

ВИЗНАЧЕННЯ ПРАВА

§ 1. Право як явище і термін

Із попередніх розділів ми знаємо, що право є таким соціальним явищем, що виникає разом із суспільними формами життєдіяльності та спирається на певні цінності. Упорядковуючи відносини між людьми, воно надає їм стабільності та передбачуваності, уможлиблює у такий спосіб існування суспільства. Право супроводжує життєдіяльність людини та розвиток суспільства з урахуванням усіх його викликів, змін та перетворень.

У соціумі зі значним різноманіттям зв'язків та відносин право набуває якостей *універсального способу* упорядкування інтересів, подолання і попередження конфліктів на засадах загальних правил і процедур. Отже, правова проблематика у сучасному вимірі тісно пов'язана з питаннями «життєвого світу» та соціалізації індивідів, діяльністю інституцій публічного контролю, забезпеченням стійкого розвитку держави.

Виникнення права позначило новий етап еволюції у ставленні до навколишнього світу, перехід від архаїчного його сприйняття до *раціональних форм* пізнання та діяльності, що спричинило можливість спільної життєдіяльності та здатність людей до соціальної комунікації. Відмова від стихійного та непередбачуваного у взаєминах між людьми стає одним із важливих чинників їх впорядкування за допомогою загальних правил, які виступають зразками бажаної та допустимої поведінки та опосередковуються гарантіями їх дотримання.

Прототипом права були норми первісної громади – «право примирення» (Г. Дж. Берман, Е. Аннерс), які забезпечували її виживання перед внутрішніми та зовнішніми загрозами. Перехід від природного стану (*«війни всіх проти всіх»*) до упорядкування відносин на основі певних правил, необхідність подолання міжособистих та соціальних конфліктів стає основним чинником виникнення права, його функціонування та розвитку як у контексті спілкування всередині соціальної спільноти, так і у зовнішніх відносинах.

У подальшому життєдіяльність античних *полісів* (міст-держав) як більш складної соціальної організації актуалізувало нові аспекти управління, які яскраво висвітлені у працях класиків античної філософсько-політичної думки (Платон, Арістотель, Цицерон та ін.). Саме у ці часи зароджуються ідеї демократії, законності, справедливого суду, які дотепер не втратили своєї актуальності. Як самостійні феномени право, юридична практика, юридична професія сформувалися за часів давньоримської цивілізації, залишивши нам багату спадщину (*римське право*), що становить фундамент правової автономії особи – інститути власності, фізичної та юридичної особи, свободи договору, зобов'язань тощо.

На межі Середньовіччя відбувається становлення правових інститутів шляхом формалізації звичаїв, канонів, приписів та правил. Формуються системи канонічного, феодального, торгового, королівського права. Прикметним стає феномен *міського права*, який отримав назву від німецького міста Магдебурга. Множинність та суперечливість указаних юрисдикцій зумовлюють відмову від персоналізованої влади та визнання необхідності правління законів і права.

Наприкінці XI ст. право стає окремим напрямом освіти в Болонському університеті. Основи парламентаризму та конституціоналізму закладаються англійською *Великою хартією вольностей* 1215 р. Часи буржуазних революцій у Європі та Північній Америці (XVII–XIX ст.) сприяли насиченню праворозуміння *ліберальними ідеями* – свободи, рівності, справедливості, які лягли в основу юридичного світогляду та стали ідеологічним підґрунтям конституцій країн розвинутої демократії.

У XX ст. формується розгалужена система законодавства, яка поширює свій регулятивний вплив на нові види суспільних відносин – управлінські, соціальні, екологічні, медичні тощо. Унаслідок усвідомлення жахів Другої світової війни відбулося істотне зміщення правової тематики в бік пріоритету *гуманітарних цінностей*. Ухвалюється ціла низка міжнародних правових документів з прав людини (Загальна декларація прав людини 1948 р., ухвалена Генеральною асамблеєю ООН та ін.), які покликані утверджувати людську гідність як найвищу цінність, забезпечити людство від свавілля та зловживань тоталітарних і авторитарних режимів.

Нові виклики на межі третього тисячоліття, зумовлені передовсім *глобалізаційними процесами*, зумовлюють набуття правом якостей, які

пов'язані з пріоритетом його гуманітарних функцій, що передбачає адаптацію правової науки і практики до актуального контексту економічних, культурних та політичних проблем, потребує інноваційних підходів та обґрунтувань.

Праворозуміння у сучасному вимірі не може не спиратися на *етимологію основних термінів*, які лежать в основі правового виміру суспільства та моделі відповідної правової системи. Правова наука, яка покликана слугувати вирішенню реальних проблем, більше не повинна обмежуватися замкнутим колом юридичних понять і конструкцій, відсторонених від інтересів та «життєвого світу» людей, які зрештою і є кінцевими споживачами юридичних благ та послуг.

Передовсім ідеться про вихідний сенс основного для юриспруденції терміна «право», який в індоєвропейській мовній сім'ї означає таке: «справедливість» (лат. *justicia*), «прямий» (лат. *directus* – вирівнювати, направляти, визначати). Саме таке бачення стало засадничим для формування усієї сучасної правової термінології – *юриспруденція*, *юрист*, *юрисдикція*, *юстиція* тощо. Звідси й терміни, якими позначають право у мовах різних європейських країн: *diritto* (італ.), *droit* (франц.), *Recht* (нім.), *right* (англ.). Тісно спорідненим із розумінням справедливості, «правості», «правди» є й давньослов'янське «правъ».

У наш час термін «право» набув значного поширення у різноманітних сферах життєдіяльності людини та суспільства. Серед його основних конотацій вирізняються: 1) власний інтерес («моє право»); 2) свобода волевиявлення («можливість»); 3) гарантованість власної поведінки («безперешкодність вчинку»); 4) вимога до поведінки інших осіб («забезпеченість обов'язком»); 5) сукупність норм («правила поведінки»); 6) правильність («відповідність правилам»); 7) справедливість («співвідношення з моральними критеріями»); 8) антипод свавілля («правовий порядок») і т. ін.

■ § 2. Основні концепції праворозуміння

Правова наука активно послуговується поняттям *позитивного права* як такого, що створюється людьми та їх інститутами, існує як фактичне явище у формі закону та інших правових актів. Основною рисою цієї концепції є відмова від обов'язкового зв'язку між правом

і мораллю, що давало б змогу оцінювати та критикувати норми позитивного права. За класичною формулою Дж. Остіна, право – це *наказ суверена*, який спирається на загрозу санкцій у разі невідкорення. Відповідно до цього навіть норми права, сформульовані у дозвільній формі, вважалися такими, що містять наказ, оскільки інша їх сторона зобов'язувалася до виконання певних дій (Г. Шершеневич).

Показовою для цієї тематики стала назва найвідомішої праці видатного вченого-юриста ХХ ст. Г. Кельзена «*Чиста теорія права*» (1934), яка, розширивши горизонт позитивного бачення права, водночас наполягає на першочерговій необхідності його очищення від будь-яких ідеологій. Відповідно до такого бачення уся правова реальність розглядалася виключно через призму нормативних та індивідуальних правових актів, їх системи – основна норма (нім. Grundnorma), конституція, закони, підзаконні акти, правозастосовчі акти.

Відповідно активною дійовою особою у правовій сфері вважався законотворець, а ключовими її питаннями – законність та обов'язковість. Закон вважався таким, що не тільки закріплює певні можливості, а й фактично надає (дарує) людям права. У свою чергу, здатність правових норм до примусового виконання розглядалася незалежно від їх конкретного змісту, того, що саме ними дозволяється чи забороняється. Унаслідок цього державний примус оголошувався найважливішою ознакою права, а саме право – засобом його (примусу) своєрідної «матеріалізації» за посередництвом застосуванням зовнішнього впливу.

У підсумку в межах позитивістської концепції на правове регулювання покладалися завдання щодо вирішення усіх без винятки проблем, що спричиняло надмірне зростання кількості законів, проблеми ефективної дії яких вирішувалися за посередництвом численних змін та доповнень до них, які часто лише ускладнювали їх виконання та досягнення кінцевих результатів.

Правознавство у такий спосіб практично зводилося до «*законознавства*», інтерес якого зосереджувався навколо проблем законотворчості, системи законодавства, законності, юридичної техніки. Звичайно, увага до цих питань є необхідною, оскільки акцентує на важливих для будь-якої школи праворозуміння логічних аспектах правового регулювання, але вони аж ніяк не можуть вичерпати усю складну та багатогранну правознавчу тематику. За межами право-

знавства виявилася проблематика практичної реалізації законів та їх ефективності, яка розглядалась як вторинна, похідна від основних питань.

Поза увагою залишалися й питання, без відповіді на які ставився під сумнів власне *науковий статус знань про право*: які чинники зумовлюють зміст правил поведінки; що має та може регулювати право; від яких факторів залежить досягнення результату правового регулювання? Відсутність таких відповідей порушувала цілісність сприйняття права, його регулятивних можливостей, розуміння специфіки національних правових систем, процесу правонаступництва та напрямів розвитку права.

Натомість концепція *природного права* мала на меті укорінення права до основоположних засад буття (природи) людини: спочатку як вічних та незмінних, пізніше – із змінним змістом відповідно до стану розвитку суспільства та людства. Ідея природних прав має давню історію починаючи з античної доби. Яскравими представниками цієї теорії є Тома Аквінський, Г. Гроцій, Дж. Локк та ін. Природне право трактувалось як «вищий закон», головні риси якого походять від розуму (божественного розуму) в тісному зв'язку з принципами етики та справедливості.

Право з цієї точки зору постає як невід'ємна складова людського життя і тому розглядається більш значущим, ніж проста сукупність писаних норм. У такий спосіб природне право покладалось у *фундамент позитивного права*, що давало змогу оцінювати позитивні норми з точки зору належного (ідеального), основоположних моральних принципів. У природно-правовому контексті право розглядалось як таке, що покликано слугувати розвитку соціуму, створювати умови для гідного існування людини, впливати на формування суспільної моралі.

Рациональне природне право разом із християнським поглядом на особистість становить *основу концепції прав людини* (на життя, власність, вільний розвиток та ін.), які визнаються невід'ємними від особи, окреслюють межі її автономного існування, є непорушними та виступають основним критерієм обмеження державної влади. Під гаслами боротьби за природні права проходили буржуазні революції в Європі та Північній Америці, які зумовили формування правових систем сучасних демократичних держав.

Ідеї природного права знайшли своє відображення в міжнародно-правових документах з прав людини, конституціях країн розвинутої демократії та тих держав, які стали на шлях демократичних перетворень. Так, преамбула Конституції України 1996 р. передбачає, що ця Конституція приймається «*дбаючи про забезпечення прав і свобод людини та гідних умов її життя*». Відповідно другий розділ Конституції містить норми про права людини і громадянина, їх забезпечення та захист.

На хвилі критики природно-правової концепції виникає *історична школа права*, яка досліджує його як складову історичного розвитку народу, акцентує на особливих рисах та специфіці права тієї чи іншої країни (німецькі вчені Г. Гуго, Ф. К. фон Савіньї, Г. Ф. Пухта). Кожна політична спільнота з цієї точки зору продукує свої власні (органічні) норми, які виникають здебільшого стихійно подібно до звичаїв та норм звичаєвого права. Тому звичаєве право визнається істинним джерелом права, до якого пізніше додаються правосвідомість юристів та закони.

За такого бачення «місцезнаходженням» права вважається *народна правосвідомість*, яка формується під впливом безпосереднього сприйняття правових явищ. Відповідно до її особливих рис та національної мови відбувається й еволюційний поступ права; з утворенням держави народний дух та воля набуває форми закону. Історичний розвиток права розглядається як такий, що включає закономірні стадії «природного» та «вченого» права.

Особлива увага історичної школи до особливостей правових систем окремих країн, джерел та процесу їх виникнення та розвитку стала передумовою важливого висновку про те, що право, як і інші соціальні явища, має власну історію. Вона посприяла формуванню концепції національної правової системи та становленню правової компаративістики як сучасного напрямку розвитку як правової науки у цілому, так і будь-якої конкретної галузі юриспруденції.

Соціологічний підхід до права виник на тлі кризових явищ у розвитку «юриспруденції понять», яка спиралася виключно на формальні критерії і тому не могла за визначенням бути чутливою до реальних суспільних проблем. Його специфікою стала орієнтація на дослідження *правової поведінки*, пріоритетна увага до соціального контексту та завдання щодо підтримки правопорядку.

Якщо для традиційної юриспруденції джерелом права є держава, то для соціологічного підходу – це суспільство. Відповідно пошук права має розпочинатися з реальних соціальних інтересів та очікувань. Саме повторюваність певних соціальних дій має своїм наслідком їх інституціоналізацію як обов'язкові норми, які у такий спосіб набувають зовнішнього вияву в тих чи інших джерелах права, що підтримуються та охороняються державою. Зокрема, адаптація методології соціологічного підходу передбачала необхідність використання таких специфічних джерел права, як судовий прецедент, правовий звичай та договір.

Показовою для цього напрямку стала концепція «живого права» австрійського правознавця О. Ерліха, який у 1900–1918 рр. працював в Чернівецькому університеті, що на той час знаходився на території Австро-Угорської імперії. На його думку, завданням цього підходу є усвідомлення такого права, яке міститься не в законах чи наукових теоріях, а у самому суспільстві, що і є середовищем його формування та дії¹. «Живе право» стало основою для інших соціологічних трактовок права – «неформальне право», «неофіційне право», «вільне право», «корпоративне право» «інтуїтивне право» тощо. Так, правовий реалізм як інтерпретація соціологічного напрямку в американській юриспруденції шукає «реальні норми» у судовій та іншій правозастосовній діяльності, спираючись на соціальні та психологічні чинники, що зумовлюють практичну реалізацію норм права у конкретних життєвих ситуаціях.

Починаючи з середини ХХ ст. обґрунтовується необхідність поєднання здобутків усіх основних шкіл праворозуміння в межах *інтегративної юриспруденції*. Необхідність такого переосмислення зумовлювалася пошуком таких параметрів правового дизайну соціуму, які б відбивали усю складність сучасного суспільства та спиралися на реальні можливості його впорядкування. Інтегративне бачення права стало відповіддю на надмірну диференціацію правових знань, коли кожний напрям юридичних досліджень розглядався самодостатнім, що спричиняло не лише дискусії, а й подекуди критичну несумісність між основними напрямками правової думки – природного та позитивного

¹ Эрлих О. Основоположение социологии права / под ред. В. Г. Графского, Ю. И. Гревцова ; пер. с нем.: М. В. Антонов. СПб. : ООО «Унив. издат. консорциум», 2011. 704 с.

права, історичної та соціологічної школи. Згадане теоретичне розмежування сприяло й формуванню недовіри до правознавства як науки, знецінювало сприйняття права як ефективного соціального регулятора, підривало його здатність впорядковувати суспільні відносини.

Інтегративний підхід до праворозуміння означає, що жодна окрема концептуальна ідея не здатна повною мірою відобразити право як соціальне явище й тому не може претендувати на беззаперечну істину чи абсолютну об'єктивність. Водночас кожна правова теорія, відображаючи окремі значущі риси права, дає змогу синтезувати їх і представити у такий спосіб таке складне та багатогранне явище, яким є право. Окремо тут постає питання про узагальнюючий принцип для різних шкіл праворозуміння. Підкреслимо, що саме врахування усіх основних проявів права з позиції *пріоритету завдань щодо реального впорядкування* відносин дає змогу визначити дійсні критерії правомірності соціальної реальності та оцінити ефективність правового регулювання.

Даний акцент передбачає оцінку права одночасно і як справедливості (природне право), і як примусового впливу (позитивне право), і як способу подолання та попередження соціальних конфліктів (соціологічна школа права). На подібних засадах засновані сучасні концепції м'якого позитивізму (Г. Харт), примусової справедливості (О. Гьоффе) тощо. Зокрема, американський вчений Л. Фуллер у своїй праці «Мораль права» (1964) акцентував на принципах «внутрішньої моралі права», вбачаючи їх призначення саме в контексті забезпечення життєздатності соціального порядку.

У цьому контексті право розглядається як таке, що існує принаймні у формах *свідомості, текстів та дій*. Право у свідомості – це насамперед теорії та концепції, які виступають ідеологічними засадами правоутворення та правозастосування. Право у текстах об'єктивує його зміст, слугує його визначеності – однакового розумінню та застосуванню правових норм, забезпеченості їх виконання. Право у діях означає втілення права у практичне життя, що власне й виступає очікуваним результатом правового регулювання.

Підсумком широкого підходу до права є висновок французького правознавця Ж.-Л. Бержеля¹ про те, що право є одночасно продуктом

¹ Бержель Ж.-Л. Общая теория права / под общ. ред. В. И. Даниленко. М., 2000, С. 24.

подій соціального порядку та прояву волі людини, явищем матеріальним та сукупністю моральних і суспільних цінностей, ідеалом і реальністю, явищем історичним та нормативним, зумовленим внутрішньою мотивацією та підпорядкуванням, актів свободи та примусу. Отже, у будь-якій правовій діяльності не можуть бути не задіяними такі його складові, як визначення права, його джерела, принципи права, правовий порядок, географічне, часове й соціальне середовище, правові інститути, концепти, категорії та особлива мова права, співвідношення фактичного та юридичного, суддя та правосуддя, спеціальні юридичні типи судження.

■ § 3. Формування сучасного праворозуміння

Кожен історичний період характеризується своїми стереотипами сприйняття навколишнього світу, певною його науковою картиною, яка відбиває досягнутий рівень пізнавальних можливостей як людини, так і суспільства. У правовій царині сьогодні стає очевидним, що юридичні концепції, які склалися в часи формування централізованих держав та спиралися на відповідний світогляд, більше неспроможні відображати реалії ХХІ ст., яке набуває ознак постіндустріального, інформаційного та глобалізованого.

Для України першочерговими постають завдання щодо істотного оновлення юриспруденції як на науковому, так і на практичному рівнях в напрямі руху до правової державності, демократії і верховенства права під впливом *євроінтеграційних прагнень* та зумовлених цим необхідних змін і трансформацій.

Вагомим чинником орієнтації правового регулювання суспільних відносин на критерії ефективності є сьогодні *судочинство*, зміни в судовій практиці, спрямовані на утвердження та захист прав людини. Спираючись на положення Конституції України 1996 р., Верховний Суд у Постанові від 1 листопада 1996 р. «Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя» акцентував на тому, що судам підвідомчі усі спори про захист прав і свобод громадян, у зв'язку з чим суд не повинен відмовляти в прийнятті чи розгляді скарги з підстав, передбачених законом, який це право обмежує, що має за мету розширення можливостей судових органів щодо прямого застосування

норм Конституції України, оцінки чинного законодавства, враховуючи, що закріплені в Основному Законі права і свободи людини і громадянина не є вичерпними.

Дієвим засобом захисту прав людини має стати запровадження нового для нашої країни інституту конституційної скарги, яку може подавати особа, якщо вважає, що застосований в остаточному судовому рішенні в її справі закон України суперечить Конституції України. Про значущість цього конституційно-правового інституту свідчать такі статистичні дані – з часу набрання чинності новим Законом «Про Конституційний Суд України» у серпні 2017 р. станом на середину квітня 2020 р. до КСУ надійшло біля двох тисяч скарг, майже сімсот з яких розглянуті судом.

Важливості для формування «обличчя» національної правової системи набувають *рішення ЄСПЛ*. Зокрема, Закон України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» від 23 лютого 2006 р. урегулював відносини, що виникають у зв'язку з обов'язком держави виконати рішення ЄСПЛ у справах проти України, з необхідністю усунення причин порушення Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод і протоколів до неї, з упровадженням в українське судочинство та адміністративну практику європейських стандартів прав людини.

Усе це зумовлює пошук інших, більш змістовних та відповідних сучасному баченню сутності та соціального призначення права, категорій правової науки. Серед основних з них пропонуються: «правова система», «дія права», «правове життя», «правотворчість» та деякі ін. Головний аргумент на їх користь зводиться до нагальної потреби подолання абстрактності вітчизняної юриспруденції, її відстороненості від реальних проблем та конкретних соціальних відносин.

Звичайно, поняття *правової системи*, спираючись на потенціал системного підходу, значно розширює діапазон сприйняття права, яке відтепер розглядається в контексті суспільства як складного та багатогранного явища. Воно стає все більш усталеним для вітчизняної юриспруденції, стимулюючи рух до більш повного розуміння права, яке у такому вимірі вже не може обмежуватися лише сферою належного (ідеології). Проте специфікою системного підходу є певна схематизація дійсності, що не може гарантувати врахування впливу усіх чинників права, насамперед – специфічних умов різних ситуацій та конкретних

життєвих обставин. Крім того, основною проблемою правової системи, як і будь-якої іншої соціальної системи, залишаються відносини з навколишнім середовищем: чим ціліснішою та внутрішньо несуперечливою стає система, тим вона може бути більш самодостатньою та нечутливою до реальності.

Інколи задля розширення проблематики теорії права пропонується звернутися до поняття «*дія права*», яке мало б забезпечити рух у бік практичного здійснення правових норм. Проте в межах традиційної методології «*дія права*» залишається похідною від звичного сприйняття права, яке нібито може існувати само по собі незалежно від реальних можливостей практичної реалізації правових норм. Певним кроком у цьому напрямі є й спроба запровадити до предмета юриспруденції запозичених з арсеналу соціології та політології таких термінів, як «*правове поле*» та «*правовий простір*». Призначенням останніх саме є пріоритетна увага до функціонування певної мережі правових зв'язків та залежностей, яка наближає до більш повного відображення усіх складових правової інфраструктури, та дає змогу їх фрагментації у відповідних сегментах – загальному, регіональному, місцевому та індивідуальному.

Важливою є пропозиція щодо запровадження нового для правознавства поняття «*правове життя*»¹. Особливістю цього погляду є заклик до звернення уваги до реальних аспектів поведінки суб'єктів права, так би мовити, «енергії права». Заслугує на підтримку й намагання охопити цим поняттям як необхідне, так і випадкові фактори, як позитивні, так і негативні правові складові (наприклад, правопорушення). Дана категорія пропонується як така, що покликана забезпечити погляд на правову реальність без «рожевих окулярів» зі всіма її досягненнями та недоліками, сильними та слабкими сторонами. Водночас з погляду на усталені традиційні методологічні настанови «правове життя» знову ж таки зводиться до того, щоб певним чином оформляти особисте, державне та суспільне життя, що фактично зводить його до правових актів та своєрідної їх піраміди, повертає унаслідок цього правову тематику всупереч заявленим новаціям у русло звичної позитивно-правової проблематики.

¹ Див. більше: Малько А. В. Правовая жизнь и правовая политика. *Государство и право на рубеже веков. Проблемы теории и истории*. М. : ИГП РАН, 2001. С. 14–21.

Уваги заслуговує спроба врахування елементів творчої активності у праві, шляхом постановки в центр правової теорії поняття *правотворчості*, суб'єктом якої може бути лише людина. Проте даний фактор пропонується враховувати у звичному варіанті – лише в частині розробки законодавства, виключаючи можливість пов'язати активний підхід з реалізацією норм права та застосуванням права, які продовжують розглядатися лише через призму формальних критеріїв. Натомість питання творчої активності мають стосуватися також і правосуддя, яке у правовій державі не може бути простим засобом примусового виконання рішень інших гілок влади¹.

Прикметним для становлення більш адекватного сучасним реаліям поняття права є підхід П. Рабіновича, який задекларував рух до *європейського праворозуміння* саме на основі тлумачення практики ЄСПЛ, що передбачає необхідність поглибленого дослідження змісту права, констатації певних незвичних для вітчизняної науки його властивостей: можливості задовольняти певні інтереси, урахування біосоціальних характеристик індивідів та їх психологічного стану, здійсненності реалізації інтересів, унікальності соціальної ситуації та ситуативності в цілому, неможливості лише формалізованого підходу, потреби виходу за межі юридичного тексту, справедливої збалансованості². Проте намагання сполучити критерії праворозуміння, вироблені на основі аналізу практики ЄСПЛ, з арсеналом жорстких позитивістських понять приводить автора до неочікуваного контексту «загальносоціального права», яке не є державно-владним, юридичним правом.

Таким чином, слід наголосити на необхідності реалізації принципового для сучасного юридичного світогляду положення щодо *взаємодії юридичної форми та соціального змісту* в праві, оскільки, як відомо, зміст будь-якого явища не може існувати, не будучи оформленим, а форма аж ніяк не може бути беззмістовною. Зважаючи на дискусію про природу права, коли виокремлюються альтернативні позиції (право в речах або право в думках), С. Максимов наголошує – сутність

¹ Див. більше: Шевчук С. В. Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні : монографія. Київ : Реферат, 2007. 640 с.

² Рабінович П. М. Верховенство права з позицій європейсько-міжнародного та українсько-конституційного судочинства. *Бюлетень Міністерства юстиції України*. 2006. №3 (53). С. 12–14.

права не в тому, що воно відображає якийсь фрагмент субстанційної дійсності, натомість вона за своєю природою є таким способом організації певних аспектів існування людини, за відсутності якого розпадається сам соціальний світ¹.

Запропонований підхід орієнтує на збалансовану з життєвим світом та внутрішнім досвідом індивіда соціальність на відміну від висновків як «чистого суб'єктивізму», здатного до надмірного заглиблення у психологічний світ людини, так і «абстрактного об'єктивізму», схильного до спекулятивного примноження понять та сутностей. Тому й право має розглядатися як об'єктивне за формою існування, що має інституціональний вираз, та суб'єктивне – за акторами дії, адже у суспільних відносинах не може бути нічого, щоб не проходило через свідомість людини та не вимагало постійного відтворення за посередництвом її вольової поведінки.

Відтак, до правової сфери необхідно застосувати напрацювання сучасних методологій: *феноменологічного підходу*, який передбачає відсторонення від усього несуттєвого задля знаходження смислу права як певних самоочевидних структур; *герменевтики* щодо розуміння права як основи правової реальності, що включає його інтерпретацію; *синергетичного підходу*, що дає змогу враховувати поряд із причинно-наслідковими зв'язками й випадкові та вірогідні зв'язки; *антропологічного підходу* з його акцентуванням на «людському вимірі» правових явищ; *комунікативного підходу*, який розглядає право як спосіб взаємодії суб'єктів, що неможливо звести лише до норм чи правових відносин, чи правових актів.

Передовсім як однорідні явища повинні розглядатися *право та права людини*, які мають єдину соціально-юридичну природу. За влучним висловом М. Козюбри, «прав людини поза межами права не може існувати, так само, як і права за межами прав людини»². Завдяки такому баченню конкретні правові приписи набувають причетності до інтересів кожної людини, її інтересів та життєвого світу. У такий спосіб права людини виявляються антропологічним виміром правової системи, забезпечуючи необхідний зв'язок позитивних норм права з його

¹ Максимов С. И. Правовая реальность как предмет философско-правового исследования. Харьков : Право, 2000. С. 148–150.

² Козюбра М. Правовий закон: проблема критеріїв. *Вісник Академії правових наук України*. 2003. №2 (33) – 3(34). С. 92.

принципами. Відповідно право в демократичній правовій державі включає в себе два необхідних компоненти – *права людини* як фундамент, який задає ціннісні орієнтири правовій системі, і *норми права (правила поведінки)*, які регулюють ситуації, пов'язані з їх забезпеченням і захистом.

Ключовим напрямом оновлення праворозуміння сьогодні має стати розгляд юридичних проблем крізь призму *правової реальності*, яка виникає в умовах специфічного способу соціальної комунікації¹. Даний підхід дає змогу зробити висновок про *інтерсуб'єктивну* (суб'єкт-суб'єкту) природу права, що ґрунтується на взаємному визнанні кожного з них носіями суб'єктивних прав та юридичних обов'язків. У такий спосіб формується певний порядок соціальних відносин, який знаходить свій вираз у загальних правилах поведінки (правових нормах).

Відповідно правові норми регулюють ті відносини, які є *суспільно значущими*: спрямовані на вирішення реальних, а не вдаваних чи ілюзорних, проблем (критерій істинності); вписуються в чинну нормативну систему (критерій нормативності); забезпечують інтереси учасників соціального спілкування (критерій комунікації). Таким чином, інтерсуб'єктивна модель права спирається як на об'єктивність наукового обґрунтування, так і на суб'єктивність у контексті соціальної ефективності².

Вихідним принципом тут, за Ю. Габермасом, є комунікативна дія суб'єктів, яка заснована на прагненні до порозуміння та спрямована на досягнення консенсусу, продукує в такий спосіб соціальну реальність як життєвий світ людини, реальний спосіб її повсякденного існування. Людина живе серед інших людей, оскільки за своєю фізичною і духовною природою стає людиною лише в результаті взаємодії з іншими людьми в суспільстві. Відповідно способом існування індивідів, що мають суперечливі, але водночас однотипні (однакові) з іншими інтереси, які вони не можуть самостійно реалізувати, є *соціальне спілкування (співпраця та конфлікт)* у формі стосунків одне з одним

¹ Див. більше: Концепція соціальної комунікації обґрунтована німецьким філософом Ю. Габермасом (див.: Хабермас Ю. Моральное сознание и коммуникативное действие. Санкт-Петербург : Наука, 2001. 390 с. та ін.).

² Мелкевик Бьярн. Юрген Хабермас и коммуникативная теория права / пер. с франц. Е. Г. Самохиной ; науч. ред. А. В. Поляков. Санкт-Петербург : ООО Изд. Дом «Алеф-Пресс», 2018. С. 54 та ін.

та всіма іншими, яке й виступає по суті джерелом (першоджерелом) права¹.

Така комунікація зачіпає *публічний інтерес*, здійснюється в публічній площині, унаслідок чого підлягає гарантуванню з боку інститутів державної влади. На цій основі стає можливим визначити шлях до вирішення проблеми виокремлення у людських відносинах правової сфери, що зачіпає публічний інтерес та підлягає публічному контролю, і простору моралі як царину міжособистісних взаємин та відповідальності. Тому правова реальність постає специфічною комунікацією учасників суспільних відносин, опосередкованою правовими нормами, суб'єктивними правами та юридичними обов'язками, процедурами їх реалізації, діяльністю публічних інститутів щодо забезпечення виконання правових норм.

Аналіз права в категоріях комунікації, за оцінкою голландського юриста М. ван Хука, має такі переваги: виявляє право як засіб людської взаємодії, а не як самодостатній висновок; робить можливим широкий аналіз, оскільки комунікація може бути виявлена на різних рівнях і у різних формах; не веде до закритої системи, яка залишається незавершеною; закликає враховувати різні точки зору і захищає від однобічного аналізу та висновків².

Розгляд правової проблематики у цьому контексті дає змогу визначити акценти у співвідношенні державності та громадянського суспільства, які разом становлять цілісний соціум, але виконують у ньому різні функції. Відповідно правова державність передбачає, що саме право, яке розуміється в широкому соціальному сенсі, здатне поєднати громадські й державницькі засади суспільства. Важливою щодо цього постає й здатність права бути не лише провідником системних імперативів із боку держав, а й забезпечувати зворотний вплив на державу від інститутів громадянського суспільства і життєвого світу людей та їх інтересів.

Комунікація є не лише джерелом правової нормативності, а й тим середовищем, в якому *здійснюються правові норми* за посередництвом актів поведінки. Наразі особливої значущості набувають не лише нор-

¹ Петришин О. В. Конфлікт та співробітництво як соціальне середовище права. *Вісник Академії правових наук України*. Харків : Право, 2004. № 3 (38). С. 24–34.

² Ван Хук М. *Право как коммуникация* : пер. с англ. Санкт-Петербург : Изд. дом С.-Петербур. гос. ун-та, 2012. 287 с.

ми як певні зразки поведінки, а й *процес їх здійснення*, який не повинен відриватися від характеристик таких норм¹. Зокрема, ймовірність того, що в разі потреби право буде реалізовано за допомогою юридично впорядкованої процедури примусу, означає набуття правом нових якостей, унаслідок чого поряд із нормами, що безпосередньо регулюють поведінку людей, з'являються й інші норми, які зобов'язують державу вжити заходів для забезпечення дотримання цих «первинних» норм, які набувають статусу правових головним чином на засадах раціональності та логічної істинності².

Проте еквівалентність як принцип соціальної взаємодії для набуття якостей правової норми має бути опосередкованою певними ціннісними вимірами: обґрунтуванням доцільністю (*правова політика*), виправданням з позиції справедливості (*мораль права*), загальним виразом за посередництвом тексту (*логіка права*), офіційним визнанням та судовою гарантією за допомогою авторитету державної влади (*позитивація права*). Кожен з цих аспектів сутності та існування права може бути предметом окремого аналізу, складає важливий його напрям, що, водночас, не повинно призводити до руйнування цілісності (інтегративності) сприйняття права як соціального явища.

Зокрема, право не може не спиратися на *ментальні стереотипи*, які здатні породжувати неоднозначне розуміння правових текстів. Унаслідок цього право не може бути ідентичним навіть усій сукупності писаних законів та інших позитивних джерел права, які унаслідок цього завжди є відкритими для оцінювання та тлумачення. Відповідно й правова наука не може бути лише простим відображенням фактів дійсності, а має досліджувати її як з точки зору суцього, так і з позиції належного – того, якою ця дійсність є та водночас може і повинна бути.

Комунікативний підхід до права не повинен призводити до знецінення логічного способу дослідження правової реальності, що передбачає чіткі вимоги щодо ясності та послідовності юридичного мислення та мови. Саме *текст законів та інших законодавчих актів*, який є результатом об'єктивації та артикуляції правової взаємодії, надає праву визначеності та дає змогу людині як суб'єкту права спілкуватись

¹ Про широке розуміння процесу здійснення норм права: Юридический процесс / под общ. ред. проф. В. М. Горшенева, Харьков. 1985.

² Циппеліус Р. Юридична методологія / пер. Р. Корнута. Київ: Реферат, 2004. С. 18.

з іншими учасниками суспільних відносин. Тому без даних, отриманих у результаті використання формально-логічного методу, освоєння правової дійсності з позиції будь-якої школи праворозуміння чи методології не зможе бути результативним та практично значущими.

Застосування пізнавальних можливостей комунікативного підходу дає змогу розглядати право як необхідну складову соціальної реальності, дієвий засіб подолання конфліктів, уможливаючи у такий спосіб як існування, так і стійкий розвиток суспільства. Прослідковується й певний розвиток уявлень про сутність та соціальне призначення права: *від інструмента влади (наказ-виконання) до соціального регулятора (моделювання норм права), і далі – до універсального способу впорядкування суспільних відносин (соціальної комунікації)*. Останнє дає змогу праву виконувати широкий спектр функцій: балансування інтересів, моделювання соціальної поведінки, фіксування певних статусів, розв'язання конфліктів, поновлення порушених прав та компенсації, соціальної відплати (кари)¹. Урахування усіх цих аспектів сутності права та його соціального призначення власне й може стати підставою для «серйозного погляду» на право (за термінологією Р. Дворкіна) та формування правової науки, яка б відповідала сучасним критеріям істинності та достовірності.

Найважливішим показником адаптації широкого підходу до розуміння сутності права має стати розбудова національної правової системи на засадах *верховенства права*, що в даному контексті означає не лише формальне дотримання вимог законодавства, а й включення до змісту права інших важливих чинників.

Так, Європейська Комісія за демократію через право (Венеційська Комісія) у доповіді про верховенство права (2011) вказала на досить широкий його соціально-юридичний контекст: законність, правову визначеність, заборону державного свавілля, ефективний доступ до правосуддя, судовий контроль за законністю та конституційністю актів державної влади, дотримання прав людини, недискримінацію і рівність перед законом. При цьому слід зауважити, що *законність*, у тому числі прозорість, підзвітність та демократичний порядок ухвалення за-

¹ Див більше: Велика українська юридична енциклопедія : у 20 т. Т. 3 : Загальна теорія права / Нац. акад. прав. наук України, Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького, Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого ; редкол. В. Я. Тацій та ін. Харків : Право, 2017. С. 825–829.

конів, розглядається у доповіді вихідною складовою верховенства права. Передовсім лише від імені закону, на підставі, у межах повноважень та у спосіб, передбачений законом, можуть діяти органи державної влади (ч. 2 ст. 19 Конституції України).

■ § 4. Поняття права

Право є *багатогранним феноменом*, що спричиняє множинність його проявів та ознак, можливість різних підходів до його визначення, кожне з яких орієнтується на пріоритет тих чи інших його особливостей, своєрідну «однобічну істинність». Однак ситуація методологічного плюралізму, притаманна дослідженню соціальних та, зокрема, правових явищ, не повинна призводити до понятійної мішанини та еkleктики. Часто-густо навіть пропонують фактично відмовитися від завдання щодо формулювання загального поняття права, що взагалі є неприйнятним для наукових знань про право. Натомість, як зазначалося вище, питання щодо визначення права може бути вирішене в належний спосіб за допомогою критичного поєднання окремих правових концепцій у межах інтегративного підходу з урахуванням пріоритетності досягнення практичного результату – реального упорядкування суспільних відносин, запобігання та розв’язання соціальних конфліктів, забезпечення та захисту прав людини.

Насамперед без опори на ознаки *вихідного поняття* не може бути визначеності як такої ознаки права, без якої розуміння будь-яких правових явищ та процедур стає неможливим, що ставить під сумнів ефективність правового регулювання суспільних відносин, можливість реалізації принципу верховенства права та ефективність забезпечення та захисту прав людини. У цьому плані визначення права, спираючись на широкий спектр пізнавальних можливостей, матиме безпосереднє значення для нормотворчості, яка б відповідала чітким правовим вимогам, належного тлумачення норм права, їх застосування та формування усталеної судової практики.

Водночас таке визначення права не повинно претендувати на «онтологічну чистоту» чи *абсолютну істину* на зразок природничих чи точних наук, що в принципі не відповідає пізнавальним можливостям наук про суспільство. Соціальна дійсність за своїм характером є рухо-

мою з точки зору актуалізації тих чи інших інтересів учасників комунікації та пошуку їх балансу. Зважаючи на це, право, покликане вносити елементи упорядкованості та визначеності в життєдіяльність суспільства, не може відсторонюватись і від ситуативних та у цьому сенсі мінливих за своєю природою соціальних реалій та життєвого світу індивідів.

Отже, поняття права слід розглядати передовсім як *«принцип пояснення правових явищ»*, що має слугувати наріжним каменем як для теоретичного, так і прикладного освоєння правової реальності як невід'ємної складової соціального світу. Адже термінологічний інструментарій будь-якого наукового знання не може не спиратися на однозначність змісту його основоположних понять. Особливо важливим такий виклик є для правознавства – найточнішої з усіх соціальних наук, яка досліджує складну та багатовимірну соціальну дійсність, має вносити в різноманітні за своїми конкретними характеристиками суспільні відносини обґрунтовані та зрозумілі юридичні критерії – законності та правомірності.

З урахуванням викладених раніше підходів та актуальних проблем, що постають наразі перед правовою наукою та юридичною практикою, можна запропонувати таке поняття права, яке відображає найважливіші загальні його характеристики.

***Правом** є норми, які визначають межі свободи учасників соціальної комунікації шляхом визнання їх суб'єктами права (носіями суб'єктивних прав і юридичних обов'язків), реалізація яких уможливорює існування суспільства та спирається на підтримку держави.*

Розглянемо характерні ознаки права більш детально:

1. *Право є складовою соціальної комунікації та існування суспільства.*

Право уможливорює спілкування різних та водночас однотипних за своїми інтересами та життєвим світом людей. Вони взаємодіють, узгоджуючи свою поведінку з іншими суб'єктами, спираючись на певний досвід комунікації і прагнення до досягнення консенсусу. Унаслідок цього формується певний порядок відносин, який об'єктивується у загальних правилах поведінки (правових нормах). У такий спосіб учасники суспільних відносин підтримують та відтворюють соціальні зв'язки та цінності, функціонування та існування суспільства.

Таким чином, право виникає разом із соціальними формами спілкування, є невід'ємним елементом життєвого світу людини та соціуму, змінюється та розвивається відповідно до розвитку людини та суспільства. Між належним чином організованою соціальною комунікацією і стабільністю суспільства існує прямиий зв'язок. Так, ще французька Декларація прав людини і громадянина наприкінці XVIII ст. називала невігластво, забуття прав людини та нехтування ними головною причиною суспільних бід.

2. Право упорядковує *межі свободи* учасників суспільних відносин.

Насамперед слід підкреслити, що свобода волі є необхідною передумовою права. У правовій сфері зв'язок права зі свободою знаходить свій вираз у змісті основоположних прав людини – на життя, на повагу гідності, на власність, на вибір місця проживання і т. ін. У такий спосіб правова норма узгоджує свободу індивідів шляхом взаємного визнання їх свободи як носіїв суб'єктивних прав і юридичних обов'язків. З одного боку, право утворює свободу, а з іншого – окреслює її межі у відносинах з іншими людьми, соціальними утвореннями та спільнотами. Визнання здатності людини до вільного вибору та активної поведінки тягне за собою й можливість відповідальності, зокрема й юридичної відповідальності.

3. *Нормативність*, яка спирається на алгоритми соціальної взаємодії, отримує унаслідок об'єктивації відображення у правових нормах.

При цьому нормативне упорядкування стає можливим за участю принаймні двох сторін, кожна з яких є носієм суб'єктивних прав і юридичних обов'язків, які унаслідок їх взаємодії реалізуються у практичному житті. Поведінка учасників суспільних відносин безпосередньо регулюється *нормами права (правилами поведінки)*, які мають класичну логічну структуру («якщо..., то..., а навпаки...»), сукупність яких становлять основний зміст і обсяг нормативної основи правового регулювання суспільних відносин. *Норми-принципи*, спираючись на ціннісні правові орієнтири, забезпечують його цілісність та загальну спрямованість. У свою чергу, правові норми формуються у вигляді *нормативно-правових приписів* (регулятивних та охоронних) у статтях нормативно-правових актів, а також знаходять свій вираз у інших джерелах права.

Задля забезпечення рівного підходу до різних суб'єктів норма права має бути *неперсоніфікованою* та *невичерпною*. *Неперсоніфікованість* означає відсутність індивідуального адресата, що дає змогу розповсюджувати правові норми на невизначене коло осіб, які підпадають під їх дію. Так, ціла низка міжнародних правових документів, конституційних та інших законодавчих актів про права людини послуговуються термінами «кожен», «усі», «ніхто», «ті, хто» тощо. *Невичерпність* передбачає можливість неодноразової реалізації припису, відображеного у правовій нормі. Наприклад, притягнення конкретної особи до кримінальної відповідальності за крадіжку не відмінє існування цієї норми та не зупиняє дію відповідної статті КК України.

4. *Визначеність* як властивість права означає однозначність викладення змісту правила поведінки у певних письмових джерелах.

Звичаєве право було першою історичною його формою, сьогодні його застосування залежить від особливостей конкретно-історичного розвитку країн; *прецедентне право* складають рішення судів, які використовуються при розгляді аналогічних справ (найбільшого поширення прецедент набув у країнах англо-американської правової системи); *договірне право* застосовується переважно у міжнародних відносинах, а також у інших сферах, передовсім приватному праві; *законодавство* як довершена техніко-юридична його форма та засіб правової політики, є основним джерелом права у країнах континентальної Європи.

Визначеність є обов'язковим елементом принципу верховенства права, що має за мету гарантувати кожному можливість як скористатися своїм правом, так і виконати юридичний обов'язок, передбачуваність щодо правомірності та наслідків своєї поведінки. Правова визначеність, спираючись на критерії ясності та чіткості юридичних термінів, забезпечує однаковість розуміння змісту правових норм та їх доступність для з'ясування усіма особами, на яких вони розповсюджуються, є необхідною запорукою правильного тлумачення норм права та їх належного застосування.

5. У сфері права учасники суспільних відносин виступають як суб'єкти права, які є носіями *суб'єктивних прав і юридичних обов'язків*.

Відображення правил поведінки в нормативно-правових актах є лише початковою, першою ланкою у процесі правового регулювання

суспільних відносин. У свою чергу, правова нормативність задля практичної реалізації має набути нових якостей, які виникають за посередництвом набуття статусу суб'єктів права як носіїв суб'єктивних прав та юридичних обов'язків. Отже, правові норми як певні моделі (стандарту) правомірної поведінки діють за посередництвом здійснення суб'єктивних прав та юридичних обов'язків учасників суспільних відносин. У такий спосіб, використовуючи свої права, виконуючи юридичні обов'язки та дотримуючись юридичних заборон, індивіди та їх організації стають активними учасниками упорядкованої правом соціальної комунікації.

6. Норми як вихідні складники змісту права мають таку властивість, як *обов'язковість*, яка означає їх невідворотність для всіх осіб, кого вони стосуються.

Обов'язковість є відображенням ставлення до права як соціального регулятора, його здатності забезпечувати соціальні інтереси і права людини, певні соціальні очікування. Отже, вона спирається на усталені стереотипи правомірної поведінки та негативного сприйняття правопорушень, які відбивають відповідний рівень правової культури суспільства.

Водночас держава забезпечує правові норми додатковими гарантіями, беручи на себе відповідальність за підтримання правового порядку. Передовсім ухвалення правових актів від імені нормотворчого органу (наприклад, парламенту як органу народного представництва) має своєю метою надання праву авторитетності. У разі недотримання нормативних приписів за рішенням уповноваженого органу до порушника застосовуються *примус*, реалізація якого є прерогативою держави.

Положення про те, що не норми права повинні забезпечувати державний примус (притаманне авторитарним режимам), а навпаки – примусові заходи мають слугувати виконанню норм права у тих випадках, коли їх вимоги не виконуються добровільно, є невід'ємною характеристикою демократичної правової державності. У свою чергу, необхідність наповнення *державного примусу правовим змістом* передбачає дотримання чітких вимог: підпорядкованості принципам права, передбаченості санкціями норм права, реалізації через механізм суб'єктивних прав і юридичних обов'язків, розвинутої процедурно-процесуальної форми, захищеності прав людини.

Завдання

1. Охарактеризуйте універсальність права у порівнянні з іншими соціальними регуляторами.
2. Визначте основні етапи історичного процесу становлення права.
3. Порівняйте основні концепції праворозуміння з точки зору їх переваг та недоліків.
4. Для чого потрібна «інтегративна юриспруденція»?
5. Обґрунтуйте значущість права як засобу соціальної комунікації.
6. Аргументуйте співвідношення між свободою та правом.
7. Поясніть співвідношення між визначеністю та обов'язковістю права.
8. Охарактеризуйте та продемонструйте прикладами із законодавства елементи обов'язковості права та правового механізму застосування державного примусу.

Рекомендована література

1. Бержель Ж.-Л. Общая теория права : пер. с фр. / под. общ. ред. В. И. Даниленко Москва : Издат. дом Nota Bene, 2000. 576 с.
2. Ван Хук М. Право как коммуникация / пер. с англ. М. В. Антонова и А. В. Полякова. Санкт-Петербург : Изд. дом С.-Петербург. гос. ун-та, ООО «Унив. издат. консорциум», 2012. 288 с.
3. Велика українська юридична енциклопедія : у 20 т. Т. 3 : Загальна теорія права / Нац. акад. прав. наук України, Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого ; редкол. В. Я. Тацій та ін. Харків : Право, 2017. 952 с.
4. Козюбра М. І. Правовий закон: проблема критеріїв. *Вісник Академії правових наук України*. 2003. №2–3. С. 83–96.
5. Петришин О. В. Конфлікт та співробітництво як соціальне середовище права. *Вісник Академії правових наук України*. Харків : Право, 2004. №3 (38). С. 24–34.
6. Рабінювич П. М. Верховенство права з позицій європейсько-міжнародного та українсько-конституційного судочинства. *Бюлетень Міністерства юстиції України*. 2006. №3. С. 11–22.
7. Теорія держави і права. Академічний курс : підручник / за ред. О. В. Зайчука, Н. М. Оніщенко. Київ : Юринком Інтер, 2008. 688 с.
8. Шевчук С. В. Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні : монографія. Київ : Реферат, 2007. 640 с.