# **ТЕОРІЯ ПРАВА**

**Скільська М.І.**

#### Підручник з теорії держави і права. Частина ІІ: Право

Тернопіль - 2023

У підручнику обґрунтовується необхідність переосмислення предметного поля загальнотеоретичного правознавства, звільнення його від надмірної політизації та ідеологізації. Тут зосереджена увага на розкритті особливостей права як самостійної соціокультурної цінності, вирішальне 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 і викладачів вищих навчальних юридичних закладів України.

**Передмова**

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,

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 напрямами діяльності стала розробка стандарту юридичної освіти та поліпшення навчально-методичного забезпечення 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 сформувати 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.

### ЗМІСТ

**ВСТУП**

###### ПОНЯТТЯ ПРАВА

Розділ 1. **ОСНОВНІ ПІДХОДИ ДО ПРАВОРОЗУМІННЯ**

* 1. Чинники, що впливають на плюралізм

праворозуміння

* 1. Чи є «праворозуміння» виключно

науковою категорією?

* 1. Типологія праворозуміння та її критерії
  2. Синтез основних типів праворозуміння

чи їх надбань

* 1. Плюралізм типів праворозуміння

та світова юридична практика

* 1. Ще раз про проблему визначення права

Розділ 2. **ПРАВО І ЛЮДИНА. ПРАВА ЛЮДИНИ**

* 1. Людина як творець, орієнтир і адресат права
  2. Права людини як першоджерело права,

їх поняття та класифікація

* 1. Еволюція прав людини. Покоління прав людини
  2. Права людини і права громадянина
  3. Обмеження прав людини
  4. Міжнародні і європейські стандарти прав людини та їх вплив на правовий статус особистості

і поступальний розвиток права

Розділ 3. **ПРИНЦИПИ ПРАВА**

* 1. Природа принципів права
  2. Поняття принципів права та їх класифікація
  3. Основоположні і загальні принципи права
  4. Галузеві та міжгалузеві принципи права
  5. Фіксація та застосування принципів права

Розділ 4. **СОЦІАЛЬНЕ РЕГУЛЮВАННЯ І ПРАВО**

* 1. Поняття соціального регулювання

та його система

* 1. Право і мораль
  2. Право і звичай
  3. Право і релігія
  4. Право і корпоративні норми
  5. Право і політика

Розділ 5. **ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ**

* 1. Поняття правового регулювання.

Правове регулювання і правовий вплив

* 1. Предмет правового регулювання
  2. Методи, способи і типи правового регулювання
  3. Стадії правового регулювання

Розділ 6. **ПРАВО І ДЕРЖАВА**

* 1. Держава як правовий інститут
  2. Cпецифічні ознаки держави та їх зв'язок з правом
  3. Взаємодія держави і права та її аспекти. Сфери і способи впливу держави на право
     1. Держава і правове регулювання
     2. Державна правотворчість та формальна

визначеність і загальнообов’язковість права

* + 1. Держава і реалізація права
  1. Способи впливу права на державу. Право і закон
     1. Легітимність державної влади
     2. Правове конституювання і організація

державної влади

* + 1. Особливості взаємодії права і держави

за різних форм правління та устрою

* + 1. Межі державного втручання у приватне життя

людей (громадян) та суспільне життя і право

* + 1. Право і забезпечення контролю за діяльністю

державної влади

* + 1. Право як засіб комунікації держави із своїми громадянами

та іншими суб’єктами права

* + 1. Право і державний примус
    2. Протиріччя між правом і державою

###### ІНСТИТУЦІЙНА ХАРАКТЕРИСТИКА ПРАВА

Розділ 7. **НОРМИ ПРАВА**

* 1. Поняття норми права та її ознаки
  2. Структура норми права
  3. Види норм права
  4. Норми права і принципи права

Розділ 8. **СИСТЕМА ПРАВА**

* 1. Поняття та основні риси системи права
  2. Публічне і приватне право
  3. Матеріальне та процесуальне право
  4. Структура системи права

Розділ 9. **ДЖЕРЕЛА ПРАВА**

* 1. Поняття джерел права
  2. Класифікація джерел права та її критерії
  3. Нормативно-правовий акт: загальна характеристика
  4. Правовий звичай
  5. Нормативний договір
  6. Судовий прецедент
  7. Судова практика та її значення

у нормативному регулюванні

Загальні принципи права

* 1. Правова доктрина
  2. Джерела права і канонічне право
  3. Інші джерела права в сучасному світі

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

* 1. Вертикальна (ієрархічна) та горизонтальна (галузева) структури системи нормативно-правових актів
  2. Конституція в системі нормативно-правових актів,

її поняття та особливості

* 1. Поняття та ознаки закону. Види законів
  2. Підзаконний нормативно-правовий акт
  3. Дія нормативно-правових актів у часі,

просторі та за колом осіб

Розділ 11. ПРАВОТВОРЕННЯ І ПРАВОТВОРЧІСТЬ (НОРМОТВОРЧІСТЬ)

* 1. Правотворення та його відмінності

від правотворчості

* 1. Функції та принципи правотворчості
  2. Суб’єкти правотворчості
  3. Види правотворчості
  4. Основні стадії правотворчості
  5. Суд і правотворення

Розділ 12. **ЮРИДИЧНА МОВА.**

ЮРИДИЧНА ТЕХНІКА НОРМОТВОРЧОСТІ

* 1. Особливості юридичної мови.

Важливість мови юриста для професійної діяльності

* 1. Вимоги, які ставляться до якості юридичної мови
  2. Поняття юридичної фрази та її структурні елементи
  3. Поняття юридичної техніки.

Юридична техніка нормотворчості

* 1. Складові юридичної техніки:

юридична термінологія, юридичні конструкції

* 1. Юридичні конструкції

**ФУНКЦІОНАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА ПРАВА**

Розділ 13. **ПРАВОВІДНОСИНИ**

* 1. Поняття та основні ознаки правовідносин.

Склад (структура) правовідносин

* 1. Суб’єкти правовідносин.

Поняття правосуб’єктності

* 1. Зміст правовідносин
  2. Об’єкти правових відносин
  3. Юридичні факти та їх класифікація

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

* 1. Поняття реалізації норм права та її форми
  2. Застосування норм права та його особливості.

Ознаки правозастосовної діяльності

* 1. Стадії застосування норм права
  2. Основні вимоги до правозастосування
  3. Акти застосування норм права, їх види
  4. Прогалини в нормативних актах та способи їх подолання.

Аналогія права і аналогія закону

* 1. Юридичні колізії та способи їх подолання

Розділ 15. **ЮРИДИЧНЕ ТЛУМАЧЕННЯ**

* 1. Поняття юридичного тлумачення
  2. Чинники, що зумовлюють необхідність

юридичного правозастосовного тлумачення

* 1. Функції тлумачення
  2. Види юридичного тлумачення
  3. Тлумачення як наука і мистецтво
  4. Статичний і динамічний підходи до тлумачення

правових норм

* 1. Тлумачення і правотворчість

Розділ 16. **ТЕОРІЯ ЮРИДИЧНОЇ АРГУМЕНТАЦІЇ**

* 1. Становлення та еволюція вчення про юридичну аргументацію: від стародавніх філософських шкіл

до складової загальної теорії права

* 1. Моделі (типи) юридичної аргументації
  2. Особливості судової аргументації
  3. Правила юридичного дискурсу

Розділ 17. **ЮРИДИЧНО ЗНАЧУЩА ПОВЕДІНКА. ПРАВОПОРУШЕННЯ**

* 1. Юридично значуща поведінка

(правомірна і протиправна): поняття, ознаки, види

* 1. Поняття правопорушення:

теоретичні підходи до його розуміння

* 1. Ознаки правопорушення. Склад правопорушення
  2. Види правопорушень та їх причини
  3. Юридично значуща поведінка

і зловживання правом

Розділ 18. **ЮРИДИЧНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ**

* 1. Соціальна відповідальність та її види
  2. Поняття юридичної відповідальності та її ознаки
  3. Підстави юридичної відповідальності
  4. Принципи юридичної відповідальності
  5. Незнання закону та юридична відповідальність
  6. Види юридичної відповідальності

**СУЧАСНІ ПРАВОВІ СИСТЕМИ ТА ЇХ ОБʹЄДНАННЯ. ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА**

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

* 1. Поняття правової системи
  2. Критерії класифікації правових систем
  3. Характеристика видів правових сімей
  4. Тенденції розвитку правових систем сучасності
  5. Місце правової системи України серед

правових систем сучасності: стан та перспективи

Розділ 20. НАЦІОНАЛЬНІ І МІЖНАРОДНІ ПРАВОВІ СИСТЕМИ ТА ЇХ СПІВВІДНОШЕННЯ

* 1. Міжнародні і національні правові системи:

спільні риси та особливості

* 1. Взаємодія міжнародних і національних

правових систем

* 1. Співвідношення міжнародних договорів

і національного законодавства України

* 1. Значення рішень Європейського суду

з прав людини для правової системи України

* 1. Вплив національного права

на міжнародне право

* 1. Правова система ЄС та її співвідношення з міжнародними і національними

правовими системами

Розділ 21. ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА

* 1. Поняття верховенства права
  2. Характеристика основних складових верховенства права
     1. [Повага до прав і свобод людини](#_TOC_250008)
     2. [Верховенство конституції](#_TOC_250007)
     3. [Принцип розподілу влади](#_TOC_250006)
     4. [Законність](#_TOC_250005)
     5. [Обмеження дискреційних повноважень](#_TOC_250004)
     6. Принцип рівності у правах (рівноправності)

та рівності всіх перед законом

* + 1. [Принцип юридичної визначеності](#_TOC_250003)
    2. [Принцип захисту довіри](#_TOC_250002)
    3. [Принцип пропорційності](#_TOC_250001)
    4. [Незалежність суду і суддів](#_TOC_250000)

Розділ 22. ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА,

ПРАВОВА І СОЦІАЛЬНА ДЕРЖАВА:

СПІВВІДНОШЕННЯ

* 1. Верховенство права і правова держава
  2. Верховенство права і соціальна держава

### 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, суспіль- ній 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 світогляд- но-методологічного плюралізму (від лат. *pluralis* – множинний) за всіх його позитивних рис, призвів до ускладнення процесу пізнання правових явищ, одним із наслідків якого нерідко є еклектичне поєднання різнорідних 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 по- коління 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 загально- теоретична 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 дисциплі ни, 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 освітянського 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 загально-теоретичне 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 розши- рить 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 Всесоюзної 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.

На відміну від центральноєвропейських 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 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 посилання 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. Мелкевика) 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.\*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 назва- них 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 пози- цій у студентів, які продовжують сприймати право як продукт діяльності держави, а не як самостійну історичну, соціальну і культурну цінність.

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.

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 рів- ня – 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) 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 якісних освіти, охорони здоров’я, достойні оплату праці і соціальне забезпечення, людську недоторканність і безпеку, надійний захист від посягань на них.

Відповідно до вказаних світоглядно-методологічних підходів побудована структура підручника.

###### 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 загальновизнаним 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 ХІХ століття.

Лише значно пізніше прийшло усвідомлення того, що право – це яви- ще, 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 універ- сальне, 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 юри- спруденції.

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 питан- ня про сутність і невід’ємні властивості права вирішуються різними представниками науки про право зовсім по-різному. Суперечка між

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 сумновідомої 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 *а priorі*»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. Не оминули міжнаукові інтеграційні процеси і правознавства, зокрема його центральної проблеми – праворозуміння.

Досить плідними для осмислення окремих аспектів права виявили- ся, зокрема, інструментальні підходи однієї з найунікальніших філософських течій ХХ 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 бага товіковою 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 ХХ 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.

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 право- розуміння 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. *paradiegma* – 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 загальнотеоретичного осмислення права є чимось виключно абстрактним і 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» виключнонауковою категорією?**

Незважаючи на підвищену увагу до проблеми праворозуміння у вітизняному (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 роз- кривається. Поодинокі спроби розкрити його є або ж однобічними, 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 явища.. 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 auqui*, 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 ви- вчення 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 тлумачить- ся 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 право- застосовних 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 ознаками. 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» – спів- відношення 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 ототожнення права і закону виокремлюють юридичний (від *jus* – право) і легістський (від *lex* – закон), або позитивістський і непозитивістський типи праворозуміння.

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 піднесень, 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 роз- виток доктрини природного права зробили такі її видатні представни- ки, 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 права 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 випливає 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 док-

триною 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 суспіль- ним 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 випливають 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;
* звернутись до проблеми критеріїв правового закону та запропонувати його основні ознаки;
* виокремити на цій основі категорію «правопорушуючого законодавства» та сформувати 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 ХІХ століття як противага доктрині природного права і пов’язана з іме- нами Дж. Остіна, К. Бергбома, Г. Харта та ін. Пік поширення концепції припадає на ХХ століття: на її засади фактично опиралися всі тоталітарні 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 філосо фії» (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 надбань 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 ХІХ століття. Найвідомішими її представниками були Л. Дюгі, Є. Ерліх, Р. Паунд, Г. Канторович, К. Ллевеллін 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 випливає її головний девіз – вивчати право по- трібно 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: 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. 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 від- мінності 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 німець- ких 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.

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 позитив- ного права, тобто волевиявленого державою, як це інколи трапляється в літературі. Намагання такого поєднання, як зазначалося, призводить до світоглядної еклектики.

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 щаблів 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.

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 Лон- донського 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, тоб- то 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 законо давства, 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 притаманне 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 різких відмінностей у ро- зумінні 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 роз- глядаються 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 пра- ва, 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. 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.

Винятком 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 назва- ти незаконними, хоча про них не можна сказати, що вони законні.

**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’єктив- ного 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 ви- конання. 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. 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.
2. 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.
3. 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 на- буття 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 су- спільних відносин, що захищається державою, тощо.

Кожне з наведених та інших можливих визначень, взятих окремо, є однобічним 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.

Юридико-позитивістське праворозуміння, яке, як випливає 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 суспіль- них 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, по- требами 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 роз- витку 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 яви- ще, яке передує існуванню людини і не залежить від неї. Не відводилося активної ролі людині також теологічним напрямом доктрини природного права (так званим «божественним природним правом»), за яким право походить від Бога, людина ж виступала пасивним ви- конавцем його волі. Лише згодом представники названої доктрини дійшли висновку, що право не можна розглядати як щось окреме від дійсності.

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 загальноприйнятного розуміння прав людини. І це не дивно.

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 ви- бору і здатністю самостійно визначати свою долю. Така концепція, як зазначалося у розділі І, 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 десяти- річ 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 домагатися осо- ба 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 домагатися 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 по- купця, 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 права- ми є саме права людини в тому їх розумінні, яке було сформульоване, як зазначалося, в епоху Просвітництва, тобто права, що випливають 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, випливають 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 на- лежать 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 поколінь;
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; 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 ви- ступають 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 ХІХ ─ початку ХХ 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 за- хисту ─ 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 «позитив- ними». 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 wolnosciowy)*, а позитив- ними ─ 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 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 про- цедур 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 за- значити, 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 ХХ століття ці права остаточно були визнані суб’єктивними, тобто такими, на які людина може посилатися 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 людьми, 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 ви- знаються нині всіма демократичними державами, зокрема через на- дання 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 громадянства (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 ─ істот- но 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 за- борони» 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 випливає з більш загального конституційного принципу верховенства права, якому буде присвячений окремий роз- діл 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.

* 1. **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 ХІХ 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 держав, 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 основані 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 загальновизнано, що вона є одним з найважливіших документів ХХ 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 між- народні 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 міжнародно-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, утворю- ють 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 за- хисту 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 ви- пливає не лише із самої назви (від лат. *сonvention* – 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 між- народно-правових документів – Заключний акт Наради з безпеки та співробітництва в Європі (НБСЄ) 1975 року, підсумковий документ Віденської зустрічі держав – учасниць НБСЄ 1989 року, Паризька хартія для нової Європи НБСЄ 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 кордо- нами 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 про- ти 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), створе- ний 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 під- ручника 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 випливає 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, при- свячених 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. *рrincipium* – 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, від- значимо 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, добропорядність 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-правового 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.

**3.2.Поняття принципів права та їх класифікація**

Як випливає з викладеного, під принципами права слід розуміти від- правні 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 інтелектуальноіннісні 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 відображуються 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.

1. 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 по- дальшого розвитку*.

Залежно від сфери дії принципів у межах системи права вони поділяються на ***загальні***, ***міжгалузеві***, ***галузеві***, а також на ***принципи під- галузей 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. 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, випливає образ богині справедливості Феміди із зав’язаними очима. Мінімальною умовою справедливості є заборона свавілля. У правовій сфері формальна справедливість втілюється в принципі *формальної рівності*.
  2. ***Змістовна 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.

Змістовна 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. ***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.

1. **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 основі 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 відмінно- го 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.

1. **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 під- стави 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.

1. **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 принци- пів, 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 передбачува ним 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 не- можливість 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 випливати 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 усуну- ти 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 пору- шення «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 порушу- вати 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;

1. *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 ви- моги, 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 під- галузі конституційного права є принципи загального, рівного й прямо- го виборчого права та таємного голосування. Інститут апеляції в кримінальному 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 суспільно- го 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 принципи, 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 їх- нього існування є процесом, за якого індукція з юридичних актів і правових інститутів має комбінуватися з обов'язковим урахуванням пере- ваг 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 законові, 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 при- пущення, 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 акту 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**

* 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 про- цесі 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 сучасно- го 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, релігій- ними, 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 – звичаям. 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 зва- ні 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.

* 1. **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. Чижов, 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 суспіль- ного розвитку, джерелами моралі стають релігійні заповіді, соціальна етика, соціологічні або біологічні спостереження1.

Таким чином, через внутрішні, особистісні оцінювальні судження, що є добре, зле 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..

Існували 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,

яке регулює виключно зовнішню сферу людських дій, і для нього бай- дуже, 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 вкради, 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 напряму не відображені у праві: повага до ближнього, доброзичливість, допомога іншому у скруті, по- чуття 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 статути, 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 по- винна 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) напряму 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 по- стійного 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, ви- бір 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 державно- го 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 випад- ку порушення існуючих моральних і правових норм. Виконуючи свої функції у сфері правотворчості, 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, евтаназія, 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 на-

ведених 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 під- став 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 мораль- них 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.

* 1. **Право і звичай**

Розглядаючи співвідношення права і звичаю, треба насамперед за- значити, 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 ХІХ століття звичай самостійною формою права не визнавав- ся. 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 влуч- но 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 незалежно 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.

* 1. **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 від- мінні 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 релігій- них дій, які мали сакральне значення. Ці правила сприймались як зрозумілі як для людей, так і для божества. До божества зверталися, не тільки надаючи почесті, 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, закони 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 противагою 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. Кано- нічне 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, 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. Корпоративні 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 *(Interna- tional 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, про- ведення 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 соціальний 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 по- садові особи держави, органи державної влади тощо – не лише керують- ся нормами права, яке сформулювала держава, та іншими соціальними нормами, про які вже йшлося, а й виробляють свої власні політичні нор- ми, 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 ви- никають, 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 згада- ти 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 громадяни- на, 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, як випливає з попереднього розділу, є одним з видів соціального регулювання. Воно виокремилося 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 су- спільних 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 ***роз- ділений 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 правозастосуван ня, договорах та ін.

1. *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.

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

1. *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 втручанню держави в особисте життя членів суспільства. Право до- сягає 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 ви- никають;
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 – доз- воляння 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 нор- мами 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 поса дових 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, убезпечує від свавілля, гарантує законність та сприяє соціальній свободі;
2. ***диспозитивний метод***. Він передбачає впорядкування поведінки суб’єктів правових відносин шляхом встановлення трьох типів юри- дичних 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 од- них 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 виконання 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 від- повідні життєві обставини (юридичні факти). Прикладами таких фактів можуть бути вчинення правочинів, прийняття акту 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 за- стосування 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 ста- дії 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 виник- нення 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 вини- кали, 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, про- гнозованого 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.

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 су- перечить 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, завойовника 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 закріплені 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 най- більшим 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 від- повідні 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. Cпецифічні 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 при- чини 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 загально- обов’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 суспіль- них відносин. Відповідно сукупність людей, які проживали на певній території, під час створення державних інституцій, набувала нових характеристик, 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 державою 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. Своє 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 суверені- тет». 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 викори стання цих атрибутів відображається в конституції чи інших норматив- но-правових актах держави.

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

###### 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 переваж- ної 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 нор- ми. Сам процес здійснення притаманних державі функцій нормативно забезпечувався тими самими регуляторами, які вже були соціально ви- знані. Природне ускладнення відносин у процесі розвитку суспільства неминуче вимагало модифікації правового регулювання. Логічно, од- ним 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 акту, 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.

###### Державна правотворчість та формальна визначеність і загальнообов’язковість права

Найбільш виразно можливість держави впливати на право відображається у процесі правотворчості, як частині глобального проц су 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 на- дає 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.

###### Держава і реалізація права

Участю 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 норматив- но-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 акту. 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’єкта- ми 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 компетенцію із профілактики, виявлення, розкриття правопорушень, притягнення правопорушників до відповідальності, забезпечення виконання покарань тощо.

**6.4.Способи впливу права на державу. Право і закон**

###### 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 відрізняти процес легалізації її діяльності, яка також здійснюється за участю права. Перш за все це стосується формулювання у правових

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.

###### 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 акту (акту 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 перетворяться 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 запорук легітимації державної влади передбачає правове забезпечення принципу розподілу влади. Це означає, 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, унеможливлює 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 повно- важення 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 роз- поділ зумовлений тими завданнями, які вона виконує на сучасному етапі свого розвитку, та необхідністю збереження цілісності. Але без- посередньо 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 проти- ваг досить складний та розгалужений, але від його дієвості залежить не лише збалансоване функціонування державного апарату, а й легітимація органів державної влади з боку суспільства, можливість комунікації особи та суспільства з державою, наявність можливостей запобігти незаконному втручанню держави у приватне життя окремої людини.

###### 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 – пар- тією 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 тери торіального 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 загально-федеративною 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.

###### 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 при- зводить 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 ви- робили 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 сукупністю індивідів, які мешкають на певній території, це досить склад- на соціальна система, що складається із менших підсистем або ж інститутів (сім’я, соціальна група, клас, народність, етнос тощо), які мають стійкі комунікативні зв’язки один з одним. Ця система виробляє соці- альні 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.

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 залишають- ся 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.

###### 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 здійснюють 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 повноваження- ми (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.

###### Право як засіб комунікації держави зі своїми громадянами та іншими суб’єктами права

Ще один аспект впливу права на державу зумовлений його комунікативною властивістю..

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.

###### 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 їх- нього 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 проявлятись 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, індиферентний 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 знай- ти своє реальне відображення у багатьох джерелах. Закон виступає тільки одним із таких джерел. І як можна переконатися 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.

###### Протиріччя між правом і державою

Як вже вказувалося, держава і право є явищами, які мають спільне джерело походження – потреби та інтереси людини, проте вони ні- коли 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 напряму залежатиме зміст сформульованої норми. У випад- ку 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 по- садових осіб або органів, у тому числі державних, які мають право- застосовні 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 абстрагувати- ся 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.

1. 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. Точ- но та вичерпано сформулювати у правовій нормі права та обов’язки державного службовця бажано, але вкрай важко, а інколи просто не- можливо. 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.

###### 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 І, у сучасному правознавстві практично відсутні концепції, які запере- чували 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 акту чи інших джерелах права (навіть з бездоганним 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 характери- стики 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 суспіль- них 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 додержання їхніх вимог*. Оскільки існує можливість порушення норм, то мають існувати й засоби (контроль, переконання, осуд, примус тощо)

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 держав- ного 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 норматив- но-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 на- дана 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 воло- діє 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.

1. *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, вихід- ний 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.

1. *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 варі- антів 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 ви- правлення; 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.

1. *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 нор- мами 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. На- приклад, до правил експлуатації транспорту відсилає адресата норма статті 287 Кримінального кодексу України, яка встановлює відповідальність за грубе порушення правил експлуатації транспорту, що убезпечують дорожній рух.

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

1. *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 невигідні на- слідки 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 додержання норми права. У літературі

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

1. *Залежно від характеру негативних наслідків*, що настають за по- рушення 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 акту 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 на- стають 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.

1. *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*** (до- гана, звільнення з роботи), ***кримінально-правові*** (позбавлення волі, виправні роботи, штраф, конфіскація).
2. *За ступенем визначеності* санкції можуть бути:

* ***абсолютно визначеними***, тобто такими, що вичерпно визначають вид і кількісну міру державного примусу (наприклад, штраф у по- двійному 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).

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

* ***прості***, що передбачають один невигідний наслідок (наприклад, штраф);
* ***складні***, що передбачають одночасне застосування декількох невигідних 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* → *то»*.

Так, ***регулятивні норми права*** вказують на певні життєві обставини (правомірні юридичні факти) і пов’язують з ними необхідність додержання 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 нор- ми (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 (встановлюють- ся 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 (перед- бачені негативні юридичні наслідки як *санкція норми права*).

Таким чином, зв’язок між регулятивною та охоронною нормами можна описати за допомогою *алгоритму*: «якщох → то1» (регулятивна норма), «якщо за наявності х не то1 → 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 відносини 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 по- лягає 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 *прогалин 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.

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

***Регулятивні норми права*** здійснюють правове регулювання су- спільних 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 суспіль- них 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 перед- бачено покарання (санкцію) за його вчинення; отже, вона забороняє вчинення грабежу і охороняє правомірні майнові відносини, що ви- пливають з права власності.

1. *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).

1. *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 відхилятися 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 врегулювання. 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 випливає з їхнього змісту або із суті відносин між сторонами.

1. *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 роз- суду (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*.

1. *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 Цивільно- го 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.

1. *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 де- яких 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 встановлюють- ся ***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.

1. *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.

1. *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 груд- ня відповідного календарного року).

* 1. **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?» (пропорцій- но, 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 вирі- шити 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 зовнішньо- го 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 на- ступних 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 ви- значення 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, диференціаці- єю 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. Багаторівневість 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 право- свідомості, 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 уможливлюють 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. При- ватноправові 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 приватно- го 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 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 осо- бливостями 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*** – *матері- ального* 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 конституційних, 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 певно- го права та обов’язку, необхідність обмеження сваволі при реалізації владних повноважень, забезпечення справедливості при притягненні до юридичної відповідальності, вирішенні спорів суб’єктів права з при- воду 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 (по- вноважень 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, під- галузі 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 (на- приклад, 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).

1. ***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 своє- му складі підгалузей права (наприклад, кримінальне процесуальне право).
2. ***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 реалізації 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 пер- вісними, 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.).

1. ***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 (прави- ла) для вирішення справи***.

У стародавні часи джерелами права були міфи та легенди, звичаї, традиції пращурів, священні тексти тощо. В процесі історичного роз- витку 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 таки- ми, 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 ви- знають 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 акту 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 акту 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 акту, як джерела права слід віднести:

* визначену процедуру прийняття, зокрема, органом, який має від- повідну 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 акту,

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 акту 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 плинних суспільних відносин. Якщо до нормативно-правового акту 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.

**.4. Правовий звичай**

На відміну від нормативно-правового акту, 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 ХVIII столітті англійський юрист В. Блекстон. Серед них слід назвати такі, як стародавність, безперервність, використання за згодою сторін, обов’язкова сила, визначеність, узгодженість, здоровий глузд.

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 апріорі 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 звичаї як одне з джерел права стали основою таких відомих правових пам’яток, як «Руська правда», «Литовські статути», «Права, за якими судиться малоросійський народ», торговельні (купецькі) звичаї становили основу поширеного свого часу в Україні магдебурзького 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 зви- чаю, 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 уточняються 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 застосування 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 наведе- ні приклади є дуже мізерною частиною нормативного регулювання порівняно з масивом норм, встановлених нормативно-правовими актами, а безпосереднє практичне їх застосування наштовхується 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. Ґрунтуючись 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 публічній характер, виконує роль акту правотворчості, в якому можуть бути закріплені не лише норми, а й принципи прав

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 центральної 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 одностайна 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 судове 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 ви- рішення 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 та- кого випадку.

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 судове рішення у конкретній справі, в якій сформульовано правило *(ratiodecidendi)*, 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 лип- ня 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 ви- знання 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 право- творець.

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 Конституцій- ного суду України, яким визнані неконституційними деякі норматив- но-правові акти або їх частини. Такі рішення будуть вважатися джерелом права до моменту внесення відповідних змін або прийняття нового нормативно-правового акту. 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 прогалин, 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 з*астосування в правотв*орчій діяльності.

Всі названі вище ознаки принципів права, як у сукуп***ностітак, і окр***емо, 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-пра*вників, які можуть бу*ти 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 пра***ва, висновки уніве***рситетських 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 використо- вувались 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 су- диться 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 при- писи та формуючи принципи мусульманського права відповідно до потреб правового регулювання та правозастосування у суспільстві, керованому ісламом. Творцями фікха стали авторитетні вчені-богослови, юристи, посилання на праці яких стали нормою при вирішенні судових справ.

Правова доктрин***а як джерело*** п*рава харак*терна 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

**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 канонічно- го права, лише постановами вселенських соборів або правом, яке міститься у *Corpus Juris Canonici* (середньовічна збірка церковного права), у сучасній науці цей термін ***розуміється наб***агато 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, церко***вні статути 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 релігій- них 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 формування 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 low)* первинно стали виокремлювати у ролі джерела в галузі міжнародного права, сьогодні його застосування можна простежити і у внутрішньодержавних галузях права. До нього традицій- но 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’ясуван*ня 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 ви- знаних норм, а й модифікують, корегують і пристосовують свою поведінку до латентних, але обов’язкових умов комунікації1. Інакше кажу- чи, 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. Особливо виразно корпоративні норми проявляються у так званому спортивному праві, про що вже згадувалось. Різноманітні правила проведення змагань із різних видів спорту, статути 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 відрізняли- ся 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 вирішення корпоративних суперечок. Рішення суду у такій справі є обов’язковим для сторін. Така обов’язковість забезпечується, зокрема, і державою. Це дає п***ідстави вважа***т*и 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 між- банківських фінансових телекомунікацій) – міжнародна міжбанківська система передачі інформації та здійснення платежів. Головний офіс її знаходиться у Брюсселі.