загальної теорії права теми, присвяченої правовим системам, матиме сенс лише у тому разі, якщо зміст цієї теми складатимуть не стільки питання щодо виникнення порівняльного правознавства та його основних шкіл чи навіть історія становлення та детальна характеристика основних масивів національних правових систем, як це часто має місце зараз. Це предмет науки порівняльного правознавства і відповідної навчальної дисципліни, яка передбачається як обов'язкова чи вибіркова навчальними планами більшості вищих юридичних навчальних закладів.

У цьому підручнику автори намагалися подати цю тему виключно під кутом зору висвітлення проблем, які становлять предмет загальної теорії права – праворозуміння, джерела права, його структура, правові інститути та установи, тенденції розвитку загальної теорії права в умовах посиленого взаємовпливу правових систем, викликаних процесами глобалізації та інтеграції.

Окреме місце в контексті цих процесів відведене стану та перспективам розвитку національної правової системи України, оскільки без врахування національних особливостей, як і глобального в ній, загальна теорія права може виявитися простою енциклопедією права, повернення до якої (принаймні під назвою «Загальна теорія права») навряд чи виправдане.

Характеристиці цих питань передують коротке ознайомлення з типологією (класифікацією) сучасних правових систем, її критеріями та особливостями основних груп цих систем.

19.2. Критерії класифікації правових систем

Масиви національних правових систем, об'єднаних подібними, родинними рисами, в сучасній юридичній літературі позначають по-різному: правовими колами (К.-Х. Еберт, К. Цвайгерт, Х. Кьотц), співтовариствами правових систем (Ж. Сталев), правовими сім'ями (Р. Давид, К. Жоффре-Спінозі) та ін. Як у зарубіжній, так і вітчизняній юридичній науці найбільше прижився термін «правова сім'я».

Ім'я, яким позначаються масиви правових систем, об'єднаних родинними рисами, не має принципового значення, якщо термінами не позначаються різні за обсягом та природою поняття. В цьому підручнику використовується найчастіше вживаний термін «правова сім'я», яким позначаються групи правових систем, що мають подібні юридичні ознаки, які дозволяють говорити про їх відносну єдність.

Типологія (класифікація) правових систем має відбуватися на строго визначеній основі, відповідно до певних критеріїв. Палітра точок зору щодо них досить різноманітна. Проте існує й спільне у підходах до таких критеріїв. Правові системи мають:

- а) вибирати типові для них ознаки;
- б) враховувати економічні, політичні, психологічні, антропологічні та інші умови, в яких функціонують правові системи;
- в) мати об'єктивний характер.

Оскільки поняття об'єктивності у різних авторів далеко не однозначне, критерії об'єктивності є досить різнохарактерними – від техніко-юридичних до соціально-економічних, політичних, ідеологічних, культурно-історичних, релігійно-етичних, етнографічних та філософських основ права.

Залежно від кількості і характеру критеріїв та їх співвідношення можлива найрізноманітніша класифікація правових систем, з виокремленням до двох десятків правових сімей – від єгипетської до китайської і церковної. Одна з перших класифікацій правових систем була запропонована ще на початку XX століття французьким правознавцем А. Есменом на основі історії їх розвитку, загальної структури та особливостей правової системи. Він виокремлював такі правові групи – романську (латинську), германську, англосаксонську, слов'янську та ісламську.

Попри те, що цій класифікації дорікали за нечіткість критеріїв, все ж вона виявилася, за словами К. Цвайгера, «щасливою знахідкою» для порівняльних досліджень.

Після А. Есмена вводилися додаткові критерії класифікації відомих західними компаративістами А. Леві-Ульманом – правові джерела; А. Армінджоном, Б. Нольде і М. Вольфом – співвідношення загального і особливого в правовій системі тощо. Значний внесок у розвиток юридичної компаративістики зробив один із найвідоміших її представників Р. Давид (Франція). Він запропонував такі критерії класифікації правових систем: ідеологію (яка об'єднує релігію, філософію, економічні і соціальні погляди), юридичну техніку (нею охоплювалися також джерела права).

На основі цих критеріїв виокремлювалися такі правові сім'ї: романо-германська, англосаксонська, соціалістична, релігійні і традиційні системи, тобто весь інший юридичний світ, що охоплює 4/5 планети.

К. Цвайгерт і Х. Кьотц класифікують правові системи за «правовим стилем», який становлять п'ять факторів: походження і еволюція правових систем; особливості правової доктрини та своєрідність правового мислення; специфіка правових інститутів; природа джерел права та спосіб тлумачення; ідеологія.

На цій підставі вони виокремлюють романську, германську, скандинавську, англо-американську, соціалістичну правові сім'ї, право країн Далекого Сходу, ісламське право, індуське право¹.

Сучасний український правознавець (іноземного походження) Хашматулла Бехруз пропонує такі критерії: загальноцивілізаційні, якими охоплюється ряд культурологічних і політологічних факторів; правові або техніко-методологічні критерії (праворозуміння, система джерел, структура права, юридична техніка, система юридичної освіти тощо); рівень і характер правової розвинутості.

Відповідно до них виокремлюються: романо-германська правова сім'я; сім'я загального права; змішані правові сім'ї (скандинавська і латино-американська); релігійно-традиційні правові сім'ї – ісламське право, індуське право, іудейське право, сім'я звичаєвого права, далекосхідне право².

Узагальнивши позиції, які існують в літературі, можна запропонувати такі критерії класифікації правових сімей: цивілізаційно-культурологічні (спільність культурно-історичного розвитку, фундаментальних засад правової культури, зокрема про місце права в суспільному житті).

¹ Цвайгерт К., Кётц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. В 2-х т. – Т. 1. Основы. Пер. с нем. – М.: Междунар. отношения, 2000. – С. 108, 117.

² Бехруз Х. Порівняльне правознавство. Підручник. – Одеса: Фенікс, 2009. – 464 с.

ті, подібність стилю юридичного мислення тощо); техніко-юридичні (схожість джерел права, його внутрішньої структури, юридичної техніки, зокрема ідентичність або подібність юридичної термінології, категорій і понять, способів викладу нормативного матеріалу); процедурно-процесуальні (схожість юридико-процесуальних форм розгляду правових спорів, судочинства, юридичної аргументації судових рішень тощо).

На основі названих критеріїв можна виокремити такі правові сім'ї: романо-германську правову сім'ю, або сім'ю континентального права; англосаксонську правову сім'ю або сім'ю загального права; далеко-східну правову сім'ю; релігійні та традиційні правові сім'ї, які охоплюють мусульманську правову сім'ю, сім'ю звичаєвого права, індуську правову сім'ю (систему).

19.3. Характеристика видів правових сімей

Романо-германська правова сім'я або сім'я континентального права – найстародавніша і чи не найпоширеніша у світі. Вона охоплює майже всі країни континентальної Європи (звідси походить її друга назва – «сім'я континентального права»), країни Латинської Америки, деякі країни Африки, Близького Сходу.

Генезис романо-германської правової сім'ї нерозривно пов'язаний із Стародавнім Римом. Саме там, а точніше в римському праві, знаходяться її історичні коріння. Це по суті визначає характерні риси (особливості) цієї правової сім'ї, що відрізняють її від інших правових сімей сучасності.

У своєму формуванні і розвитку романо-германська правова сім'я пройшла декілька етапів. Більшість компаративістів виокремлюють серед них, як правило, три основні: етап становлення (період до XIII століття); етап ренесансу (період XIII–XVIII століть), тісно пов'язаний з відродженням римського права після його тривалого занепаду; етап широкомасштабних кодифікаційних робіт (період XIX–XX століть). Хоч для розуміння особливостей сім'ї континентального права мають значення всі три етапи, для розвитку загальної теорії права, інших правових наук, розуміння джерел права та деяких специфічних державних інститутів особливо важливим є другий етап.

Характеризуючи цей період у розвитку романо-германської правової сім'ї, Р. Давид зазначав, що «нове суспільство знову усвідомило необхідність права»¹, оскільки тільки воно може забезпечити порядок і безпеку. Одним із найпомітніших проявів ренесансу римського права стала його бурхлива рецепція (*receptio* – сприйняття, запозичення). Саме в цей період в правову науку і практику континентальної Європи міцно увійшли поняття власності, поділ права на приватне і публічне, майнові та особистісні права. У зміст права вводилися нові ідеї і теоретичні положення, обумовлені поживавленням господарського життя, торгівлі, становленням ринкових відносин.

Рецепція римського права була пов'язана насамперед з діяльністю університетів – спочатку Болонського – найстарішого в Європі, а згодом й інших. Відновилося викладання права, яке було сконцентроване переважно на коментуванні відповідних джерел та їхньому тлумаченні. Такі тлумачення іменувалися глосами, а викладачі – глосаторами. Університетські професори розглядали право не як суто позитивне явище; вони вчили, як потрібно розуміти право.

Вплив університетської юриспруденції був надзвичайно великий не лише на теорію права, а й на юридичну практику. Про це яскраво свідчить той факт, що у випадках сумніву суди мали право пересилати матеріали спірної справи на той чи інший юридичний факультет, висновок якого фактично набував статусу судового рішення. Активну роль відігравали університети також у законотворчості.

Словом, роль університетів у формуванні романо-германської правової сім'ї, її понять, термінів, джерел та структури права важко переоцінити.

Саме в цей та наступний періоди остаточно формуються визначальні для романо-германської правової сім'ї риси:

- наявність писаної конституції, норми якої мають найвищу юридичну силу і складають серцевину правових систем, що належать до цієї сім'ї;
- пріоритет закону над іншими джерелами права – доктриною, прецедентом, звичаєм. Насамперед на законодавця з його правовими за своїм змістом законами фактично покладається захист громадян від владного свавілля;

¹ Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности / Пер. с франц. В.А. Туманова. – М.: Междунар. отношения, 1998. – С. 56.

- розвинутість процедури, за якою ухвалюються закони, що дістала назву «законодавчий процес»;
- яскраво виражений кодифікаційний характер норм права;
- розвинутість системи законодавства з чіткою ієрархією нормативних актів, що входять у цю систему;
- наявність особливої європейської моделі судового контролю за конституційністю законів та інших нормативних актів, який здійснюється, на відміну від інших правових сімей, спеціалізованими органами – конституційними судами, конституційною радою; конституційним трибуналом тощо. Переважну частину їх складу з огляду на вказану вище роль університетів становлять не судді, а університетські професори;
- поділ права на приватне і публічне, що є стрижнем всіх правових систем сім'ї континентального права;
- розвинута галузева диференціація права, поділ його на галузі, підгалузі, інститути, серед яких одним з визначальних є інститут зобов'язального права;
- дотримання принципу спеціалізації в судовій системі, яка нерідко призводить до полісистемності судових систем країн, правові системи яких входять до сім'ї континентального права;
- своєрідність стилю юридичного мислення, побудованого переважно на дедукції, який дістає прояв як в наукових публікаціях, так і, особливо, в судовій аргументації.

Наявність у правових систем, що належать до сім'ї континентального права, названих спільних, родинних рис не означає їх повної уніфікації. Всередині правової сім'ї не виключена можливість додаткового поділу правових систем на окремі групи чи підсистеми, які мають свої специфічні риси, що обумовлюють їх відносну автономність в єдиній правовій сім'ї, а інколи навіть дають підстави деяким фахівцям-компаративістам виокремлювати такі правові системи в окремі правові сім'ї.

Так, в межах романо-германської правової сім'ї, як правило, виокремлюють дві групи – романську і германську, які мають певні відмінності у розумінні приватного і публічного права, поєднанні римського приватного права із звичаєвим місцевим правом тощо.

Нерідко в цій же правовій сім'ї виокремлюють як підсистеми правові системи скандинавських і латиноамериканських країн або навіть намагаються обґрунтувати їх належність до самостійних правових сімей. Погоджуючись з тим, що правові системи вказаних груп країн мають свої особливості, інколи істотні (відмінності у джерелах права, ступені їх систематизації, ролі судової практики, судовому контролю за конституційністю законів та інших нормативних актів тощо), разом з тим не

можна не відзначити, що переважна більшість цих особливостей стосується предмета не стільки загальної теорії права, скільки порівняльного правознавства.

Англосаксонська правова сім'я або сім'я загального права – одна з найпоширеніших у світі. За притаманними їй ознаками живе майже третина населення земної кулі. Включає дві групові підсистеми – англійську і американську (точніше, правову систему США). Перша назва цієї правової сім'ї фактично виходить з того, що центральне місце в ній традиційно посідало і продовжує посідати англійське право. Друга назва – сім'я загального права (*common law*) – також англійського походження. Вона пов'язана із специфікою становлення, функціонування і розвитком права у Великій Британії, зокрема з роллю у цьому процесі звичаєвого права та судової практики королівських судів, яка поступово набувала загальнодержавного характеру.

Своїм становленням і розвитком право цієї правової сім'ї, на відміну від інших сімей (зокрема романо-германської, де, як зазначалося, визначальна роль у становленні відводилась університетам), зобов'язане головним чином юридичній, передусім, судовій практиці. Його інколи так і називають – «судове право». Саме це переважно обумовлює інші особливості цієї правової сім'ї:

- несистематизованість і некодифікованість норм права;
- основним джерелом права у цій сім'ї був і залишається судовий прецедент;
- статутне право (*statut law*), тобто законодавчі акти, ухвалені парламентом, хоч і має тенденцію до зростання питомої ваги в системі джерел права, проте (всупереч відносно поширеній у пострадянському загальнотеоретичному правознавстві думці) не витісняє прецедентного права.

Відносини між прецедентним і статутним правом залишаються доволі складними. Закон, навіть за умови проголошення його пріоритетності перед судовим правом, може бути реально задіяний лише у разі, якщо на його основі будуть створені прецеденти. Принципу римського права *ibi jus ibi remedium* (право там, де є захист), на якому значною мірою ґрунтується прецедентне право, продовжують дотримуватись в англосаксонській правовій сім'ї досить жорстко.

Саме суди тлумачать, уточняють, розвивають ухвалені парламентом законодавчі акти, у зв'язку з чим всі вони обростають численними судовими прецедентами, без яких законодавчі акти залишаються мертвими.

Хоч право в англосаксонській правовій сім'ї не можна вважати зовсім неструктурованим, його структура швидше стосується зовнішньої форми вираження (джерел) права, ніж звичного для внутрішньої структури романо-германської правової сім'ї поділу права на галузі та інститути.

Структура права в англійському варіанті включає загальне право – основне джерело, від якого, як зазначалося, походить назва правової сім'ї; право справедливості (*equity law*) – створене у попередні епохи так званим судом лорда-канцлера, яким до цього часу регулюються деякі інститути переважно цивільного права і доповнюється загальне право; статутне право парламентського походження.

Поділ права на приватне і публічне, галузі та інститути фактично відсутній або ж виражений не чітко, хоч терміни «публічне право» (*public law*) і «приватне право» (*private law*) в англійській і особливо американській літературі використовують. Щоправда, за своїм змістом, вони істотно відрізняються від розуміння, прийнятого в континентальній Європі.

Суттєву специфіку мають юридична термінологія і юридична мова. Закони формулюються під сильним впливом судової практики, внаслідок чого стиль законодавчої техніки набуває досить казуїстичного характеру.

Вирішальна роль суддів у процесі правотворення та інші особливості правової сім'ї обумовили розвинутість юридичного процесу, процедури судового розгляду справ.

Сприйняття права як однорідного утворення, його недиференційованість на галузі та інститути тісно пов'язані зі специфічністю англійської судової системи, яка на відміну від судових систем сім'ї континентального права, не має спеціалізації (таку юрисдикцію часто іменують уніфікованою). Важливу роль у судовій системі традиційно відіграє інститут суду присяжних (навіть у цивільному судочинстві).

Відрізняється від континентального також стиль мислення англосаксонських юристів, що проявляється, зокрема, у своєрідності викладення юридичної літератури, аргументації судових рішень тощо. Юридична література часто становить собою узагальнення судових справ, а в аргументації судових рішень традиційно надається перевага індуктивному методу перед дедуктивним.

Базуючись на засадах англійського права, правова система США в той же час має певні відмінні від британської системи риси, що дало підстави багатьом компаративістам виокремлювати її у віднос-

но автономну підсистему сім'ї загального права. До цих рис зокрема, належать:

- провідне становище в правовій системі Конституції США, яка розглядається як центр правової системи;
- особлива роль Верховного суду США в тлумаченні Конституції;
- помітне зростання ролі консолідованих актів у правовій системі;
- своєрідність системи прецедентного права у зв'язку з федеральним державним устроєм США та існуванням, відповідно, правової системи федерації і правових систем штатів та ін.

Далекосхідна правова сім'я, як свідчить сама її назва, охоплює правові системи країн Далекого Сходу – Китаю, Індонезії, Малайзії, Японії та ін.

Критеріями виокремлення цієї правової сім'ї, на відміну від попередніх європейських правових сімей, є не стільки техніко-юридичні критерії – особливості джерел права, його структури, правових традицій, скільки своєрідність самого розуміння права та його місця в суспільному житті.

Якщо в європейських правових системах головна роль у вирішенні конфліктів відводиться праву, яке займає визначальне місце в системі нормативних цінностей (моралі, звичаїв, традицій), то в далекосхідній правовій сім'ї право (як система норм, що походить від держави) розглядається як цінність другорядна, підпорядкована вищим цінностям – моральним, традиційним тощо.

Як наслідок такого ставлення до права істотні особливості мають способи розв'язання юридичних спорів: вони передусім вирішуються не шляхом їх розгляду в суді, а за допомогою інших, позасудових засобів і процедур. Особливо яскраво ця традиція проявляється в Китаї, хоч і не обмежується ним. Вона відчувається навіть у Японії, яка ніколи не була під владою Китаю, проте традиційно, особливо після прийняття Японією китайської писемності у V столітті, знаходилась під значним впливом китайської культури. Цей вплив зберігається навіть тепер, коли Японія стала однією з найбільш «вестернізованих» країн Далекого Сходу.

Отже, можна сказати, що основою далекосхідної правової сім'ї є давньокитайське право. Його базу, а зрештою – й основу далекосхідного права в цілому становлять три найважливіші філософські течії – даосизм, конфуціанство і легізм (звідси цю правову сім'ю інколи називають філософсько-традиційною). Попри їх відмінності чи навіть концептуальні протилежності, вони у своїй сутності підводять філософську

базу під те розуміння права та його місця в системі цінностей, про яке йшлося вище. Головну роль в цьому процесі відіграло і продовжує відігравати конфуціанство – філософське вчення, пов'язане із ім'ям давньокитайського мислителя Конфуція. Не похитнули такого праворозуміння й процеси модернізації правових систем цієї сім'ї, особливо китайського і японського права, внаслідок запозичення ними джерел, юридичної техніки та деяких інших ознак з романо-германської правової сім'ї та «сім'ї соціалістичного права». Такий змішаний, гібридний характер правових систем позначився хіба що на деяких їх особливостях. Правова система Китаю, зокрема, становить собою своєрідне поєднання давніх правових традицій, що беруть початок в конфуціанстві, та сучасного законодавства, ґрунтованого на деяких принципах романо-германської правової сім'ї та запозиченнях із «сім'ї соціалістичного права», передусім правової системи колишнього СРСР. Це призвело до того, що в правовій системі Китаю з'явилися риси, притаманні вказаним правовим сім'ям:

- в системі джерел права формально провідна роль відводиться закону, передусім Конституції, а також міжнародним договорам;
- визнається поділ права на приватне і публічне (за аналогією з романо-германською правовою сім'єю) та його галузева структурованість (досить близька до внутрішньої структури права колишнього СРСР);
- має місце кодифікація деяких галузей права, щоправда започаткована ще з VII століття;
- система судоустрою зовні нагадує судові системи країн континентальної Європи, хоч і з певними особливостями;
- судочинство орієнтоване значною мірою на пошук компромісів і примирення сторін, що впливає із згаданих конфуціанських традицій;
- ці ж традиції обумовили розвинутість форм позасудового врегулювання спорів;
- одна з головних особливостей правової системи Китаю полягає в її офіційній заідеологізованості, ґрунтованій на ідеях «соціалізму з китайською специфікою».

Необхідно однак відзначити, що рецепція соціалістичної (а точніше, радянської) моделі права, як і окремі запозичення з романо-германської правової сім'ї, не змінили природи китайської правової системи. З огляду на істотні відмінності у традиціях, запозичені правові інститути, кодекси і закони не могли ефективно функціонувати в китайському суспільстві. Як слушно відзначали Р. Давид і К. Жоффре-Спінозі, «вони застосовувалися тільки тією мірою, якою вони відповідали народному відчуттю справедливості і пристойності. Навіть у тих виняткових випад-

ках, коли громадяни Китаю зверталися до суду, китайські суди виносили рішення за стандартами конфуціанства, замість того, щоб застосовувати норми писаного права»¹.

З огляду на це виникає великий сумнів з приводу віднесення правової системи Китаю до досі нібито існуючої соціалістичної правової сім'ї, яке інколи має місце у вітчизняній теорії права.

Більшість з характерних рис, притаманних правовій системі Китаю, властива також правовій системі Японії.

- Як і в Китаї, вирішальну роль у формуванні правової системи Японії відіграло конфуціанство;
- «вестернізація» японського права, яка особливо активно здійснювалася під політичним впливом США після Другої світової війни, хоч і вплинула на окремі складові японської правової системи (рівень систематизованості, кодифікованості і структурованості норм права, посилення судової влади тощо), проте майже не позначилася на його традиційних засадах. Запозичені західні моделі, як правило, піддавалися «японізації», тобто застосовувалися з врахуванням тих же традицій конфуціанства. Тому немає підстав відносити правову систему Японії до романо-германської правової сім'ї, як це робить, наприклад, один з відомих компаративістів на пострадянському просторі А.Х. Саїдов².

Релігійні та традиційні правові сім'ї об'єднують три різновиди правових систем: мусульманську правову сім'ю, сім'ю звичаєвого права та індуську правову систему. В основу виокремлення цих сімей покладені релігійно-традиційні чинники (на відміну від філософсько-традиційних та юридико-технічних, що лежать в основі виділення далекосхідної правової сім'ї та європейських правових сімей). Спільними характерними рисами всіх правових систем, що належать до релігійних та традиційних правових сімей, є:

- релігійно-общинний чи традиційно-общинний характер права, тобто поширення його дії не стільки за державно-територіальною ознакою, скільки за ознакою відповідної общини, незалежно від країни її знаходження;

¹ Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности / Пер. с франц. В.А. Туманова. — М.: Междунар. отношения, 1998. — С. 359—360.

² Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности) / Под ред. В.А. Туманова. — М.: Юрист, 2003. — 448 с.

- функціонування паралельно з релігійно-общинним чи традиційно-общинним правом ряду принципів, джерел, інститутів, процедур, запозичених з інших, передусім західних правових сімей, що є наслідком впливу метрополій, а також глобалізаційних та інтеграційних процесів, які відбуваються в сучасному світі;

- обумовлений цими процесами дуалізм правових систем, що належать до релігійних та традиційних правових сімей, та необхідність у зв'язку з цим розрізнення понять «мусульманське право», «звичаєве право», «індуське право» і «право мусульманських країн», «право африканських країн» (правові системи яких за цією класифікацією віднесені до традиційно-общинної сім'ї), «право Індії»;

- практичне пристосування запозичених принципів, джерел, інститутів та процедур до релігійних канонів і традицій, тобто їх «ісламізація», «індусизація», «озвичаєння».

- недиференційованість правових і неправових норм – релігійних, моральних, звичаєвих;

- домінування серед джерел права релігійних, традиційних, звичаєвих джерел;

- синкретичність (невідмежованість) нормативного та індивідуального регулювання;

Разом з тим кожній з трьох груп правових систем, що об'єднуються названими спільними рисами, притаманні суттєві особливості, які дають підстави для виокремлення їх в окремі масиви правових систем.

Для мусульманської правової сім'ї, яка охоплює переважно мусульманські країни (звідси назва правничої сім'ї) характерні такі риси:

- правові системи, які входять до складу правової сім'ї, базуються на єдиній релігії – ісламі;

- основним джерелом мусульманського права офіційно вважається Коран – священна книга ісламу, яка становить собою збірник релігійних висловів (проповідей, молитов, заклинань) пророка Мухаммеда – «посланника Аллаха»;

- оскільки тексту Корану явно бракує юридичної визначеності (чіткості, ясності, доступності для широких мас), навіть самі мусульманські юристи не сприймають його як кодекс права;

- функціонування Корану як джерела права у зв'язку з цим виявляється неможливим без його тлумачення богословами і юристами. Своєрідним наслідком такого тлумачення стало друге за значимістю джерело мусульманського права – Сунна, яка становить собою звід так

званих хадисів – переказів про життя пророка Мухаммеда, його поведінку, вчинки, стиль мислення тощо;

- як і Коран, Сунна не містить в собі більш-менш чітких нормативних положень. Тому при вирішенні конкретних справ судді віддають перевагу «книгам права», тобто тлумаченням Корану і Сунни авторитетними ісламськими правознавцями. Їх результатом стали так звані Іджма та Кіяс, які є фактичними джерелами права, на які посилаються ісламські (мусульманські) юристи-практики при вирішенні конкретних справ. Це зближує вказані джерела з юридичною доктриною, хоч і з очевидним релігійним забарвленням.

Серед інших особливостей мусульманської правової сім'ї варто відзначити:

- відсутність (принаймні в теорії) класичного поділу права на публічне і приватне, хоч в практичній діяльності такий поділ спостерігається;
- особливий стиль мислення мусульманських юристів обумовлений ірраціональною в своїй основі сакральною традицією права. Він знаходить свій прояв як в працях науковців, так і в юридичній аргументації судових рішень.

Сім'я звичаєвого права охоплює правові системи майже 100 країн, переважно африканських та азійських (Середнього та Близького Сходу). Характерними рисами цієї правової сім'ї є:

- домінування серед джерел права правового звичаю, що дало назву самій правовій сім'ї;
- звичаєво-правові норми регулюють відносини не стільки між індивідами, скільки між колективами (родами, племенами, общинами, родинами тощо). У зв'язку з цим у правових системах цієї правової сім'ї не існує поняття суб'єктивного права індивіда. Але разом з тим передбачається можливість колективної відповідальності;
- розпорошеність комплексів звичаєвих норм в межах однієї країни, обумовлених етнічними, родовими, общинними та іншими чинниками;
- поширеність неписаних форм звичаєвого права;
- прагнення до уніфікації і систематизації звичаєвих норм та надання їм текстурального вираження;
- домінування примирливих засобів і процедур вирішення спорів, що споріднює сім'ю звичаєвого права з далекосхідною правовою сім'єю;
- своєрідність стилю юридичного мислення, яка з одного боку, обумовлена тією ж сакральною традицією права (спільність з мусульманською правовою сім'єю), а з іншого – особливостями самих ло-

кальних правових звичаїв в країнах звичаєвого права та ступенем їх поєднання з інститутами та джерелами права, запозиченими з інших правових сімей.

Індуська правова система, як вже зазначалося, власне не є правовою системою Індії. Основу індуської правової системи складає право общин, які сповідують індуїзм (звідси і назва системи). Тому воно застосовується до всіх індусів, незалежно від місця проживання, громадянства чи навіть національності, отже, не обмежується територією Індії, а має певне поширення також в інших країнах, в яких проживають індуси – Бірмі, Малайзії, Непалі, Пакистані, Сінгапурі.

Індуїзм відрізняється від інших релігій тим, що індуси не зв'язані певним віровченням: ним охоплюються різні віровчення – буддизм, джайнізм, сикхізм. Незважаючи на плюралізм віровчень та свободу вибору індусів, вони мають дотримуватися певних цінностей і принципів, закладених у вченні індуїзму, його священних книгах – ведах, та коментарях до них – смріті, дхармашастрах, нібандхзах. Вони є основними джерелами традиційного індуського права, які визначають інші його особливості:

- переплетення індуського права з релігією;
- кастовий характер правових норм, обумовлений кастовою структурою суспільства.

Як і інші релігійні та традиційні правові сім'ї, індуська правова система зазнала значних впливів з боку правових систем колишньої метрополії та процесів глобалізації, у зв'язку з чим набула певних рис, притаманних зокрема романо-германській правовій сім'ї та сім'ї загального права (наявність писаної конституції, зростання питомої ваги законів в системі джерел права, визнання джерелом права судових прецедентів, здійснення конституційного контролю верховним судом тощо). Однак така «вестернізація» не змінила природи самої індуської правової системи.

«Соціалістична правова сім'я» відповідно до пропонованої в цьому підручнику класифікації, на відміну від інших класифікацій, не виокремлюється як самостійна цілком свідомо. Для цього є кілька причин.

По-перше, її не можна назвати сучасною правовою сім'єю навіть з врахуванням того, що на світовій карті залишаються країни, які продовжують іменувати себе соціалістичними і на правові системи яких більший чи менший вплив колишньої правової системи СРСР був неза-

перечним (Китай, Північна Корея, В'єтнам, Куба). Навіть у цих країнах після розпаду СРСР ознаки «соціалістичної правової сім'ї», поступово стираються за винятком хіба що соціалістичної правової ідеології (а не-рідко, й фразеології).

По-друге, в історію відійшли «соціалістичні правові системи» країн так званої європейської соціалістичної співдружності, якою охоплювався ряд країн Центральної і Східної Європи.

По-третє, викликають сумніви критерії, за якими виокремлюється «соціалістична правова сім'я». І не лише тому, що в основу її виокремлення покладено переважно ідеологічний критерій (вони загалом не заперечуються при класифікації правових систем), а передусім тому, що ідеологічні критерії не можуть бути відірвані від правової культури народу, його ментальності, стилю правового мислення тощо. І хоч панівна ідеологія безперечно впливає на них, цей вплив часто виявляється нашарованим, інородним, нав'язаним ззовні, що підтверджує розвиток правових систем більшості постсоціалістичних країн.

По-четверте, інші ознаки, на основі яких виокремлювалася і продовжує виокремлюватися «соціалістична правова сім'я» – надмірна зарегламентованість суспільних відносин, домінування імперативних норм, заборон, надання інституту власності публічно-правового характеру, встановлення кримінальної відповідальності за «антирадянську (антикитайську, антикорейську тощо) агітацію і пропаганду», поширення відомостей, що «порочать» соціалістичний лад – характерні не лише для «соціалістичної правової сім'ї», а для нормативного регулювання в будь-якій тоталітарній державі. Річ лише у тому, чи можемо ми іменувати таке регулювання правовим. І чи взагалі існує «тоталітарне право»? Відповідь на це питання ми намагалися дати у попередніх розділах.

Однак зупиняємось на цій стислій характеристиці «соціалістичної правової сім'ї» для того, щоб глибше зрозуміти сучасний стан правової системи України та перспективи її розвитку, про що йдеться попереду.

19.4. Тенденції розвитку правових систем сучасності

Правові системи та їх сім'ї в умовах глобалізації стають дедалі відкритішими для зовнішніх впливів, що знаходить свій прояв, як зазначалося раніше, у процесах правової акультурації, тобто у подоланні їхньої

ізолюваності і несприйнятливості до інших правових культур, в налагодженні діалогу між ними.

Попри те, що ці процеси започатковані вже порівняно давно, вони продовжують здійснюватися переважно на практичному рівні. На рівні загальної теорії права процеси акультурації, діалогу різних правових культур і правових сімей залишаються належно неосмисленими.

На відміну від попередніх епох, коли у відносинах між європейськими та іншими (неєвропейськими) правовими сім'ями очевидна перевага належала впливу перших (права колишніх метрополій), в другій половині XX – на початку XXI століття ситуація почала поступово змінюватися: європоцентристські тенденції ослабли, а ознаки діалогу та взаємовпливу між правовими сім'ями стали помітнішими. Це знайшло свій прояв, зокрема, у подоланні європейськими правовими системами крайнього індивідуалізму, забезпеченні збалансованості індивідуальних та публічних інтересів, широкому впровадженні у європейську практику досудових і позасудових механізмів вирішення спрів тощо.

Тенденція до діалогу правових систем та їх сімей не усуває національних, цивілізаційних та інших відмінностей між ними у розумінні та сприйнятті права. Це спостерігається навіть у цивілізаційно однорідних романо-германській та англосаксонській правових сім'ях, між якими є чимало спільного, зокрема у розумінні природи права, про що йшлося у розділі 1.

Єдність розуміння природи права не призводить до стирання відмінностей між названими правовими сім'ями в підходах до тлумачення інших складових (елементів) структури правових систем та їх сімей, які очевидно зберігатимуться і в найближчій історичній перспективі.

Тим паче відмінності продовжують існувати між цивілізаційно різнорідними правовими системами та їх сім'ями, зокрема тими, які належать до сакральної, ірраціональної, як зазначалося, в своїй основі традиції права. Хоча в умовах глобалізації їх контакти з іншими, передусім європейськими правовими сім'ями, помітно зростають, проте консервативність сакральних традицій робить їх мало результативними. Спроби перенесення на ґрунт цих правових систем надбань євроатлантичної цивілізації та здобутків її правових сімей нерідко завершується фіаско. Тенденція до збереження самостійності правових систем та їх сімей досить часто переважає, тим більше в умовах далеко неоднозначного ставлення країн до процесів глобалізації загалом і «вестернізації», особливо, що часто не стає перешкодою для формування

більш-менш однакової юридичної практики з багатьох питань у різних правових системах, про що також йшлося у розділі 1. Очевидно, цей процес триватиме й надалі, але це зовсім не призведе до стирання відмінностей між правовими системами та їх сім'ями.

19.5. Місце правової системи України серед правових систем сучасності: стан та перспективи

Крах соціалістичного співтовариства країн Центральної та Східної Європи призвів не тільки до нової політичної, соціально-економічної та духовної ситуації в Європі та світі, а й до зміни європейської правової карти. З неї повністю зникла «сім'я соціалістичного права», яка охоплювала національні правові системи країн, досить близьких за географічним положенням, соціально-економічним і політичним устроєм, але вельми неоднорідних за національними, культурно-історичними та етноправовими ознаками.

Перед цими країнами постало питання визначення місця їхніх національних правових систем серед правових систем сучасності та вибору орієнтирів подальшого правового розвитку. Для більшості колишніх соціалістичних країн вирішення цього питання не становило особливих труднощів. Без будь-яких коливань вони рішуче позбуваються ознак тимчасово нав'язаної їм псевдосоціалістичної правової системи і повертаються (чи й вже повернулися) у звичне для них лоно сім'ї континентального права, що цілком відповідає закономірному процесу продовження їхньої правової ідентичності.

Складнішим виявилось вирішення цього питання для України. Після майже двох з половиною десятиліть її незалежності не тільки серед політиків, а й науковців-правників відсутні єдині погляди щодо місця національної правової системи серед правових систем сучасності та орієнтирів її подальшого розвитку. Хоч переважна більшість з них майже беззастережно або з певними застереженнями відносить правову систему України до сім'ї континентального права, непоодинокими є й ті, хто вбачає в ній характерні ознаки реанімованих останнім часом зусиллями насамперед російських авторів «євразійської», «східноєвропейської», «східнохристиянської» чи «слов'янської правової сім'ї».

Інколи трапляються й випадки, коли правову систему України відносять до так званих «невіддиференційованих правових систем», тобто таких, які не мають жорстких меж між правом, релігією, мораллю, політикою (зазвичай такими системами, як зазначалося вище, охоплюються традиційні і звичаєві правові системи).

Під впливом національного відродження активізувалися пошуки власних, відмінних від інших шляхів культурного, у тому числі правового розвитку на основі відображення в праві національного духу, історичних традицій та національних звичаїв, психологічних властивостей характеру української нації, її менталітету тощо.

Не зупиняючись на всебічному аналізі цього різнобарвного спектру поглядів, відзначимо основні моменти, які мають враховуватися при визначенні місця правової системи України серед правових систем сучасності та векторів її подальшого розвитку.

1. Всі правові сім'ї, конструювання яких здійснювалося і здійснюється на визначальному ґрунті російської правової системи, незалежно від їх назви – власне «російська», «євразійська», «східнослов'янська» чи «східнохристиянська» – не мають під собою достатніх методологічних підстав.

2. Попри активне намагання обґрунтування цих правових сімей в Росії, на Заході до них продовжують ставитися досить скептично. Праць західних компаративістів, які б обґрунтовували, чи принаймні підтримували самостійність хоча б однієї з названих сімей, автори цього підручника не зустрічали.

3. Дещо складніше із «слов'янською правовою сім'єю». Хоч її вирізнення започатковане, як зазначалося, ще на початку ХХ століття А. Есміном, проте не зустріло особливої підтримки серед компаративістів. Нині підстав для виокремлення «слов'янської правової сім'ї» не побільшало, а навпаки, поменшало, оскільки стало очевидним, що слов'яни, будучи єдиною просторовою і мовною групою, не є водночас єдиною культурною групою. В культурно-історичному і культурно-політичному аспектах вони дуже різні, що в черговий раз підтвердили останні події в Україні, пов'язані із агресією Росії.

4. Основною метою реанімації «слов'янської правової сім'ї», як і конструювання «євразійської», «східноєвропейської» чи «східнохристиянської» правової сім'ї, є збереження простору як мінімум колишнього СРСР у сфері впливу Росії, виправдання її експансії, зокрема через ідеологію «русского мира» та відновлення тоталітарної російської імперії.

5. Не заперечуючи значення цивілізаційного критерію для класифікації правових сімей, разом з тим не можна не помічати, що в

умовах бурхливого розвитку транспорту, засобів масової інформації, комп'ютеризації та Інтернету визначальними для їх виокремлення дедалі більше стають не географічні координати, як це мало місце ще півстоліття тому, а культурні пріоритети. Європейський культурно-історичний тип (а саме це лежить в основі цивілізації) не обмежується нині європейським континентом, а поширюється далеко за його межі.

6. Звідси випливає, що, визначаючи місце національної правової системи України серед правових систем сучасності, слід виходити не з геополітики в її класичному розумінні (тобто такої, що ґрунтується на географічному просторі), оскільки просторового вибору в Україні не існує, а з культурополітики, тобто з ідентифікації України з певним часом минулого і майбутнього, з усвідомленням себе всередині певної культури.

7. З огляду на це важливою є ідентифікація України з тією добою і з тією культурою, коли формувалися витoki вітчизняної правової традиції, тобто з добою Київської Русі. Саме знання історії, інтелектуального життя, політичних і правових реалій тієї епохи допомагає знайти вихід з сьогоденного лабіринту суперечностей у поглядах на характер національної правової системи та визначити вектор (орієнтири) її подальшого розвитку.

8. Навряд чи є вагомими підстави вважати «східнохристиянську» або ж «східноєвропейську локальну цивілізацію», формування якої пов'язується з Візантією, основою національної правової культури України, як це нерідко стверджується в юридичній літературі. Як свідчить історичний досвід, вплив східнохристиянської візантійської культури на правову культуру України (на відміну від інших сфер культури) надто перебільшений. Навіть в епоху існування Київської держави, на життя якої вплив візантійської культури (особливо після запровадження християнства) справді був досить відчутним, давньоруське світське право з огляду на ряд причин (існування самобутнього звичаєвого права, яке за своєю природою схильне до консерватизму, про що вже згадувалося; надзвичайна суперечливість того явища, яке прийнято називати «візантійським правом»; за благопристойними і розвиненими юридичними формами, воно досить часто приховувало виправдання тиранії і насильства над людьми в ім'я самодержавної влади тощо) найменше зазнало такого впливу.

9. Тим більше важко говорити про якийсь одновекторний вплив на національну правову культуру після розпаду Київської Русі, коли українські землі входили до складу різних держав. Навіть в умовах доміну-

ючого геополітичного впливу Росії українська правова система, як свідчать факти, розвивалася під сильним впливом пізньоримського права, Литовських статутів, магдебурзького права та інших джерел, властивих правовим системам євроатлантичної культури того часу.

10. Тому за всієї складності симбіозу нормативного матеріалу неоднорідної природи і геоправової спрямованості, переплетення різних типів правової культури на території сучасної України, слід визнати, що основи культурної правової традиції України формувалися під переважним впливом саме євроатлантичної, а не особливої «російської», «євразійської», «східноєвропейської» чи «східнохристиянської» цивілізації. І наступні нашарування виявилися неспроможними усунути ці одвічні для неї основи.

11. За своїм походженням, джерелами права, його внутрішньою структурою, способами правотворчості і систематизації нормативного матеріалу, його тлумачення, термінологією правова система України безумовно споріднена з сім'єю континентального права.

12. Однак історична доля України склалася так, що було б перебільшенням говорити про її нинішню цивілізаційну однорідність. Хоч за названими вище ознаками правова система України не надто відрізняється від правових систем країн континентальної Європи, за іншими параметрами – повагою до права і закону, ставленням до прав людини, правовою ментальністю, способами юридичного мислення тощо вона досі продовжує знаходитися на роздоріжжі, що має прояв, зокрема, у регіональних особливостях. Це значно ускладнює процес імплементації європейських цінностей і стандартів у правову систему України.

13. З підписанням Угоди про асоціацію між Україною та ЄС, здавалося б, настав кінець невизначеності подальшого розвитку України загалом та її правової системи, зокрема. Угода відкриває широкі можливості не тільки для більш активного долучення України до європейських цінностей, а й для прискорених і рішучих політичних, економічних та правових реформ всередині України. Проте це не означає, що обраний шлях повернення України в Європу та продовження національною правовою системою ідентичності, закладеної ще в епоху Київської Русі (саме продовження, а не набуття нової для України цивілізаційної ідентичності, як вважають деякі автори) буде легким. Адже йдеться про вибір не між Європою, США чи Росією, а між двома культурними типами цивілізації – російською, євразійською, східнохристиянською (назва істотного значення не має) і європейською чи євроатлантичною.

Вибір на користь першої з них, до чого досі продовжують закликати (хоч і обережніше, ніж в попередні роки) деякі політики – це по суті повернення до повної «малоросіїзації» правової системи України, яка фактично призведе до поглинання української правової системи російською правовою системою, незалежно від того, якою правовою сім'єю вона прикриватиметься. За таких обставин національна правова система України втрачає свою самостійність і самодостатність, перетворюючись на регіональне доповнення до російської правової системи або ж, у кращому разі, на субсистему правової сім'ї «триєдиного російського народу».

Натомість, другий тип цивілізації відкриває можливості для утвердження таких започаткованих європейською цивілізацією, а нині загальновизнаних цінностей, як демократія, ринкова економіка, повага до невідчужуваних прав і свобод людини, соціальна захищеність, справедливе правосуддя, розвинені процедури розв'язання суспільних конфліктів і досягнення громадської злагоди.

Однією з найвищих демократичних цінностей, на якій ґрунтується соціальна організація європейської цивілізації, є принцип верховенства права. Як свідчить історичний досвід, саме послідовне і неухильне втілення в життя вимог цього принципу стало запорукою успішного розвитку західних суспільств. Україна робить у цьому напрямі лише перші надто важкі і суперечливі кроки. Але верховенство права – це окрема тема (*див. розділ 21*).

Розділ 20

НАЦІОНАЛЬНІ І МІЖНАРОДНІ ПРАВОВІ СИСТЕМИ ТА ЇХ СПІВВІДНОШЕННЯ

20.1. Міжнародні і національні правові системи: спільні риси та особливості

Процеси глобалізації мають істотний вплив не тільки на національне, а й на міжнародне право та їх взаємовідносини одне з одним.

Міжнародне право становить нині досить розгалужену, відносно автономну щодо внутрішнього права країн систему. Обом цим системам притаманні як спільні риси, що випливають з їх належності до феномену «право», так і відмінності.

Як і внутрішнє право, міжнародне право має на меті запобігання і вирішення конфліктів, що виникають відповідно у конкретному суспільстві (внутрішнє право) чи в міжнародному співтоваристві (міжнародне право). Як перше, так і друге є засобами цивілізованого розв'язання конфліктів на основі взаємних зобов'язань і формально-юридичної рівності сторін, а отже, є антиподом свавілля. Як внутрішнє, так і міжнародне право ґрунтуються на одних і тих самих основоположних принципах права — справедливості, рівності, гуманізмі. Як у внутрішньому, так і в міжнародному праві простежуються тенденції до синтезу, інтеграції надбань трьох основних концепцій праворозуміння — доктрини природного права, юридичного позитивізму і соціологічної юриспруденції.

Подібно до національного права романо-германської та деяких інших правових сімей система міжнародного права складається з відповідних галузей, підгалузей, інститутів. До галузей міжнародного права належать: дипломатичне і консульське право, міжнародне економіч-

не право, міжнародне повітряне право, міжнародне космічне право, міжнародне морське право, міжнародне атомне право, міжнародне кримінальне право, міжнародне екологічне право (охорони довкілля), право міжнародних договорів.

В галузях міжнародного права виокремлюють відповідні підгалузі та інститути. У міжнародному економічному праві, наприклад, існують такі підгалузі, як міжнародне торгове право, міжнародне фінансове право, міжнародне інвестиційне право; в міжнародному морському праві – інститути виключної економічної зони, відкритого моря, континентального шельфу; в міжнародному кримінальному праві – інститут екстрадиції та ін.

Система міжнародного права разом з іншими міжнародно-правовими явищами – міжнародними договорами, міжнародними звичаями, міжнародною судовою практикою та іншими джерелами міжнародного права, міжнародними юридичними установами тощо – утворюють поняття міжнародної правової системи (або ж за поширеною у науці міжнародного права термінологією – систему міжнародного правового порядку).

Сучасні міжнародні правові системи доволі неоднорідні. Вони, як і національні правові системи, можуть бути згруповані (класифіковані) у певні масиви, які іменують по-різному – типами, видами тощо. Критерії, за якими здійснюється така класифікація, також досить різноманітні:

- залежно від простору, на який поширюється дія міжнародної правової системи та кола її суб'єктів-членів, міжнародні правові системи поділяються на універсальні (правова система ООН) та регіональні (правові системи європейських, азійських, американських, африканських міждержавних організацій);

- залежно від сфери регулювання, яка охоплюється тією чи іншою правовою системою, виокремлюють міжнародні правові системи загального характеру, якими регулюється комплекс політичних, економічних, соціальних, культурних та інших міжнародних відносин (наприклад, та ж правова система ООН) і правові системи спеціального характеру, об'єктом регулювання яких є лише окремі сфери міжнародних відносин – трудових, охорони здоров'я (наприклад, правові системи Міжнародної організації праці, Всесвітньої організації охорони здоров'я);

- залежно від наявності чи відсутності наддержавних (наднаціональних) структур у складі міжнародних правових систем та їхніх повноважень можна виокремити класичні міжнародні правові системи, в яких відсутні наддержавні, зокрема, правотворчі органи (наприклад,

правова система ООН) та правові системи з елементами, притаманними внутрішньодержавним правовим системам, побудованим на засадах федерації (наприклад, правова система ЄС).

В науковій літературі та навчальних посібниках можна зустріти також інші критерії класифікації міжнародних правових систем.

Поряд із спільними та подібними рисами, притаманними праву загалом та національним правовим системам, зокрема, міжнародне право і міжнародні правові системи мають істотні особливості, що знаходять прояв у суб'єктах і об'єктах правового регулювання, способах і процедурах міжнародної правотворчості, джерелах права, механізмах його забезпечення тощо.

Протягом багатьох століть вважалося, що міжнародне право регулює виключно відносини між державами. Згодом коло суб'єктів міжнародно-правового регулювання розширилося за рахунок включення до нього націй і народів, що борються за незалежність, міжнародних організацій, державоподібних утворень (типу Ватикану) тощо. Будь-яка участь людини (автономної особистості, індивіда) в публічних міжнародно-правових відносинах навіть у статусі пасивного «суб'єкта права» категорично заперечувалася. Індивід наділявся правосуб'єктністю тільки в міжнародному приватному праві, яке регулює цивільно-правові, трудові та деякі інші відносини між громадянами різних держав та їх об'єднаннями.

Проте у другій половині XX століття під впливом процесів антропологізації, «олюднення» права, про що йшлося раніше (розділ 2), у сфері міжнародно-публічної правосуб'єктності відбулися суттєві зміни: поряд з класичними, типовими суб'єктами міжнародного права, носієм міжнародно-публічної правосуб'єктності почав визнаватися індивід – спочатку досить обережно як «нетиповий» суб'єкт міжнародно-правових публічних відносин, а дещо пізніше – і без епітету «нетиповий», тобто як носій міжнародної правосуб'єктності, що має певні особливості. Цьому сприяло, як зазначалося раніше, визнання принципу поваги до прав людини одним з визначальних принципів міжнародного права, прав людини – безпосередньо діючим правом (що знайшло, зокрема, закріплення в конституціях деяких країн), розширення відповідних міжнародно-правових установ, що на міжнародному рівні гарантують і захищають права людини, та формування нової галузі міжнародного права, яка визначає обов'язки держави із забезпечення прав та свобод всім людям, незалежно від раси, кольору шкіри, релігійних переконань, статі, мови, майнового стану тощо. Цю галузь часто іменують «міжнародним правом з прав людини» (*International Human Rights Law*). Проте підходи до розуміння предмета її регулювання та

змісту в міжнародно-правовій літературі неоднозначні. Одні автори фактично ототожнюють її з міжнародним гуманітарним правом (*International Humanitarian Law*), інші вважають, що міжнародне гуманітарне право – це система норм, що регламентує виключно закони і звичаї війни та забезпечення прав людини в цих умовах, ще інші вказують, що це система норм міжнародного права, які регулюють однорідні відносини, пов'язані із забезпеченням прав людини в умовах збройних конфліктів, іменують «правом збройних конфліктів», розглядаючи його як самостійну галузь міжнародного права тощо.

Оскільки в розумінні поняття міжнародного права з прав людини та його структури поки що відсутня належна визначеність предмета регулювання, до переліку галузей міжнародного права воно може бути включене з певними застереженнями (адже предмет правового регулювання – один з вирішальних критеріїв поділу права на галузі, про що детальніше йшлося у розділі 8).

Не можна сказати, що дискусії щодо місця людини (індивіда) в міжнародній правовій системі з усуненням розбіжностей у цьому та у деяких інших питаннях будуть завершені. Проте однозначно можна констатувати, що її (його) активна участь в міжнародно-правових процесах, що відбуваються у сфері прав людини, є нині беззаперечною. Це означає, що міжнародне право, як і внутрішнє право держави, може існувати тільки на благо людини, яка є його основою і орієнтиром.

Процес правотворення в міжнародному праві, хоч і має певні спільні риси з процесом правотворення у внутрішньому праві країн (він починається в глибинах міжнародного життя, проходить відповідні етапи формування і легітимації), проте суттєво відрізняється від процесу внутрішньодержавної правотворчості. У міжнародній правовій системі, як правило, не існує спеціалізованих наддержавних правотворчих органів, які ухвалюють обов'язкові для виконання державами нормативні акти (виняток, до того ж з певними застереженнями, становлять окремі регіональні міждержавні об'єднання, найпоказовішим з яких є Європейський союз, про особливості правової системи якого мова попереду). У міжнародному праві, на відміну від класичного законодавчого процесу, домінує процедура узгодження волі держав, пошуку компромісів між ними. З огляду на це головним джерелом міжнародного права є **міжнародний договір**, тобто **добровільна угода між двома чи декількома його суб'єктами**.

Попри те, що окремі фахівці з міжнародного права інколи висловлюють сумнів в адекватності цього джерела динамізму сучасного міжнародного життя у зв'язку із складністю процедури підготовки,

укладання, схвалення і набуття чинності міжнародним договором, він залишається і, очевидно, залишатиметься й надалі одним з найдемократичніших способів міжнародної правотворчості.

Невипадково саме міжнародні договори не тільки мають визначальний вплив на міжнародні правові системи, а й найчастіше визнаються цивілізованими державами світу частиною національних правових систем.

До джерел міжнародного права належать також міжнародні звичаї, юридично обов'язкові акти міжнародних організацій, правова доктрина – положення і висновки авторитетних фахівців з публічного права, судові рішення міжнародних судових органів.

Особливе місце в системі джерел міжнародного, як і внутрішнього, права посідають загальні принципи права (за формулою статті 38 Статуту Міжнародного Суду ООН – «загальні принципи права, визнані цивілізованими націями»). Як і у внутрішньому праві, вони становлять духовну (ідейну) основу міжнародного права, визначають його головний зміст та найхарактерніші риси, забезпечують єдність і цілісність міжнародної правової системи загалом.

Хоч в міжнародному праві не існує якогось загальновизнаного зводу його принципів, однак до основних принципів сучасного міжнародного права прийнято відносити: принцип поваги до прав людини; суверенітету і суверенної рівності всіх держав; самовизначення народів і націй; принцип незастосування сили чи загрози силою в міжнародних відносинах, цілісності і недоторканності державної території; принцип невтручання у внутрішні справи держав і народів; мирного врегулювання міжнародних спорів; заборони дискримінації в міжнародних відносинах; принцип сумлінного виконання міжнародних зобов'язань та деякі інші. Всі ці принципи за своєю суттю є нічим іншим як переведенням на мову міжнародного права, конкретизацією основоположних правових принципів – справедливості, рівності, гуманізму, про які йшлося у *розділі 3*.

Загальні принципи міжнародного права в свою чергу конкретизуються в принципах відповідних галузей та інститутів міжнародного права.

На жаль, попри тривалу історію загальних принципів міжнародного права та часто вживаний для їх характеристики епітет «загальновизнані», вони для деяких держав (насамперед держав з неоімперськими амбіціями) такими не стали. Приєднання цих держав до міжнародно-правових актів, в яких названі принципи зафіксовані, та задекларованість вірності їм у національних конституціях не змінили великодержавної імперської психології лідерів цих держав (та й, як це не сумно

усвідомлювати, значної частини їх громадян). Такі держави продовжують діяти у відносинах з іншими державами з позицій сили, у тому числі військової, брутально попираючи практично всі перераховані принципи міжнародного права. Чи не найяскравішим прикладом у цьому плані є нинішня Росія у її відносинах з Україною та іншими пострадянськими державами.

Даючи відсіч російській агресії під час так званої «гібридної війни», Україна не тільки захищає свою територіальну цілісність, а й виступає форпостом світового правопорядку, що базується на названих принципах міжнародного права. Хоч і з певним запізненням це починають усвідомлювати «цивілізовані нації», які, на відміну від Росії, не на словах, а на ділі сповідують вказані принципи. Це означає, що за останні десятиліття (після Другої світової війни) світ істотно змінився, і досягти у ньому довготривалих успіхів феодальними силовими методами неможливо.

20.2. Взаємодія міжнародних і національних правових систем

Однією з характерних ознак процесів глобалізації у правовій сфері є зростання впливу міжнародного права і міжнародних правових систем на національне право, національні правові системи та їх сім'ї, про що частково йшлося у попередньому розділі.

Напрями та способи цього впливу залежать від співвідношення між національним і міжнародним правом, що в свою чергу значною мірою визначається тим, якої концепції співвідношення між ними дотримуються ті чи інші держави. Існує дві такі основні концепції (теорії) – дуалістична і моністична.

Відповідно до **дуалістичної теорії** національне та міжнародне право становлять дві різні системи, діалог між якими можливий лише за певних умов. Положення міжнародного права (переважно це норми міжнародних договорів) можуть взаємодіяти з національними правовими системами, більше того, ставати їх частиною лише у разі трансформації цих положень у національні нормативно-правові акти, тобто їх закріплення у конституціях, законах та інших нормативних актах. Дуалістичної теорії дотримується ряд держав, правові системи яких належать здебільшого до сім'ї загального права або ж мають деякі спільні з нею риси (наприклад, правові системи скандинавських країн), хоч і

не вичерпуються ними (до країн, які застосовують дуалістичну модель, деякі автори відносять, зокрема, Італію¹, правова система якої належить до сім'ї континентального права).

Моністична теорія, навпаки, виходить з єдності міжнародного і національного права, системи яких разом утворюють єдиний світовий правовий порядок. Щоправда, в розумінні цієї єдності різними державами існують певні відмінності, що дало підстави для виокремлення в межах моністичної теорії двох її різновидів.

Відповідно до першого з них для набуття чинності положеннями міжнародного договору необхідна так звана формальна інкорпорація, тобто прийняття державою спеціального додаткового нормативного акта, яким відтворюються положення договору.

Згідно з другим найпоширенішим різновидом моністичної теорії міжнародні договори стають частиною національної правової системи після їх схвалення у встановленому порядку (ратифікації) автоматично. Інакше кажучи, на їх основі безпосередньо виникають відповідні внутрішньодержавні відносини

Моністичної теорії дотримується більшість держав, правові системи яких належать до сім'ї континентального права, а також окремі держави, що представляють інші правові сім'ї (наприклад, США, Японія). До держав, які застосовують моністичну модель, належить також Україна.

Від того, якої з названих двох теорій – дуалістичної чи моністичної дотримується та чи інша держава, залежить статус міжнародних договорів та їх місце в національній правовій системі. В державах, які дотримуються дуалістичної теорії, міжнародні договори за своїм статусом, як правило, прирівнюються до нормативно-правового акта, яким положення таких договорів трансформовані (імплементовані) в національну правову систему. В державах же, які сповідують моністичну теорію, проблема статусу міжнародних договорів виглядає набагато складнішою.

Певні труднощі виникають вже у зв'язку з тим, що, визначаючи місце міжнародних договорів в національній правовій системі, а це, як правило, здійснюється на конституційному рівні, різні держави вживають різну термінологію: міжнародні договори визнаються «частиною національної правової системи» (наприклад, Естонія, Литва, Росія), «частиною права федерації» (ФРН), «частиною внутрішнього правопорядку»

¹ Кернз Волтер. Вступ до права Європейського Союзу / Пер. з англ. – К.: Знання, 2002. – С. 130.

(наприклад, Іспанія, Хорватія), частиною внутрішнього (національного) законодавства (наприклад, Македонія, Україна). Вся ця термінологія вимагає юридичного тлумачення і, як засвідчує правозастосовна практика, досягти у його процесі необхідної визначеності, а тим паче уніфікованого розуміння для всіх держав, що дотримуються моністичної теорії, важко, а часом і просто неможливо.

Найвдалішою з названої термінології, очевидно, слід визнати словосполучення «міжнародні договори – частина національної правової системи», яке не зводить проблему міжнародних договорів до визначення їх юридичної сили в системі нормативних актів держави, а дозволяє розглядати їх вплив на всі компоненти (елементи) правової системи тієї чи іншої країни.

Неоднозначно вирішується різними державами, що застосовують моністичну модель, також питання про природу міжнародних договорів, що становлять частину національної правової системи.

Більшість з них відносить до таких договорів всі ратифіковані відповідно до встановленої законом процедури міжнародні договори, інші – лише належним чином схвалені міжнародні договори щодо основних прав і свобод людини (наприклад, Чехія), ще інші – додають до міжнародних договорів загальноприйняті (загальновизнані) принципи і норми міжнародного права (наприклад, Естонія, Словенія, Угорщина).

Проте найбільші розбіжності існують у ставленні різних держав, що сповідують моністичну теорію, до співвідношення міжнародних договорів, які стали частиною національної правової системи, з законами та іншими нормативними актами за юридичною силою. В одних, хоч і небагатьох, державах, укладений і схвалений належним чином міжнародний договір має пріоритет над внутрішнім правом в цілому, включаючи конституцію, щоправда, за певних умов (наприклад, в Нідерландах для цього потрібна згода двох третин депутатів парламенту). В інших (їх переважна більшість) – визнається пріоритет міжнародних договорів лише над законами та іншими нормативними актами незалежно від часу набуття ними чинності – до ратифікації договору чи після. У ще інших – дотримуються принципу *lex posterior derogate priori*, згідно з яким міжнародні договори одержують переважну силу над попередніми законодавчими актами, проте можуть зазнавати впливу наступних актів. Нарешті статус певних видів договорів (як правило тих, що не потребують схвалення парламентом) є нижчим статусу законодавчих актів. Деякі держави, серед них і Україна, питання про юридичну силу міжнародних договорів, що стали частиною національної правової системи, у конституціях обходять взагалі.

20.3. Співвідношення міжнародних договорів і національного законодавства України

Відповідно до статті 9 Основного Закону України «чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України.

Укладення міжнародних договорів, які суперечать Конституції України, можливе лише після внесення відповідних змін до Конституції України».

З цих конституційних положень можна дійти принаймні двох висновків щодо місця міжнародних договорів у правовій системі України.

По-перше, міжнародний договір, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України (така згода надається у формі прийняття Верховною Радою закону про ратифікацію міжнародного договору), стає частиною національного законодавства України. Це означає, що міжнародний договір підлягає безпосередньому застосуванню незалежно від того, здійснена спеціальна трансформація норм договору у внутрішнє законодавство, чи ні. Жодних застережень з цього приводу Конституція України, на відміну від конституцій інших держав (стаття 91 Конституції Польської Республіки, наприклад, обумовлює безпосереднє застосування міжнародного договору випадками, коли його застосування не поставлене в залежність від прийняття закону) не робить.

Якщо законодавцем вказана трансформація здійснена, змінюються лише умови прямого застосування міжнародного договору.

По-друге, Конституція України, хоч і непрямо, але беззаперечно фіксує принцип верховенства Конституції щодо міжнародних договорів.

Це означає, що міжнародні договори, що суперечать Конституції України, незалежно від часу їх укладення і ратифікації мають визнаватися Конституційним Судом України неконституційними, якщо перед їх укладанням чи ратифікацією не були внесені відповідні зміни до Конституції.

У зв'язку з цим слід визнати хибними твердження деяких вітчизняних авторів про те, що положення окремих міжнародних договорів, зокрема Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, мають пріоритет над Основним Законом України. На позиціях верховенства конституції над міжнародними договорами стоїть переважна більшість сучасних європейських держав. Ці позиції можуть піддаватися суттєвій корекції лише за умови вступу цих держав до певних європейських організацій, зокрема ЄС, про що йтиметься далі.

Набагато складнішим для українських правників є питання про співвідношення норм національного законодавства України з нормами міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, у разі колізій між ними.

У Конституції України, на відміну від конституцій багатьох європейських держав, це питання залишається чітко невизначеним, що породжує різні, часом діаметрально протилежні, підходи до його інтерпретації.

Більшість авторів – спеціалістів з міжнародного права дотримуються думки, що у разі суперечностей між нормами міжнародних договорів, ратифікованих Верховною Радою, і нормами національного законодавства пріоритетному застосуванню підлягають норми міжнародних договорів. Основні аргументи на користь цієї позиції зводяться до того, що це випливає з конституційного принципу сумлінного виконання Україною своїх міжнародних зобов'язань¹, що, в свою чергу, обумовлено зміцненням універсальних тенденцій в сучасному міжнародному співтоваристві, до яких належить застосування примату міжнародного права².

Нерідко на додаток до цих аргументів чи як на самостійні посиляються:

- на статті 26 і 27 Віденської конвенції про право міжнародних договорів 1969 року (ратифікованої Україною 14 квітня 1986 року, коли вона була ще у складі СРСР), в яких зафіксовано, що «кожен чинний договір є обов'язковим для його учасників і повинен сумлінно виконуватись» (*pacta sunt servanda*) та що його «учасник не може посилатись на положення свого внутрішнього права як на виправдання для невиконання ним договору»;
- на частину 2 статті 19 Закону України від 29 червня 2004 року «Про міжнародні договори України» (до цього діяв Закон з аналогічною назвою від 22 грудня 1993 року), яким прямо визначається: «...якщо міжнародним договором України, який набув чинності в установленому порядку, встановлені інші правила, ніж ті, що передбачені у відповідному акті законодавства України, то застосовуються правила міжнародного договору України».

На перший погляд, здавалося б, що наведені аргументи звучать досить переконливо. Проте при ґрунтовнішому аналізі в них можна виявити вразливі місця.

¹ Денисов В.Н. Статус міжнародних договорів у Конституції України // Вісник Академії правових наук України. – 1997. – № 1. – С. 32.

² Евинтов В.И. Международный и внутренний правопорядок в структуре международного сообщества / Реализация международно-правовых норм во внутриведомственном праве. – К., 1992. – С. 26.

Не піддаючи будь-якому сумніву необхідності дотримання Україною принципу сумлінного виконання взятих на себе міжнародних зобов'язань (*pacta sunt servanda*), разом з тим слід зауважити, що цей принцип прямо не зафіксований у Конституції, а впливає із загальноновизнаних принципів і норм міжнародного права, якими Україна відповідно до статті 18 Конституції зобов'язується керуватися у своїй **зовнішньополітичній** діяльності.

Посилання на Віденську конвенцію про право міжнародних договорів та Закон України «Про міжнародні договори України» для обґрунтування пріоритету норм міжнародних договорів над нормами національного законодавства також не є абсолютно переконливим і юридично коректним. По-перше, у вітчизняному правознавстві побутують думки, що чинна Конституція України правило, що було передбачене пунктом 2 статті 17 Закону України «Про міжнародні договори України» 1993 року і відтворене у частині 2 статті 19 аналогічного закону 2004 року, не підтвердила, а тому воно не відповідає статті 9 Конституції України і з огляду на положення пункту 1 її Перехідних положень не діє¹.

Не можна сказати, що ці думки зовсім не мають рації. Як свідчить історія підготовки і прийняття Конституції України, положення про визнання Україною пріоритетності міжнародних договорів було закладене ще у Концепцію нової Конституції України, схвалену Верховною Радою Української РСР 19 червня 1991 року.

Містилося воно також у проекті Конституції України в редакції від 15 листопада 1995 року, схваленому Конституційною комісією України 23 листопада 1995 року. Положення про пріоритетність норм міжнародних договорів перед нормами національного законодавства було вилучене тільки на завершальному етапі опрацювання проекту нової Конституції України.

По-друге, з врахуванням того, що не всі держави беззастережно дотримуються принципу пріоритетності міжнародних договорів, не фіксуючи його у конституціях, можна допустити, що це положення з проекту нової Конституції України було вилучене свідомо.

Чи означає це, що чинна Конституція України беззастережно стала на позицію зрівняння міжнародних договорів, якщо й не з національним законодавством у цілому, то принаймні з законами? Адже ратифікація

¹ Орзих М.Ф. Судебная власть в механизме защиты прав человека: европейские стандарты, доктрина и практика в Украине / Российская и европейская правозащитные системы: соотношение и проблемы гармонизации. – Нижний Новгород, 2003. – С. 491.

міжнародних договорів Верховною Радою відбувається, як зазначалося, у формі закону, який за своїми юридичними ознаками, зокрема порядком набрання чинності, відповідно до рішення Конституційного Суду від 12 липня 2000 року у справі щодо відповідності Конституції України Закону України «Про ратифікацію Європейської хартії регіональних мов або мов меншин» не відрізняється від інших законів. Саме на цій підставі окремі вітчизняні автори обґрунтовують названу позицію зрівнювання.

Відповідь на поставлене запитання вочевидь має бути негативною. Однак конституційні підстави обґрунтування пріоритетності норм ратифікованих Верховною Радою міжнародних договорів, що стосуються передусім прав і свобод людини, перед нормами національного законодавства України слід шукати не в статтях 9, 18 чи навіть 22 Конституції України, як це роблять деякі автори, посилаючись для обґрунтування конституційних підстав пріоритетності міжнародних договорів про права людини перед нормами національного законодавства України на частину 3 статті 22, згідно з якою «при прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів не допускається звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод». Це конституційне положення хоч і може бути використаним у разі виникнення колізій між міжнародним договором, зокрема Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод, та національним законодавством України, проте прямого відношення до пріоритетності міжнародних договорів не має. Воно, з урахуванням згаданого положення частини 1 статті 9 Конституції, може тлумачитись як таке, що урівнює міжнародний договір, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України у формі закону, з іншими законами.

Відповідь на поставлене вище запитання дає частина 1 статті 8 Конституції України, яка закріплює принцип верховенства права.

Самостійного значення, відмінного від традиційного для вітчизняної теорії і практики принципу верховенства закону, принцип верховенства права набуває, по-перше, тоді, коли право не отожднюється із системою законодавства, тобто коли має місце теоретичне і практичне розрізнення права і закону. По-друге (і це, очевидно, головне для з'ясування співвідношення норм міжнародних договорів щодо прав людини і норм національного законодавства у випадках колізій між ними), принцип верховенства права може досягти свого призначення – набувати визначального значення у відносинах між усіма учасниками суспільного життя, насамперед між людиною і державною владою, тоді, коли право, як зазначалося раніше, незалежно від можливої різноманітності його визначень, нерозривно пов'язується з людиною, її правами і свободами.

Як іманентна властивість людини, яка характеризує її як представника всього людського роду, права людини набувають характеру позатериторіальних і позанаціональних. Вони становлять загальноцивілізаційну, загальнокультурну цінність незалежно від націй, ідеологій, релігій, а тому давно стали об'єктом міжнародно-правового регулювання, про що йшлося вище. Саме ця обставина дає підстави для визнання пріоритетності норм міжнародних договорів, що стосуються прав і свобод людини, у тому числі Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, перед нормами національного законодавства.

До речі, принцип верховенства права тлумачиться насамперед як верховенство фундаментальних прав людини в теорії і судовій практиці, зокрема практиці конституційних судів багатьох європейських країн. На цій же позиції стоїть Європейський суд з прав людини. Та й чимало держав віддають пріоритет перед національними законами лише тим міжнародним договорам, які стосуються прав і свобод людини. Виходячи із змісту верховенства права, цілком переконливо звучатимуть й інші аргументи на користь пріоритетності міжнародних договорів – посилення на їх природу, принцип *pacta sunt servanda* тощо.

20.4. Значення рішень Європейського суду з прав людини для правової системи України

Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод – міжнародний договір, з яким найчастіше доводиться мати справу вітчизняним правникам. Її юридична своєрідність полягає у тому, що вона не просто становить собою текст, що містить норми про права людини. Положення Конвенції за європейською традицією існують не самі по собі, а у тому вигляді, в якому їх розуміє і застосовує Європейський суд з прав людини при розгляді конкретних справ.

Іншими словами, свого реального життя конвенційні норми набувають саме в рішеннях Суду. Без них Конвенція «мертва». Тому «норми Конвенції діють так, як вони витлумачені Судом»¹.

¹ Туманов В.А. Европейский Суд по правам человека. Очерк организации и деятельности. – М., 2001. – С. 89.

У зв'язку з цим виникає ще одне запитання: чи можлива інтерпретація положень Конвенції національними судами всупереч існуючим їх тлумаченням Європейським судом?

Здавалося б, відповідь на це питання очевидна. Обов'язковість тлумачень Конвенції Європейським судом для судів України впливає з міжнародних зобов'язань України, які вона взяла на себе, ратифікувавши Конвенцію та Протоколи до неї. Адже у пункті першому Закону України від 7 липня 1997 року «Про ратифікацію Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, Першого протоколу та протоколів № 2, 4, 7 та 11 до Конвенції» (далі – Закон «Про ратифікацію Конвенції») прямо зазначається, що Україна повністю визнає «дію на своїй території статті 46 Конвенції щодо визнання обов'язковою і без укладення спеціальної угоди юрисдикції Суду з прав людини в усіх питаннях, що стосуються тлумачення і застосування Конвенції».

Виятком можуть бути випадки, коли тлумачення положень Конвенції Європейським судом не узгоджуються з Конституцією України, юридична сила якої, як зазначалось, вища від юридичної сили міжнародних договорів, включаючи вказану Конвенцію.

Проте ставлення як науковців, так і юристів-практиків до цитованого положення Закону «Про ратифікацію Конвенції» виявилось неоднозначним. Не заперечуючи обов'язковості для України тлумачень положень Конвенції Європейським судом, чимало з них вважають, що така обов'язковість обмежується лише тими тлумаченнями Суду, які мають місце у справах про порушення Конвенції Україною, тобто у справах проти України.

Не вніс належної визначеності у це питання, більше того, навіть ускладнив його, і спеціальний Закон України від 23 лютого 2006 року «Про виконання рішень та застосування практики Європейського Суду з прав людини», у статті 17 якого проголошується, що «суди застосовують при розгляді справ Конвенцію та практику Суду як джерело права». Питання про те, що у цьому разі слід вважати джерелом права – Конвенцію і практику Суду окремо чи в їх єдності, залишилося відкритим.

Цитовані положення дають додаткові підстави для переосмислення наших традиційних уявлень про судовий прецедент як джерело національного права. Хоча в останні два десятиліття ставлення до судового прецеденту як джерела права у вітчизняній юриспруденції почало змінюватись, про що вже йшлося раніше, інерція попереднього мислення продовжує відчуватись і нині, як у загальній теорії права, так і в галузевих юридичних науках. Для багатьох правників саме постановлення

питання про необхідність об'єктивного і неупередженого аналізу судового прецеденту та його місця в національній правовій системі України залишається досить болючим.

Не вдаючись до детального аналізу цього справді непростого питання, зазначимо лише, що заперечувати певних перспектив судового прецеденту у національній правовій системі України не варто. Звичайно, для цього в ній необхідні суттєві зміни, насамперед справді незалежний суд і відповідна підготовка суддів, формування в них викликаних вимогами часу правового світогляду і рівня правової культури, за яких їх участь у правотворенні буде служити на благо людини, її правам і свободам.

Одним з безперечних каналів проникнення судового прецеденту у правову систему України є рішення Європейського суду з прав людини, ігнорувати, а тим більше перекривати цей канал недопустимо. Практично це означає, що суди України, як і суди будь-якої держави – члена Ради Європи, не можуть прийняти іншого рішення, ніж рішення, яке вже ухвалене Європейським судом в аналогічній справі. Причому йдеться про рішення вказаного Суду не тільки щодо України, а й стосовно інших держав, якщо розглянуті ним справи є аналогічними з українськими. Як свідчить практика Суду останніх років, близьких за фабулою справ, розглянутих ним за скаргами фізичних і юридичних осіб з пострадянських країн, є безліч.

В пошуках правових рішень національними судами прецеденти Європейського суду з прав людини можуть виявитися надзвичайно корисними, більш того, незамінними. Це зовсім не означає, що суди України при вирішенні тих чи інших конкретних справ можуть обмежуватися посиланнями на рішення Європейського суду. Як відзначалося, вони існують в єдності з положеннями Конвенції, а останні в свою чергу мають використовуватися в системному зв'язку з положеннями Конституції України.

20.5. Вплив національного права на міжнародне право

Хоч національне право безпосередньо не регулює міжнародні відносини, це не означає що його норми, як і національні правові системи в цілому, не впливають на міжнародне право і міжнародні правові системи.

Форми такого впливу досить різноманітні. Національні конституції, закони та інші нормативно-правові акти визначають:

- засади зовнішньої політики держави;
- порядок укладання та денонсації міжнародних договорів, їх місце в національній правовій системі;
- порядок утворення та діяльності дипломатичних та консульських представництв у країні;
- порядок утворення та функціонування виключних економічних зон, зон вільної торгівлі, освоєння морського, повітряного і космічного простору;
- порядок надання економічної та іншої допомоги іноземним державам та міжнародним організаціям, одержання позик від іноземних держав, банків і міжнародних фінансових організацій;
- порядок направлення національних підрозділів збройних сил до інших держав, а також порядок доступу та умови перебування підрозділів збройних сил інших держав на території країни.

Відображаючи динаміку названих та інших сфер суспільних відносин, національні закони та інші нормативно-правові акти стимулюють ухвалення нових чи внесення відповідних змін до інших міжнародно-правових документів, що в свою чергу сприяє поглибленню співробітництва держав у різних сферах міжнародного життя в реалізації спільних інтересів світового співтовариства на основі загальних, визнаних цивілізованими націями, принципів права.

20.6. Правова система ЄС та її співвідношення з міжнародними і національними правовими системами

Становлення права ЄС та його правової системи нерозривно пов'язане з Паризьким договором 1951 року, яким було започатковане створення першого інтеграційного об'єднання в Західній Європі – Європейського об'єднання вугілля і сталі (ЄОВС) та Римським договором 1957 року, який юридично оформив утворення Європейського економічного співтовариства (ЄЕС) та Європейського співтовариства з атомної енергії (Євроатому).

Подальший розвиток спільних для європейських співтовариств правових принципів і норм стимулювали ухвалений новий установчий акт держав – членів європейських співтовариств, що дістав назву Єдиного європейського акта 1986 року, Маастрихтський договір 1992 року про

створення Європейського Союзу, Амстердамський договір 1997 року, яким були внесені зміни та доповнення в Маастрихтський договір, та Лісабонський договір 2007 року, що хоч і не вирішив проблеми створення спільної для ЄС Конституції, однак став знаковою подією в реформуванні його правової системи.

Право ЄС формувалося під впливом правової теорії і практики, властивих національним правовим системам держав – членів європейських співтовариств і міжнародному праву. Воно з самого початку було підпорядковане завданням, що постали перед співтовариствами, а згодом Союзом, і мало на меті ефективне забезпечення вирішення цих завдань.

Це відчутно позначилося на природі правової системи ЄС. Вона становить собою специфічне, автономне як щодо міжнародної правової системи, так і щодо національних правових систем, утворення. Механізми взаємодії держав – членів ЄС, з одного боку, значною мірою спираються на механізми, прийняті в міжнародному спілкуванні, що регулюються міжнародним правом, а з іншого – відтворюють специфіку об'єднання, набувають певних рис, властивих національним правовим системам, що нагадують правові системи сім'ї континентального права.

Як і право загалом та міжнародне право, зокрема, правова система ЄС ґрунтується на спільних для всіх правових систем фундаментальних принципах права – справедливості, рівності, гуманізмі, конкретизованих в положеннях Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод та інших присвячених їм міжнародних пактах, а також в установчих документах співтовариств та ЄС.

Від фундаментальних (основоположних) принципів права, які визначають підпорядкованість правової системи ЄС загальній меті права, зумовлюють його сутність, слід відрізнити принципи, що регулюють взаємовідносини права ЄС з національним правом держав – членів ЄС, а також принципи, на яких ґрунтується його діяльність як регіонального міждержавного об'єднання.

Значною мірою вони є результатом пристосування певних вже відомих праву принципів до потреб і інтересів Союзу (переважно завдяки рішенням Суду ЄС). Серед них слід назвати:

- принцип пріоритетності права ЄС (в літературі він частіше іменується принципом верховенства права ЄС) щодо внутрішнього права держав-членів. На відміну від співвідношення міжнародного і національного права, яке, як зазначалося, різними державами продовжує вирішуватися по-різному (хоч і з помітною тенденцією до пріоритетності міжнародного права), принцип верховенства права ЄС перед нормами національного права є загалом беззаперечним: норми права ЄС мають переважну юридичну силу щодо норм національного пра-

ва держав-членів у разі виникнення колізій між ними. Спроби деяких держав-членів та їх судів обмежити принцип верховенства права ЄС, вилучивши з дії цього принципу принаймні положення національних конституцій (за аналогією з переважною більшістю держав, що не є членами ЄС) були рішуче відкинуті Судом ЄС;

- принцип прямої дії права ЄС, який означає, що нормативно-правові акти Союзу застосовуються національними органами і судами держав-членів безпосередньо, незалежно від того, трансформовані (імплементовані) вони в національне законодавство чи ні. Це прямо впливає з установчих договорів, зокрема, із статті 189 Договору про Європейський Союз.

Вказані принципи не тільки відрізняють правову систему ЄС від правових систем багатьох інших міжнародних правових систем, які регулюють переважно відносини між державами, а й, що особливо важливо для характеристики правової системи ЄС, передбачають включення в процес функціонування права ЄС самих громадян ЄС. Вони отримують як нові права, що випливають з установчих та інших документів співтовариств і ЄС, так і можливість домагатися захисту цих прав в Суді ЄС та національних судах.

Це в свою чергу надає правовій системі ЄС рис, які роблять її не схожою ні на національні (навіть федеративні), ні на міжнародні правові системи.

Унікальність права ЄС та його правової системи полягає також у їх структурі, джерелах права, сферах його дії, механізмах правотворчості тощо.

Складність, різноманітність (гетерогенність) внутрішньої структури ЄС, поєднання у праві ЄС національних, міжнародних і наднаціональних елементів обумовлюють значну своєрідність внутрішньої структури європейського права. У ньому досить незвичайно поєднуються норми, походження яких обумовлене природою ЄС як міжнародного об'єднання; норми, що формуються безпосередньо самими інститутами ЄС, які мають наднаціональний характер і повноваження яких визначені відповідними установчими документами; норми, що уособлюють особливості традиційних для європейських правових сімей джерел права, тощо.

Залежно від місця, яке посідають ці норми в ієрархії норм права ЄС, вони в літературі нерідко поділяються на первинні норми, тобто основоположні, визначальні для права ЄС, та вторинні норми, тобто похідні від первинних. Такий поділ значною мірою відображає особливості механізмів їх формування.

Своєрідністю відзначається також система джерел права ЄС. Її основу становлять:

- установчі договори європейських співтовариств та інші важливі документи, пов'язані з заснуванням Європейського Союзу, розширен-

ням сфер його діяльності, приєднанням до ЄС нових членів та внесенням у зв'язку з цим змін до установчих документів;

- різноманітні протоколи та додатки до договорів, а також конвенції та інші документи, укладені між державами-членами;
- прийняті на розвиток положень договорів передбачені ними нормативно-правові акти відповідних інституцій ЄС (Європейської комісії, Європейської ради, Європейського парламенту) – регламенти, директиви, рішення тощо.

Як і в національних правових системах, джерелами права ЄС є також загальні принципи права і міжнародні договори. Особливо важлива роль в системі джерел права ЄС належить практиці Суду ЄС. Він не тільки стоїть на сторожі неухильного дотримання установчих договорів, цілей і принципів ЄС, а й доповнює, уточнює й розвиває зміст загальних принципів права ЄС, а нерідко й сам їх формулює. Його рішення мають характер прецедентів, що істотно впливають не тільки на правову систему ЄС, а й на національні правові системи держав – членів ЄС.

Формування права та правової системи ЄС поставило ряд питань, пов'язаних із стосунками права ЄС і міжнародного права, зокрема принципу верховенства права ЄС і принципу пріоритетності норм міжнародних договорів у разі їх колізій з нормами внутрішнього законодавства, місця міжнародних договорів, укладених ЄС, в правовій системі ЄС та національних правових системах держав – членів ЄС тощо.

Як самостійний носій міжнародної правосуб'єктності ЄС має право укладати договори:

- з державами, які не є його членами (характерним прикладом може служити Угода про асоціацію з Україною);
- з іншими міжнародними організаціями (наприклад, вже укладений договір про приєднання ЄС до Всесвітньої організації торгівлі, можливі договори про приєднання ЄС до МОП, ВООЗ тощо).

Хоч питання про місце міжнародних договорів у правовій системі ЄС до цього часу залишається чітко не визначеним нормативно-правовими актами, Суд ЄС у ряді своїх рішень схилився до того, що міжнародний договір, укладений і схвалений відповідно до встановленої процедури Європейським парламентом, визнається інтегративною складовою частиною права ЄС. Складніша річ з визначенням місця укладених ЄС міжнародних договорів у національних правових системах держав – членів ЄС. Це питання вирішується кожною державою індивідуально, значною мірою залежно від того, якої концепції співвідношення національного і міжнародного права – моністичної чи дуалістичної – вона дотримується.

Розділ 21

ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА

Витоки ідеї верховенства права, як і чимало інших розглянутих у цьому підручнику ідей, сягають ще часів античності – Платона і Аристотеля (Стародавня Греція), Цицерона і Юстиніана (Стародавній Рим) та ін. Їхнє подальше становлення тісно пов'язане з Великою хартією вольностей (*Magna Carta*) 1215 року, епохою Реформації XVI століття і Просвітництва XVIII століття. Вагомий внесок у розвиток цих ідей зробили такі визначні мислителі минулого, як Т. Гобс, Дж. Локк, Ш. Монтеск'є, Ж.-Ж. Руссо та багато інших.

Сам же термін *Rule of Law*, який нині офіційно перекладається українською мовою як «верховенство права», ввів у науковий обіг англійський вчений і політичний діяч Дж. Гаррінгтон. Англійському вченому-конституціоналісту А. Дайсі та його послідовникам належить також оформлення концепції верховенства права.

Концепція формувалася в умовах монархічних режимів, які переважали на той час в Європі, і була спрямована насамперед проти свавілля влади, у тому числі у формі закону, на захист природних, невідчужуваних прав і свобод людини. Тобто концепція верховенства права, хоч і формувалася в неліберальному суспільстві, ґрунтувалася на ліберальних ідеях, під гаслами яких здійснювалися ліберально-демократичні (буржуазні) революції – свободи, природних невідчужуваних прав людини, юридичної рівності, справедливості тощо.

Для розуміння концепції верховенства права ця її соціальна спрямованість має вирішальне значення, оскільки сам термін *Rule of Law* доволі багатозначний, тому керуючись виключно філологічним його тлумаченням, навіть використовуючи при цьому герменевтичні підходи, з'ясувати зміст концепції неможливо.

В сучасному світі верховенство права розглядається як одна з найвищих демократичних цінностей¹. Вона давно стала найважливішою складовою міжнародно-правових актів, особливо присвячених правам і свободам людини та громадянина. Дедалі частіше верховенство права як принцип фіксується у національних конституціях і законах, ним активно оперують міжнародні та національні суди.

Не залишилася осторонь широкомасштабної підтримки верховенства права і Україна. Без посилання на нього не обходяться програми численних політичних партій, термін «верховенство права» широко використовується в законодавчій практиці, в рішеннях Конституційного Суду України. Верховенство права стало одним з найактуальніших предметів наукового дискурсу; до його проблем звертаються не лише правознавці, а й політологи, філософи, соціологи, представники інших галузей гуманітарного знання.

Одне із головних місць відведене принципу верховенства права також у Конституції України (стаття 8).

21.1. Поняття верховенства права

Незважаючи на здобуття верховенством права характеру глобального ідеалу та однієї з найвищих демократичних цінностей, його поняття, на думку багатьох західних правознавців, до цього часу залишається «сутнісно спірним»². Однією з останніх спроб внести ясність у його визначення став Звіт щодо верховенства права, прийнятий Венеціанською комісією на 86-му пленарному засіданні 25–26 березня 2011 року на основі зауважень її членів П'єтера Ван Дізка (Нідерланди), Грет Халлер (Швейцарія), Джефрі Джоуела (Сполучене Королівство), Каарло Туорі (Фінляндія). Звіт побудований головним чином на аналізі підходів до розуміння верховенства права в міжнародно-правових документах, конституціях та законодавстві ряду країн, а також в науковій літературі. Показово, що розділ IV Звіту, присвячений аналізу окремих наукових

¹ Таманага Б. Верховенство права. Історія. Практика. Теорія. — К., 2007. — С. 9.

² Waldron J. Is the Rule of Law an Essentially Contested Concept (in Florida) 21 Law & Society Philosophy. 137 (2002)

джерел, має досить промовисту назву «У пошуках визначення»¹. Його задекларованою метою мало стати досягнення «консенсусного визначення (*consensual definition*) верховенства права», проте запропонувати якусь всеохоплюючу дефініцію авторам Звіту так і не вдалося, хоч висновки, які містяться у ньому, безперечно сприяють поглибленому осмисленню верховенства права.

Відсутня єдність у його розумінні також в Україні. Попри те, що останнім часом спектр думок у підходах до тлумачення верховенства права у вітчизняному правознавстві дещо звузився (принаймні ототожнення його з традиційним для нашої теорії і практики принципом верховенства закону чи з верховенством всіх нормативних актів, як це було в 90-х роках минулого століття, нині майже не спостерігається), загальної згоди щодо його розуміння не досягнуто. Не допомогло цьому навіть намагання роз'яснити поняття верховенства права Конституційним Судом України².

Не вирішила багатьох питань, пов'язаних з розумінням верховенства права (а в деяких відношеннях навіть загострила їх), також трьохтомна праця С. Головатого «Верховенство права»³.

Не вдаючись до аналізу різноманітних думок і підходів, що стосуються поняття верховенства права, наголосимо лише на тому, що надзвичайна складність і багатогранність цього поняття, як і самого права, робить безперспективною будь-яку спробу дати якесь універсальне визначення принципу верховенства права, придатне на всі випадки життя.

Це підтверджується не тільки західною правовою теорією, про що задувалося вище, а й юридичною практикою, зокрема практикою Європейського суду з прав людини, який неодноразово акцентував увагу на необхідності змістовної інтерпретації поняття верховенства права, прив'язаної до конкретної ситуації, уникаючи такого його визначення, яке можна було б поширити на всі без винятку життєві обставини.

Це, звичайно, не означає, що більш-менш єдиних уявлень про сутність верховенства права неможливо досягти взагалі. Як свідчить сучасний теоретичний і практичний досвід, найбільш продуктивним для його розуміння є тлумачення верховенства права «як певної суми

¹ Звіт щодо верховенства права. Страсбург. 28 березня 2011 року. Unofficial Translation by the USAID Ukraine Rule of Law Project.

² Конституційний Суд України. Рішення, висновки. – К., 2005. – С. 314.

³ Головатий С. Верховенство права: у 3-х кн. – К., 2006.

щільно переплетених між собою принципів, котрі разом творять ядро доктрини конституціоналізму, а відтак є необхідним для будь-якого... демократичного суспільного устрою»¹.

Через складові елементи верховенства права розкривається його зміст у міжнародно-правових документах, зокрема у Резолюції 1594 Парламентської асамблеї Ради Європи «Про принцип верховенства права», Рішенні Гельсінської Ради Міністрів № 7108 «Подальше зміцнення верховенства права у зоні ОБСЄ», Рішенні Комітету сприяння розвитку ОЕСР «Рівний доступ до правосуддя та верховенство права», у згаданому Звіті щодо верховенства права Венеціанської комісії та більшості наукових публікацій. Ці складові верховенства права є доволі неоднорідними за своїм походженням, природою, значенням для характеристики найістотніших рис верховенства права та його прикладних аспектів тощо. Деякі зарубіжні автори налічують більше сотні таких складових.

Можна, очевидно, дискутувати з приводу кількісних показників цих складових, змісту та обсягу окремих з них, проте залишається безсумнівним той факт, що утвердження верховенства права можливе за умов, коли в суспільстві послідовно і неухильно втілюються в життя основні складові – вимоги, про які йдеться в наступному розділі.

21.2. Характеристика основних складових верховенства права

21.2.1. Повага до прав і свобод людини

Природні, невід’ємні та невідчужувані права і свободи людини набувають вирішального значення у відносинах між нею і державною владою. Права і свободи особи, – наголошував один з творців доктрини верховенства права А. Дайсі, – є «основою, а не результатом права країни», а правила, що становлять конституційний кодекс, є «не джерелом, а наслідком прав осіб»². Хоч ці висновки робилися А. Дайсі на

¹ Аллан Т.П.С. Конституційна справедливість. Ліберальна теорія верховенства права. – К., 2008. – С. 10.

² Dicey A.V. Introduction to the Study of the Law of the Constitution. – 1959 (1961). – P. 232, 235.

основі порівняльного аналізу британської правової системи і правових систем країн континентальної Європи, нині вони сприйняті всім європейським співтовариством.

Невід’ємні, невідчужувані права і свободи людини, як свідчить досвід сучасних розвинутих держав, становлять основу «стримувань і противаг» державній владі, яка завжди схильна до виходу з-під контролю суспільства. Це той обмежувальний бар’єр, який не може бути подолано на власний розсуд ні законодавчою, ні виконавчою, ні судовою гілками влади. Вони, як зазначалося в розділі 2, становлять першоджерело права.

Саме тому пов’язаність усіх гілок влади фундаментальними, невідчужуваними правами і свободами людини розглядається сучасною правовою теорією і судовою практикою, зокрема конституційними судами багатьох європейських країн і Європейським судом з прав людини, як безпосередній прояв реалізації верховенства права.

21.2.2. Верховенство конституції

Одна з вирішальних складових верховенства права. І це цілком логічно.

Попри те, що конституція – це завжди результат певних компромісів між різними політичними і соціальними силами, що дає підстави іменувати її своєрідним суспільним договором, цей результат втілюється у відповідні юридичні конструкції і формулювання, тобто вона є документом передусім юридичним. Невипадково конституцію, як правило, називають Основним Законом держави.

Як Основний Закон конституція є ядром національної правової системи, базою для її поступального розвитку.

Конституція – це уособлення загальнолюдських і національних цінностей, у тому числі верховенства права та його складових, що знаходить свій прояв у закріпленні основоположних, фундаментальних прав і свобод людини, принципу підпорядкованості їм всієї діяльності держави, її зв’язаності правами людини, та базових принципів права. Це надає правовій системі визначеності і стабільності – одним з визначальних умов утвердження верховенства права.

Однією з найважливіших властивостей конституції як Основного Закону є її верховенство, тобто пріоритетність її становища в системі джерел національного права, що забезпечується особливим порядком прийняття конституції та внесення змін до неї. Як правило, пріоритетність конституції поширюється також на ратифіковані міжнародні договори, про що йшлося у попередніх розділах.

Серед вирішальних ознак верховенства (пріоритетності) конституції – її найвища юридична сила. Це означає, що всі нормативні акти повинні відповідати конституції, а у разі суперечності їй мають бути визнані неконституційними, а отже, нечинними.

Норми конституції здебільшого визнаються нормами прямої дії, що зафіксовано, зокрема, у статті 8 Конституції України.

Пряма дія Конституції є однією з вирішальних умов інтеграції її правового змісту у соціальну практику. Всупереч поширеній думці, відповідно до якої пряма дія конституційних норм пов'язується виключно з правозастосовною практикою, зокрема судовою, треба зазначити, що така дія властива для всіх форм державної діяльності – законодавчої, виконавчої і судової. Пряма дія норм Конституції України має місце також при здійсненні громадянами конституційних прав і свобод.

Стосовно законодавця пряма дія Конституції означає, що при прийнятті законів він має лише конкретизувати і деталізувати конституційні положення, а також встановлювати процесуальні форми їх реалізації. Відступати від Основного Закону, від закладених у ньому ціннісних орієнтирів, він не має права.

З прямої дії норм Конституції випливає, що їх конкретизація можлива також правозастосовними органами, в першу чергу судами, шляхом тлумачення, про що йшлося в розділі 15.

Конституція України містить ряд інших юридичних інститутів і механізмів, які за належної реалізації здатні забезпечити втілення в життя принципу верховенства права.

Це дозволяє дійти висновку, що верховенство права в реальному житті означає передусім реалізацію верховенства (пріоритетності) Конституції.

У зв'язку з цим протиставляти їх одне одному, як це інколи має місце серед політиків і юристів, неприпустимо. Розгляд верховенства права поза верховенством Конституції – це шлях до вседозволеності і свавілля, що, на жаль, неодноразово підтверджувалося українською практикою.

Разом з тим верховенство права і верховенство конституції не є абсолютно ідентичними поняттями. Деякі складові верховенства права не завжди напряму фіксуються у конституціях, і Конституція України у цьому відношенні не є винятком. Вони сформульовані переважно судовою практикою, що ніяк не применшує їх значення для утвердження верховенства права, про що мова попереду.

21.2.3. Принцип розподілу влади

Передбачає, як зазначалося в розділі 6, існування відносно самостійних і незалежних одна від одної гілок (напрямів) влади – законодавчої,

виконавчої і судової та встановлення між ними таких взаємовідносин, які унеможливили б узурпацію всієї державної влади або більшої її частини в руках одного органу держави (навіть якщо цей орган є колегіальним і обраний демократичним шляхом), а тим паче в руках однієї особи.

Творцями концепції розподілу влади вважаються англійський філософ Дж. Локк та французький правознавець і філософ Ш. Монтеск'є, хоч окремі ідеї розподілу влади сформульовані ще в античні часи і Середньовіччя.

Нині принцип розподілу влади взятий на озброєння всіма сучасними правовими державами, проте це зовсім не означає, що він реалізується у тому вигляді, в якому розподіл влади замислювався його творцями.

За час існування принципу розподілу влади світ істотно змінився, тому цілком закономірними є намагання сучасників адаптувати ідеї Локка – Монтеск'є до соціокультурних і політичних особливостей глобалізованого XXI століття та кожної окремої країни. Така адаптація, що, правда, зводиться часом до конструювання ряду нових гілок влади, які обумовлені удосконаленням і ускладненням державного апарату, що відбулися після Дж. Локка і Ш. Монтеск'є (особливо помітна така тенденція останнім часом в Україні).

Не заперечуючи проти того, що не всі сучасні органи державної влади формально «вписуються» в означену «тріаду» розподілу влади, навражд чи варто вбачати у цьому чи не найактуальнішу проблему утвердження вказаного принципу.

В концепції розподілу влади Дж. Локка – Ш. Монтеск'є важливо зберегти не стільки «букву», скільки «дух» концепції. Він же полягає у взаємному урівноваженні, збалансуванні гілок влади, що, в свою чергу, досягається завдяки реалізації висунутої Ш. Монтеск'є ідеї про взаємний контроль між ними, яка, однак, в його працях не отримала належного розвитку.

У Конституції України, як і у конституціях інших держав, принцип розподілу влади не реалізується в його чистому вигляді. Тому має йтися не про цілковите відокремлення однієї гілки влади від іншої, а про їх збалансування, взаємний контроль. Жодна гілка влади не повинна отримувати переваги над іншими гілками влади. Жодну гілку влади не можна позбавляти повноважень, необхідних їй для виконання визначених Конституцією функцій.

Тільки реалізація цих вимог може гарантувати права і свободи людини та утвердження верховенства права.

Оскільки про принцип розподілу влади вже йшлося раніше, на цьому завершимо його коротку характеристику.

21.2.4. Законність

Ще видатний німецький філософ І. Кант у свій час говорив, що конституційність в державі залежить від наявності і суворого дотримання писаних законів. І хоч, як зазначалося, писаний закон не є панацеєю для верховенства права, вимога законності розглядалася творцями концепції верховенства права як одна з головних її складових. Таке ставлення до законності притаманне й сучасним прихильникам цієї концепції¹.

Щоправда, на відміну від позитивістської традиції, концепція верховенства права не зводить її до формальної законності, тобто до правління на основі закону, незалежно від його змісту. Таке розуміння законності, на думку практично всіх західних правознавців, не забезпечує достатніх обмежень влади, що є необхідною умовою верховенства права.

Верховенство права передбачає, по-перше, законність, основувану на визнанні і беззастережному прийнятті найвищої цінності людини, її убезпеченні від свавілля владних інституцій та їх посадових осіб, тобто законність, яка у вітчизняній літературі досить часто іменується правозаконністю. Це цілком відповідає практиці Європейського суду з прав людини, який у своїх рішеннях неодноразово акцентував увагу на тому, що вислів «згідно з законом» — означає «щоб закон не суперечив принципу верховенства права».

По-друге, вимога законності згідно з принципом верховенства права поширюється передусім на діяльність органів публічної влади та їх посадових осіб, а не на всіх суб'єктів права, зокрема громадян та їх об'єднань, як це прийнято вважати у вітчизняному правознавстві. За такого розпорощення суб'єктів законності фактично нівелюється підвищена небезпека порушень закону з боку посадових осіб порівняно з його порушеннями громадянами (порушення закону останніми охоплюється поняттям порушення правопорядку).

По-третє, з підпорядкованості закону не виключається жоден орган державної влади, включаючи законодавця (парламент). Він зв'язаний ухваленим ним законом до тих пір, поки закон не скасований чи не змінений відповідно до законодавчої процедури, встановленої також у правовий спосіб, засади якої, як правило, визначаються конституцією.

¹ Таманага Б. Верховенство права. Історія. Політика. Теорія. — К., 2007. — С. 106–145; Звіт щодо верховенства права. Страсбург. 28 березня 2011 року.

По-четверте, з позицій верховенства права жоден акт управління не може підмінити своїм регулюванням закон, а будь-яка дія або повноваження державного органу повинні мати свою підставу саме в законі, тобто відповідати принципу «те, що прямо не дозволено законом заборонено». Цей принцип знайшов своє відображення, зокрема, у статті 19 Конституції України.

По-п'яте, за попередньою вітчизняною традицією серед конкретних вимог принципу законності часто називається вимога верховенства закону. Збереження самого терміна «верховенство закону» у зв'язку з введенням у національну правову систему принципу верховенства права виглядає сумнівним. Оперування цими двома термінами породжує певну плутанину, оскільки англійське *Rule of law* досить часто політиками, журналістами, а інколи і перекладачами творів іноземних авторів, тлумачиться як «верховенство закону» (англійське *law*, як відомо, українською мовою перекладається і як «право», і як «закон»). З огляду на недопущення цієї плутанини термін «верховенство закону» відсутній у Конституції України.

Разом з тим твердження деяких авторів про те, що досить поширені у вітчизняній літературі висловлювання про пріоритетність, базовість, визначальність закону в ієрархії нормативно-правових актів є залишково-інерційними постулатами радянсько-позитивістської доктрини права¹, не можна вважати обґрунтованими.

Конституція України містить положення, які свідчать про те, що вона міцно стоїть на позиціях провідної ролі закону в системі нормативних актів (зрозуміло, після самої Конституції як акта найвищої юридичної сили). Це чи найпереконливіше засвідчує стаття 92 Основного Закону, яка встановлює перелік питань, які належать до предмета регулювання законом. Цей перелік охоплює практично всі сфери правового регулювання, хоч в одних випадках визначення законом є вичерпним і не залишає будь-яких можливостей для підзаконного регулювання, а в інших законом встановлюються лише засади регулювання, що дозволяє їх конкретизувати підзаконними нормативними актами.

Провідна роль закону відображає один з визначальних принципів демократизму — належність влади народу, який здійснює її безпосередньо і через представницькі органи влади, до яких належить парламент; така провідна роль має створювати базу для єдності і внутрішньої узгодженості всієї системи нормативних актів, що є однією з вимог верховенства права.

¹ Головатий С. Верховенство права. У 3-х кн. — С. 1461.

21.2.5. Обмеження дискреційних повноважень

Тобто прийняття рішень державними органами і посадовими особами на власний розсуд. Як зазначав основоположник концепції верховенства права А. Дайсі, «там, де є дискреція, є і простір для свавільності, ... дискреційні повноваження з боку влади неодмінно означають відсутність юридичної свободи для її підданих»¹. І хоч ця думка А. Дайсі в процесі розвитку концепції зазнала певних уточнень, обмеження дискреційних повноважень посідає нині одне з провідних місць в утвердженні верховенства права.

Ця складова верховенства права вимагає насамперед, щоб діяльність як держави загалом, так і її органів, включаючи законодавчий, підпорядковувалася утвердженню і забезпеченню прав і свобод людини. Саме вони та їх гарантії відповідно до статті 3 Конституції України визначають зміст і спрямованість діяльності держави.

Невід'ємні, невідчужувані права і свободи людини стоять на перешкоді волюнтаризму не тільки органів виконавчої та судової влади, а й парламенту, обмежуючи свободу його розсуду при прийнятті законів.

Фундаментальні права і свободи сформульовані у конституції у досить загальному вигляді. Абсолютна більшість з них вимагає конкретизації у поточному законодавстві, без якої відповідні конституційні положення можуть залишатися декларацією. Відповідно до вимог верховенства права всі права мають визначатися виключно законом, а не підзаконними актами органів виконавчої влади. Це, звісно, не позбавляє їх певних дискреційних повноважень в процесі прийняття ними управлінських рішень. Проте межі і характер таких повноважень мають встановлюватися також законом.

Органи державної влади, органи місцевого самоврядування та їх посадові особи зобов'язані діяти, як зазначалося, лише на підставі та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України (стаття 19 Основного Закону України), тобто за принципом «недозволене заборонено». Посилання посадових осіб (нерідко, високого рангу) на те, що законом такі заборони не передбачені, не можуть братися до уваги, оскільки вони прямо суперечать названому принципу.

Обмеження дискреційних повноважень стосується всіх гілок влади, однак особливого значення набуває для виконавчої влади. Широкі дискреційні повноваження органів виконавчої влади та їх посадових

¹ Дайсі А. Вступ до вчення про право Конституції. Анатомія лібералізму. Політико-правові вчення та верховенство права. – К., 2008. – С. 515, 522, 527.

осіб часто призводять до порушень прав і свобод громадян, створюють ґрунт для корупції та інших зловживань. Тому не випадково чіткій визначеності таких повноважень та їх введенню в жорсткі межі закону приділяється значна увага Європейським судом з прав людини та конституційними судами європейських країн¹.

Обмеження дискреційних повноважень означає, що будь-який орган виконавчої влади не тільки не може сам визначити свої власні повноваження, а й встановлювати їх для підпорядкованих йому органів та їх посадових осіб.

Чи не найбільш актуальним в сучасних українських реаліях є зведення до мінімуму дискреційних повноважень державних чиновників у тих сферах, які безпосередньо пов'язані з реалізацією прав і свобод громадян (використання державної і комунальної власності, надання фінансових пільг і фінансових ресурсів, оподаткування, контроль тощо).

Саме в цих та подібних до них сферах відбувається, як підтверджує практика, найбільше зловживань.

З обмеженням дискреційних повноважень безпосередньо пов'язана і така вимога верховенства права в системі виконавчої влади, як наявність розвинених процедур в діяльності її органів і посадових осіб, передусім у їх відносинах з громадянами. На відміну від багатьох європейських країн, де існують спеціальні кодифіковані акти, присвячені детальній регламентації таких процедур, в Україні вони залишаються чи не найменш врегульованими.

Тим часом, значною мірою завдяки чітким процедурам, відносини громадянина і держави із площини субординації переходять в площину юридичної рівності – однієї з невід'ємних складових верховенства права.

21.2.6. Принцип рівності у правах (рівноправності) та рівності всіх перед законом

Властивий практично всім характеристикам верховенства права. Причому, на відміну від деяких інших його складових, цей принцип, як правило, фіксується у конституціях. Не є винятком тут і Конституція України. Відповідно до частини 1 статті 24 Основного Закону громадяни України мають рівні конституційні права і свободи та є рівними перед законом.

¹ Европейский суд по правам человека. Избранные решения. – Т. 1. – М., 2000. – С. 553.

Це означає, по-перше, що вони є рівними в правах і свободах незалежно від місця народження та проживання, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану та інших ознак. Будь-які привілеї чи обмеження для громадян за названими ознаками не допускаються.

По-друге, закон має застосовуватися однаково до всіх осіб. Ніхто не може бути поставлений у привілейоване чи, навпаки, дискриміноване становище залежно від вказаних вище ознак. Це випливає з концепції однаковості, яка у свою чергу тісно пов'язана з принципом демократії¹. Рівність перед законом особливе значення має при застосуванні рівних підстав юридичної відповідальності за порушення закону.

По-третє, принцип рівності забороняє нерівне ставлення до ситуацій, які можуть бути порівняні, або рівне ставлення до нерівних ситуацій, якщо таке ставлення не може бути виправдане об'єктивними причинами².

По-четверте, принцип рівності у правах та рівності перед законом передбачає також рівний доступ до суду, рівні права в процесі здійснення правосуддя, тобто право бути вислуханим, користуватися рівним правом на захист тощо.

21.2.7. Принцип юридичної визначеності

Означає насамперед вимогу чіткості підстав, цілей і змісту нормативних приписів, особливо тих із них, що адресовані безпосередньо громадянам. Як зазначалося в розділі 3, вони повинні мати можливість передбачати правові наслідки своєї поведінки. Показовою у цьому відношенні є позиція Європейського суду з прав людини, послідовно проведена ним у декількох рішеннях, зокрема у справах «Санді Таймс» проти Сполученого королівства», «Олсон проти Швеції» та ін. Згідно з цією позицією будь-яка «норма не може вважатися «законом», якщо вона не сформульована з достатньою чіткістю так, щоб громадянин самостійно або, якщо у цьому буде потреба, з професійною допомогою міг передбачати з долею вірогідності, яка може вважатися розумною за цих обставин, наслідки, до яких можуть призвести конкретні дії»³.

¹ Собота К. Принцип правної держави: конституційно-правні та адміністративно-правні аспекти / Пер. з нім. Г. Рижкова, О. Блащук, К. Татарчук. – К.: ВАІТЕ, 2013. – С. 77.

² Кернз В. Вступ до права Європейського Союзу. – К., 2002. – С. 105.

³ Европейский Суд по правам человека. Избранные решения. – Т. 1. – М., 2000. – С. 202, 553.

Досвід свідчить, що абсолютна визначеність таких наслідків є неможливою через ряд обставин – відкритість мови, якою формулюються норми закону, їх загальність, неможливість заздалегідь передбачити у них всі реальні ситуації, тощо. Закон, який намагається регламентувати дії людей та визначити наслідки цих дій за допомогою надмірної жорсткості формулювань, швидко набуває рис «скам'янілості», тобто застаріває. Право ж, як зазначається у рішенні Європейського суду у справі «Санді Таймс» проти Сполученого королівства» має бути здатним йти в ногу з обставинами, що змінюються¹.

У зв'язку з цим важлива роль у впровадженні в життя принципу визначеності належить судовій практиці. У справі «L. та V. проти Австрії» та «S. L. проти Австрії» Європейський суд з прав людини наголосив, що «Конвенція – це живий інструмент, який необхідно тлумачити у світлі умов сьогодення»². Ця позиція Суду стосується не лише Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Вона має істотне значення також для національної судової практики, у тому числі практики українських судів, які поки що до так званого «еволюційного» тлумачення Конституції та законів вдаються нечасто, про що йшлося раніше.

Одним з вирішальних засобів розв'язання проблеми законодавчої невизначеності є значний ступінь передбачуваності права³, завдяки чому невизначеність окремих законів чи інших нормативно-правових актів може бути подолана належною визначеністю правової системи в цілому.

Така визначеність досягається завдяки пронизуванню її визнаними цивілізованим світом цінностями, уособленням яких в демократичному суспільстві є конституція. Вона не тільки є «хранилищем», джерелом цих цінностей, а й виконує функцію об'єднання громадян держави навколо них. Саме цінності забезпечують наскрізну єдність правової системи, дозволяють «мінімізувати» суб'єктивний вплив відповідних органів і посадових осіб на процес застосування недостатньо визначених нормативних положень.

¹ Европейский Суд по правам человека. Избранные решения. – Т. 1. – М., 2000. – С. 202.

² Практика Європейського Суду з прав людини. Рішення у справі. Коментарі. – 2003. – №1. – С. 142.

³ Таманага Б. Верховенство права. Історія. Політика. Теорія. – К., 2007. – С. 102.

До вимог принципу визначеності також належать:

- послідовне і неупереджене застосування закону, тобто забезпечення узгодженості правозастосовної, передусім судової практики;
- повага до принципу *res judicata*, тобто остаточні судові рішення не повинні переглядатися, окрім чітко встановлених законом випадків, обумовлених винятковими обставинами;
- обов'язковість судових рішень та їх неухильна виконуваність.

21.2.8. Принцип захисту довіри

Здебільшого розглядається як один з важливих елементів більш загального принципу – правової певності або юридичної визначеності. Проте нерідко його виокремлюють у відносно автономний від юридичної визначеності принцип, що властиве передусім німецькій літературі з теорії права та конституційного (державного) права¹.

Хоч принцип захисту довіри справді значною мірою впливає з принципу правової певності (визначеності), є його продовженням, він акцентує увагу на специфічних аспектах правової певності, які мають особливе значення для забезпечення верховенства права. Це дає підстави розглядати цей принцип окремо від принципу юридичної визначеності.

Принцип захисту довіри передбачає, зокрема, забезпечення:

- впевненості громадян у тому, що їх правове становище залишатиметься стабільним і в майбутньому не погіршуватиметься;
- публічності діяльності держави, стабільності законодавства та прогнозованості його розвитку;
- адекватного дискреційним повноваженням відповідних державних органів захисту від свавільних рішень;
- поваги держави до так званих «легітимних очікувань» (*legitimate expectation*), тобто до її зобов'язань перед своїми громадянами та їхніх законних очікувань (наприклад, у сфері трудових відносин – повага до встановлених законом критеріїв оплати праці; у сфері кримінальної відповідальності – повага до права засудженого на звільнення від покарання чи дострокове звільнення від відбування покарання тощо);
- закріплення у законі недопустимості «змін до гіршого» (*reformation in pejus*), тобто погіршення правового становища особи, яка оскаржує рішення про притягнення її до юридичної відповідальності (напри-

¹ Собота К. Принципи правової держави: конституційно-правні та адміністративно-правні аспекти / Пер. з нім. Г. Рижкова, О. Блащук, К. Татарчук. – К.: ВАІТЕ, 2013. – С. 183–184.

клад, застосування вищою судовою інстанцією суворішої санкції до підсудного при оскарженні ним вироку суду нижчої інстанції, посилення адміністративного чи дисциплінарного стягнення при оскарженні рішень відповідних органів чи посадових осіб).

Одним з найважливіших складових принципу захисту довіри є незворотність дії закону у часі.

Принцип «закон зворотної сили не має» (*lex ad praeterian non valet*), був сформульований ще давньоримськими юристами на протидію сваволі законодавця, який надавав зворотної сили законам, що погіршували становище людей, піддавали їх несприятливим наслідкам за дії, які на час їх вчинення визнавалися законними. Мета цього принципу – поставити заслін ущемленню прав і свобод людини з боку влади. Така його спрямованість робить названий принцип важливою гарантією безпеки людини, її довіри до держави.

Принцип незворотності законів та інших нормативно-правових актів у часі закріплений у статті 58 Конституції України. Її положення неодноразово були предметом тлумачення і застосування як Конституційним Судом України, так і судами загальної юрисдикції. Використання вказаного принципу в рішеннях Конституційного Суду є досить суперечливим, відсутня усталена практика його застосування також в судах загальної юрисдикції. Причини такої суперечливості і непослідовності різні: серед них є, на жаль, і політичні.

Слід зазначити, що формулювання винятків із принципу незворотності дії законів та інших нормативно-правових актів у часі у статті 58 Основного Закону України за традицією (не тільки вітчизняною) пов'язується виключно з випадками «коли вони пом'якшують або скасовують відповідальність особи».

Буквальне тлумачення такого формулювання суддями КСУ дало йому підстави визнавати неконституційними положення законів, які, приміром, звільняли окремі категорії громадян від оподаткування, надаючи цим положенням зворотної дії¹, тобто поліпшували правове становище особи. Питання, наскільки відповідає таке тлумачення принципу незворотності закону у часі його справжньому змісту і соціальному призначенню, вимогам верховенства права, КСУ залишилося нез'ясованим.

¹ Див., наприклад: Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Президента України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України» (справа про податки) від 5 квітня 2001 року // Вісник Конституційного Суду України. – 2001. – № 2.

Тим часом, виходячи з соціального призначення вказаного принципу, конституції багатьох держав, у тому числі постсоціалістичних, застосовують більш гнучкі порівняно з Конституцією України текстуальні його формулювання, відповідно до яких зворотна дія законів та інших нормативно-правових актів має місце не лише у разі пом'якшення або скасування ними юридичної відповідальності особи, а й у випадках, коли ці акти спрямовані на поліпшення правового становища особи, сприяють здійсненню прав і свобод, звільняють від обов'язків, зокрема, від сплати податків або зменшують їх. Такої ж позиції дотримується зарубіжна практика конституційних судів та судів загальної юрисдикції. Федеральний конституційний суд Німеччини, наприклад, в своїх рішеннях неодноразово наголошував, що вимогам правової держави не відповідає зворотність тільки тих нормативно-правових актів, які погіршують становище особи, що найчастіше спостерігається якраз у сфері податків і зборів¹, тобто у публічному праві.

Таким шляхом мала б йти і вітчизняна судова практика, що, звісно, не виключає внесення відповідних змін до статті 58 Конституції України.

21.2.9. Принцип пропорційності

Як зазначалося в розділі 3, регламентує співвідношення між поставленою метою та засобами і способами її досягнення. В основу цього принципу покладена ідея, згідно з якою «загальний інтерес, яким керується держава, не може бути таким, що придушує свободу окремої особи»². Жодні спроби обмежити її дії, а тим паче, зовсім зневажати свободу особи, посиляючись на необхідність боротьби з економічною кризою чи іншими суспільними небезпеками в демократичній правовій державі, не можуть бути виправданими.

Принцип пропорційності сформульований в німецькій правовій системі. Він «виведений» Федеральним конституційним судом Німеччини з кодифікації пруського права XVIII століття, коли Кодекс публічного права уповноважував адміністрацію застосовувати *тільки необхідні*

¹ BverfG E- 18, 429 (4391); BverfG E- 13, 261 (271); Рижков Г. Принцип правової держави в Основному Законі та судова практика Федерального Конституційного суду. – С. 35–36.

² Xynopoulos G. Le controle de proportionnalite dans le contentieux de la constitutionnalite et de la legalite. – Paris. LGDJ, 1995. – P. 168; Звіт щодо верховенства права. Страсбург, 28 березня 2011 року.

засоби для забезпечення громадського порядку, спокою та безпеки¹. Він же визнав принцип пропорційності таким, що має конституційний статус (хоч і не закріплений в Основному Законі ФРН); впливає «з принципу правової держави» та «самої суті основоположних прав людини і громадянина»². Як прояв загального права громадянина на свободу від держави основоположні права можуть обмежуватися державними органами лише настільки, наскільки це є абсолютно необхідним для захисту публічного інтересу»³.

На початкових етапах становлення принцип пропорційності стосувався, як впливає з викладеного, насамперед меж можливих обмежень основоположних прав людини. Вони, як зазначалося в одному з рішень того ж Федерального конституційного суду Німеччини, мають бути «адекватними конкретній ситуації, яка потребує такого обмеження, тобто перебувати у прийнятному співвідношенні до ваги та значення основного права»⁴.

Саме таким чином, як підкреслювалося у розділі 3, реалізується ідея справедливості – базової цінності, на якій ґрунтується право.

Оскільки підстави для обмеження прав і свобод людини формулюються як у національних конституціях, так і в міжнародно-правових документах досить загально, у вигляді так званих оцінювальних понять, вирішальна роль у тлумаченні та конкретизації змісту принципу пропорційності стосовно конкретних правових ситуацій продовжує належати судам. В процесі тривалої практики міжнародними судовими органами, зокрема Європейським судом з прав людини, та національними судами, передусім конституційними, сформульовано ряд вимог принципу пропорційності, які в узагальненому вигляді зводяться до такого:

- будь-які обмеження основоположних прав і свобод можливі тільки на підставі закону у передбачених конституцією (чи міжнародно-правовими документами) цілях та лише у межах, що є необхідними для нормального функціонування демократичного суспільства;
- такі обмеження мають застосовуватися тільки у випадках, якщо не існує менш обтяжливих засобів і способів запобігання порушенням прав і свобод інших осіб та забезпечення публічних інтересів;

¹ Шевчук С. Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні. – К.: Реферат, 2007. – С. 316.

² BverfG6, 389 (439); 16, 194 [201 і наст.], 19, 342 [348 і наст.]

³ BverfGE 19, 342, 348 // Цит. по Собота К. Принцип правової держави. – С. 296.

⁴ BverfGE, 157, 173. – Stratqisches abhuren / Цит. по: Рижков Г. Принцип правової держави в Основному Законі та судова практика Федерального Конституційного суду. – С. 40.

- наслідки заходів, які обмежують реалізацію прав і свобод, не повинні бути надмірними та суворо обумовлюватися метою, що переслідується.

Зарубіжною судовою практикою, зокрема практикою Європейського суду з прав людини, сформульовані також певні критерії (хоч і не абсолютно визначені) таких оцінювальних категорій, пов'язаних з публічним інтересом, що мають суттєве значення для застосування принципу пропорційності, як «необхідність для демократичного суспільства», «невідкладна суспільна потреба», «переслідувана правомірна мета», «додержання справедливої рівноваги між «загальним інтересом» та «інтересом особи» тощо, які виходять далеко за межі юрисдикції Суду, здійснюючи істотний вплив на національну судову практику, у тому числі вітчизняну.

Хоч останнім часом згадки про принцип пропорційності в практиці українських судів трапляються дещо частіше, судові рішення із застосуванням його вимог є надзвичайною рідкістю. Більше того, в багатьох судових рішеннях, які стосуються, зокрема, обмеження прав громадян на проведення мирних зібрань, принцип пропорційності не використовувався зовсім. Як засвідчила судова практика часів Революції Гідності, суди ним відверто нехтували, задовольняючи близько 95% позовів, які подавали органи місцевої влади, про заборону мітингів і демонстрацій.

Продовжуючи свою основну функцію як засіб забезпечення справедливого балансу між вимогами захисту публічного інтересу та необхідністю забезпечення фундаментальних прав особи, принцип пропорційності в процесі свого розвитку значно розширив діапазон своєї дії.

Він нині не тільки використовується для визначення меж можливих обмежень прав і свобод людини правозастосовними органами держави, а й поширюється на всі напрями і види державної діяльності, включаючи законотворчу. Дією принципу пропорційності охоплюються як публічно-правові, так і приватноправові відносини.

Це означає, що під дію принципу пропорційності підпадають майже всі правові питання – від регламентації повноважень різних органів державної влади та їх збалансування, запобігання зловживанням дискреційними повноваженнями та встановлення меж свободи розсуду, до вирішення питань про співмірність конституційних прав і обов'язків, відповідність злочину і покарання, праці і винагороди за неї, прав і обов'язків кредитора і боржника, збалансованість прав сторін у судовому процесі тощо.

Це виключає суто позитивістський підхід до тлумачення і застосування Конституції та законів.

21.2.10. Незалежність суду і суддів

Будь-який правовий принцип не діє сам по собі. Він втілюється у повсякденну практику і захищається за допомогою багатьох суспільних і державних інститутів. Не є винятком у цьому відношенні також принцип верховенства права та його складові.

Центральне місце у механізмі його забезпечення в демократичному суспільстві належить суду. І це цілком логічно. Адже саме суд ставить «останню крапку» у пошуку і утвердженні права при вирішенні конкретних справ, саме він уособлює (чи принаймні має уособлювати) неупередженість і справедливість. Чим вищий у країні авторитет суду і правосуддя, чим більшу незалежність має суд у взаємовідносинах з законодавчою і виконавчою владою, тим вищий рівень «правовості» і демократичності самої держави, тим надійніше захищені від можливих посягань права і свободи людей.

Це давно усвідомили в цивілізованому світі, що у свою чергу зумовило істотне зростання ролі та розширення сфери компетенції судової влади у вирішенні складних і суперечливих питань, які раніше вирішувалися іншими гілками влади. Цього, на жаль, не можна сказати про Україну, хоч і тут дедалі більше не тільки професійних юристів, а й фахівців інших сфер діяльності – економістів, бізнесменів, політологів і найдальновидніших політиків – розуміють, що від реформування та істотного підвищення якості правосуддя залежить майбутнє Української держави.

Організація і діяльність суду ґрунтується на досить різних за своїм змістом і обсягом принципах, найважливіші з яких, як правило, закріплюються у конституціях.

Відправним, визначальним серед них в сучасній державі є принцип незалежності суду і суддів. Він найбільш точно відображає ідею самостійності судової влади в системі розподілу влади, про що йшлося у попередніх розділах підручника.

Незалежність судової влади має декілька аспектів: інституційний (його інколи іменують організаційним або інституційно-організаційним), функціональний та особистісний (незалежність самих суддів).

Інституційна незалежність судової влади полягає насамперед у тому, що вона довіряється суддям – носіям цієї влади, які здійснюють її незалежно від законодавчої і виконавчої гілок влади.

Ніхто, будь-то глава держави, прем'єр-міністр, депутат парламенту, член уряду чи будь-яка інша посадова особа, не може втручатися у діяльність суду і суддів при виконанні ними своїх судових функцій.

Законодавець не може ухвалювати закони, які анулюють рішення суду або ж іншим способом втручаються у здійснення судової функції. Органам виконавчої влади заборонено будь-який адміністративний вплив на суд, що обмежує його незалежність.

Істотною гарантією незалежності суду і суддів є наявність демократичної процедури формування суддівського корпусу, яка унеможливорює вплив на цей процес, а тим паче тиск інших гілок влади, соціальних чи політичних інститутів, що, на жаль, нерідко траплялося в Україні.

За європейськими стандартами кваліфікаційні вимоги до кандидатів на посаду судді – до освіти, професійного юридичного стажу, віку, моральних якостей – дуже високі. Відбір кандидатів до того ж здебільшого проводиться на конкурсній основі після складання відповідних іспитів та доволі тривалого стажування. Ще вищі вимоги висуваються до суддів, що претендують на зайняття посад у вищих судових інстанціях.

Інституційна незалежність суддів гарантується також рядом інших, як правило, зафіксованих у конституціях засобів та інститутів:

- незмінюваністю суддів, тобто безстроковістю призначення особи на посаду судді. За загальним правилом суддя обіймає свою посаду до досягнення певного (пенсійного) віку, а в деяких країнах – навіть довічно;
- чіткою визначеністю підстав усунення судді з посади, які переважно також фіксуються у конституціях. Такими підставами, як правило, є: набрання сили обвинувальним вироком суду щодо нього або вчинення суддею діянь (зокрема й аморальних), несумісних зі статусом судді;
- обов'язком держави забезпечувати належне фінансування судів на основі щорічного затвердженого законом державного бюджету, яке дозволило б судам ефективно виконувати свої функції тощо.

Функціональна незалежність суду і суддів визначається в першу чергу їх безсторонністю, тобто правом і обов'язком суду та суддів ухвалювати рішення самостійно, неупереджено, тільки на основі конституції і закону, керуючись принципом верховенства права.

Для запобігання можливому партійному, політичному, корпоративному чи іншому впливу (тиску) на суддів, їм, як правило, заборонені:

- членство в політичних партіях та інших об'єднаннях, що переслідують політичні цілі (мають політичну мету);
- участь у будь-якій іншій політичній діяльності (наприклад, у політичних мітингах і демонстраціях, в агітаційних заходах під час виборчих кампаній тощо);

- бути депутатом парламенту чи мати інший представницький мандат;
- обіймати будь-які посади та виконувати будь-яку оплачувану роботу, крім наукової, викладацької та творчої.

Вагомою гарантією об'єктивного, неупередженого і справедливого здійснення суддею правосуддя є також закріплений, як правило, на конституційному рівні принцип суддівського імунітету, який має на меті захистити суддю від можливого зовнішнього незаконного впливу на нього під час здійснення ним своєї професійної діяльності.

Говорячи про безсторонність, неупередженість і справедливість судових рішень як найважливішу складову функціональної незалежності суду і суддів, варто відзначити ще один істотний момент, який часто не зовсім вірно тлумачиться у вітчизняній теорії і практиці правосуддя – незалежність судді при прийнятті ним рішень від неправомірних впливів на нього з боку органів чи представників самої судової влади. На відміну від виконавчої влади, яка побудована за ієрархічним принципом підпорядкованості органів нижчого рівня органам вищого рівня, всередині судової влади такої ієрархії не існує. Суди вищої інстанції не можуть впливати на діяльність судів нижчої інстанції в інший спосіб, ніж шляхом скасування їхніх рішень. Жодні «керівні роз'яснення» вищих судів, як вирішувати справи судам нижчих інстанцій, характерні для радянського періоду, суперечать самій природі правосуддя і є неприпустимими. Забезпечення єдності судової практики найвищими судовими органами (яким, як правило, є верховний суд) має здійснюватися виключно в процесуальній формі в межах визначених конституцією і процесуальним законом повноважень.

Особистісна незалежність судді визначається не лише конституцією і законом, а й особистістю самого судді – рівнем його компетентності, моральними якостями тощо. Цей аспект суддівської незалежності дістає прояв у тому, що:

- суддя має здійснювати правосуддя незалежно від власних політичних поглядів і переконань, які жодними законами заборонити (на відміну від заборони належності до політичних партій) неможливо;
- підкорення судді тільки закону, ухваленому відповідно до демократичної процедури, не означає формального дотримання його букви, ігнорування загальних принципів права та інших правових цінностей, відображених у конституції, міжнародно-правових документах та міжнародній судовій практиці, тобто передбачає наявність у судді широкого юридичного світогляду;

- суддя зобов'язаний як аргументувати рішення, які ним ухвалюються, положеннями закону, загальними принципами права та іншими правовими цінностями, покладеними в його основу, так і звіряти їх з відповідною усталеною судовою практикою;

- надмірна «нестандартність» судді при ухваленні власних рішень може призводити до порушення одного з важливих принципів судочинства згідно з яким в однакових справах мають ухвалюватися однакові рішення, що є необхідною умовою єдності судової практики і ефективності судочинства;

- будь-яка участь судді в позасудовій професійній юридичній діяльності, зокрема у різних експертних установах та інститутах, має оцінюватися суддею з позицій її несуперечності незалежному виконанню основної судової функції – здійсненню об'єктивного, неупередженого і справедливого правосуддя.

Вказане свідчить про те, що **незалежність суду і суддів** визначається не тільки досконалістю законодавчої бази, що відповідає сучасним загальносвітовим та європейським цінностям і стандартам, на яких базується судоустрій і судочинство, а й ступенем розвинутості громадянського суспільства, рівнем правової культури представників законодавчої і виконавчої влади, самого суддівського корпусу, які, як свідчить вітчизняна практика, залишаються ще досить далекими від демократичних правових держав Європи. Це не може не відбиватися негативно на утвердженні в Україні верховенства права та її євроінтеграції.

Розділ 22

ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА, ПРАВОВА І СОЦІАЛЬНА ДЕРЖАВА: СПІВВІДНОШЕННЯ

Теми «правова держава» і «соціальна держава», як і чимало інших тем цього підручника, не є новими для вітчизняного загальнотеоретичного правознавства. Їм присвячено безліч наукових праць, вони, як правило, є предметом розгляду також більшості підручників з загальної теорії держави і права. Проте висвітлюються ці теми переважно, а то й виключно, з позицій теорії держави – виникнення відповідних державницьких ідей, формування концепцій, характеристики їх найсуттєвіших ознак тощо. Логічним у зв'язку з цим виглядає їх розташування в структурі підручників здебільшого у тих їх частинах, які присвячені саме теорії держави. Питання співвідношення правової і, особливо, соціальної держави з сучасними тенденціями розвитку права та інших правових явищ, зокрема з принципом верховенства права та його складовими, фактично залишаються поза увагою авторів підручників з теорії держави і права.

Тим часом для України ці питання набувають підвищеної актуальності, оскільки українська Конституція, на відміну від конституцій інших європейських країн, оперує всіма трьома названими поняттями – «соціальна держава», «правова держава», «верховенство права». З останніх двох понять у конституціях країн континентальної Європи традиційно більше схильні до вживання поняття «правова держава», а в англосаксонських країнах – поняття «верховенство права», що має певні історичні коріння. Що ж стосується поняття «соціальна держава», то ставлення до нього фахівців, зокрема правознавців, завжди було суперечливим, тим паче воно неоднозначне сьогодні. Тож розглянемо ці питання детальніше.

22.1. Верховенство права і правова держава

На відміну від концепції верховенства права, місцем виникнення якої, як зазначалося, була Велика Британія, становлення теорії правової держави як цілісної політико-правової доктрини безпосередньо пов'язане з Німеччиною, хоч розробка окремих фрагментарних положень теорії, як і концепції верховенства права, сягає ще часів античності – Стародавньої Греції і Стародавнього Риму. Розуміння «правової держави» (нім. *Rechtsstaat*) як особливого стану державного устрою, спрямованого на обмеження держави, сформувалося в німецькій літературі в кінці XVIII – першій половині XIX століття зусиллями таких видатних філософів і правознавців як К.Т. Велькер, І. Кант, Р. фон Моль, Ф.Ю. Шталь, Р. фон Гнейст та ін.¹

Як у західній, так і у вітчизняній літературі думки щодо співвідношення понять верховенства права і правової держави розходяться. Одні автори вважають *Rechtsstaat* – правову державу сучасним німецьким варіантом *Rule of Law* – верховенства права²; інші намагаються провести відмінності між ними³, розглядаючи ці поняття як прояви «двох правових традицій – романо-германської та англосаксонської, які не є ні тотожністю, ні частинами одна одної»⁴.

З'ясування відносин між названими поняттями можливе лише на основі звернення до історії виникнення відповідних концепцій, їх соціальної спрямованості, еволюції та розкриття сучасного змісту.

Як вже зазначалося, концепція верховенства права виникла як реакція на сваволю, деспотію і тиранію з боку монархічних режимів і виступала як протипава зловживанням владою, у тому числі за допомогою закону.

Історичний досвід переконливо довів, що писаний закон далеко не завжди ставав гарантією від державного свавілля. Тому мета верховенства права – це не просто формальне забезпечення порядку, перед-

¹ Введення в науковий обіг самого терміна *Rechtsstaat* та перші спроби розкриття його змісту здебільшого пов'язуються з ім'ям німецького правознавця і політичного діяча Р. фон Моля, хоч за іншою версією, «пальма першості» у використанні терміна *Rechtsstaat* належить німецькому правознавцю К.Т. Велькеру.

² Таманага Б. Верховенство права. Історія. Політика. Теорія. – К., 2007. – С. 125.

³ Див.: Звіт щодо верховенства права. Страсбург. 28 березня 2011 року.

⁴ Кампо В.М. Деякі проблеми реалізації принципу верховенства права в практиці конституційної юстиції. Бюлетень VII Зборів Світового конгресу українських юристів. – К., 2010. – С. 25.

баченого законами та іншими нормативними актами, встановленими державою, а утвердження такого правопорядку, який обмежує абсолютизм державної, передусім виконавчої, влади, ставить її під контроль суспільства, створюючи для цього відповідні правові механізми. Інакше кажучи, навіть бездоганний з точки зору юридичної техніки закон не завжди є панацеєю верховенства права. Звідси впливає перший і загалом нині майже беззаперечний висновок: самостійного значення, відмінного від принципу верховенства закону, принцип верховенства права набуває тоді, коли право розглядається як явище, яке не міститься виключно в законах та інших нормативних актах, тобто коли має місце теоретичне і практичне розрізнення права і закону.

Слід однак зазначити, що на відміну від англо-американської традиції верховенства права, яка фактично ніколи не ототожнювала право і закон, що знаходило своє відображення як у правовій теорії, так і в багатьох судових рішеннях¹, в континентальній Європі, зокрема в Німеччині, принцип правової держави пройшов складніший шлях.

Доктрина німецької *Rechtsstaat*, як і англійська концепція *Rule of Law*, зароджувалась в загальному руслі становлення і розвитку нового юридичного світогляду, критики феодального свавілля, утвердження ідей гуманізму, принципів свободи і рівності всіх людей, невідчужуваних прав людини, пошуків різних правових засобів і форм, спрямованих проти узурпації публічної політичної влади. Сама назва доктрини *Rechtsstaat* свідчить про те, що вона, на відміну від концепції *Rule of Law*, зосереджує свою увагу на природі не стільки права, скільки держави, хоч акцент при цьому зміщується з інститутів державної влади на її гуманістичну, людську сутність, яка можлива лише в умовах свободи громадян. В той час як верховенство права «виростає» із звичаєвого, твореного суддями протягом тривалого часу, права, «правова держава походить з писаних конституцій»². Звідси захист від владного свавілля покладался не тільки і навіть не стільки на суди, як це має місце у Великій Британії та інших країнах сім'ї загального права, скільки на законодавця з його правовими за своїм змістом законами.

Проте попри ці відмінності, теоретичне обґрунтування правової держави, як і верховенства права, тісно пов'язане з представниками і послідовниками ідеології лібералізму, природно-правових вчень, зокрема з ім'ям німецького філософа І. Канта, який заклав філософську основу сучасної

¹ Hayek F.A. *The Constituion of Liberty*. — Chicago: The University of Chicago Press. 1960. — P. 487.

² Звіт щодо верховенства права. Страсбург. 28 березня 2011 року.

концепції правової держави. Хоч варто зазначити, що в своїх творах І. Кант користувався не поняттям *Rechtsstaat*, а поняттям *Rechtsgesellschaft* – правове суспільство, або поняттям *Rechtsstaats organisierung* – правовий державний устрій. Кантівський категоричний імператив розуму у сфері права, що виступає у вигляді вимоги всезагального правового закону, якому має підпорядковуватися держава, став визначальним для тлумачення правової держави кінця XVIII – початку XIX століття.

Проте період природно-правового, чи близького до нього, підходу до розуміння концепції правової держави виявився порівняно нетривалим. Вже в другій половині XIX століття ця концепція набуває в Німеччині позитивістського спрямування, а наприкінці того ж століття формально-юридичні аспекти в підходах до її тлумачення стають панівними.

Концепція правової держави, згідно з якою норми закону мають відповідати певним природно-правовим критеріям, була витіснена винятково номінальним її поняттям, за яким право зводилося до закону, а верховенство права¹ до формального законного управління² або правління за допомогою закону, яке, як засвідчив досвід тієї ж Німеччини, не забезпечує достатніх обмежень влади, що є необхідною умовою верховенства права. В результаті концепція правової держави та ідеал верховенства права в Німеччині були позбавлені свого реального змісту. Це дозволило навіть нацистам іменувати свою державу «істинно правовою», «націонал-соціалістичною правовою державою» тощо. Що собою становила ця «істинно правова держава», можна судити з поширеного при фашизмі афоризму, що належав одному з його ідеологів. «Не право в державі, а держава вправі», – проголошував він. До чого призвела ця «всеpravна» держава добре відомо: за законним її фасадом приховувались кричущі беззаконня і сваволя.

Лише після Другої світової війни під впливом боротьби проти позитивізму, який, за висловом видатного німецького філософа права Г. Радбруха, «позбавляв сил і здатності протистояти зловживанням нацистського законодавства»³, та піднесення «відродженого природного права», поняттю правової держави в Німеччині повертається його справжній зміст:

¹ В офіційних перекладах міжнародних документів німецькою мовою, в яких трапляється термін *Rule of Law*, вживається його німецький аналог *Rechtsstaatlichkeit* – «правоводержавність», хоч в науковій літературі інколи (особливо при порівнянні відповідних концепцій) використовується також термін *Rule of Law*.

² Birkenmaier W. «Rechtsstaat» – The rule of law in the Federal Republic of Germany. The rule of Law. – Konrad-Adenauer-Stiftung. – 1997. – P. 56–57.

³ Радбрух Г. Философия права / Пер. с нем. – М., 2004. – С. 232, 235.

він не обмежується формальним дотриманням законності, а передбачає ряд вимог, які у своїй сукупності створюють умови для забезпечення принципу *Rechtsstaatlichkeit* – правової державності у Німеччині.

Оновлене його тлумачення знайшло відображення в Основному Законі ФРН 1949 року. Зокрема, із його статті 1 прямо випливає, що державна влада має підпорядковуватись певним загальноцивілізаційним цінностям, вищими з яких є недоторканна людська гідність, непорушні і невідчужувані права людини, які, як підкреслював екс-президент ФРН і екс-голова Федерального конституційного суду Німеччини Роман Герцог, на відміну від попередніх німецьких конституцій, спрямовані не лише проти зловживань адміністрації і судів, а й проти волюнтаризму парламенту, виступають як протиположність законодавчій владі¹. А у статті 20 Основного Закону чітко зафіксована позиція про нетотожність закону і права, якими відповідно до частини 3 цієї статті зв'язані виконавча влада і правосуддя.

Вказані положення Основного Закону ФРН отримали свій розвиток у рішеннях Федерального конституційного суду Німеччини, у яких наголошувалося на тому, що хоча в цілому закон і право співіснують, проте вони не завжди співпадають, відтак право не є тотожним сукупності писаних законів. За певних обставин воно може існувати поза позитивними нормами, прийнятими державою².

Ренесанс концепції правової держави в її первісному природно-правовому розумінні, який відбувся у ФРН після Другої світової війни, не означає, що дискусії щодо розуміння правової держави в німецькій літературі припинилися. Чимало німецьких авторів і сьогодні вважають, що поняття «принцип правової державності» як *юридичної норми* залишається сумнівним, а окремі з них ще порівняно недавно пропонували взагалі «викреслити його із юридичної лексики»³.

Не наважився давати якесь однозначно-універсальне визначення принципу правової державності також Федеральний конституційний суд Німеччини (на відміну від Конституційного Суду України щодо принципу верховенства права, про що йшлося раніше). Він акцентував увагу на тому, що принцип правової державності потребує конкретизації

¹ Herzog R. On the Essential Significance of the Rule of Law. – The Rule of Law – Konrad – Adenauer – Stiftung – 1997. – S. 22.

² Dorsen N., Rosenfeld M., Safo A., Baer S. Comparative Constitutionalism. – WESTGROUP. 2003. – P. 22.

³ Собота К. Принцип правної держави: конституційно-правні та адміністративно-правні аспекти / Пер. з нім. Г. Рижкова, О. Блащук, К. Татарчук. – К.: ВАІТЕ, 2013. – С. 18.

залежно від умов конкретного випадку¹, тобто сформулював позицію, аналогічну згадуваній позиції Європейського суду з прав людини щодо принципу верховенства права. І як свідчить практика діяльності самого ФКС Німеччини, таку конкретизацію принципу правової державності він здійснює досить успішно. Причому для з'ясування змісту принципу правової державності ФКС використовує практично ті ж самі підходи, що і в концепції верховенства права, розкриваючи його (цей зміст) через ряд пов'язаних між собою гетерогенних складових – підпринципів, деякі з яких ним же сформульовані (як наприклад, принцип пропорційності).

До складових принципу правової державності сучасні німецькі правознавці відносять: вищість конституції; наявність конституційної юстиції; забезпечення свободи та рівності у правах, розподіл влади, законність; зв'язаність державної влади правом; пріоритет закону в системі нормативних актів; обмеження дискреційних повноважень; принцип юридичної визначеності; заборону зворотної дії закону; публічність дій держави; наявність доброчесної адміністративної процедури; загальний обов'язок щодо забезпечення судового захисту права; судовий захист від актів та дій публічної влади, що порушують права людини; відповідальність держави за збитки, що виникли внаслідок дій органів державної влади; принцип пропорційності, заборону бути суддею у власній справі; незалежність, безсторонність (неупередженість) і об'єктивність правосуддя тощо².

Не важко помітити, що одні з названих складових принципу правової державності навіть словесно співпадають зі складовими верховенства права, інші – хоч відрізняються в своїх словесних виразах, є досить близькими до вимог верховенства права за своїм змістом. Звідси можна дійти висновку про зближення концепцій верховенства права і правової держави, більше того – про спільність сутнісних основ англійського *Rule of law* і німецького *Rechtsstaat* в сучасних умовах.

На думку переважної більшості зарубіжних правознавців, відмінності між ними є швидше термінологічними, ніж змістовними, що дає підстави стверджувати про те, що в сучасному світі вони стали майже прототипами один одного, «узагальненими назвами споріднених концепцій»³, що відкидає можливість пошуку суттєвої різниці між ними⁴.

¹ Собота К. Принцип правної держави: конституційно-правні та адміністративно-правні аспекти / Пер. з нім. Г. Рижкова, О. Блащук, К. Татарчук. – К.: ВАІТЕ, 2013. – С. 38.

² Там само. – С. 10, 41.

³ The Rule of Law. Konrad – Adenauer-Stiftung. – 1997. – P. 68–70.

⁴ Там само.

22.2. Верховенство права і соціальна держава

Становлення концепції соціальної держави, як і правової, пов'язане передусім з Німеччиною. Вважається, що термін *Sozialstaat* – «соціальна держава» вперше увів у науковий обіг німецький вчений-соціолог Л. фон Штайн ще в середині XIX століття. Німецькому державознавцю Х. Хеллеру належить також перше формулювання поняття «соціальна держава» (1929 рік). Сама ж концепція соціальної держави остаточно оформилася ближче до середини XX століття, знову-таки зусиллями переважно німецьких філософів, соціологів і державознавців. Німеччина стала першою державою, в Основному Законі якої, прийнятому у 1949 році, було зафіксоване положення про соціальну державу. Нині соціальною, або такою, що прагне стати соціальною державою проголошують себе в своїх конституціях ряд європейських (та й не тільки європейських) держав, у тому числі Україна (стаття 1 Конституції України).

На відміну від концепцій верховенства права і правової держави, які, як зазначалося раніше, зароджувалися і формувалися як невід'ємні складові ліберальної доктрини з її ідеалами свободи, юридичної рівності людей, демократії, обмеження влади держави над людиною, забезпечення автономії особистості від довільного втручання держави та її органів у певні, найбільш важливі для людини сфери її життєдіяльності, концепція соціальної держави формувалася під визначальним впливом соціал-демократичних ідеалів – соціальної справедливості, соціальної солідарності, соціальних зобов'язань тощо. Звідси – основна мета соціальної держави (незалежно від моделей і назв – «соціальна держава», «держава соціальної безпеки», «держава соціального добробуту» тощо) вбачалася у проведенні такої соціальної політики, яка орієнтована на зміцнення соціальної справедливості у суспільстві, забезпечення не тільки юридичної, а й матеріальної рівності його членів або ж, у всякому разі, зведення до мінімуму майнового розшарування населення. До визначальних ознак соціальної держави зазвичай належить також:

- гарантування економічних, соціальних і культурних прав людини;
- надання державної соціальної допомоги, хоч би на рівні прожиткового мінімуму, людям, неспроможним з незалежних від них причин заробити собі на життя працюю – дітям, людям похилого віку, хворим, інвалідам тощо;

- наявність розвинутого соціального законодавства і неухильне його виконання та деякі інші.

Все це, на думку творців концепції, здатне забезпечити суспільство від соціальних конфліктів і потрясінь, сприяти стабілізації соціальної і економічної системи та їх прогресивному розвитку – необхідної умови утвердження у суспільстві соціальної злагоди.

Здавалося б, ідеали вельми привабливі і благородні; вони цілком узгоджуються з людиноцентристською спрямованістю сучасних права і держави. Проте вже на початку соціалізації держав виникли питання: чи можливо поєднати принцип верховенства права з орієнтирами і принципами соціальної держави; чи не завадять вони реалізації однієї з визначальних засад концепцій верховенства права і правової держави – ідеалу людської свободи?

Не знаходячи шляхів вирішення цих питань, чимало західних правознавців, включно з основоположником концепції верховенства права А. Дайсі, заговорили про послаблення позицій верховенства права на Заході, а подекуди й про його повний занепад. «Формальна рівність перед законом, – писав, наприклад, один з послідовників А. Дайсі, англійський правознавець Ф. Гайєк, – суперечить, а насправді є несумісною з будь-якою діяльністю влади, спрямованою на забезпечення матеріальної чи реальної рівності різних людей, ...будь-яка політика, спрямована безпосередньо на реальне досягнення ідеалу справедливості в розподілі, має вести до руйнування верховенства права»¹.

Ці слова сказані ще в першій половині ХХ століття. Проте повної гармонії між принципом верховенства права і принципом правової державності (а вони є майже ідентичними, про що йшлося раніше), з одного боку, і принципами соціальної держави – з іншого, не досягнуто до цього часу попри активізацію пошуків зняття суперечностей між ними.

Дискусія з цього приводу триває. Причому, якщо ще у 60–80 роках ХХ століття прихильники концепції верховенства права з тривогою констатували, що «держава загального добробуту перемагає», у зв'язку з чим «ключові складові верховенства права руйнуються»², то в кінці ХХ – на початку ХХІ століття пролунали протилежні думки: неможливо вирішити соціальні проблеми (буквально «нагодувати людей») за

¹ Hayek F. A. The Road to Serfdom. Chicago. – 1944. – Р. 87. Цит. за: Таманага Б. Верховенство права. Історія. Політика. Теорія. – К., 2007. – С. 79–81.

² Таманага Б. Вказана праця. – С. 84–85.

рахунок свободи¹, неминучим наслідком забезпечення якої є істотне розшарування людей, їх матеріальна нерівність. Звідси заклики до скорочення суспільних видатків, повернення до традиційних ліберальних цінностей, які означають захист фундаментальних прав «природного походження» – життя, свободи, власності, а нерідко й висновки про банкрутство моделей соціальної держави².

Не можна сказати, що подібні погляди позбавлені раціонального зерна. Справді, важко не помічати, що надмірний оптимізм щодо майбутнього соціальної держави, характерний для часів формування її концепції та активного національного визнання, виправдався далеко не повністю. Незважаючи на значні зусилля і кошти, які вкладалися в соціальну сферу розвиненими країнами, особливо у другій половині XX століття, багато найважливіших соціальних проблем залишилося не вирішеними. Понад те, суттєве подорожчання послуг та допомог, які мають надаватися соціальною державою, разом із усвідомленням не-безмежного зростання ресурсів для їх забезпечення, похитнули саму віру в можливість вирішення цих проблем. Це тим більше стало очевидним в умовах економічної кризи, яка охопила більшість країн світу, у тому числі Україну.

Однак чи дає це підстави для тверджень про крах самої ідеї соціальної держави та більшості її складових? Чи можливо, наприклад, у справді непростих кризових умовах, в яких опинилася економіка багатьох європейських та інших країн, відмовитися від визнання соціально-економічних прав людини під приводом браку коштів для їх забезпечення, що інколи пропонується борцями з «соціалістичними винаходами», у тому числі в Україні? Як це узгоджуватиметься з тенденцією до універсалізації прав людини, визнання всіх їх видів невід’ємними, взаємообумовленими і рівнозначними, про що йшлося у другому розділі підручника?

Відповіді на ці питання, очевидно, мають бути негативними. Проте це не означає, що концепція соціальної держави та її моделі (варіанти) не потребують суттєвих змін, які б враховували ті виклики, з якими зіткнувся сучасний цивілізований світ (а саме з ним насамперед пов’язана подальша доля соціалізації держав), та наближали її до реалій XXI століття.

¹ Kriel M. Human Right and the Separation of Powers. The Rule of Law. Konrad-Adenauer-Stiftung. – 1997. – S. 104–105.

² Філософія прав людини / За ред. Ш. Госепата, Г. Ломанна. – К.: Ніка-Центр, 2012. – С. 4.

Ще 1975 року під егідою Тристоронньої комісії, до якої входили представники академічної і політичної еліт США, Західної Європи і Японії, було опубліковано фундаментальний аналітичний огляд «Криза демократії», основною тезою якого було незадоволення еліт цих трьох центрів макроекономічною і макросоціальною моделлю західного суспільства – значним перерозподілом соціального багатства з приватного до суспільного сектора, а також зі сфери виробництва до сфери споживання, провина за які покладалася на державу «загального добробуту та соціальної відповідальності» (*Welfare State*). За висновками Комісії, активне втручання держави у сферу ринкової економіки за допомогою регуляторних механізмів призвело до сковування її різного роду бюрократичними правилами, а необґрунтовано завищене інвестування у соціальну сферу – до інфляції.

Для виправлення таких «перекосів і ексцесів демократії» у США була сформована «неоамериканська» модель ринкових відносин, що ґрунтується на максимально вільній від втручання держави свободі капіталу, економічній свободі та автономії індивіда, соціальній мобільності і динамізмі. У цій моделі практично немає місця принципам соціальної держави.

Інший шлях обрали країни континентальної Європи, насамперед Німеччина і Франція. Їхні представники сформулювали так звану «рейнську» модель держави, яка базується на визнанні її поміркованої патерналістської ролі, розумного державного регулювання, порівняно високому оподаткуванні бізнесу, особливо крупного, тощо¹, з одночасним захистом людини від надмірного державного втручання у сферу її життєдіяльності. Тобто країни континентальної Європи пішли шляхом пошуку компромісу між принципами соціальної і правової держави, кінцевим результатом якого має стати утвердження «справедливого соціального порядку, що випливає з потреб сучасного індустріального суспільства»². Чи не найбільшого успіху на шляху гармонізації принципів соціальної держави з принципами правової державності і верховенства права досягла Федеративна Республіка Німеччини. Її досвід може бути корисним також для України.

¹ Газета «День». 7–8 жовтня 2011 року.

² Paskal E. Welfare Rights in State Constitution // Rutgers law Journal. – 2008. – Vol 39. – P. 879. Цит. за: Головатий С. Україна – «соціальна» держава: що це? // Право України. – 2014. – № 8. – С. 201.

Серед засобів і способів такої гармонізації слід виокремити такі.

По-перше, найефективнішим і найперспективнішим способом поєднання надбань концепцій верховенства права, правової і соціальної держави та досягнення гармонізації відносин між ними є послідовне і неухильне дотримання вимог людської гідності. Вона є основою всіх інших прав і свобод людини, що прямо впливає з Преамбули Міжнародного пакту про економічні, соціальні і культурні права 1966 року. Людська гідність знаходиться на вершині ціннісного порядку, встановленого конституціями та законами будь-якої сучасної держави, заснованої на верховенстві права. Це в черговий раз переконливо підтверджено Хартією основних прав Європейського Союзу, яка починається саме з визнання недоторканності людської гідності (стаття 1).

Без забезпечення необхідного (достатнього) рівня матеріального добробуту для себе і членів своєї сім'ї, якого б вистачало на харчування, одяг, житло, здобуття належної освіти, медичне обслуговування тощо, людська гідність виявиться декларативною, а принципи верховенства права і правової державності здатні перетворитися на непрацюючу доктринальну абстракцію.

По-друге, за всієї важливості набагато чіткішого законодавчого врегулювання позитивних зобов'язань держави у забезпеченні соціально-економічних прав – персоніфікації таких зобов'язань стосовно компетенції певних державних органів та їх посадових осіб, передбачення відповідних заходів юридичної відповідальності за їх невиконання тощо – ці права можуть стати реально дієвими лише за умови поширення на них, як і на права першого покоління, інституту судового захисту та неухильного виконання судових рішень. Без цього будь-яке соціально-економічне право залишатиметься декларацією або ж у кращому разі виявом державного патерналізму і залежатиме від можновладців.

Для забезпечення їх можливістю судового захисту соціально-економічні права, як зазначалося у розділі 2, мають набувати предметної визначеності, тобто бути конкретизованими у відповідних законах до такого рівня, який дозволяв би особі (індивіду) у разі порушення права звертатися до суду. Такий досвід в Європі існує. Наприклад, у ФРН діє Соціальний кодекс, а спори соціального характеру розглядаються спеціалізованими соціальними судами.

По-третє, проблеми соціальної держави, зокрема з гарантування соціально-економічних прав, не слід зводити до соціального захисту – соціального забезпечення, допомог, виплат, компенсацій тощо. Це хоч і важлива, проте лише частина вирішення проблеми. Одне з

визначальних місць у забезпеченні названих прав має бути відведене розширенню економічних свобод людини, що цілком узгоджується з вимогами верховенства права. Адже саме право на самореалізацію в економічній сфері – один із основних шляхів підвищення матеріального добробуту населення. На жаль, Україна поки що за рівнем економічних свобод знаходиться далеко позаду інших, навіть пострадянських держав. Для позитивних зрушень у цій сфері необхідна кардинальна зміна акцентів у соціальній політиці. Як зазначають економісти, основними її складовими повинні стати розвиток трудового потенціалу, інтелектуалізація процесів праці, забезпечення гідних умов і гідної оплати праці, розвиток соціальної сфери та створення гідних умов життєдіяльності для тих, хто вже чи ще не може себе захистити¹. Саме при поєднанні названих засобів і способів можна очікувати успіхів у вирішенні проблеми гармонізації відносин між принципами верховенства права і правової державності та складовими соціальної держави в умовах сучасного постіндустріального суспільства.

Свідченням руху міжнародного співтовариства у цьому напрямі є стратегічна доповідь Генерального секретаря ООН 2012 року «Забезпечення правосуддя: Програма дій для зміцнення верховенства права на національному та міжнародному рівні» (*Delivering Justice: A Programme of Action to Strengthen the Rule of Law at the National and International Levels*). У доповіді верховенство права в черговий раз тісно пов'язується з правами людини і демократією, але в той же час акцентується увага на тому, що воно є невід'ємним компонентом економічного розвитку і зниження бідності, що у свою чергу є запорукою миру та безпеки. Таким чином, можна дійти висновку не про протиставлення, а про взаємопроникнення надбань концепцій верховенства права і соціальної держави, що цілком відповідає сучасним тенденціям гуманізації суспільного життя, людиноцентристського спрямування, «олюднення» права і держави.

¹ Колот А. Міфи соціальної політики, або з чого слід починати формування нової моделі // Дзеркало тижня. – 23 січня 2010 року.

Загальна теорія права

Підручник

За загальною редакцією М.І. Козюбри

Редагування і комп'ютерна верстка – О.В. Старцев

Підписано до друку 10.12.2015. Формат 60 x 90 1/16.
Гарнітура Calibri. Папір офсетний. Друк офсетний.
Обл.-вид. арк. 21,44. Тираж 1 000 прим. Зам. № 545.

Видавництво ТОВ «Компанія ВАІТЕ»
01042, м. Київ, вул. Саперне поле, 26, к. 27
Свідоцтво про внесення до Державного реєстру суб'єктів видавничої справи
серія ДК № 2570 від 27.07.2006 р.

