

Національна юридична академія України
імені Ярослава Мудрого

С. П. Погребняк

**Основоположні принципи права
(змістовна характеристика)**

Монографія

Харків
«Право»
2008

*Рекомендовано до друку вченою радою
Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого
(Протокол № 8 від 18 квітня 2008 р.)*

Рецензенти:

О. Л. Копиленко, доктор юридичних наук, професор, академік, віце-президент АПрН України, член-кореспондент НАН України, директор Інституту законодавства Верховної Ради України;

В. О. Рум'янець, доктор юридичних наук, професор кафедри історії держави і права України і зарубіжних країн Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого, член-кореспондент АПрН України;

В. П. Колісник, доктор юридичних наук, професор кафедри конституційного права України Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого;

С. І. Максимов, доктор юридичних наук, професор кафедри філософії Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого

В оформленні обкладинки використано малюнок В. В. Лотоцького

Погребняк С. П.

П 43 Основоположні принципи права (змістовна характеристика): Монографія. — Х.: Право. — 240 с.

ISBN 978-966-458-065-3

Монографія присвячена актуальній для правової науки та юридичної практики проблемі — основоположним принципам права. У роботі формулюються ознаки основоположних принципів права й обґрунтовується перелік цих принципів. Зокрема, доводиться, що право як загальнообов'язковий соціальний регулятор ґрунтується на таких засадах, як справедливість, рівність, свобода і гуманізм. Принцип верховенства права розглядається як похідна всіх загальних засад права, як ціннісний сплав цих ідей. У свою чергу принципи правової визначеності та пропорційності висвітлюються як своєрідні об'єктивні умови існування верховенства права, а принцип добросовісності — як його суб'єктивна умова. При цьому основна увага приділена розкриттю змісту всіх цих основоположних принципів права.

Видання адресоване фахівцям у сфері теорії держави і права, викладачам, аспірантам та студентам юридичних вузів і факультетів, а також юристам-практикам.

ББК 67.9 (4 УКР) 2

ISBN 978-966-458-065-3

© Погребняк С. П., 2008
© «Право», 2008

Список скорочень

- ГК — Господарський кодекс України;
- ЗК — Земельний кодекс України;
- КАС — Кодекс адміністративного судочинства України;
- КВК — Кримінально-виконавчий кодекс України;
- КЗпП — Кодекс законів України про працю;
- КК — Кримінальний кодекс України;
- КПК — Кримінально-процесуальний кодекс України;
- СК — Сімейний кодекс України;
- ЦК — Цивільний кодекс України;
- ЦПК — Цивільний процесуальний кодекс України.

Передмова

Принципи права — одна з найактуальніших проблем, що турбують юриспруденцію. Така ситуація не виглядає дивною. Ще за часів античності зверталась увага на те, що принцип є найважливішою частиною всього (*principium est potissima pars cuiusque rei*)¹. Поза всяким сумнівом, ця теза є справедливою і щодо права. Принципи права мають безпосередній зв'язок із переважною більшістю стрижневих загальнотеоретичних питань, як-от: сутність права, норма права, юридичний акт, правова система, правове регулювання тощо. Вони пов'язують право з політикою, економікою, мораллю, забезпечують єдність різних правових процесів, форм, теорій, ідей і концепцій, понятійно-категоріальних рядів². Тому принципи повинні бути об'єктом особливої уваги правознавців.

На превеликий жаль, сучасний рівень розробки даної проблеми не відповідає потребам юридичної теорії і практики. Своєю стурбованістю із цього приводу висловлюють представники як західної, так і пострадянської юридичної науки. Так, на думку Ж.-Л. Бержеля, «незважаючи на те, що ми регулярно звертаємося до поняття «загальні принципи права», його зміст залишається неясним, а природа «загальних принципів» — невизначеною»³. М. Байтін слушно підкреслює, що розробка проблеми загальноправових принципів права мало просунулась уперед навіть порівняно з 40–50-ми рр. ХХ ст., коли це питання почали порушувати в радянській юридичній науці⁴. Отже, і сьогодні принципи права є в певному розумінні «котом у мішку»⁵.

¹ Теория государства и права / Под ред. В. К. Бабаева. — М.: Юрист, 1999. — С. 222.

² Колодій А. М. Принципи права України. — К.: Юрінком Інтер, 1998. — С. 3.

³ Бержелъ Ж.-Л. Общая теория права: Пер. с фр. — М.: Nota bene, 2000. — С. 163.

⁴ Байтін М. И. Сущность права (современное нормативное правопонимание на грани двух веков). — Изд. 2-е, доп. — М.: Право и государство, 2005. — С. 149.

⁵ Толстик В. А. Иерархия российского и международного права. — М.: Юрайт-М, 2001. — С. 10.

Недостатньо прозорою виглядає також ситуація з переліком основоположних принципів права. Кожен із підручників з теорії держави і права зазвичай містить свій — унікальний — набір таких принципів. При цьому залишаються незрозумілими ані методика, за якою відбувався «природний відбір» принципів, ані зв'язки, що поєднують їх один з одним.

Урешті-решт, немає достатньої ясності в питанні щодо конкретного змісту більшості принципів, які мали честь потрапити до відповідних переліків. Деякі вчені взагалі висловлюють сумнів із приводу можливості досягнення успіху в цьому напрямку. «Через властивість абстрактної загальності, якою наділяються принципи права, а крім того, в умовах ідеологічного плюралізму взагалі, — зазначає О. Скурко, — принципи права не можуть отримати однозначного свого визначення з точки зору обсягу і змісту конкретних принципів для цілей їхнього практичного застосування. Отже, їх практичне використання... ускладнене, оскільки або дозволяє із посиланням на принципи права здійснювати правозастосування свавільно, або не застосовувати їх взагалі через їхню високу абстрактність»¹.

Монографія є спробою відповісти на деякі з поставлених питань. При цьому акцент зроблено на змістовній характеристиці основоположних принципів. На нашу думку, саме цей напрямок дослідження є особливо актуальним на тлі тих кардинальних змін, які протягом останніх 20-ти років відбуваються в українській правовій системі.

Автор висловлює щирю подяку:

своєму вчителеві професору М. В. Цвіку — за спрямування творчого пошуку і підтримку всіх ініціатив;

рецензентам монографії: професорам В. П. Коліснику, О. Л. Копиленку, С. І. Максимову та В. О. Рум'янцеву — за цінні зауваження і рекомендації, які сприяли вдосконаленню роботи;

професору О. В. Петришину, доцентам В. В. Речицькому, В. С. Смородинському, О. М. Тимохину, Р. Б. Хорольському — за підтримку, корисні поради та коментарі, надані під час підготовки монографії;

колективу кафедри теорії держави і права Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого, членам Харківського юридичного товариства, організаторам та учасникам програми «Сучасна теорія права» (Open Society Institute, HESP) — за плідні дискусії та допомогу в реалізації ідей автора;

своїм батькам, дружині Іванні та доньці Олесі — за терпіння, розуміння, усіляку підтримку і натхнення.

¹ Скурко Е. В. Принципы права в современном нормативном правопонимании. — М.: Юрлитинформ, 2008. — С. 193.

Розділ 1

Основоположні принципи як елемент права

§ 1. Поняття права

Основоположні принципи права є складовою права, тому їм притаманні як риси, властиві праву в цілому, так і риси, що відображають їх специфіку як особливої юридичної категорії. З'ясуванню власних ознак основоположних принципів буде присвячений наступний параграф монографії, а зараз ми спробуємо викласти наше бачення самого права.

Характеризуючи право, слід насамперед підкреслити, що воно є *загальнообов'язковим соціальним регулятором*. Це означає, що всі особи, яких стосуються вимоги права (у тому числі й держава), зобов'язані їх неухильно дотримуватися або виконувати; ніхто не може перебувати поза правом¹. У такому розумінні можна говорити про право як про «універсальну соціальну граматику», головне призначення якої полягає у створенні умов можливості спільного життя людей, тобто умов функціонування людської спільноти². Саме право здатне забезпечити загальний *соціальний порядок*, тобто регулярність і передбачуваність дій людей на основі взаємності³.

Макрофункцією права як суспільного регулятора охоплюється ціла низка його більш конкретних функцій, що здійснюються комплексно, одночасно та внаслідок цього організують і стабілізують суспільство. Так, праву притаманні функція компромісу, функція розв'язання кон-

¹ Ця риса права має першочергове значення для утвердження принципу верховенства права (див. з цього приводу § 1 розд. 3 даної монографії).

² Гьофе О. Демократія в епоху глобалізації: Пер. з нім. – К.: ППС-2002, 2007. – С. 50.

³ Капустин Б. Г. Моральний вибор в політике. – М.: КДУ: Изд-во МГУ, 2004. – С. 103.

фліктів, функція соціальної стабілізації, функція організації, відновлювально-компенсаційна функція, функція засобу соціальної відплати та ін.¹

Водночас ідея права передбачає існування *загальних правил, що забезпечують свободу*, як альтернативи заснованому на пристрастях індивідуальному свавіллю та насильству. Іншими словами, людське життя може вільно розгортатися лише в межах законів, установлених людьми самими для себе, законів, визнаних усіма і обов'язкових для всіх². Саме право за допомогою загальних правил дозволяє узгодити свободу особи зі свободами інших і таким чином забезпечити свободу в кантівському розумінні, тобто незалежність від чужого свавілля, що примушує³. Свобода без права є анархією, а значить — знищенням свободи⁴.

Класичне пояснення цієї функції права належить Дж. Локку. «Свобода людей, які мають над собою уряд, — зазначав видатний англійський філософ, — полягає в тому, щоб жити за постійними правилами, загальними для всіх у цьому суспільстві й установленими законодавчою владою, в ньому створеною; це — свобода чинити за власною волею в усіх діях, коли це не заборонено правилами, і не підкорятися непостійній, непевній, невідомій, деспотичній волі іншої людини...»⁵. На цьому ж аспекті акцентує увагу Ф. фон Гаек, наголошуючи, що право захищає індивіда від свавілля і насильства з боку інших шляхом установлення абстрактних безособових правил, дозволяючи йому відгородити і обжити захищений від вторгнення простір, де він може розпоряджатися своїми знаннями для досягнення своїх власних цілей⁶. Зрозуміло, що інтенція щодо свободи від насильства та свавілля, яка загалом властива праву, може бути більш чи менш розвиненою в конкретних історичних умовах, що свідчить про ступінь його досконалості⁷.

¹ Докладніше про ці функції див.: Бурлай Є. До питання про функції права // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2005. – № 3 (42). – С. 36–42.

² Баумгартнер Х. М. Свобода и человеческое достоинство как цели государства // Политическая философия в Германии: Сб. ст.: Пер. с нем. / Изензее Й. и др. – М.: Соврем. тетради, 2005. – С. 18.

³ Кант И. Метафизика нравов // Кант И. Критика практического разума. – Изд. 3-е, стереотип. – СПб.: Наука, 2007. – С. 291.

⁴ Ратцингер Й. (Бенедикт XVI). Ценности в эпоху перемен. О соответствии вызовов времени: Пер. с нем. – М.: Библиейско-богослов. ин-т св. апостола Андрея, 2007. – С. 32.

⁵ Лок Дж. Два трактата про врядування: Пер. з англ. – К.: Основи, 2001. – С. 142.

⁶ Хайек Ф. А. фон. Право, законодательство и свобода: Современное понимание либеральных принципов справедливости и политики: Пер. с англ. – М.: ИРИСЭН, 2006. – С. 485.

⁷ Гьофе О. Демократія в епоху глобалізації. – С. 52.

Обов'язковість права підтримується різними засобами, серед яких зазвичай звертають увагу на авторитет та примус. Інакше кажучи, підкреслюється, що право має бути одночасно і авторитетним, і сильним. Полемічно загострюючи цю тезу, можна стверджувати: якщо немає першого, то ми маємо справу зі свавіллям, якщо немає другого — то з мораллю¹. Подібне поєднання авторитету і примусу можна побачити ще у Б. Паскаля. «Справедливість, яка не підтримана силою, немічна, — зазначав видатний французький учений, — сила, не підтримана справедливістю, тиранічна. Безсилій справедливості незмінно будуть протиставлятися, оскільки погані люди ніколи не переведуться на світі, несправедливою силою завжди будуть обурюватися. Значить, слід об'єднати силу зі справедливістю та чи справедливість зробити сильною, чи силу — справедливою»².

Як відомо, авторитет є підтипом влади, при якому люди з готовністю підкоряються наказам, оскільки вважають здійснення влади легітимним³. Тому сприйняття права як *авторитетного (легітимного) регулятора* породжує впевненість людей у необхідності додержання права. Іншими словами, нормативної (зобов'язуючої) сили право набуває завдяки трансформації аксіологічного аспекту права в деонтологічний⁴. Історія доводить, що влада права не може здійснюватись ефективно без згоди з боку тих, хто їй підкорюється. Тому право може бути дійовим лише в тій мірі, у якій йому вдається отримати соціальне визнання (хоча би мовчазне чи часткове). У право треба вірити, інакше воно не буде працювати⁵. Це у свою чергу вимагає від представників юридичної професії докладання зусиль, спрямованих на постійне підтримання в суб'єктів права віри в юридичний порядок⁶.

Одне з найважливіших питань юриспруденції традиційно стоїть перед нами як *джерело авторитетності права*. Зрозуміло, що люди в повсякденному житті зіштовхуються насамперед із позитивним пра-

¹ Див. з цього приводу: Ллойд Д. *Ідея права*: Пер. с англ. — М.: Югона, 2000. — С. 41–42.

² Паскаль Б. *Мисли*: Пер. с фр. — СПб.: Азбука-классика, 2005. — С. 97.

³ Аберкромби Н., Хилл С., Тернер Б. С. *Социологический словарь*: Пер. с англ. — 2-е изд., перераб. и доп. — М.: Экономика, 2004. — С. 20.

⁴ Тур М. Г. *Некласичні моделі легітимації соціальних інститутів*. — К.: ПАРАПАН, 2006. — С. 166.

⁵ Берман Г. Дж. *Западная традиция права: эпоха формирования*: Пер. с англ. — 2-е изд. — М.: Изд-во МГУ: ИНФРА-М-НОРМА, 1998. — С. 17.

⁶ Див. з цього приводу: Бурдье П. *Социальное пространство: поля и практики*: Пер. с фр. — М.: Ин-т эксперимент. социологии; СПб.: Алетейя, 2007. — С. 110–111.

вом¹. При виваженому підході ми маємо сприймати позитивне право як витвір правової системи, як результат спільних зусиль суб'єктів правотворчості, осіб, що реалізують право, та його інтерпретаторів. Позитивне право, поза всяким сумнівом, створюється діями конкретних людей (органів), але промовляє від імені абстрактного, тобто незалежного від конкретних персон авторитету². Яким же є це авторитетне джерело?

В історії філософії права сформувалися два головних напрями, які дають відповідь на це запитання. Згідно з *традицією природного права*, авторитет права врешті-решт неминуче спирається на *зв'язок права з мораллю*³. Прихильники природного права вважають, що посилення на мораль (насамперед на ту її складову, яку називають справедливістю) становить важливий елемент усякого пояснення, що таке право. Узагальнюючи традицію природного права, редактори найпопулярнішої в світі антології з філософії права зазначають: «Мораль — не просто бажана риса, яку треба запровадити в право, а радше суттєвий елемент права, яким воно є насправді. Жоден адекватний критерій слушності певної правової норми або існування певної правової системи, мабуть, не може бути нейтральним щодо змісту, бо здебільшого саме зміст норми визначає, справедлива вона чи ні, розумна чи нерозумна... Ба більше, залежить не тільки від змісту права, а й від нашої моральної оцінки цього змісту»⁴.

Досить часто родовід цієї теорії ведуть від трагедії «Антигона», написаної Софоклом ще в V ст. до н. е.⁵ Обґрунтування вчення про при-

¹ У II ст. н. е. латинський граматист Авл Геллій переклав грецькі терміни *phusei* («за природою») та *thesei* («за обдуманим рішенням») як *naturalis* та *positivus*. З латини вони перейшли в більшість європейських мов як назви двох видів права — природного і позитивного. Так, Дж. Остин пояснював позитивне право як право, що існує внаслідок утвердження, відрізняючи його за цією ознакою від права природного (див.: Хайек Ф. А. фон. *Право, законодательство и свобода: Современное понимание либеральных принципов справедливости и политики*. — С. 39; Остин Дж. *Позитивістська концепція права // Філософія права*: Пер. з англ. / За ред. Дж. Фейнберга, Дж. Коулмена. — К.: Основи, 2007. — С. 42).

² Речицький В. *Відповідь Всеволода Речицького Мирославу Мариновичу // Права людини (ХПГ-інформ)*. — 2007. — № 11 (447). — С. 11–12.

³ *Філософія права*: Пер. з англ. / За ред. Дж. Фейнберга, Дж. Коулмена. — К.: Основи, 2007. — С. 12.

⁴ Там само. — С. 14.

⁵ За сюжетом цієї трагедії правитель міста Фіви Креонт ухвалює наказ, згідно з яким Полініка, який загинув під час віроломного нападу на місто, слід покарати, відмовивши йому в праві бути похованим з пошаною. Тим часом брата Полініка Етеокла, що поліг у бою, захищаючи місто від зрадника, поховали з великими почестями. Міркування, якими керується Креонт, є зрозумілими та ефективними: роблячи покарання якомога жорсткішим, він прагне стримувати людей від зради

родне право можна знайти в роботах Арістотеля, Цицерона, Августина, Томи Аквінського, Г. Гроція, С. Пуфендорфа, Дж. Локка та ін.¹ Вислів «Lex iniusta non est lex» (несправедливий закон не закон) часто приписують Томі Аквінському (хоч і безпідставно, оскільки він ніколи не вживав наведених вище слів²) і часто трактують як підсумок його поглядів і позиції природного права взагалі³.

Юридичний позитивізм дотримується іншої думки щодо цього питання, виходячи з того, що необхідного зв'язку між правом і морал-

ю у такий спосіб забезпечити державу. Антігона, сестра Етеокла та Полініка, захищає альтернативну концепцію, за якою право має відповідати велінням природи, а відтак, вона вирішує організувати для брата належний похорон – хоча він і був зрадником (див. з цього приводу: Познер Р. А. Проблеми юриспруденції: Пер. з англ. – Х.: Акта, 2004. – С. 16–17).

Наведемо фрагмент трагедії:

«КРЕОНТ

<...>

А ти – пряму й коротку дай нам відповідь.

Ти знала, що робить це заборонено?

АНТІГОНА

Так... Як не знати? Скрізь це оголошено.

КРЕОНТ

І все ж наказ переступить посміла ти?

АНТІГОНА

Його ж не Зевс з Олімпу сповістив мені,

І не богів підземних правда вічная,

Що всі закони людям установлює.

Не знала я, що смертних розпорядження

Такі могутні, щоб переступать могли

Богів закон одвічний, хоч не писаний.

Його не вчора, не сьогодні створено,

Коли з'явивсь він – вже ніхто не відає.

Не хтіла я, людських велінь страхуючись,

Відповідати потім перед вічними

Богами».

(Софокл. Антігона: Пер. з давньогрец. // Давньогрецька трагедія. – К.: Дніпро, 1981. – С. 134–135).

¹ Викладення їх поглядів див., наприклад: Баумейстер А. Філософія права. – Вінниця: О. Власюк, 2007. – С. 109–160.

² Проте у Томі Аквінського можна знайти дуже схожі твердження: «Кожен людський закон має природу закону тією мірою, якою походить від природного права. Але якщо він десь відступає від природного права, це вже не закон, а перекручення закону»; «він [несправедливий закон] має природу не закону, а насильства певної особи»; «як говорить Августин, законом, здається, не є те, що не справедливе» (Аквінський Фома. Сумма теології // Антологія мирової правової думки: В 5 т. / Рук. науч. проекта Г. Ю. Семигін. – М.: Мысль, 1999. – Т. 2: Європа: V–XVII вв. – С. 590, 593).

³ Бікс Б. Теорія природного права // Філософія права: Пер. з англ. / За ред. Дж. Фейнберга, Дж. Коулмена. – К.: Основи, 2007. – С. 22–23.

лю не існує. Від Т. Гоббса, який сказав, що закон не може бути несправедливим¹, зусилля позитивістів були спрямовані на дискредитацію концепції справедливості як провідного принципу, який визначає, що таке закон². З тих пір гоббсівська формула «Auctoritas, non veritas facit legem» (влада, а не істина породжує закони) протиставляється девізу природного права «Veritas, non auctoritas facit legem» (істина, а не влада породжує закони). Іншими словами, позитивісти вважають, що в усіх правових системах немає необхідності в моральній вартості (на кшталт справедливості), яка має бути властива нормі, щоб ця норма була правовою³. Наприклад, Г. Кельзен зазначав, що будь-який правовий порядок може бути визначений як несправедливий, якщо його розглядати з позицій певної норми справедливості. Однак те, що зміст чинного правового порядку може бути визначений як несправедливий, у жодному разі не може бути підставою, щоб не вважати його правовим⁴.

Інший видатний позитивіст ХХ ст. Г. Харт певною мірою пом'якшив важливий постулат класичного правового позитивізму про відокремлення права від моралі⁵. Він визнавав деяку слушність ідеї, згідно з якою правова система має виявляти певну узгодженість із мораллю і справедливістю, не заперечував того, що на практиці закони нерідко відтворюють або задовольняють певні вимоги моралі. Г. Харт також підкреслював, що насправді є всі підстави для того, щоб справедливість посідала найвищезначніше місце в критиці правових заходів, і характеризував справедливість як найбільш громадську й найбільш правову з усіх чеснот. Проте він наполягав на тому, що критерії юридичної чинності окремих законів не обов'язково мають містити посилання на мораль та справедливість⁶.

¹ «Закони – це правила, які визначають, що справедливо й несправедливо, бо несправедливим вважається лише те, що суперечить будь-якому закону» (Гоббс Т. Левіафан: Пер. з англ. – К.: Дух і Літера, 2000. – С. 255).

Деякі дослідники вбачають витоки юридичного позитивізму в позиції Фразимаха, який, дискутуючи із Сократом, виходив з того, що «в усіх державах справедливо вважалося одне й те ж, а саме те, що придатне для існуючої влади», те, що вигідне, корисне найсильнішим (див.: Платон. Государство // Соч.: В 3 т.: Пер. с древнегреч. – М.: Мысль, 1971. – Т. 3, ч. 1. – С. 107).

² Хайек Ф. А. фон. Право, законодательство и свобода: Современное понимание либеральных принципов справедливости и политики. – С. 217.

³ Коулмен Дж. Л., Лейтер Б. Юридичний позитивізм // Філософія права: Пер. з англ. / За ред. Дж. Фейнберга, Дж. Коулмена. – К.: Основи, 2007. – С. 156.

⁴ Кельзен Г. Чисте правознавство: 3 дод.: Проблема справедливості: Пер. з нім. – К.: Юніверс, 2004. – С. 63.

⁵ Нагадаємо, що цей постулат сформульований у відомій першій лекції Дж. Остіна (Остин Дж. Позитивістська концепція права. – С. 41–53).

⁶ Харт Х. Л. А. Концепція права: Пер. з англ. – К.: Сфера, 1998. – С. 156, 166, 183–184.

Класичний позитивізм пояснював обов'язковість позитивного права існуванням у переважній більшості членів суспільства звичаю *коритися примусовим наказам певного суверена*¹. Сучасний позитивізм зазвичай пов'язує обов'язковість позитивного права з так званим «правилом визнання». Це правило визначає умови, які необхідно виконати, щоб певну норму можна було вважати частиною права суспільства. Г. Харт називає його «правилом остаточної ідентифікації первинних правил». Він зауважує, що в кожній правовій системі правило визнання може набувати самобутньої форми. Наприклад, юридична чинність норм може бути пов'язана з тим фактом, що їх затвердив конкретний орган, або з їхнім давнім існуванням у формі звичаю, або їхнім зв'язком із судовими постановами².

При цьому слід розуміти, що правило визнання існує лише як складова, але зазвичай узгоджена діяльність судів, офіційних і приватних осіб щодо встановлення того, що є правом на основі деяких критеріїв. Отже, його існування — це факт³. Оскільки воно вкорінене в практиці, необхідно вийти за межі нормативного порядку і звернутися до живої традиції, яка й породжує сам нормативний порядок⁴. Зокрема, потрібно з'ясувати, які кінцеві аргументи посадові особи приймають як такі, що доводять дійсність конкретного правила, і які кінцеві аргументи наводять, критикуючи інших посадових осіб чи інші інституції⁵. Позитивісти вважають, що авторитет правила визнання переходить на норми; їх законність залежить від того, що правило визнання надає їм юридичної чинності⁶. Іншими словами, правило визнання є засобом легітимації права: саме воно створює силу права як силу легітимну⁷.

Схожим чином пояснював обов'язковість права Г. Кельзен. «Те, що яка-небудь конкретна норма належить до котрогось конкретного порядку, — зазначав відомий австрійський правознавець, — ґрунтується на тому, що її остання основа чинності є засадничою нормою цього порядку. Саме ця засаднича норма й конститує єдність усієї множини норм, являючи собою основу для чинності всіх норм, які тільки нале-

¹ Остин Дж. Позитивістська концепція права. — С. 56.

² Харт Х. Л. А. Концепція права. — С. 97.

³ Моисеев С. В. Философия права: Курс лекций. — 2-е изд., испр. и доп. — Новосибирск: Сиб. ун-в. изд-во, 2004. — С. 42.

⁴ Баумейстер А. Философия права. — С. 79.

⁵ Дворкин Р. Серйозний погляд на права: Пер. з англ. — К.: Основи, 2000. — С. 45.

⁶ Коулмен Дж. Л., Лейтер Б. Юридичний позитивізм. — С. 159.

⁷ Поляков А. В. Российская теоретико-правовая мысль: опыт прошлого и перспективы на будущее // Наш трудный путь к праву: Материалы филос.-правовых чтений памяти акад. В. С. Нерсесянца / Сост. В. Г. Графский. — М.: Норма, 2006. — С. 116.

жать до цього порядку»¹. Слід підкреслити, що засаднича норма (Grundnorm) є вигаданою, гіпотетичною, оскільки її неможливо вивести логічним шляхом з іншої — більш високої — норми. Для державного правового порядку як засаднича припускається така найвища норма: «треба поводитися відповідно до приписів конституції», тобто додержуватися норм, що визначають, як (якими органами й через які процедури) належить виробляти загальні норми правового порядку. «Засаднича норма, — зауважував Г. Кельзен, — належить лише до такої конституції, що є фактично запровадженою через законодавчий акт або узвичаєність і є дійовою»². При цьому засаднича норма обмежується делегуванням «нормовстановчого авторитету», визначаючи лише спосіб створення норм у рамках певного правового порядку, а не їх зміст³.

Таким чином, сучасні позитивісти зазвичай дотримуються двох ключових поглядів: 1) те, що вважають за право в кожному конкретному суспільстві, є, по суті, питанням суспільного факту або традиції («суспільна теза»); 2) не існує необхідного зв'язку між правом і мораллю («теза про розмежування»)⁴.

У сучасному позитивізмі можна виокремити два основних напрями: а) «м'який позитивізм» (інкорпоративізм, інклюзивний позитивізм) та б) «жорсткий позитивізм» (ексклюзивний позитивізм). «М'які» позитивісти (зокрема, Г. Харт, Дж. Коулмен) виходять із того, що правило визнання може містити як критерій юридичної чинності відповідність до моральних принципів або змістовних цінностей⁵. Інакше кажучи, вони не заперечують можливість існування в конкретному суспільстві традиції вважати моральну вартість норми за умову її юридичної чинності. У свою чергу «жорсткі» позитивісти (зокрема, Дж. Раз) наполягають на тому, що наявність у певної норми моральної вартості ніколи не може бути критерієм юридичної чинності даної норми; критерієм законності має бути просто якийсь визначений соціальний факт, скажімо, те, що ця норма має конкретне суспільне джерело (наприклад, її ухвалив законодавчий орган)⁶.

Починаючи з другої половини ХХ ст. у західних суспільствах серед представників юридичної професії та населення формується *communis opinio doctorum* (авторитетна загальна думка), стійке переконання, що

¹ Кельзен Г. Чисте правознавство. — С. 217.

² Там само. — С. 234.

³ Баумейстер А. Философия права. — С. 92–93.

⁴ Коулмен Дж. Л., Лейтер Б. Юридичний позитивізм. — С. 154.

⁵ Hart H. L. A. The Concept of Law. — 2nd ed. — Oxford: Clarendon Press, 1994. — P. 250.

⁶ Коулмен Дж. Л., Лейтер Б. Юридичний позитивізм. — С. 156.

позитивне право має відповідати певним змістовним моральним стандартам — справедливості, рівності, свободі, гуманізму та ін. Ці засади знаходять своє відображення в конституціях і міжнародних актах, що свідчать про своєрідну «конвергенцію» природного та позитивного права в межах сучасної правової системи. Таким чином, використовуючи різні підстави для легітимації, прихильники позитивізму і природного права все-таки можуть дійти згоди щодо переліку основоположних принципів сучасного права. Завдяки цьому за великим рахунком зникає підґрунтя для конфлікту при оцінці правового характеру тих чи інших норм.

Закріплюючи (прямо чи опосередковано) ці принципи як орієнтири для позитивних законів, писані конституції доручають судам випробувати відповідність цих законів засадничим положенням конституції¹. Особливу роль у цьому процесі відіграють конституційні суди, які при тлумаченні конституційних норм і здійсненні контролю за конституційністю законів конкретизують вимоги природного права. Отже, конституції та інститут судового контролю дозволяють поєднати абстрактні ідеали природного права з конкретними формальними приписами позитивного права². Оскільки ці надпозитивні принципи записуються в конституції, вони набувають особливої переваги, що дозволяє судам розглядати їх як такі, що мають вищу силу і пріоритет над будь-якими юридичними актами в разі конфлікту. Унаслідок цього реальне (дійсне) право стає єдністю справедливості, яка утворює його сенс, і позитивності, що утворює його предметно-інституційну форму³.

Ця конвергенція дозволяє виділити *два важливих шляхи легітимації сучасного права*. По-перше, *легітимація за змістом* — авторитет права забезпечується його сприйняттям як справедливого та корисного регулятора. Сьогодні на легітимність мають право претендувати ті і тільки ті правила, які могли би бути схвалені всіма можливими зацікавленими особами як учасниками раціонального дискурсу⁴. Тому сучасне суспільство перш за все шукає легітимаційні підстави своїх правових норм у тих переконаннях своїх громадян, у яких всі або принаймні більшість досягає згоди (на наш погляд, ця згода може бути досягнута насамперед щодо основоположних принципів права).

¹ Циппеліус Р. Філософія права: Пер. з нім. — К.: Тандем, 2000. — С. 42.

² Шевчук С. Основи конституційної юриспруденції. — К.: Укр. центр правн. студій, 2001. — С. 47.

³ Максимов С. И. Правовая реальность: опыт философского осмысления. — Харьков: Право, 2002. — С. 171–172.

⁴ Хабермас Ю. Вовлечение другого. Очерки политической теории: Пер. с нем. — СПб.: Наука, 2001. — С. 409.

По-друге, суспільство вдається також до *легітимації права за допомогою процедур*. Правила вважаються авторитетними через те, що вони є породженням певної системи, яка функціонує організованим чином. Правові норми повинні мати «родовід», тобто суспільству слід показати, що вони йдуть від якогось офіційного джерела¹. Так, коротше кажучи, виникає легітимність законності². Цю думку можна простежити в ч. 1 ст. 19 Конституції України, згідно з якою ніхто не може бути примушений робити те, що не передбачено законодавством. Іншими словами, переконаність в обов'язковості права залежить також від авторитетності походження (джерел) його норм³.

Другий засіб підтримання обов'язковості права, на який зазвичай вказують в юридичній літературі, — *можливість застосування державного примусу*. При цьому підкреслюється, що в сучасному суспільстві відбувається зміщення акценту з фізичного на психологічний примус: влада демонструє свою силу, проте насамперед як загрозу, яку вона радше прагне не приводити у виконання⁴. Інакше кажучи, державний примус ніби стоїть за спиною норм права, вступаючи в дію в разі їх порушення. Отже, на думку багатьох фахівців, цей особливий засіб забезпечення відрізняє право від інших суспільних регуляторів, що дозволяє характеризувати останнє як *«примусовий порядок»*⁵.

За спостереженням Р. Циппеліуса, ідея примусової природи права набула найбільшого визнання у XVI та XVII ст., тобто за доби, яку шматували релігійні війни, реформація, громадянські війни⁶. Наприклад, М. Лютер розглядав світське право як примусове — «таке, що примушує злих і захищає добродесних». Він так зображує спосіб здійснення світського права: людей примушують мечем, оскільки при всьому їхньому бажанні вони не змогли б упоратися зі своєю злостивістю, і якщо вони її підкоряють, то роблять це не без страху, а могли б робити з миром і любов'ю, аналогічно до того, як людина накладає ланцюги та окови на дикого й лютого звіра, щоб він не зміг, як звичайно, ні покусати, ні розірвати, навіть коли йому цього дуже кортить⁷.

¹ Познер Р. А. Проблемы юриспруденции. — С. 36.

² Циппеліус Р. Філософія права. — С. 40, 80.

³ Філософія права / За ред. Дж. Фейнберга, Дж. Коулмена. — С. 11.

⁴ Карбонье Ж. Юридическая социология: Пер. с фр. — М.: Прогресс, 1986. — С. 169.

⁵ Кельзен Г. Чисте правознавство. — С. 45.

⁶ Циппеліус Р. Філософія права. — С. 34.

⁷ Лютер М. О светской власти. В какой мере ей следует повиноваться // Лютер М. Время молчания прошло: Избр. произведения 1520–1526 гг.: Пер. с нем. — 2-е изд. — Харьков, 1994. — С. 120.

Т. Гоббс підкреслював, що «закони безсилі захистити їх (людей. — С. П.), якщо їм не допомагає меч в руках одного чи багатьох людей, щоб змусити виконувати закони»¹.

Проте слід зазначити, що не всі правознавці визнають державний примус як засіб підтримання обов'язковості права. Зокрема, Л. Фуллер взагалі відмовляється бачити в примусі (застосуванні санкцій) специфіку правових норм. «Зважаючи на людську природу, цілком очевидно, — констатував відомий американський правознавець, — що система правових норм може втратити ефективність, якщо сама дозволяє беззаконному насильству кидати собі виклик. Інколи насильство можна припинити лише насильством. Тож цілком природно, що в суспільстві має існувати певний механізм, готовий у разі потреби застосувати силу на підтримку закону. Однак це аж ніяк не виправдовує тлумачення застосування (або потенційного застосування) сили як визначальної характеристики права»². У цьому ж дусі мислив Б. Леоні, наголошуючи, що в будь-якій діючій правовій системі роль примусу в цілому є надзвичайно незначною; санкції і примусові заходи не створюють закону, а лише сприяють йому, причому в обмеженій кількості випадків³. За слушним зауваженням Нгуена Куока Діня, «застосування санкцій є умовою ефективності права, а не умовою його існування. <...> На відміну від думок, що іноді звучать, ознакою права є не санкція-покарання, а відчуття зобов'язання адресатами норм незалежно від того, як вони оцінюють обґрунтованість санкцій»⁴. Інакше кажучи, не примус підтримує авторитет права, а авторитет права легітимізує повноваження на примус.

Такий підхід дійсно має сенс, особливо якщо ми поставимо запитання: що забезпечує обов'язковість права для вищих органів держави, наприклад верховного суду, конституційного суду, парламенту, глави держави? Зрозуміло, що в деяких випадках примус щодо цих суб'єктів взагалі не може бути застосований (ні юридично, ні фактично). Тому підпорядкування цих суб'єктів праву за великим рахунком може бути забезпечене лише завдяки їх усвідомленню, переконанню, що здійснення певних дій є обов'язковим, оскільки цього вимагає право (opinio juris sive necessitatis). Мабуть, із цим пов'язане поширене включення до тексту присяги вищих посадовців публічного зобов'язання додержува-

¹ Гоббс Т. Левіафан. — С. 217–218.

² Фуллер Лон Л. Мораль права: Пер. з англ. — К.: Сфера, 1999. — С. 105.

³ Леоні Б. Свобода и закон: Пер. с англ. — М.: ИРИСЭН, 2008. — С. 220.

⁴ Нгуен Куок Динь, Дайе П., Пелле А. Международное публичное право: В 2 т.: Пер. с фр. — Киев: Сфера, 2000. — Т. 1, кн. 1: Формирование международного права; кн. 2: Международное сообщество. — С. 46.

тися конституції і законів¹. Ці ж самі проблеми часто виникають також у сфері міжнародного права. Тому в певному розумінні можна стверджувати, що право є там, де люди переконані в тому, що воно є².

Цікаво, що в найрадикальнійшій версії санкції зникають навіть як засіб забезпечення ефективності права. Так, на думку скандинавських реалістів, право взагалі є лише плодом уяви; воно порівнюється з королівським вбранням із казки Андерсена про голого короля, який прямував голим поміж своїх захоплених придворних, що палко тішилися пишнотою та елегантністю його одягу. Наприклад, Карл Олівекрона заявляє, що ідея існування правових норм, які певним містичним чином обов'язкові для всіх, є нічим іншим, як простою людською фантазією, створеною забобонами, пересудами і магічними минулими віруваннями. Право в такому розумінні — лише слова, викладені на папері, вони викликають у певних ситуаціях думки, асоціації, міркування і можуть впливати на реальні вчинки. Право насправді — не більше ніж форма психології³.

Проте в більш поміркованому і близькому нам варіанті сучасна ідея права передбачає, з одного боку, легітимність самого правила, яка має створювати можливість додержання норм через повагу до них, з другого — легальність поведінки щодо середньостатистичного виконання норм, якого, якщо необхідно, досягають за допомогою санкцій, гарантованих державою⁴.

Останній момент (*легальність поведінки*) є дуже важливим для права, тому на ньому слід зупинитися докладніше. У сучасному розумінні право сприймається не лише як легітимні правила, викладені в певних авторитетних джерелах, але також як *«гарантоване право»*, тобто право, дії якого можна з високою ймовірністю домогтися⁵.

Образ права багато в чому залежить від того, як його здійснюють, тобто як і наскільки його буде виконано, дотримано, а отже, воно залежить від реальності. Як влучно зауважував Б. Кардозо, «якщо норми не працюють, вони хворі»⁶. Про право як справжній соціальний регулятор можна говорити лише тоді, коли його норми дійсно мотивують

¹ Див., зокрема, текст присяги Президента України (ст. 104 Конституції України) та народних депутатів (ст. 79 Конституції України). Цікаво, що судді присягаються підкорюватись тільки закону (див. ст. 10 Закону України «Про статус суддів»).

² Поляков А. В. Российская теоретико-правовая мысль: опыт прошлого и перспективы на будущее. — С. 116.

³ Див. з цього приводу: Ллойд Д. Идея права. — С. 247.

⁴ Хабермас Ю. Вовлечение другого. Очерки политической теории. — С. 403.

⁵ Циппеліус Р. Філософія права. — С. 33.

⁶ Цит. за: Познер Р. Проблеми юриспруденції. — С. 36.

поведінку членів суспільства¹, його норм зазвичай дотримуються і коли їх виконання іншою особою можна домогтися засобами права. Саме тому вислів «Ubi jus ibi remedium» (де право, там і захист) є далеко не простою тавтологією².

Одним із важливіших засобів такого захисту є *інститут звернення з правовою претензією до суду*. Цей інститут має певну — процесуальну — форму, яка завершується винесенням обов'язкового рішення. На думку Ж. Карбон'є, процес і рішення є психосоціологічними феноменами, які настільки чужі всім соціальним неправим явищам і настільки специфічні для права, що обрати саме їх як критерії юридичного є найбільш правильним. Як тільки відносини між двома особами стають об'єктом розгляду з боку третьої особи, яка вирішує спірні питання, це означає, що дані відносини перейшли в галузь права³.

«Якщо право, як воно проголошене через законодавчий орган чи кристалізоване у звичаї, — зазначав Х. Лаутерпахт, — не підтверджується авторитетним шляхом через суд, саме існування права ставиться під сумнів»⁴. На цю ж обставину звертав увагу П. Сандеуар. На його погляд, право, яке в кінцевому підсумку не може бути передане на розгляд і на вирішення суду, виглядає як право незавершене, недосконале і не здатне встановити необхідний соціальний баланс⁵. У свою чергу суд часто іменують правом, що промовляє⁶. При цьому такий захист має бути наданий у розумні строки: як відомо, час «вбиває», «знецінює» право; через несвочасне (некваліфіковане) судочинство право втрачає своє значення, розчиняється в нескінченності, стає неприродним, фальшивим, ілюзорним⁷. Тому зрозуміло, що в межах правової системи завжди існує інтерес у найшвидшому вирішенні спору в суді (*interest reipublicae ut sit finis litium*).

¹ Циппеліус Р. Юридична методологія: Пер. з нім. — К.: Реферат, 2004. — С. 17.

² Дайси А. В. Основы государственного права Англии. Введение в изучение английской конституции: Пер., доп. по 6-му англ. изд. — Изд. 2-е. — М.: Тип. Т-ва И. Д. Сыгина, 1907. — С. 226.

³ Карбонье Ж. Юридическая социология. — С. 171.

⁴ Цит. за: Каламкарян Р. А. Философия международного права. — М.: Наука, 2006. — С. 39.

⁵ Сандеуар П. Введение в право [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://www.vuzlib.net/beta3/html/1/16269>.

⁶ Коріння цієї метафори можна побачити ще в римській юридичній термінології. Як відомо, тісно пов'язане із судовою системою поняття «юрисдикція» (*iurisdictio*) походить від *ius dicere*, яке означає «проголошувати чи говорити те, що є правом» щодо конкретного спору (див.: Гарсія Гаррідо М. Х. Римское частное право: Казусы, иски, институты: Пер. с исп. — М.: Статут, 2005. — С. 159).

⁷ Сандеуар П. Введение в право [Электронный ресурс].

Отже, можливості, що надаються правом, мають бути конкретними і справжніми (реальними), практично здійсненими¹. Право за цих умов має розглядатися не просто як належне, а як *укорінене в практику належне*, що перебуває в процесі становлення, стає частиною реальності².

Ця ж сама ідея гарантованості зустрічається у Г. Кельзена, який наголошує на «дієвості» права. На думку австрійського правознавця, норми правового порядку є чинними тільки тоді, коли цей правопорядок взагалі є дійовим (тобто його фактично дотримуються й застосовують)³. Утрата дієвості по суті означає знищення правопорядку.

Характеризуючи право, ми не можемо залишити поза увагою питання про взаємозв'язок права і держави. На наш погляд, *державу* слід розглядати як *інституцію, яка забезпечує ефективну дію права*.

Як зазначалося вище, ідея права пропонує існування загальних правил, що забезпечують свободу. Установлення таких правил передбачає справедливий трансцендентальний обмін свободою, який відбувається між членами суспільства: обмеження свободи приносить її забезпечення⁴. Право в цьому випадку, перефразуючи Х. М. Баумгартнера, являє собою необхідний продукт самообмеження свободи в ім'я свободи⁵. Люди надають собі права на свободу, відмовляючись від «дикой» свободи. Іншими словами, людські права та обов'язки не падають із неба і не надаються державою; люди — це ті, хто надає собі й іншим права та визнає себе вільним і рівним суб'єктом⁶.

Така первинна правова угода між людьми може бути спрямована насамперед на встановлення *загальних засад (принципів) права, основоположних прав людини*. Вона знаходить своє безпосереднє практичне втілення в конституції. Подібне розуміння добре узгоджується з ідеєю, відповідно до якої конституція є безпосереднім правовим актом реалізації суверенітету народу і не є актом держави в строго юридичному значенні⁷. Отже, загальні для всіх правові норми беруть свій початок у самодіяльній правотворчості індивідуума, яка здійснюється ним

¹ Рабінович П. Верховенство права (за матеріалами практики Страсбурзького Суду та Конституційного Суду України) // Вісн. Акад. прав. наук України. — 2006. — № 2 (45). — С. 5.

² Петришин О. В. Право як соціально-юридичне явище: до постановки питання // Вісн. Акад. прав. наук України. — 2007. — № 4 (51). — С. 15.

³ Кельзен Г. Чисте правознавство. — С. 239.

⁴ Докладніше про цей аспект права див. с. 112–113 даної монографії.

⁵ Баумгартнер Х. М. Свобода и человеческое достоинство как цели государства. — С. 18.

⁶ Див. з цього приводу: Гюфе О. Демократія в епоху глобалізації. — С. 50–52, 57–58, 60.

⁷ Докладніше про цю особливість конституції див. с. 173–174 даної монографії.

разом з іншими, і мають тому свою основу в автономії, у здатності встановлювати закони самому собі¹.

Водночас зрозуміло, що регулювання спільного життя має бути *більш чітким*. Так, перед суспільством постають проблеми визначення і формального закріплення точних несуперечливих правил (тобто створення системи позитивного права), розв'язання конфліктів, пов'язаних з реалізацією та інтерпретацією цих правил (тобто створення судової системи).

Крім того, поза всяким сумнівом, існує необхідність *контролю* за їх дотриманням. Як відомо з теорії ігор, усі досягають більшої вигоди, якщо всі грають за встановленими правилами, проте кожному окремо вигідно порушувати правила (так звана «дилема в'язня» — prisoners' dilemma)². Тому перед будь-якою системою правил постає так звана проблема «пасажира, який не має квитка» (free-rider): людина, котра порушує правила і таким чином безоплатно користується тим, що інші люди їх дотримуються, поступає так само нечесно, як і людина, котра їде автобусом, але при цьому не сплачує за проїзд.

Ця проблема стає особливо помітною на рівні суспільства в цілому — через «дилему великих чисел» (чим більша група, тим сильніше бажання окремого її члена анонімно і за рахунок усіх інших порушити встановлені правила). Як відомо, у малих групах дотримання норм не є важкою справою — кожний контролює поведінку іншого. У великих групах дотримання правил є значно складнішим. Кожний окремих член групи не здатний проконтролювати поведінку всіх інших і боїться, що він один додержується встановлених правил, у той час як інші за його рахунок порушують їх. Отже, виникає необхідність у спеціальній інституції, яка б здійснювала загальний контроль за дотриманням існуючих правил³.

Ефективне вирішення всіх цих проблем стає можливим за допомогою нейтральної (неупередженої) і кваліфікованої особи — *спільної публічної влади*. Відповідно до західної традиції виконання цієї функції покладається на *державу* як представника всього суспільства, що має для цього необхідні організаційні та інтелектуальні ресурси⁴. Держава

¹ Баумгартнер Х. М. Свобода и человеческое достоинство как цели государства. — С. 17.

² Докладніше про цю дилему див., наприклад: Аберкромби Н., Хилл С., Тернер Б. С. Социологический словарь. — С. 152–153.

³ Див. з цього приводу: Козловски П. Общество и государство: неизбежный дуализм: Пер. с нем. — М.: Республика, 1998. — С. 164, 226.

⁴ У незахідних правових системах зазначена функція може ефективно виконуватися не лише державою, а й іншими спільнотами. Цей аспект складає одну з головних особливостей релігійних і традиційних правових систем.

бере на себе відповідальність за підтримання нормативного порядку в суспільстві, і це у свою чергу легітиміє її існування¹. Саме вона здійснює *адміністрування правової системи*: держава уповноважується людьми на правотворчість, тобто створення норм позитивного права, які конкретизують фундаментальні принципи права, забезпечують основоположні права людини і зазвичай враховують правила, що склалися, викристалізувалися внаслідок повторення суспільних відносин²; держава також отримує повноваження на офіційну інтерпретацію норм, контроль за їх дотриманням і здійснення судочинства³. З цієї точки зору держава сама обмежена правом і не здатна робити більше, ніж гарантувати його ефективну дію в суспільстві⁴. Подібне розуміння взаємозв'язку між правом і державою має на меті попередити виникнення такого позитивного права, яке саме по собі є свавіллям, — протиприродного, несправедливого, антигуманного позитивного права⁵.

Характеризуючи право, слід виходити також із того, що воно є *нормативним і системним явищем*.

Перша риса обумовлюється нормативністю його основних складових: норм права і принципів права⁶. Нормативність означає, що норми

¹ Парсонс Т. Система современных обществ: Пер. с англ. — М.: Аспект Пресс, 1998. — С. 37.

² На цій обставині слушно наголошує М. Цвік, підкреслюючи, що юридичні нормативи часто складаються внаслідок постійного повторення суспільних відносин. У свою чергу держава визнає і захищає ці відносини і, продовжуючи процес правотворення, формулює необхідні деталі правового регулювання та належні процедури (див. з цього приводу: Цвік М. Про сучасне праворозуміння // Вісн. Акад. прав. наук України. — 2001. — № 4 (27). — С. 4–5).

³ При цьому необхідно враховувати, що здійснення судочинства не обмежується лише простим застосуванням права. Як зазначав Ф. Гаск, особа, яка має вирішити спір, нерідко зіштовхується з необхідністю сформулювати і таким чином зробити більш точними правила, з приводу яких виникли суперечності, а у випадку, якщо жодне зі встановлених правил не підходить, вона інколи вимушена формулювати нові (Хайек Ф. А. фон. Право, законодательство и свобода: Современное понимание либеральных принципов справедливости и политики. — С. 118). Методологічно питання застосування права досить часто пов'язане з потребою так званої «добудови» права (див.: Циппеліус Р. Юридична методологія. — С. 19). Отже, правосуддя ніби завершує роботу, розпочату суб'єктом правотворчості щодо формування позитивного права.

⁴ Докладніше про роль держави в процесі правотворення права див. с. 170–171 цієї монографії.

⁵ Баумейстер А. Філософія права. — С. 146.

⁶ Водночас слід зважати на те, що право не завжди є нормативним (див. з цього приводу, наприклад: Ручкин Е. Б. К вопросу о нормативности права // Проблемы законности: Республик. міжвід. наук. зб. — Х.: Нац. юрид. акад. України, 2001. — Вип. 46. — С. 3–9).

і принципи права мають загальний характер, який проявляється в їх неперсоніфікованості і невичерпності¹. *Неперсоніфікованість*, тобто відсутність вказівки на конкретного адресата, дозволяє нормам і принципам адресуватися не якійсь одній особі, а відразу багатьом, поіменно не перерахованим. *Невичерпність* норми і принципу означає можливість їх багаторазової реалізації. Іншими словами, норма (принцип) встановлює правило (стандарт) для невідомої (потенційно нескінченної) кількості випадків певного виду і невідомої кількості осіб певної категорії.

Системність права виявляється, зокрема, у тому, що його елементи пов'язані між собою ієрархічно, генетично та функціонально й об'єднані у певні структурні підрозділи. Система права є складним, багатограним феноменом, тому її структура не може досліджуватися лише під одним кутом зору. Для сучасної системи права України важливим є поділ на публічне і приватне право, матеріальне і процесуальне право, регулятивне і охоронне право. У системі права можна виокремити також галузі та інститути права. З нашої точки зору, саме такий комплексний підхід сприяє більш глибокому, об'єктивному з'ясуванню природи права.

Значний інтерес для вітчизняної юридичної науки становлять сучасні західні інтерпретації системи права. Наведемо дві, мабуть, найпопулярніші версії, що, на нашу думку, дозволяють краще зрозуміти це явище.

Так, Г. Харт пояснював право як *комбінацію первинних і вторинних правил*. На його погляд, первинні правила вимагають від людей виконання або утримання від виконання певних дій незалежно від їхнього бажання. У свою чергу вторинні правила передбачають, що люди можуть вводити нові правила первинного типу, анулювати або змінювати старі, різними способами визначати сферу їх дії або контролювати їх юридичні наслідки. Інакше кажучи, вторинні правила стосуються пер-

¹ Ці ознаки нормативності визнаються як пострадянською, так і західною юриспруденцією (див., наприклад: Алексеев С. С. Восхождение к праву. Поиск и решения. – М.: Норма, 2001. – С. 49; Хайек Ф. А. фон. Право, законодательство и свобода: Современное понимание либеральных принципов справедливости и политики. – С. 182, 545).

До речі, ці ознаки фігурують ще в Дигестах Юстиніана: «Lex est commune praesertim» – «Закон є загальним (для всіх) приписом» (Дигести, І.3.1); «Iura non in singulas personas, sed generaliter constituuntur» – «Права встановлюються не для окремих осіб, а загальним чином» (Дигести, І.3.8); «Ex his, quae forte uno aliquo casu accidere possunt, iura non constituuntur» – «Права не встановлюються виходячи з того, що може відбутися в одиничному випадку» (Дигести, І.3.4) (Дигести Юстиніана: Пер. с лат. / Отв. ред. Л. Л. Кофанов. – М.: Статут, 2002. – Т. 1, кн. I–IV. – С. 106–109).

винних правил: вони визначають способи, у які первинні правила можна остаточно з'ясувати, вводити, виключати, змінювати, а також остаточно визначати факт їх порушення. Отже, правила першого типу покладають обов'язки, а правила другого типу надають повноваження. Саме виникнення вторинних правил Г. Харт розглядає як крок уперед, не менш важливий для суспільства, ніж винайдення колеса. На його думку, це був крок із доправового у правовий світ¹.

Серед вторинних правил Г. Харт виокремлює: 1) ті, що надають повноваження творити закони («правила змін»), — вони уповноважують якусь людину або групу осіб запроваджувати нові первинні правила та скасовувати старі правила; 2) ті, що надають повноваження судити («правила винесення вироку»), — вони уповноважують окремих осіб авторитетно вирішувати питання, чи було порушено первинне правило в тому чи іншому конкретному випадку, а також визначатимуть належну процедуру винесення подібного вироку; 3) «правило визнання» — воно не надає повноважень, а визначає умови, які слід виконати, щоб певну норму можна було вважати частиною права суспільства².

Згідно з другою версією, яку репрезентує Р. Дворкін, право визначається як *сукупність правил і принципів*. На його погляд, правила спрямовані на визначення юридичних прав і обов'язків, а принципи є вимогами справедливості, чесності чи якогось іншого морального виміру. Різниця між принципами та правилами полягає насамперед у логічній відмінності. Вони вказують на конкретні рішення щодо юридичного обов'язку за конкретних обставин, але відрізняються за характером заданого ними напрямку. Правила застосовуються в манері «все або нічого». Якщо в наявності обумовлені правилом факти, тоді або правило дійсне, а значить, потрібно прийняти відповідь, що міститься в ньому, або ж воно не дійсне, і в цьому разі воно нічим не допоможе вирішенню справи. Принцип зовсім не має на увазі визначити умови, за яких його застосування стає необхідним. Натомість у ньому міститься міркування, орієнтоване в одному напрямку, але не вказується на необхідність конкретного рішення. Суб'єкти права мають брати його до уваги там, де він доречний, і те, що він орієнтуватиме їх у тому чи іншому напрямку³.

У «Постскрипті» до другого видання «Концепції права» Г. Харт визнав, що розмежування правил і принципів має під собою розумну підставу. Він констатував, що в правовій системі можна знайти не лише

¹ Харт Х. Л. А. Концепція права. – С. 48, 96, 100.

² Там само. – С. 97–99.

³ Дворкін Р. Серйозний погляд на права. – С. 47, 50, 52.

правила, які мають остаточний чи близький до остаточного характер, але й варіативні юридичні стандарти, що визначають фактори, які слід враховувати і зважувати у співвідношенні з іншими. Проте, на думку Г. Харта, різкий контраст між правилами і принципами (зокрема, за такою ознакою, як «все або нічого») є необґрунтованим¹.

Підбиваючи підсумки, ми можемо визначити *право* як загально-обов'язковий соціальний регулятор (систему норм та принципів), спрямований на забезпечення свободи, ефективна дія якого гарантується державою.

§ 2. Поняття основоположних принципів права та їх система

У загальній теорії права традиційно використовується етимологічне значення слова «принцип» (від лат. *principium* — первісне, визначальне, те, від чого походить усе інше) — засада, основа, керівна ідея, вихідне положення будь-якого явища (учення, організації, діяльності тощо)².

Іншими словами, при характеристиці принципу зазвичай звертається увага на те, що він, по-перше, являє собою ідею, положення, вимогу і, по-друге, він є не простим положенням (ідеєю, вимогою), а основним, основоположним, засадничим, фундаментальним, вихідним, загальним, керівним, відправним, провідним, чільним. Більшість із перелічених слів за великим рахунком є синонімами, тому їх можна використовувати разом при визначенні принципу права без будь-якої суттєвої шкоди для нашого дослідження.

Водночас при більш прискіпливому погляді на термінологію можна побачити деяку відмінність між термінами «ідея», «положення», «вимога». Так, ідея (від грец. *idea* — вигляд, образ, об'єкт мислення) — це форма осягнення світу в думці; у науковій сфері ідеї узагальнюють досвід попереднього розвитку знання в тій чи іншій галузі, вони служать основою, що синтезує знання в цілісну систему, виконують роль евристичних принципів пояснення світу³. Вимога — це побажання, прохан-

¹ Hart H. L. A. *The Concept of Law*. — 2nd ed. — P. 263; Моисеев С. В. «Понятие права» Герберта Харта // Харт Г. Л. А. *Понятие права*: Пер. с англ. — СПб.: Изд-во С.-Петерб. ун-та, 2007. — С. 293–294.

² *Общая теория государства и права. Академический курс*: В 3 т. — Изд. 2-е, перераб. и доп. / Отв. ред. М. Н. Марченко. — М.: Зерцало-М, 2001. — Т. 2. — С. 75.

³ Огурцов А. П. *Идея* // Новая философская энциклопедия: В 4 т. — М.: Мысль, 2001. — Т. 2. — С. 83.

ня, висловлене так, що не допускає заперечень¹; норми, правила, яким хто-, що-небудь повинні підлягати²; правило, умова, обов'язкова для виконання³. Найбільш нейтральним серед них є термін «положення», який означає твердження, думку, що лежить в основі чого-небудь; тезу⁴.

Проте подібні термінологічні розбіжності ми вважаємо навіть корисними: вони дозволяють нам охарактеризувати принципи права в режимі «стерео», підкреслити складність даної категорії, зробити наголос відразу на кількох її аспектах.

Наприклад, термін «ідея» відображає генетичний аспект принципу⁵, допомагає продемонструвати, що принципи є інтелектуально-духовними засадами права. Як відомо, саме ідеї утворюють той змістовний каркас, у якому виражається і твориться право. Вони носять програмний і стабілізуючий характер, мають такі риси, як самоочевидність, самодостатність, універсальність⁶. У свою чергу термін «вимога» добре ілюструє таку особливість принципів, як їх імперативність, категоричність, обов'язковість, він свідчить про те, що певне положення є не лише елементом правосвідомості, але й розглядається як складова права.

Так, зрозуміло, що в основі кожного принципу права лежить певна ідея. Відомо, що будь-яка загальна ідея проходить крізь історію у своїх специфічних формах, обумовлених особливостями буття людей і рівнем їх цивілізації. Спочатку принцип зазвичай є ідеєю, що виникає лише спорадично як мрії окремих умів чи як легкий відтінок інших форм духовності; поволі вона втілюється в соціальних практиках, поступово набуваючи визнання і вимагаючи реформ існуючого порядку; загальні ідеї є рушійною силою, що веде суспільство від одного стану до іншого: поселяючись у свідомості людей, вони жалять як оводи чи світять як маяки; у якийсь момент жевріючий вогник, запалений ідеєю, спалахує полум'ям — настає період швидких змін; принцип стає важливою

¹ *Словник синонімів української мови*: В 2 т. / А. А. Бурячок, Г. М. Гнатюк, С. І. Головащук та ін. — К.: Наук. думка, 1999–2000. — Т. 1. — С. 183.

² *Великий тлумачний словник сучасної української мови* / Уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел. — К.; Ірпінь: ВТФ «Перун», 2001. — С. 101.

³ *Большой толковый словарь русского языка* / Сост. и гл. ред. С. А. Кузнецов. — СПб.: Норинт, 1998. — С. 1341.

⁴ *Великий тлумачний словник сучасної української мови*. — С. 851; *Словник синонімів української мови*. — Т. 2. — С. 306.

⁵ У такому наголосі можна почути платонівське розуміння ідей як праобразів реальності, за якими сформовано предмети видимого світу (Кунцман П., Буркард Ф.-П., Відман Ф. *Філософія*: dtv-Atlas: Пер. з 10-го нім. вид. — К.: Знання-Прес, 2002. — С. 39).

⁶ Малахов В. П. *Концепция философии права*. — М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2007. — С. 178–179.

складовою суспільної культури, втілюється в системі вимог (імперативів) і врешті-решт (досить часто в поєднанні з іншими ідеями) змінює обличчя певної цивілізації¹. Ми спробуємо продемонструвати подібний процес утвердження ідей у параграфах, присвячених загальним засадам права. Це дає можливість характеризувати принципи як ідеї, що стали вимогами в процесі їх історичного розвитку.

Отже, принципи не є вічними вимогами; їх існування обумовлене певним соціально-історичним контекстом. Проте принципи не стають менш священними, якщо не можна гарантувати їх вічного життя. На думку І. Берліна, у дійсності бажання підкріпити свою віру в те, що в певному об'єктивному царстві наші цінності є вічними і непохитними, свідчить лише про тугу за дитинством із його визначеністю і за абсолютними цінностями нашого первісного минулого².

Слід підкреслити, що подібне уявлення про природу принципів формує переконання, що держава не створює основоположні принципи права, а тільки закріплює їх в юридичних актах. За великим рахунком принципи «живуть» не в текстах законів чи інших нормативно-правових актів, а у свідомості законодавців, суддів, інших суб'єктів правотворчості і правозастосування³; вони ніби «написані в серцях» (Рим. 2:15); принципи права фактично проявляють себе саме через діяльність юристів у відповідній правовій системі⁴; у юридичних же актах принципи лише знаходять своє підтвердження. Початок розуміння певних ідей як принципів права йде не від конкретного рішення якогось законодавчого органу або суду, а від почуття правомірності, яке поступово розвинулось у представників юридичної професії та у звичайних суб'єктів права. Підтримання їхньої сили залежить від збереження цього почуття правомірності⁵. Цим принципи яскраво відрізняються від звичайних норм права, формування і виникнення яких у багатьох випадках відбувається за активним творчим сприянням держави. На наш погляд, ця особливість дає додаткові аргументи на користь визнання основоположних принципів права самостійним джерелом права⁶.

¹ Уайтхед А. Избранные работы по философии: Пер. с англ. – М.: Прогресс, 1990. – С. 394, 397, 404, 407.

² Берлін І. Дві концепції свободи // Сучасна політична філософія: Антологія: Пер. з англ. / Упоряд. Я. Кіш. – К.: Основи, 1998. – С. 108.

³ Мальцев Г. В. Социальные основания права. – М.: Норма, 2007. – С. 662.

⁴ Скурко Е. В. Принципы права в современном нормативном правопонимании. – С. 22.

⁵ Дворкін Р. Серйозний погляд на права. – С. 71.

⁶ Докладніше з цього приводу див. шосту ознаку основоположних принципів права.

У теорії держави і права загальноновизнаним є поділ принципів права на загальноправові (загальні), міжгалузеві і галузеві¹. Ці принципи притаманні відповідно системі права в цілому, кільком галузям права або окремим галузям.

На нашу думку, у системі загальних принципів права можна виділити групу основоположних принципів. Як відомо, основоположний — такий, що визначає основні положення чого-небудь, дає основу чому-небудь, основний². Таким чином, основоположними можна вважати принципи, що лежать в основі права, утворюють його фундамент; на них ґрунтується право як загальнообов'язковий соціальний регулятор.

Спробуємо сформулювати *ознаки* основоположних принципів права.

1. Основоположні принципи права є *концентрованим виразом найважливіших сутнісних рис та цінностей*, що властиві певній системі права. Вони акумулюють, переводять на мову правових категорій і репрезентують засади цього суспільства, закладені в його ладі інтелектуально-ціннісні установки й тенденції³.

Крім того, принципи права досить часто є закріпленням тих вищих засад і цінностей, що утворюють його загальнолюдський вимір. Більшість таких засад ґрунтуються на «природній справедливості», загальній для всіх правових систем⁴, тому вони традиційно пов'язуються з існуванням природного права⁵. Часто підкреслюють, що «загальні принципи права є засобом перенесення природного в позитивне право» (Г. Шварценбергер)⁶. Ці так звані морально-етичні принципи утворюють моральну основу права, його духовний фундамент⁷. Без деяких принципів правопорядок, імовірно, не зміг би існувати. Ідеться, зокрема, про принципи добросовісності, заборони зловживання правом, заборони необґрунтованого збагачення, відшкодування збитків, принцип, який

¹ Див., наприклад: Теория государства и права: Курс лекций / Под ред. Н. И. Матузова и А. В. Малько. – М.: Юристъ, 1997. – С. 150; Байтин М. И. Сущность права (современное нормативное правопонимание на грани двух веков). – С. 149; Скурко Е. В. Принципы права в современном нормативном правопонимании. – С. 75.

² Словник української мови: В 11 т. / Редкол.: І. К. Білодід (голова) та ін. – К.: Наук. думка, 1974. – Т. 5: Н–О. – С. 777.

³ Алексеев С. С. Восхождение к праву. Поиски и решения. – С. 298.

⁴ Маланчук П. Вступ до міжнародного права за Ейкхерстом: Пер. з англ. – Х.: Консум, 2000. – С. 87–88.

⁵ Радбрух Г. Философия права: Пер. с нем. – М.: Междунар. отношения, 2004. – С. 26.

⁶ Цит. за: Нешатаева Т. Е. Уроки судебной практики о правах человека: европейский и российский опыт. – М.: Городец, 2007. – С. 19.

⁷ Байтин М. И. Сущность права. – С. 150.

встановлює, що рівний над рівним не може мати влади, принцип, згідно з яким не можна бути суддею у власній справі¹.

За образним висловом А. Барака, правова система не може підтримуватися одним лише тілом права; тілу правової системи потрібна душа, можливо навіть над-душа². На нашу думку, можна вважати, що саме основоположні принципи й утворюють душу права, виконуючи *аксіологічну функцію*.

Принципи права, поза всяким сумнівом, символізують дух права. Як слушно зазначив з цього приводу суддя Верховного Суду Ізраїлю М. Чешін, «усе це — принципи, цінності, доктрини — є *prima facie* (на перший погляд) надправовими, але вони слугують якорем для права — для кожного закону — і жоден закон не може бути переказаний без них. Закон без такого якоря схожий на будинок без фундаменту; позаяк він не може встояти без нього, те ж саме й закон, який спирається сам на себе, схожий на повітряний замок»³.

2. У разі конкуренції між принципами при вирішенні конкретної правової ситуації *вибір здійснюється не за традиційними правилами подолання колізій між нормами права*. Ця особливість застосування принципів порівняно із звичайними нормами була влучно підкреслена Р. Дворкіним⁴. Він зауважує, що принципи мають вимір ваги (чи важливості), якого позбавлені правила. Якщо має місце конфлікт двох правил, то одне з них не може бути дійсним. Коли ж у конкретній справі перетинаються принципи, той, хто має розв'язати конфлікт, повинен узяти до уваги відносну вагу кожного з них⁵. Іншими словами, при вирішенні тієї самої справи можуть використовуватись кілька принципів, що суперечать один одному. Ті принципи, які «програють» в одній справі, не відкидаються і не змінюються (на відміну від правил), навіть якщо в цьому конкретному випадку його переважили інші принципи. Кожен принцип, будь він «переможцем» чи «переможеним», наступного разу може знову, ніяк не змінившись, «вступити в битву» при вирішенні аналогічних справ у майбутньому⁶.

Цю особливість принципів можна проілюструвати на прикладі обмеження свободи слова. Як відомо, кожному гарантується право на

¹ Тускоз Ж. Міжнародне право: Пер. з фр. — К.: АртЕк, 1998. — С. 208; Міжнародне право / За ред. М. В. Буроменського. — К.: Юрінком Інтер, 2005. — С. 48.

² Барак А. Судейское усмотрение: Пер. с англ. — М.: Норма, 1999. — С. 89.

³ Цит. за: Шевчук С. Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні. — К.: Реферат, 2007. — С. 279.

⁴ Докладніше про цю особливість див. с. 23 даної монографії.

⁵ Дворкін Р. Серйозний погляд на права. — С. 53.

⁶ Моисеев С. В. Философия права. — С. 63.

свободу думки і слова, на вільне вираження своїх поглядів і переконань. Однак здійснення цих прав може бути обмежене законом — зокрема, для захисту репутації або прав інших людей (ст. 34 Конституції України, статті 9 і 10 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод). Це обмеження логічно обумовлене іншою конституційною нормою, згідно з якою кожен має право на повагу до його гідності (ст. 28 Конституції).

Зрозуміло, що при розгляді деяких справ даної категорії (скажімо, справ про поширення неправдивих відомостей) постає питання про конкуренцію принципів свободи і гуманізму. Наприклад, принцип свободи зазвичай має більшу вагу при висловленні образливих оціночних суджень, ніж при розповсюдженні неправдивих фактів. Так, за загальним правилом доведення правдивості оціночного судження є неможливим і порушує саму свободу думки (справа *Jerusalem v. Austria* (2001)), проте оціночне судження без будь-якої фактичної основи може бути надмірним (справи *De Haes and Gijssels v. Belgium* (1997) та *Oberschlick v. Austria* (№ 2) (2001))¹. Інакше кажучи, перевага принципу свободи над гуманізмом не є абсолютною навіть у справах про оціночні судження. У справах про образу представників держави, уряду і політиків вага принципу свободи є більшою, ніж у справах про образу приватних осіб, оскільки «межі дозволеної критики щодо політиків як таких ширші, ніж щодо приватних осіб» (справа *Lingens v. Austria* (1986)). Схожа ситуація складається і при образі підприємців, які активно задіяні у справах великих публічних компаній (справа *Fayed v. United Kingdom* (1994))².

3. *Найбільш загальний характер* принципів права означає найвищий ступінь їх абстрагування. Безперечно, будь-яка норма права за своїм визначенням є узагальненням, тому що вона встановлена для невизначеної кількості актів і фактів. Утім це не заважає їй зберігати свою специфіку: вона регулює лише однорідні випадки, тобто ті факти чи акти, що відповідають її предмету. Принцип же, навпаки, виступає як узагальнення, оскільки він передбачає застосування певного правила щодо різноманітних випадків, які підлягають правовому регулюванню³. Тому порівняно з нормами принципи права є нормативними узагальненнями найвищого рівня, свого роду згустками правової матерії.

Через це принципи зазвичай не прив'язують жодний визначений деталізований результат ні до якого визначеного деталізованого фактичного стану⁴. Як підкреслював А. Вайтхед, найбільш загальні ідеї

¹ Шевчук С. Судовий захист прав людини: практика Європейського Суду з прав людини у контексті західної правової традиції. — К.: Реферат, 2006. — С. 517.

² Там само. — С. 522–524.

³ Бергель Ж.-Л. Общая теория права. — С. 169.

⁴ Барак А. Судейское усмотрение. — С. 69.

рідко набувають скільки-небудь точного словесного вираження; вони лише ніби вгадуються в специфічних формах, що відповідають тому чи іншому часу¹. Саме тому досить часто основоположні принципи як ідеї, не пропонуючи остаточного рішення в конкретному випадку, виконують функцію розкриття проблеми, вони змальовують її, підштовхуючи дискусію².

Яскравим прикладом, який ілюструє цю особливість, є ситуація з втіленням в юридичних актах принципу рівності. Так, принцип рівності ґрунтується на ідеї, відповідно до якої регулювання має бути однаковим за однакових обставин. К. Хессе відзначає, що проблема полягає в тому, що вважати однаковими обставинами і що не повинно регулюватися рівним чином. Проте точної відповіді на всі ці запитання немає³. Не випадково в практиці конституційних судів зустрічається багато справ, пов'язаних з перевіркою юридичних актів на їх відповідність принципу рівності. Це характерно і для діяльності Конституційного Суду України⁴.

Наповнення принципів нормативним змістом відбувається в процесі практичної діяльності різних гілок влади. Зрозуміло, що це є традиційним завданням органів законодавчої влади, яке виконується в процесі поточної нормотворчості. Утім воно не є їх виключною прерогативою. Слід звернути увагу на те, що важливу і динамічну роль як у вираженні принципів, так і в екстраполяції їх щодо питань, які виникли вперше, часто відіграють і суди⁵.

Цей процес з'ясування суті принципів під час здійснення судочинства нагадує процес поступового прояву зображення на фотографічному папері⁶. Питання про специфічний зміст принципу зазвичай вирішується судами в ході обережного безперервного правового розвитку і лише тоді й остільки, коли і оскільки це стає необхідним при вирішенні конкретної справи. Ця політика судів знаходить найбільш яскравий вияв у практиці Європейського суду з прав людини. Імовірно, саме тому, формулюючи конкретні вимоги, що утворюють зміст принципів права,

він часто використовує словосполучення «inter alia» (між іншим). За посередництвом правосуддя основоположні принципи ніби трансформуються в специфічні нормативно-правові вимоги¹, здійснюється так звана «добудова» права². Унаслідок цього принцип як ідея поступово перетворюється в принцип як сукупність конкретних вимог.

На нашу думку, різницю між принципом як ідеєю і принципом як сукупністю конкретних вимог можна продемонструвати за допомогою понять «концепт» (concept) і «концепція» (conception), які використовуються в сучасній західній літературі з політичної філософії і філософії права. Так, концепт є максимою, інваріантом, центральним елементом певної ідеї. Проте він не є самодостатнім: поки його не доповнити критеріями, необхідними для застосування даного стандарту, він не може бути надійним засобом для керування людською поведінкою³. Дж. Ролз пояснював різницю між концептом і концепцією на прикладі справедливості. Він зазначав, що концепт справедливості, прикладений до інституції, означає, що ця інституція не робить свавільних розрізень між особами в наданні їм основних прав і обов'язків та що її правила встановлюють належну рівновагу між конкуруючими претензіями. Справедливість як концепція включає, окрім цього, принципи й критерії для вирішення того, які розрізнення є довірливими та коли слід встановлювати рівновагу між конкурентними претензіями. Люди можуть погоджуватися між собою щодо значення концепту справедливості та все одно бути в незгоді, оскільки для визначення цих речей вони встановлюють різні принципи і норми. Розвинути концепт справедливості в її концепцію означає розробити ці необхідні принципи й норми⁴.

При цьому варто пам'ятати, що хоча принципи і піддаються тлумаченню, яке змінює та розвиває їх зміст, є, проте, ядро, котре необхідно оберігати, якщо ми бажаємо надати принципам певне значення. Вони не повинні нагадувати цибулю Пера Гюнта, з якої, як відомо, можна знімати луску до тих пір, поки не з'ясується, що на місці серцевини нічого, крім луски, немає⁵.

Найвища загальність і абстрактність принципів, як уже зазначалось, досить часто залишає судам достатню свободу розсуду й оцінок у про-

¹ Бондарь Н. С. Власть и свобода на весах конституционного правосудия: защита прав человека Конституционным Судом Российской Федерации. – М.: Юстицинформ, 2005. – С. 259.

² Циппеліус Р. Юридична методологія. – С. 19.

³ Харт Х. Л. А. Концепція права. – С. 158–159.

⁴ Ролз Дж. Політичний лібералізм: Пер. з англ. – К.: Основи, 2000. – С. 38.

⁵ Шайо А. Самоограничение власти (краткий курс конституционализма): Пер. с венг. – М.: Юристъ, 2001. – С. 289.

¹ Уайтхед А. Избранные работы по философии. – С. 394.

² Циппеліус Р. Юридична методологія. – С. 26.

³ Хессе К. Основы конституционного права ФРГ: Пер. с нем. – М.: Юрид. лит., 1981. – С. 215.

⁴ Про це докладніше див. § 2 розд. 2 даної монографії.

⁵ Галлиган Д., Полянский В. В., Стариков Ю. Н. Административное право: история развития и основные современные концепции. – М.: Юристъ, 2002. – С. 169.

⁶ Гаджиев Г. А. Конституционные принципы рыночной экономики (развитие основ гражданского права в решениях Конституционного Суда Российской Федерации). – М.: Юристъ, 2002. – С. 8.

цесі вирішення конкретних справ. Це робить принципи інструментами, що дозволяють інтегрувати в правопорядок соціальні реалії і цінності поточного моменту¹, адаптувати конкретні норми права до умов суспільного життя, що постійно змінюються². Отже, принципи права виконують *коригуючу функцію*.

У цілому основоположний принцип права можна представити як складний регулюючий комплекс, який включає певні основні вимоги, що ніби огорнуті «хмарою» правосвідомості, правової ідеології, практикою їх застосування³. Тому з'ясування змісту принципу права слід проводити через дослідження різноманітних юридичних актів (актів законодавства, актів застосування права, інтерпретаційних актів тощо).

Дія принципів на відміну від інших норм через їх найбільш загальний характер зазвичай поширюється за межі окремих видів відносин і інститутів права. Природно, що дія основоположних принципів виходить за межі окремих галузей права. Принципи утворюють свого роду нормативну парасольку, яка накриває всі законодавчі акти⁴. Наприклад, принципи пропорційності, правової визначеності й добросовісності визначають правове регулювання в усіх галузях та інститутах права.

4. Основоположні принципи визначають змістовний характер системи права і напрямки її подальшого розвитку, виконуючи таким чином *системоутворюючу і системоспрямовуючу функції*. Принципи права є центральною ланкою правового матеріалу, «стрижнем» юридичних конструкцій, «родзинкою» того чи іншого структурного підрозділу системи права⁵. Вони — ніби «сухий залишок» правової матерії, її скелет, її суть, звільнена від конкретики і окремішності⁶. Принципи виконують, образно кажучи, функцію головних, несучих елементів конструкції, навколо якої будується вся правова система⁷, вони об'єднують і немов цементують галузі, підгалузі й інститути права, сприяють єдності та стабільності чинної системи права⁸.

Принципи наче розчинені в праві, пронизують собою практично всі або майже всі його норми та інститути. Принципи концентрують ре-

зультат розвитку права, у них втілюється нерозривний зв'язок минулого, сьогодення і майбутнього¹. Вони як своєрідний вектор визначають напрямок розвитку правової системи, впливають на зміст і розвиток всіх інших елементів правової матерії, впливають на характер, склад і зміст суб'єктивних прав, на їх співвідношення з обов'язками, заборонами, відповідальністю, на їх реальність, забезпеченість, захищеність тощо². За образним висловом Ж. Тускоза, принципи надихають усі джерела³.

Як підкреслює С. Алексєєв, у дії того чи іншого нормативного припису або їх асоціації, часто в прихованому вигляді, проявляється і дія нормативних положень більш високого рангу, що знаходяться ніби за їх спиною, — принципів права⁴.

Знання принципів є запорукою належного орієнтування в системі права, на їх основі кваліфікований юрист може скласти певне уявлення про інші норми права. Наприклад, притаманний цивільному праву принцип свободи договору як конкретизація такої загальної засади права, як свобода, визначає зміст більшості норм зобов'язального права.

З аксіоматичного пріоритету принципів над іншими нормами права випливає, що більшість норм формується під впливом або на розвиток того чи іншого принципу або групи принципів і не повинні їм суперечити. Правові норми є зазвичай лише різними проявами дії принципів, засобами їх конкретизації. Проте в деяких випадках, спеціально передбачених законом, норми права можуть встановлювати винятки з принципів — заради інших принципів права, дотримання яких у цій ситуації має більший суспільний інтерес. Так, окремі норми КПК і ЦПК як винятки із принципу гласності встановлюють особливості закритого судового розгляду для забезпечення прав людини.

Ця риса принципів активно використовується при тлумаченні норм права. Як відомо, у ході тлумачення відбувається пошук задуму правотворчого органу. За загальним правилом особа, що здійснює тлумачення, має виходити з того, що цей задум полягав у розвитку фундаментальних цінностей системи, а не в їх запереченні. Як зауважував з цього приводу голова Верховного Суду Ізраїлю Іцхак Ольшан, «за відсутності спеціальної інструкції не можна припускати, що законодавча влада мала намір бути жорстокою і відходити від принципів, які можна назвати аксіоматичними»⁵. Це правило є своєрідною гарантією проти

¹ Бертельс Ж.-Л. Общая теория права. — С. 350.

² Гаджиев Г. А. Конституционные принципы рыночной экономики. — С. 8.

³ В основу такого уявлення покладена точка зору С. Алексєєва на норми права, викладена в його останніх роботах (див., наприклад: Алексєєв С. С. Восхождение к праву. Поиски и решения. — С. 73–74).

⁴ Барак А. Судейское усмотрение. — С. 88.

⁵ Алексєєв С. С. Восхождение к праву. Поиски и решения. — С. 298.

⁶ Лившиц Р. З. Теория права. — 2-е изд. — М.: БЕК, 2001. — С. 195.

⁷ Марксистско-ленинская общая теория государства и права. Социалистическое право. — М.: Юрид. лит., 1973. — С. 45.

⁸ Байтин М. И. Сущность права. — С. 149.

¹ Лившиц Р. З. Теория права. — С. 200.

² Алексєєв С. С. Восхождение к праву. Поиски и решения. — С. 299.

³ Тускоз Ж. Міжнародне право. — С. 210.

⁴ Алексєєв С. С. Восхождение к праву. Поиски и решения. — С. 72.

⁵ Цит. за: Барак А. Судейское усмотрение. — С. 86–87.

зловживання правом тлумачення. Самі принципи в такому випадку виконують *інтерпретаційну функцію*.

Як правило, для принципів, що виконують *регулятивну функцію*, характерна опосередкована форма реалізації: відповідно до них формулюються норми права, що знаходять своє закріплення в юридичних актах, і здійснюється весь процес правового регулювання. Проте принципи можуть бути і безпосередньою правовою підставою для вирішення справ — наприклад, при застосуванні аналогії права в ненормативних актах. Відомо, що детальна регламентація за всієї її розвиненості не може передбачити всього, у той час як загальні принципи можуть охоплювати велику кількість нових і непередбачених ситуацій. Для заповнення прогалін і подолання суперечностей, неминучих у сучасних умовах ускладнення суспільних відносин, необхідно частіше, ніж будь-коли раніше, звертатися до принципів права¹, які виконують *праводоповнюючу функцію*. Саме завдяки принципам права створюється унікальна ситуація: існують прогаліни в праві (законодавстві), однак правопорядок прогалін не має².

5. У порівнянні з правовими нормами принципи права відрізняються *більшою стійкістю*, залишаються незмінними протягом тривалого часу. Однак підвищена стійкість не заважає принципам еволюціонувати разом із суспільством. Таким чином, іде постійний процес внутрішнього розвитку, унаслідок якого вони, як у живому організмі, набувають життєвих сил і отримують імпульс для засвоєння нових сфер свого застосування³. Наприклад, принцип свободи в період чинності ЦК 1963 р. був обмежений положенням ст. 48, згідно з яким визнавалась недійсною та угода, що не відповідає вимогам закону. Після набрання чинності ЦК 2003 р. межі свободи розширились. Так, відповідно до ст. 6 ЦК, яка є важливою новелою цивільного права, сторони в договорі можуть відступити від положень актів цивільного законодавства і врегулювати свої відносини на власний розсуд, за винятком ситуацій, коли в цих актах прямо вказано про це, а також у разі, якщо обов'язковість для сторін положень актів цивільного законодавства впливає з їх змісту або із суті відносин між сторонами.

6. Як і правові норми, основоположні принципи зазвичай *фіксуються в зовнішніх формах (джерелах) права*. Так, принципи можуть існувати як у самому законі, так і поза законом (тобто в інших джерелах

¹ Бергель Ж.-Л. Общая теория права. – С. 30.

² Алексеев С. С. Право на пороге нового тысячелетия. Некоторые тенденции мирового правового развития – надежда и драма современной эпохи. – М.: Статут, 2000. – С. 152.

³ Ллойд Д. Идея права. – С. 239.

права). Це дає нам підстави виділяти основоположні принципи, закріплені в законодавстві, та такі, що ним не передбачені. Деякі вчені пропонують залежно від форми викладення принципів ділити їх на дві групи: принципи, безпосередньо сформульовані в законі, і принципи, які виводяться в непрямій формі¹, або, користуючись іншою термінологією, принципи, що набули текстуального закріплення, і принципи, що мають змістовне закріплення². В останньому випадку у виявленні та формуванні принципів важливу роль відіграє юридична практика і правова наука, які наче добувають загальний правовий корінь із багатьох юридичних норм³.

Згідно з традиційним підходом принципи розглядаються лише як зміст права (як норми-принципи) і тому в будь-якому разі мають знайти своє втілення у формах позитивного права: або у вигляді окремого абстрактного, узагальнюючого припису, або у певній сукупності норм права, з яких такий принцип виводиться індуктивним шляхом (розчинений у цих нормах принцип, за влучним висловом Р. Лівшиця, тут грає роль ніби режисера-постановника за сценою⁴). Без цього вони залишаються лише правовими ідеями, які охоплюються сферою правосвідомості.

Більш оригінальною є концепція, відповідно до якої основоположні (загальні) принципи права можуть використовуватися у двох значеннях: *і як зміст права, і як його форма (джерело)*⁵. Таким чином, вони є самодостатніми: для застосування їх вимог немає необхідності посилається на інше джерело права (закон, правовий звичай тощо). Ця дуалістична концепція знаходить своє підтвердження, зокрема, у практиці міжнародно-правового регулювання (див., наприклад, ст. 38 Статуту Міжнародного суду ООН). Загальні принципи досить часто розглядаються як самостійна форма (джерело) права в європейському праві⁶ і в сім'ї романо-германського права⁷. Важливу роль в утвердженні цієї ідеї відіграла судова влада⁸. Концепція, згідно з якою правові

¹ Лившиц Р. З., Никитинский В. И. Принципы советского трудового права // Сов. государство и право. – 1974. – № 8. – С. 32–37.

² Уржинский К. П. К вопросу о принципах правового регулирования общественных отношений // Правоведение. – 1968. – № 3. – С. 125.

³ Самостоятельность и независимость судебной власти Российской Федерации / Под ред. В. В. Ершова. – М.: Юрист, 2006. – С. 129.

⁴ Лившиц Р. З. Теория права. – С. 196.

⁵ Толстик В. А. Иерархия российского и международного права. – С. 10.

⁶ Европейское право / Под общ. ред. Л. М. Энтина. – М.: Норма, 2000. – С. 92.

⁷ Bell J., Boyron S., Whittaker S. Principles of French law. – Oxford University Press, 1998. – P. 14; Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности: Пер. с фр. – М.: Междунар. отношения, 1996. – С. 108–111.

⁸ Див. з цього приводу: Бергель Ж.-Л. Общая теория права. – С. 166.

норми можуть бути виведені не тільки з нормативно-правових актів, але й із загальних принципів права, дає можливість судам застосовувати право навіть в умовах відсутності відповідних правових приписів, знімає із судів звинувачення у перевищенні повноважень і викривленні законодавства¹.

Таке розуміння зв'язку основоположних принципів із джерелами (формами) права краще узгоджується з аксіологічною природою принципів. Як зазначалося вище, початок певних ідей як принципів права йде не від конкретного юридичного акта, а від загального почуття правомірності. Тому не існує жодної формули для визначення, у якій кількості та якого роду інституційні підтвердження необхідні для того, щоб зробити певний принцип юридичним. Отже, хоча принципи і знаходять підтримку в офіційних актах правових інституцій, їх зв'язок із цими актами не настільки простий чи прямий, щоб його можна було сформулювати в термінах критеріїв, визначених якимось кінцевим головним правилом визнання². Основоположні принципи — це радше «*ius non scriptum*» (неписане право), ніж «*ius scriptum*» (писане право); навіть після їх закріплення в юридичних актах вони — лише «*ius scriptum sensu grammatico*» (записане право), а не «*ius scriptum sensu iuridico*» (писане право)³.

Схоже на те, що в сучасній українській правовій системі формується «правовий ґрунт» для сприйняття дуалізму в розумінні основоположних принципів права. Певний крок до визнання основоположних принципів права самостійною формою (джерелом) права, на нашу думку, зроблений Конституційним Судом України. Так, у рішенні від 2 листопада 2004 р. № 15-рп/2004 у справі про призначення судом більш м'якого покарання Суд зауважив, що одним із проявів верховенства права є те, що право не обмежується лише законодавством як однією з його форм, а включає й інші соціальні регулятори, а саме: норми моралі, традиції, звичаї тощо, які легітимовані суспільством і зумовлені історично досягнутим культурним рівнем суспільства. Усі ці елементи права об'єднуються якістю, що відповідає ідеології справедливості, ідеї права, яка значною мірою дістала відображення в Конституції України⁴. На наш погляд, основоположні принципи права можуть розглядатися як один із таких соціальних регуляторів, що легітимовані суспільством,

¹ Хартлі Т. К. Основы права Европейского сообщества: Пер. с англ. — М.: Закон и право: ЮНИТИ, 1998. — С. 143, 145.

² Дворкін Р. Серйозний погляд на права. — С. 72–73.

³ Про різницю між «*ius non scriptum*» та «*ius scriptum sensu grammatico*» та «*ius scriptum sensu iuridico*» див.: Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права. — СПб.: Юрид. центр Пресс, 2003. — С. 344.

⁴ Офіційний вісник України. — 2004. — № 45. — Ст. 2975.

зумовлені історично досягнутим культурним рівнем суспільства, відповідають ідеї права, тобто як одна з форм права.

Українські суди також починають усвідомлювати (хоча й занадто повільно) свою важливу роль у процесі утвердження основоположних принципів права і конкретизації тих вимог, що утворюють їх зміст. Ці дії знаходять свій зовнішній вираз у судових актах. Наприклад, Конституційний Суд України доклав зусиль щодо офіційного визнання фактів сприйняття українською правовою системою певних основоположних принципів права (зокрема, принципів правової визначеності та пропорційності). Так, у рішенні від 22 вересня 2005 р. № 5-рп/2005 у справі про постійне користування земельними ділянками Суд зазначає, що із конституційних принципів рівності та справедливості випливає вимога визначеності, ясності й недвозначності правової норми, оскільки інше не може забезпечити її однакове застосування, не виключає необмеженості трактування у правозастосовній практиці і неминуче призводить до сваволі¹. А в згаданому вище рішенні від 2 листопада 2004 р. № 15-рп/2004 Конституційний Суд України формулює сутність принципу пропорційності: інтереси забезпечення охорони прав і свобод людини і громадянина, власності, громадського порядку та безпеки тощо можуть виправдати правові обмеження прав і свобод тільки в разі адекватності соціально обумовленим цілям. Згодом принцип пропорційності був закріплений у законодавстві України (див. п. 8 ч. 3 ст. 2 КАС від 6 липня 2005 р. № 2747-IV²).

Отже, на нашу думку, під **основоположними принципами права** слід розуміти *систему найбільш загальних і стабільних імперативних вимог, закріплених у праві, які є концентрованим виразом найважливіших сутнісних рис та цінностей, що притаманні цій системі права, і визначають її характер і напрямки подальшого розвитку*.

Зрозуміло, що одне з найголовніших питань, яке має бути вирішене юриспруденцією, стосується відбору з уже існуючих у межах правової системи вимог тих, які можна вважати основоположними принципами права. На наш погляд, корисною для цієї процедури може бути методика, запропонована Дж. Ролзом у «Теорії справедливості» для обґрунтування власного переліку принципів справедливості.

Як відомо, Дж. Ролз прагнув знайти ті фундаментальні правила, що можуть бути узгоджені розумними та добре інформованими людьми, які зацікавлені в плеканні своїх власних інтересів і мають право вибору. При цьому він відхиляв утилітаризм і інтуїтивізм, розглядаючи принципи справедливості як предмет первісної угоди (суто гіпотетичної ситуації).

¹ Офіційний вісник України. — 2005. — № 39. — Ст. 2490.

² Там само. — № 32. — Ст. 1918.

Відтворюючи умови, за яких можливе укладання суспільного договору (контракту), Дж. Ролз ставить людей у *первісну позицію*, яка характеризується *«запоною незнання»*. У первісній позиції сторонам не дозволено знати своє місце в суспільстві, своє класове становище чи соціальний статус; ніхто не знає свого достатку, статі та роду, расової та етнічної приналежності, своїх здібностей, розуму, сили тощо. «Запона незнання» забезпечує те, що при вибиранні принципів ніхто не знає ні своїх переваг, ні недоліків. Завдяки цьому ніхто не здатний наполягати на тих принципах, що є корисними лише в його конкретній ситуації. Це дозволяє перенести фокус на те, що є бажаним для суспільства в цілому. Отже, принципи стануть наслідком чесної угоди (домовленості)¹.

Спробуємо використати цю ідею щодо основоположних принципів права. На нашу думку, розумні та добре інформовані люди, перебуваючи в первісній позиції, яка характеризується *«запоною незнання»*, і обговорюючи ті засади, на яких має ґрунтуватися право як загальнообов'язковий соціальний регулятор, зроблять свій вибір на користь *справедливості, рівності, свободи і гуманізму*. Ці ідеї можна вважати *основоположними принципами — засадами права*.

Якщо припустити, що право буде засновано на засадах справедливості, рівності, свободи і гуманізму, то розумні та добре інформовані люди, поза всяким сумнівом, погодяться з пріоритетом цього соціального регулятора над будь-якими рішеннями і діями окремих суб'єктів. Це означає визнання *принципу верховенства права*, який можна розглядати як похідну всіх загальних засад права, як ціннісний сплав цих ідей.

Проте для того щоб гарантувати ефективну дію принципу верховенства права, люди мають погодитись на запровадження *принципів правової визначеності, пропорційності і добросовісності*. На наш погляд, принципи правової визначеності та пропорційності є своєрідними об'єктивними умовами існування верховенства права. Перший із них відповідає за додержання вимог, що утворюють формальний аспект принципу верховенства права, другий — за його матеріальний (змістовний) аспект. У свою чергу принцип добросовісності є суб'єктивною умовою реального функціонування верховенства права.

Визначивши такий перелік основоположних принципів права за допомогою гіпотетичного суспільного договору, ми маємо довести, що юридичне співтовариство й суспільство в цілому дійсно визнають ідеї, що є підґрунтям цих принципів, як найбільш загальні та стабільні імперативні правові вимоги. Для цього достатньо було б продемонструвати, що ці ідеї знайшли своє втілення в позитивному праві.

¹ Ролз Дж. Теорія справедливості: Пер. з англ. — К.: Основи, 2001. — С. 36–44.

Розділ 2

Основоположні принципи — засади права

§ 1. Справедливість

З давніх часів справедливість є однією з головних чеснот, довкола якої рухаються інші чесноти, як двері на своїх завісах¹. Дж. Ролз підкреслював, що *«справедливість є щонайпершою чеснотою суспільних інституцій, достоту як істина для філософських систем»*². *«Якщо зникне справедливість, — зазначав І. Кант, — то життя людей на землі вже не буде мати ніякої цінності»*³. Справедливість є основним поняттям людських потреб — предметом людських прагнень і людських вимог одночасно; жодна культура і жодна епоха не бажають відмовлятися від справедливості⁴. Саме уявлення про справедливість і несправедливість є тим загальним ціннісним знаменником, який служить основою для винесення суджень про виправданість суспільних практик, традицій і інституцій⁵. Природно, що справедливість є стрижневою категорією і для державно-правової сфери.

По-перше, вона є ідеєю, що лежить в основі тих інституцій, які перетворюють масу людей на політичну спільноту. Саме справедливість пов'язує одного громадянина з іншим і всіх громадян — з урядом. Іс-

¹ Гьофнер Й. Християнське суспільне вчення: Пер. з нім. — Львів: Свічадо, 2002. — С. 78.

² Ролз Дж. Теорія справедливості. — С. 26.

³ Кант І. Метафізика нравів. — С. 371.

⁴ Хеффе О. Справедливість: Философское введение: Пер. с нем. — М.: Праксис, 2007. — С. 10.

⁵ Прокофьев А. В. Мораль индивидуального совершенствования и общественная мораль: исследование неоднородности нравственных феноменов / НовГУ им. Я. Мудрого. — Великий Новгород, 2006. — С. 186.

нування держави є виправданим через підтримання нею справедливого правопорядку¹. Таким чином, справедливість є основою легітимної політичної влади. Св. Августин так сформулював цей принцип: «Отже, за відсутності справедливості, що таке держави, як не великі розбійницькі зграї?»².

По-друге, справедливість є нічим іншим, як ідеєю права. Як зазначали глосатори, право породжене справедливістю, як матір'ю, оскільки справедливість передувала праву — *Est autem ius a iustitia, sicut a matre sua, ergo prius fuit iustitia quam ius* (Глоса 1.1 pr. D. 1.1)³. Не випадково, за поширеною версією термін «*ius*» (право) походить від «*iustitia*» (правосуддя, справедливість). Як ідеться в Титулі I Дигестів Юстиніана, «беручись до вивчення права, слід насамперед поцікавитися, звідки виникло слово «право». На думку Ульпіяна, право дістало свою назву від справедливості (*est [ius] autem a iustitia appellatum*), оскільки, за чудовим визначенням Цельса, «право є мистецтвом про добре і справедливе» (*ius est ars boni et aequi*)⁴. Зрозуміло, що в Ульпіяна зовсім не йшлося про етимологію⁵, а радше про визначення права на основі справедливості⁶. Як зауважував із цього ж приводу Р. фон Ієрінг, *iustitia* є владою або волею, яка встановлює право (*ius sistit*)⁷. Мабуть не випадково, в багатьох державах відомство, яке займається питаннями права, а також судова система називаються юстицією.

Спочатку спробуємо з'ясувати, що таке справедливість. Варто підкреслити, що ідея справедливості відома вже давнім цивілізаціям. Так, обоження (дивинізація, теологізація) справедливості є міжкультурною спільністю архаїчних культур (ідеться, наприклад, про культуру Єгипту,

¹ Гьофе О. Справедливість і субсидіарність. Виступи в Україні: Пер. з нім. — К.: Альтерпрес, 2004. — С. 59.

² Блаженный Августин. Творения. — СПб.: Алетейя; Киев: УЦИММ-Пресс, 1998. — Т. 3: О Граде Божием. — Кн. I—XIII. — С. 150.

³ Радбрух Г. Философия права. — С. 42.

⁴ Дигесты Юстиниана. — С. 82–83.

⁵ Етимологія слова «*ius*» й дотепер є предметом серйозної дискусії. Існують такі теорії його походження: 1) від *iussum* (наказ), *iubere* (наказувати), які розуміють під правом те, що наказано; 2) від санскритського *yu* (зв'язок чи вузли) як того, що зв'язано чи встановлено рішенням суду; 3) від санскритського *yans* (чистий, добрий чи священний) в значенні будь-чого, що походить від божества; 4) від *Iovus* чи *Iovis* — давньої форми слова Юпітер (головного божества); 5) від *iurare* (присягатися) чи *iusiurandum* (присяга) як звернення до богів (Гарсія Гарридо М. Х. Римское частное право: Казусы, иски, институты. — С. 142).

⁶ История европейской ментальности: Пер. з нім. / За ред. П. Дінцельбахера. — Львів: Літопис, 2004. — С. 550.

⁷ Иеринг Р. фон. Цель в праве // Избр. тр.: В 2 т.: Пер. с нем. — СПб.: Юрид. центр Пресс, 2006. — Т. 1. — С. 312.

Месопотамії, Давнього Ізраїлю, архаїчної Греції)¹. Першими ж, хто створив щодо справедливості філософію в строгому значенні цього терміна, були давні греки. Найвагомий внесок у формування філософії справедливості, поза всяким сумнівом, належить Платону і Арістотелю.

Нагадаємо, що справедливість (грец. — *dikaiosyne*) разом із мудрістю, хоробрістю і помірністю входить у Платона в квартет основних чеснот, відповідаючи за соціальний порядок і порядок душі. Справедливість дбає про те, щоб кожна душевна сила виконувала функцію, що їй відведена; вона відмірює кожному належне. Те ж саме стосується поліса: справедливість забезпечує правильність розподілу суспільних функцій між людьми за їхніми здібностями (кожний займається своєю справою) і одночасно правильність усього порядку².

Ще більше значення для філософсько-теоретичного дослідження проблем справедливості мали роботи Арістотеля (насамперед п'ята книга «Нікомахової етики»). Саме його мова стала мовою теоретичного дискурсу справедливості³.

Перш за все Арістотель розглядав справедливість як одну із моральних чеснот (інші моральні чесноти — хоробрість (грец. — *andreia*), поміркованість (грец. — *sophrosyne*), дружба (грец. — *philia*)⁴. Він розрізняв загальну справедливість (*justitia universalis*) і спеціальну (окрему) справедливість (*justitia particularis*).

У літературі існують два пояснення цього арістотелівського розрізнення. Відповідно до першого пояснення відмінність полягає в рівні нормативної конкретизації: загальна справедливість як етико-філософська категорія відповідає на питання про призначення і сенс спільного, об'єданого, соціально впорядкованого існування в суспільстві та державі, тоді як спеціальна (окрема) справедливість є етико-юридичною категорією, морально санкціонованою співмірністю в розподілі благ і їх взаємному обміні й відплаті за прояв суб'єктами тих чи інших рис у суспільстві⁵. Відповідно до другого пояснення розрізнення відбувається не лише за рівнем нормативної конкретизації, а й за ступенем аксіологічної загальності. Якщо загальна справедливість є пов-

¹ Хеффе О. Справедливость: Философское введение. — С. 16.

² Платон. Государство. — С. 95–145, 223–227.

³ Кашников Б. Н. Либеральные теории справедливости и политическая практика России. — Великий Новгород: НовГУ им. Я. Мудрого, 2004. — С. 15.

⁴ Докладніше щодо вчення Арістотеля про моральні чесноти див.: Хофмайстер Х. Что значит мыслить философски: Пер. с нем. — СПб.: Изд-во С.-Петерб. ун-та, 2006. — С. 317–327.

⁵ История этических учений / Под ред. А. А. Гусейнова. — М.: Гардарики, 2003. — С. 391–392.

ною чесною, яка об'єднує в собі всі ціннісні засади соціального життя і розглядається як своєрідний еквівалент поняття «суспільне благо», то спеціальна (окрема) справедливість ототожнюється з чесністю і являє собою вже не загальний баланс цінностей, а лише одну з цінностей, яку суспільство може реалізовувати поряд з іншими (безпекою, свободою, ефективністю тощо). Саме для спеціальної (окремої) справедливості має сенс відомий середньовічний вислів «Fiat justitia, pereat mundus» (хай звершиться справедливість, хоч би й загинув світ)¹.

Арістотель виокремлював два види спеціальної справедливості. Перший — *justitia distributiva* (розподільна справедливість) — діє при розподілі почестей, грошей або взагалі всього того, що може бути розподілене між людьми в суспільстві (тут може бути як рівне, так і нерівне наділення одного перед іншим), а другий — *justitia commutativa* (урівнююча справедливість) — проявляється в зрівнюванні того, що складає предмет обміну. Другий вид у свою чергу поділяється на дві частини залежно від того, як відбувається обмін: він може бути вільним (як при укладанні цивільних угод) і невільним (як при заподіянні шкоди чи скоєнні злочинів)². В останньому випадку справедливість обміну набуває компенсуючого, виправного характеру (*justitia correctiva*)³. Завдяки реалізації справедливості люди як окремі індивіди одержують таке ставлення, на яке вони заслуговують⁴.

Іншими словами, Арістотель підкреслював, що справедливість стосується відносин розподілу, обміну і відплати. На його думку, забезпечення справедливості — це досягнення належного (рівномірного) для учасників цих відносин, а головна проблема полягає у визначенні того, що саме є належним.

Вирішуючи цю проблему, Арістотель виходив із того, що належне при розподілі полягає в пропорційності (кожний має отримати по заслугі, по гідності). Тому розподільній справедливості відповідає *геометрична, тобто пропорційна рівність*. Належне при обміні й відплаті передбачає рівність, проте не пропорційну, а *арифметичну, тобто кількісну*⁵. Ця ідея ґрунтується на платонівському розрізненні двох різновидів рівності: 1) числової, або арифметичної, рівності, тобто

¹ Прокофьев А. В. Мораль индивидуального совершенствования и общественная мораль: исследование неоднородности нравственных феноменов. – С. 197–199.

² Аристотель. Никомахова етика // Соч.: В 4 т.: Пер. с древнегреч. – М.: Мысль, 1983. – Т. 4. – С. 150.

³ Хеффе О. Справедливость: Философское введение. – С. 30.

⁴ Енциклопедія політичної думки: Пер. з англ. – К.: Дух і Літера, 2000. – С. 385.

⁵ Аристотель. Никомахова етика. – С. 152–153.

рівності міри, ваги, числа, та 2) пропорційної рівності, яка кожному віддає належне відповідно до принципу раціональних пропорцій, створюючи політичну справедливість¹, і яка згодом дістала назву геометричної рівності².

Відштовхуючись від аристотелівської традиції, ідею справедливості можна розглядати в одній із трьох парадигм: відплатній, розподільній і міновій. Справедливість згідно з *відплатною парадигмою* полягає не в тому, що ми порівнюємо кожного з кожним, а в тому, що ми порівнюємо кожного з певним об'єктивним стандартом і оцінюємо кожного відповідно до його гідності. *Розподільна парадигма* виходить із того, що справедливість — це конвенційний устрій, необхідний для підтримання громадського порядку шляхом розв'язання конфліктів між індивідами при розподілі благ і обтяжень. *Мінова парадигма* зводить справедливість у суспільстві до сукупності вільних і взаємовигідних обмінів³. Вибір відповідної парадигми впливає на принципи організації суспільних відносин і знаходить своє втілення в державних і правових інституціях.

Важливим із точки зору філософії традиційно вважалось питання про обставини справедливості, тобто питання про *фактори, що обумовлюють необхідність справедливості*. Класична відповідь на нього дана Д. Г'юмом: «Отож, мені здається, можна вважати достовірним таке положення: справедливість має своїм походженням тільки егоїзм і обмежену щедрість людей, а також ту обмеженість, з якою природа задовольняє їхні потреби»⁴. Іншими словами, об'єктивною умовою справедливості є відносна обмеженість, недостатність ресурсів, а особливості людської природи (обмежена щедрість) є її суб'єктивною умовою. Крім того, необхідність справедливості обумовлена приблизною рівністю можливостей і здібностей людей, що породжує взаємну вразливість, а також їх взаємною залежністю.

Сучасні автори в цілому погоджуються з Д. Г'юмом, проте підкреслюють, що не всі функції справедливості пов'язані з обмеженістю ресурсів. Попит на справедливість існує в усіх сферах людських відносин

¹ Платон. Законы // Соч.: В 4 т.: Пер. с древнегреч. – СПб.: Изд-во С.-Петербур. ун-та: Изд-во Олега Абышко, 2007. – Т. 3, ч. 2. – С. 249.

² Платон. Горгий // Соч.: В 3 т.: Пер. с древнегреч. – М.: Мысль, 1968. – Т. 1. – С. 341.

Докладніше про ідеї Платона щодо рівності див.: Поппер К. Відкрите суспільство та його вороги: В 2 т.: Пер. з англ. – К.: Основи, 1994. – Т. 1. – С. 291–294.

³ Докладніше про ці парадигми справедливості див.: Кашников Б. Н. Либеральные теории справедливости и политическая практика России. – С. 26–34.

⁴ Г'юм Д. Трактат про людську природу: Спроба запровадження експериментального методу міркувань про об'єкти моралі: Пер. з англ. / За ред. та з передм. Е. К. Мосснера. – К.: Вид. дім «Всесвіт», 2003. – С. 441.

(як у відносинах конкуренції, так і відносинах кооперації), оскільки при цьому виявляються суперечливі інтереси, домагання та зобов'язання і виникає конфлікт¹.

Справедливість є певним моральним мінімумом, який люди мусять визнавати як борг одного щодо іншого. Саме тому справедливість — це та соціальна обов'язковість, на яку люди не лише сподіваються, а й вимагають, саме її вони винні один одному². Мабуть, з цих причин люди реагують на несправедливість протестами й обуренням³. Доброзичливість, співчуття та солідарність починаються там, де виконані ці вимоги, де люди дотримуються справедливості⁴. Отже, справедливість не випадково називають ферментною цінністю людського спільного життя⁵.

Зрозуміло, що з цих причин *категорія справедливості має стрижневе значення для легітимації права та держави*. І право, і держава передбачають можливість застосування примусу, обмеження свободи. Тому вони можуть бути виправдані лише там, де люди щось винні один одному, а не там, де вони можуть лише прохати про щось. Повноваження на примус неможливе без справедливості, адже за інших обставин громадяни можуть стати жертвами насильства та безправ'я. Тож, на превелике щастя, для примусово-правових врегулювань існує один незаперечний критерій: обмеження свободи є справедливим тоді, коли з ним може погодитися кожен: легітимним є будь-який добровільно визнаний примус⁶.

Визнання зв'язку права і справедливості є складовою європейської правової традиції починаючи з Античності. Наприклад, на справедливість як на мірило оцінювання чинного права в різні способи опиралися римські юристи, а для преторів ідея справедливості була взірцем у їхній правотворчості. Так, ще з часів римського права відомі вислови: *in omnibus, maxime tamen in jure aequitas spectanda est* — в усіх справах, особливо в праві, слід пам'ятати про справедливість (Paul. D. 50.17.90); *ubi aequitas evidens poscit, subveniendum est* — там, де цього явно вимагає справедливість, слід допомогти (Marcell. D. 4.1.7); *licet hoc jure contingat, tamen aequitas dictat* — хоча це й по праву, однак справедли-

¹ Хеффе О. Справедливість: Философское введение. — С. 36.

² Гюфе О. Демократія в епоху глобалізації. — С. 39.

³ «Ніщо не обурює нас більше, ніж несправедливість; усі інші види зла, які нам трапляються терпіти, — зазначав з цього приводу І. Кант, — ніщо у порівнянні з нею» (Кант І. Приложение к «Наблюдениям над чувством прекрасного и возвышенного» // Соч.: В 6 т. — М.: Мысль, 1964. — Т. 2. — С. 201).

⁴ Гюфе О. Розум і право. Складові інтеркультурного правового дискурсу: Пер. з нім. — К.: Альтерпрес, 2003. — С. 241.

⁵ Максимов С. И. Правовая реальность: опыт философского осмысления. — С. 317.

⁶ Гюфе О. Демократія в епоху глобалізації. — С. 39.

вість вимагає (Ulp. D. 15.1.32. pr.); *haec aequitas suggerit, etsi jure deficiamus* — це бажано по справедливості, хоча [чіткий] правовий припис і відсутній (Paul. D. 39.3.2.5)¹.

Зв'язок права і справедливості визнає переважна більшість сучасних учених. Наведемо лише деякі вислови з цього приводу: право — це мистецтво, для якого характерне слідування проголошеній цілі — справедливості²; право повинне втілювати в собі справедливість, без справедливості воно є насмішкою, якщо не повним запереченням самого себе³; право — це дійсність, цінність якої полягає в тім, щоб служити справедливості⁴. М. Козюбра слушно зауважує, що етимологічно термін «справедливість» навіть ближче до правової, ніж до моральної свідомості, а тому цілком виправдано може розглядатися і як правова категорія. Отже, категорія справедливості виходить далеко за межі моральної сфери і поширюється на всі нормативно-оціночні явища, у тому числі й на право⁵.

На єдність права і справедливості неодноразово вказував Конституційний Суд України. Так, на його думку, викладену в рішенні від 2 листопада 2004 р. № 15-рп/2004 у справі про призначення судом більш м'якого покарання, справедливість — одна з основних засад права; вона є вирішальною у визначенні його як регулятора суспільних відносин, одним із загальнолюдських вимірів права⁶. У рішенні у справі про рівень пенсії і щомісячного довічного грошового утримання від 11 жовтня 2005 р. № 8-рп/2005⁷ підкреслюється, що діяльність правотворчих і правозастосовчих органів має здійснюватися за принципом справедливості.

Водночас слід пам'ятати, що зв'язок права і справедливості не обмежується лише втіленням ідеї справедливості в праві. У літературі слушно зазначається, що без систематизованого, загальнопоширеного та всім доступного права, без передбачуваного загального судочинства ідея справедливості — лише пустий звук і голе поняття⁸. У самій чесноті справедливості ми знаходимо три властивості права: спрямованість

¹ Докладніше з цього приводу див.: Ярославцев В. Г. Нравственное правосудие и судейское правотворчество. — М.: ЗАО Юстицинформ, 2007. — С. 65.

² Бергель Ж.-Л. Общая теория права. — С. 59.

³ Ллойд Д. Идея права. — С. 132–133.

⁴ Радбрух Г. Философия права. — С. 44.

⁵ Козюбра М. Правовий закон: проблема критеріїв // Вісн. Акад. прав. наук України. — 2003. — № 2–3 (33–34). — С. 85–86.

⁶ Офіційний вісник України. — 2004. — № 45. — Ст. 2975.

⁷ Там само. — 2005. — № 42. — Ст. 2662.

⁸ Історія європейської ментальності / За ред. П. Дінцельбахера. — С. 554.

на іншу особу, сувору обов'язковість і точну рівновагу між тим, що має належати, і тим, що надається¹. Тому ми, поза всяким сумнівом, маємо виходити з того, що інститут права є важливим засобом для забезпечення справедливості. Це дозволяє визначити право як інституціональний механізм реалізації та практичного адміністрування справедливості, яка щоразу підлягає конкретизації².

Спробуємо з'ясувати, як ідея справедливості втілюється в праві. Вважаємо за доцільне вирішувати це завдання через I) дослідження питання про імплементацію в правову реальність окремих аспектів справедливості та II) вивчення особливостей реалізації принципу справедливості в процесі правотворчості й судочинства.

І. Аспекти справедливості

1. Об'єктивна і суб'єктивна справедливість

1.1. *Об'єктивна, або інституційна, справедливість* є реалізацією ідеї справедливості в певних соціальних інститутах (економіці, освіті, сім'ї тощо). У разі реалізації ідеї об'єктивної (інституційної) справедливості в таких соціальних інститутах, як право і держава, об'єктивна справедливість набуває характеру *політичної*³.

Інституційну справедливість досить часто іменують *соціальною*. Слід зауважити, що в сучасній науці ведуться дискусії з приводу визначення змісту цього поняття⁴. Так, сьогодні соціальну справедливість розглядають у кількох значеннях.

У *неспеціальному значенні* прикметник «соціальний» лише вказує на те, що мова йде про щось громадське. Тому соціальною можна вважати або справедливість, що стосується основної структури суспільства (саме так розумів соціальну справедливість Дж. Ролз⁵), або взагалі будь-яку справедливість, що реалізується в суспільних інституціях та практиках. У християнській соціальній етиці соціальна справедливість пов'язується зі спільним благом суспільства і здійсненням влади, роз-

¹ Гьофнер Й. Християнське суспільне вчення. – С. 78.

² Козеллек Р. Часові пласти. Дослідження з теорії історії: Пер. з нім. – К.: Дух і літера, 2006. – С. 366.

³ Хеффе О. Справедливість: Философское введение. – С. 41.

⁴ Деякі дослідники взагалі заперечують існування соціальної справедливості. Наприклад, Ф. фон Гаск зазначав, що міф про соціальну справедливість за великим рахунком був породжений демократичним механізмом, який вимагав того, щоб виборні представники вигадували моральні виправдання тим благам, які вони надають тим чи іншим групам населення (Хайек Ф. А. фон. Право, законодавство і свобода: Современное понимание либеральных принципов справедливости и политики. – С. 334).

⁵ Ролз Дж. Теорія справедливості. – С. 31.

глядається як засіб, що дозволяє об'єднанням і окремим особам отримувати те, на що вони мають право (ч. III, розд. I, гл. 2, п. 401 Компендіуму Катехізису Католицької церкви)¹.

У *спеціальному значенні* соціальна справедливість має справу з так званим «соціальним питанням» (безробіттям, соціальним захистом, бідністю тощо)² або стосується проблеми соціально-економічного розподілу³. У цьому значенні вона асоціюється із соціальною державою, що має забезпечити кожному існування, гідне людині.

Ідея соціальної справедливості (як в спеціальному, так і неспеціальному значенні) знаходить своє втілення в законодавстві. Так, ст. 95 Конституції України встановлює, що бюджетна система України будується на засадах справедливого та неупередженого розподілу суспільного багатства між громадянами і територіальними громадами. Соціальна справедливість є принципом надання соціальних послуг (див. Закон України «Про соціальні послуги»), державної служби і служби в органах місцевого самоврядування (див. закони України «Про державну службу» і «Про службу в органах місцевого самоврядування»). Згідно із Законом України «Про систему оподаткування» одним із принципів побудови та призначення системи оподаткування є соціальна справедливість, яка визначається як «забезпечення соціальної підтримки малозабезпечених верств населення шляхом запровадження економічно обґрунтованого неоподаткованого мінімуму доходів громадян та застосування диференційованого і прогресивного оподаткування громадян, які отримують високі та надвисокі доходи». Відповідно до законів України «Про кооперацію» та «Про споживчу кооперацію» соціальна справедливість є одним з основних принципів, на яких будується діяльність кооперації і споживчої кооперації. Забезпечення соціальної справедливості проголошується одним із завдань Закону України «Про свободу совісті та релігійні організації». Дотримання принципу соціальної справедливості є обов'язковим при прийомі громадян до вищих навчальних закладів (див. Закон України «Про освіту»).

Посилання на соціальну справедливість як на обов'язкову вимогу зустрічається також в судовій практиці. Наприклад, розглядаючи справу про визнання права власності на майно, побудоване за рахунок коштів споживчої кооперації, за одним із пайовиків, Вищий господарський суд

¹ Катехизис Католической церкви: Компендиум: Пер. с лат. – М.: Культур. центр «Духов. б-ка», 2007. – С. 130.

² Хеффе О. Справедливість: Философское введение. – С. 125–126, 128.

³ Прокофьев А. В. Социальная справедливость: нормативное содержание и история становления понятия [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://ethics.iphras.ru/research/prokofiev_1.html.

України зазначив: «Стовідсоткове віднесення спірного майна до власності будь-якого з позивачів без визначення співвідношення внесків їх пайовиків до колективного капіталу не відповідає ні принципам соціальної справедливості, ні вимогам Закону України «Про споживчу кооперацію»¹.

1.2. *Суб'єктивна, або особиста, справедливість* означає ту добродієність людини, яка добровільно і постійно виконує вимоги інституційної справедливості²; це образ мислення, спрямований на досягнення об'єктивної справедливості³. Справедлива особа у своїх діях керується ідеями об'єктивної (інституційної) справедливості навіть тоді, коли позитивне право має прогалини, суперечності та інші недоліки або залишає той чи інший момент на власний розсуд суб'єкта права. На думку О. Гюфе, вимоги особистої справедливості влучно охоплюються відомою формулою Ульпіяна щодо трьох основних приписів права: *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere* (чесно жити, не завдавати шкоди іншому, віддавати кожному належне (Дигести, I.1.10.1)⁴)⁵.

Зрозуміло, що суспільство зацікавлене в особистій справедливості як приватної, так і посадової особи. Особиста справедливість громадян, поза всяким сумнівом, підтримує ефективне функціонування правової системи, заважає перетворенню правопорядку на безправ'я. Проте більш принциповим є додержання вимоги особистої справедливості з боку «адміністраторів» правової системи. Як відомо, один несправедливий вирок спричиняє більше біди, ніж багато злочинів, скоєних приватними особами; останні шкодять лише струмкам, тоді як несправедливий суддя псує саме джерело⁶. За слушним зауваженням В. Речицького, несправедливість, вчинена від імені права, збуджує людей значно сильніше, ніж несправедливість, вчинена від імені окремої особи. Саме звідси ця майже нелюдська вимогливість до тих, хто застосовує право, — суддів, сенаторів, президентів⁷.

Не випадково тексти присяг таких осіб зазвичай спеціально наголошують на зобов'язанні бути справедливими. Так, при вступі на посади

¹ Постанова Вищого господарського суду України від 28 лютого 2008 р. № 32-33/226-06-4187 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.arbitr.gov.ua/docs/28_1873266.html.

² Див., наприклад: Хеффе О. Справедливість: Философское введение. – С. 41.

³ Радбрух Г. Философия права. – С. 42.

⁴ Дигести Юстиниана. – С. 86–87.

⁵ Хеффе О. Справедливість: Философское введение. – С. 71.

⁶ Бэкон Ф. Опыты или наставления нравственные и политические // Соч.: В 2 т. – Изд. 2-е, испр. и доп. – М.: Мысль, 1978. – Т. 2. – С. 473.

⁷ Речицкий В. Відповідь Всеволода Речицького Мирославу Мариневичу. – С. 11.

присягаються бути справедливими судді (див. ст. 10 Закону України «Про статус суддів»), адвокати (див. ст. 15 Закону України «Про адвокатуру»), Уповноважений Верховної Ради України з прав людини (див. ст. 7 Закону України «Про Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини»). У непрямій формі ідея справедливості звучить у присязі Президента України і народних депутатів (у статтях 104 і 79 Конституції України йдеться, зокрема, про зобов'язання виконувати свої обов'язки в інтересах усіх співвітчизників). Справедливого виконання професійних обов'язків вимагає від працівників прокуратури ст. 2 Дисциплінарного статуту прокуратури України.

2. Формальна, змістовна і процедурна справедливість

Після появи «Теорії справедливості» Дж. Ролза (1971) у філософських дослідженнях на цю тему зазвичай проводиться розмежування між формальною, змістовною і процедурною справедливістю.

2.1. Основна ідея *формальної справедливості* — до однакового слід ставитись однаково¹. Коректного загального правила, як його визначено інституціями, влада постійно дотримується й належним чином його інтерпретує. У цьому виді справедливості (справедливості як правильності) акцент зроблено на безсторонності й послідовності при застосуванні правил, тоді як питання про визначальні (сутнісні) принципи цих правил залишено поза увагою².

На думку Д. Ллойда, ідея формальної справедливості має на увазі три взаємопов'язані концепції: 1) повинні існувати норми, що вказують, як слід поводитись із людьми в конкретних випадках; 2) ці норми повинні бути загальними за своїм характером, тобто передбачати, що будь-яка особа, що підпадає під їх дію, повинна дотримуватися їх; 3) ці загальні норми повинні застосовуватися неупереджено — без потурань, дискримінації і винятків³.

Зрозуміло, що формальна справедливість імпліцитно присутня в самому понятті права, яке за своєю природою є нормативним явищем. Завдяки цій характеристиці право фактично виконує роль третьої, не-

¹ П. Рікер розглядає справедливість як формально подане «Золоте правило» («І як бажаєте, щоб вам люди чинили, так само чиніть їм і ви» (Лк. 6:31)) (Рікер П. Интеллектуальная автобиография. Любовь и справедливость: Пер. з фр. – К.: Дух і літера, 2002. – С. 99).

У свою чергу саме «Золоте правило» обґрунтовано визначається як загальнолюдська спадщина (див.: Гюфе О. Справедливість і субсидиарність. Виступи в Україні. – С. 76).

² Ролз Дж. Теорія справедливості. – С. 99.

³ Ллойд Д. Ідея права. – С. 138.

зацікавленої особи, яка розв'язує конфлікти, що виникають між людьми¹. Важливим засобом забезпечення формальної справедливості виступають основні джерела права. Так, загальний характер має нормативно-правовий акт, і це саме по собі вже є гарантією проти свавілля, оскільки завдяки цій властивості нормативно-правовий акт зазвичай не створюється на користь або проти конкретної особи. Досягненню формальної справедливості сприяє також прецедент. Нагадаємо, що доктрина прецеденту ґрунтується на принципі *stare decisis* (стояти на вирішеному), згідно з яким суди не можуть переглядати прецеденти за своїм розсудом. Судді дотримуються принципу *stare decisis* не стільки під загрозою санкцій (звільнення з посади), скільки для того, щоб судова практика досягла високого ступеня єдності. Цей принцип відображає загальне правило, що «панує право, а не примха», тобто закон за однакових обставин має застосовуватися однаково, що зміцнює авторитет суддів як безсторонніх слуг правосуддя².

Справедливе застосування норм права — це передусім *недискримінаційний підхід, неупередженість*, підкреслює Конституційний Суд України в рішенні від 2 листопада 2004 р. № 15-рп/2004 у справі про призначення судом більш м'якого покарання³. Як відомо, безсторонність (неупередженість) вимагає розгляду спірних випадків, незважаючи на особу. Це — стрижнева засада будь-якого судочинства. Саме з цього й випливає образ Феміди (богині справедливості) із зав'язаними очима⁴. Це дозволяє характеризувати суддю як третю (незацікавлену) особу в другому ступені⁵. Вимога однакового ставлення лежить в основі іншого важливого принципу судочинства і здійснення адміністративних процедур — *audi alteram partem* (кожна сторона повинна мати право бути вислуханою).

¹ Гюфе О. Справедливість і субсидіарність. Виступи в Україні. — С. 71.

² Шевчук С. Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні. — С. 33.

³ Офіційний вісник України. — 2004. — № 45. — Ст. 2975.

⁴ Цікаво зазначити, що пов'язка на очах — пізніше доповнення образу справедливості, яке перебуває в суперечності з двома іншими атрибутами, оскільки очі, які мають наглядати за терезами і застосовувати меч, закриті. Пов'язка на очах виникла насамперед як карикатура на дереворити в першому виданні «Корабля дурнів» Себастьяна Бранта (1495). Уже потім пов'язка перетворилася на атрибут справедливості, на унаочнення суддівського «без огляду на особу» (Радбрух Г. Елементарний курс філософії права // Радбрух Г. Філософія права: Пер. з нім. — К.: Тандем, 2006. — С. 217).

⁵ Рікер П. Справедливе: Пер. с фр. — М.: Гнозис: Логос, 2005. — С. 17.

Нагадаємо, що третьою (незацікавленою) особою в першому ступені є саме право.

У свою чергу *послідовність* в застосуванні проголошених правил створює передбачуваність і означає заперечення сваволі при виведенні конкретного права в кожному окремому випадку. Ця ідея перекликається з влучним висловом Ульпіяна (Дигести, I.1.10 pr.): «*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*» («Справедливість — це незмінне й постійне прагнення надати кожному належне йому право»)¹, у якому в даному випадку акцентується увага на непорушності і постійності як відправних точках передбачуваності².

«Формальна справедливість у правових інституціях, — слушно зауважує Дж. Ролз, — це просто один з аспектів правління закону, яким підтримуються й забезпечуються законні сподівання»³. Одним із його порушень є неспроможність суддів та інших представників влади при вирішенні претензій триматися належних правил чи їх інтерпретацій. Іншими словами, ми можемо побачити, що ідея формальної справедливості лежить в основі формального аспекту принципу верховенства права⁴.

Ідея формальної справедливості яскраво проявляється в юридичній мові, яка зазвичай демонструє всі ознаки риторики безособовості і нейтральності. Більшість лінгвістичних прийомів, що використовуються в юридичній мові, спрямовані на створення ефектів нейтралізації та універсалізації. Так, на думку П. Бурдье, ефект нейтралізації виникає завдяки таким синтаксичним особливостям, як переважання пасивних конструкцій і безособових зворотів, здатних передати безособовість нормативного вислову і представити того, хто промовляє, як універсального суб'єкта, безстороннього і об'єктивного. «Ефект універсалізації, — пояснює французький соціолог, — досягається за допомогою різних прийомів: систематичне використання дійсного способу при формулюванні норм, вживання дієслів у значенні констатації в третій особі однини теперішнього чи доконаного виду минулого часу («приймає», «визнає», «заявив» тощо), яке притаманне риторичі офіційного констатування і протоколу; використання неозначених займенників («кожний засуджений...») і позачасового сьогодення (чи майбутнього юридичного), які покликані передати загальний і позачасовий характер закону; посилення на трансуб'єктивні цінності, що передбачають наявність етичного консенсусу (наприклад, «як гарний батько сімейства»);

¹ Дигести Юстиніана. — С. 86–87.

² Історія європейської ментальності / За ред. П. Дінцельбахера. — С. 553.

³ Ролз Дж. Теорія справедливості. — С. 100.

⁴ Докладніше про формальний аспект верховенства права див. § 1 розд. 3 даної монографії.

застосування лапідарних формул та сталих висловів, які не залишають простору для індивідуальних варіацій»¹.

На наш погляд, саме стандарти формальної справедливості є тими мінімальними вимогами справедливості, яким має відповідати певний соціальний регулятор, щоб взагалі вважатися правом. Приблизно в цьому ж дусі мислив Г. Харт, який підкреслював, що мінімум справедливості обов'язково здійснюється скрізь, де людська поведінка регулюється публічно проголошеними та застосовуваними в судовому порядку загальними правилами². Додержання цих стандартів є своєрідним критерієм, що визначатиме межу між правом і не-правом. Коли соціальний регулятор переступає цю межу, він одразу перестає існувати як право взагалі. Інакше кажучи, право не просто поступово згасає, а йде, грюкнувши дверима³.

Ідея формальної справедливості в правовій сфері втілюється в принципі формальної рівності, що конкретизується у вимогах рівності перед законом, рівності перед судом, рівності прав, свобод і обов'язків людини і громадянина⁴. Як зауважує Конституційний Суд України в рішенні від 2 листопада 2004 р. № 15-рп/2004 у справі про призначення судом більш м'якого покарання, зазвичай справедливість розглядають як властивість права, виражену, зокрема, у рівному юридичному масштабі поведінки. Не випадково, що для римлян, які визначали справедливість як рівність, символом (атрибутом) юстиції стали терези⁵.

2.2. *Змістовну справедливість* слід розуміти як додержання певних принципів, за допомогою яких можна з'ясувати, що ж конкретно належить кожному як учаснику суспільних відносин. Тут ми маємо звернутися до позиції Арістотеля, який зазначав, що забезпечення справедливості — це досягнення належного (рівномірного) для учасників відносин обміну і розподілу. Якщо формальна справедливість асоціюється з принципом формальної рівності, то *справедливість змістовна втілюється у принципі пропорційності, або розмірності*.

Ідея пропорційності також знайшла своє відображення у вислові Ульпіяна (Дигести, I.1.10 pr.), що наводився вище для ілюстрації ідеї послідовності. Проте якщо справедливість як послідовність розкривається через непорушне й постійно незмінне прагнення, то пропорційність — через вимогу віддати кожному йому належне. Символом

пропорційності також можуть бути терези Феміди, які в даному випадку відповідають за точність відповідних вимірювань¹. Конституційний Суд України також визнає принцип розмірності (пропорційності) елементом ідеї права та ідеології справедливості (див. рішення від 20 червня 2007 р. № 5-рп/2007 у справі щодо кредиторів підприємств комунальної форми власності²).

Змістовна справедливість вимагає, зокрема, пропорційності юридичної відповідальності вчиненому правопорушенню (тому покарання має перебувати у справедливому співвідношенні з тяжкістю та обставинами скоєного і особою винного), установлення і диференціювання публічно-правових обмежень залежно від конкретних обставин, що обумовлюють їх запровадження. Так, на думку Конституційного Суду України, розмір податкової застави виходячи із загальних принципів права повинен відповідати сумі податкового зобов'язання, що забезпечувало б конституційну вимогу справедливості та розмірності³. У рішенні від 20 червня 2007 р. № 5-рп/2007 у справі щодо кредиторів підприємств комунальної форми власності⁴ Конституційний Суд України зауважує, що обмеження прав кредиторів суб'єктів господарювання в комунальному секторі економіки на задоволення своїх вимог у провадженні у справах про банкрутство має бути розмірним (пропорційним), тобто визначеним відповідно до встановлених принципів справедливості. Для з'ясування розмірності (пропорційності) такого обмеження суд пропонує враховувати призначення інституту комунальної власності та дійсну суспільну необхідність у функціонуванні суб'єктів господарювання, заснованих на цій формі власності. Нагадаємо також, що пропорційність визначається як один із принципів побудови та призначення системи оподаткування (ст. 3 Закону України «Про систему оподаткування» в редакції Закону України від 18 лютого 1997 р. № 77/97-ВР)⁵.

Пропорційність у сфері обміну реалізується як *еквівалентність*. Еквівалент — це встановлена досвідом рівновага між двома сторонами, умова, за якою кожен отримує своє і ніхто не залишається в прогріші⁶. Отже, еквівалент є здійсненням ідеї справедливості у відносинах рівних партнерів і тісно пов'язаний з концепцією *урівнюючої справедливості* (justitia commutativa). Зазначимо, що в сучасному суспільстві ця форма справедливості виявляється, наприклад, у таких сферах, як договірні

¹ Бурдье П. Социальное пространство: поля и практики. — С. 82.

² Харт Х. Л. А. Концепція права. — С. 203.

³ Фуллер Лон Л. Мораль права. — С. 186.

⁴ Докладніше про цей принцип див. § 2 розд. 2 даної монографії.

⁵ Циппеліус Р. Філософія права. — С. 110.

¹ Хеффе О. Справедливість: Філософське вступлення. — С. 13.

² Офіційний вісник України. — 2007. — № 48. — Ст. 1991.

³ Там само. — 2005. — № 13. — Ст. 674.

⁴ Там само. — 2007. — № 48. — Ст. 1991.

⁵ Там само. — 1997. — Чис. 12, кн. 1. — С. 13.

⁶ Иеринг Р. фон. Цель в праве. — С. 179.

відносини (вона втілюється насамперед у концепції справедливої ціни¹), трудові відносини (де діють концепції справедливих умов праці й справедливої винагороди)², відносини з відшкодування шкоди (за загальним правилом завдані збитки відшкодовуються у повному обсязі)³. Зазвичай обмін є справедливим за умови, що він є вільним і взаємовигідним (еквівалентним). Слід погодитись з тим, що урівнююча справедливість є *справедливістю приватного права*⁴.

Традиційно найскладніше розкрити зміст *пропорційності у сфері розподілу*. Зрозуміло, що за це питання відповідає концепція *розподільної справедливості* (justitia distributiva). Як відомо, розподільна справедливість урегулює відносини між окремими індивідами та суспільними утвореннями. Її мета — зробити кожну окрему людину причетною до спільного блага шляхом його справедливого розподілу. Тому розподільній справедливості притаманна вирішальна роль у державному і громадському житті, оскільки саме пропорційної рівності зазвичай прагнуть при зміні доходів, при покараннях, а також при розподілі соціального й інших видів забезпечення⁵. Природно, що розподільна справедливість є *справедливістю публічного права*⁶. Спотворений образ дистрибутивної справедливості — це корупція будь-якого виду, сприяння певним людям чи групам або їх утискування⁷.

Варто зазначити, що в юридичних джерелах цей аспект справедливості зазвичай описують вкрай невизначно. Зокрема, Р. Циппеліус під-

¹ Ця доктрина (pretium iustum) була ґрунтовно розвинута середньовічною юридичною наукою до рівня засадничого принципу, що застосовується для перевірки дійсності будь-якого договору. І романисти (спеціалісти з римського права), і каноністи (спеціалісти з канонічного права) відштовхувались від розуміння того, що справедлива ціна є загальноприйнятою, тобто ринковою ціною. Відхилення від справедливої ціни вважалося введенням в оману або фактичною помилкою. Для потерпілих у цій ситуації романисти розробили різні міри компенсації. Каноністи займалися також іншим аспектом продажу — надмірним прибутком. Тому для них доктрина справедливої ціни стала і нормою про несумлінність, спрямованою проти шкідливих правочинів, і нормою про нечесну конкуренцію, спрямованою проти порушень правил ринку (докладніше про це див.: Берман Г. Дж. Западная традиция права: эпоха формирования. — С. 238–240).

² Наприклад, пояснення справедливих умов праці і справедливої винагороди наведено відповідно в ст. 2 і ст. 4 ч. II Європейської соціальної хартії (переглянутої) від 3 травня 1996 р.

³ Початковим виразом логіки еквівалентності при відшкодуванні шкоди можна вважати принцип «око за око» (jus talionis) (Рікер П. Інтелектуальна автобіографія. Любов і справедливість. — С. 99).

⁴ Радбрух Г. Елементарний курс філософії права. — С. 156.

⁵ Хофмайстер Х. Что значит мыслить философски. — С. 323.

⁶ Радбрух Г. Елементарний курс філософії права. — С. 156.

⁷ Гьофнер Й. Християнське суспільне вчення. — С. 80.

креслює, що право має регулювати людську поведінку в такий спосіб, який потрібен для того, аби вигоди (цінності, переваги) та обтяження (витрати, зобов'язання) були розподілені справедливо; суперечливі інтереси були задоволені в порядку, відповідному до їх ваги і значущості; ті, хто чинить карані діяння, отримували за них належну відплату, — одне слово, аби при розв'язанні конфліктів, що виникають у суспільстві, панувала справедливість¹.

Така ситуація не є дивною. Адже концепція справедливості *не пропонує* нам загально визнаних змістовних принципів розподілу. Перефразуючи Р. Нозіка, можна констатувати, що прогалини в формулах «кожному за його _____» та «від кожного за його _____» й дотепер не заповнені². Наприклад, стверджується, що при розподілі, що ставить за мету забезпечення (досягнення) пропорційності, можуть використовуватися такі змістовні принципи справедливості, як: кожному за потребою; кожному за його гідністю; кожному за його внеском; кожному одне й те ж³.

Як правило, саме баченням змістовних принципів справедливого розподілу насамперед і відрізняється більшість сучасних теорій справедливості (ідеться, зокрема, про ліберальні⁴, лібертарні⁵,

¹ Циппеліус Р. Юридична методологія. — С. 20.

² Нозик Р. Анархия, государство и утопия: Пер. с англ. — М.: ИРИСЭН, 2008. — С. 205.

³ Кашников Б. Н. Либеральные теории справедливости и политическая практика России. — С. 34–37.

⁴ Найвідомішою сучасною ліберальною концепцією є теорія Дж. Ролза «справедливість як чесність». Вона пропонує два принципи справедливості, де пріоритет віддано першому над другим: 1) кожна особа має рівне право на щонайширшу сукупну систему рівних основних свобод, яка б була сумісною з подібною системою свободи для всіх (принцип пріоритету рівної свободи); 2) соціальні й економічні нерівності слід так упорядкувати, аби вони були: а) і на найбільшу користь для найменш привілейованих, відповідно до принципу справедливих заощаджень, б) і прив'язані до посад і позицій, відкритих для всіх за умов чесної рівності можливостей (принцип диференціації) (Ролз Дж. Теорія справедливості. — С. 414).

⁵ Прикладом лібертарної концепції є теорія Р. Нозіка «справедливість як правоповноваження». Її головний принцип — ніхто не має прав на будь-що, що потребує використання праці та власності інших людей — конкретизується за допомогою трьох правил: 1) будь-яке наше первісне набуття, яке вилучає із спільної власності певну частину, не повинне погіршити становище інших людей (принцип справедливості привласнення); 2) будь-яке передавання справедливо набутої власності є справедливим тоді й тільки тоді, коли це передавання відбулося добровільно, тобто без використання обману й насильства (принцип справедливості переходу); 3) будь-яка несправедливість, що мала місце в ланцюгу набуття і передавань, повинна бути виправлена, навіть якщо для цього слід переглянути весь попередній ланцюг (принцип виправлення несправедливості) (Нозик Р. Анархия, государство и утопия. — С. 195–198).

комунітаристські¹, постмодерністські², феміністичні³ концепції).

Зрозуміло, що це залишає *відкритим* питання про те, які саме принципи справедливого розподілу мають бути втілені в праві. Для вирішення питань справедливості при їх закріпленні в праві слід, по-перше, шукати якомога ширшу міжсуб'єктну основу, а саме — правосвідомість якнайширшого кола осіб, і засновані на цій правосвідомості, знову ж

¹ *Комунітаристи* насамперед заперечують ліберальні та лібертарні концепції справедливості, які, на їх думку, просувають цінності індивідуалізму. На цій основі М. Сендел вважає справедливість помилковим соціальним орієнтиром, замінюючи її іншими – більш важливими для суспільства – чеснотами (зокрема, солідарністю, альтруізмом, доброзичливістю). У свою чергу А. Макінтайр підкреслює, що принципи справедливості є лише маскою для висловлення персональних уподобань, за собом примусу інших до дій, що їм не потрібні, і проявом емотивізму. На його погляд, сучасні моральні дебати про справедливість у суспільстві не мають рішення (див. відповідно: Сэндел М. Либерализм и пределы справедливости // Современный либерализм: Ролз, Берлин, Дворкин, Кимлика, Сэндел, Тейлор, Уолдрон: Пер. с англ. – М.: Дом интеллектуал. книги: Прогресс-Традиция, 1998. – С. 191–192, 204; Макинтайр А. После добродетели: Исследования теории морали: Пер. с англ. – М.: Акад. Проект; Екатеринбург: Деловая книга, 2000. – С. 11–20, 343).

² *Постмодерністські теорії* виражають скептичне ставлення до ідеї спільних громадських цінностей, яка притаманна класичним теоріям. Неоднорідність суспільних практик і інституцій ставить під сумнів можливість універсальної справедливості. Ідея справедливості радше веде за собою ідею множинності, яка пропонує нам окремо судити про кожний окремий випадок. Крім того, на думку постмодерністів, дискурс справедливості значною мірою залежить від мовних ігор. Проте люди беруть участь не в одній мовній грі, а в кількох; ці ігри не мають однакового статусу в суспільних і політичних сферах; деякі групи (діти, емігранти, маргінали тощо) або беруть нерівну участь у цих іграх, або взагалі не мають доступу до них. Через ці особливості мовних ігор неможливо дійти незалежного висновку, що одне рішення є справедливим, а друге – несправедливим (Енциклопедія постмодернізму: Пер. з англ. / За ред. Ч. Е. Вінквіста та В. Е. Тейлора. – К.: Основи, 2003. – С. 403–404).

³ *Феміністичні (гендерні) концепції* справедливості також зосереджують свою увагу на критиці традиційних теорій справедливості. З погляду феміністів, ці теорії концентрують свою увагу на проблемах справедливого розподілу, у той час як дійсним джерелом несправедливості сучасного суспільства є нерозподільні аспекти соціальних структур і інституцій (наприклад, структури прийняття рішень, поділу праці й культури).

Представники фемінізму уявляють справедливість як відсутність а) домінації та б) гноблення. При цьому вони визначають домінацію як структурний і системний феномен, що виключає людей із процесу визначення їх дій і умов їх дій. Іншими словами, у межах домінації певні особи безпосередньо або опосередковано визначають без взаємності умови діяльності інших людей. Гноблення розуміється як інституційне обмеження саморозвитку, що виявляється в таких формах, як експлуатація, маргіналізація, безсилля, культурний імперіалізм, насильство та ін. (див. з цього приводу: Кашников Б. Н. Либеральные теории справедливости и политическая практика России. – С. 162–172).

таки підтримувані більшістю, уявлення про справедливе. Потенційно ж консенсуальні уявлення суспільства про справедливість будуються на основі керованої здоровим глуздом совісті звичайної людини¹. По-друге, необхідно враховувати статус України як соціальної держави. На думку Конституційного Суду України, викладену в рішенні від 17 березня 2005 р. № 1-рп/2005 у справі про надання допомоги по тимчасовій непрацездатності², це зобов'язує державу відповідним чином регулювати економічні процеси, установлювати і застосовувати справедливі й ефективні форми перерозподілу суспільного доходу з метою забезпечення добробуту всіх громадян.

Проте варто пам'ятати, що процес правоутворення не є суто дедуктивним процесом конкретизації справедливості, це різноспрямований дедуктивно-індуктивний процес. Законодавець приймає закон на основі ціннісного рішення, у якому переплетені вимоги справедливості й доцільності. Саме рівнодіюча принципів справедливості та фактичних умов, що визначають можливість реалізації справедливості в цих історичних умовах, і формує зміст позитивного права³.

2.3. *Процедурну справедливість* можна визначити як додержання процедурних правил, що спрямовані на забезпечення справедливості результату тієї чи іншої дії незалежно від інших обставин. Існує суто процедурна, абсолютна і неабсолютна процедурна справедливість.

2.3.1. *Суто процедурна справедливість* визнається там, де немає незалежного критерію для правильного результату, а є натомість коректна або справедлива процедура, наслідок якої також є коректним або справедливим незалежно від його суті, — аби тільки належно дотримувалися процедури⁴. Іншими словами, *справедливість полягає в самих процедурах і не існує процесуально незалежної міри справедливого результату*. У цьому випадку справедливий результат — це будь-який результат, отриманий за умови додержання процедури. Ілюстрацією цієї ситуації є будь-яка гра (скажімо, карти чи футбол), якщо тільки вона ведеться чесно (за правилами).

Суто процедурна справедливість лише іноді знаходить своє втілення в праві. Наприклад, вона покладена в основу інституту жеребкування, що традиційно використовується під час виборів. Так, згідно з ч. 6 ст. 61 Закону України «Про вибори Президента України» розклад ефірного часу із зазначенням передвиборних агітаційних теле-, радіограм, конкретної дати і часу виходу їх в ефір складається відповідними

¹ Циппеліус Р. Юридична методологія. – С. 9, 28–29.

² Офіційний вісник України. – 2005. – № 13. – Ст. 673.

³ Максимов С. И. Правовая реальность: опыт философского осмысления. – С. 182.

⁴ Ролз Дж. Теорія справедливості. – С. 133.

державними та комунальними телерадіоорганізаціями за результатами жеребкувань, що проводяться відповідно Центральною виборчою комісією, однією з територіальних виборчих комісій за рішенням Центральної виборчої комісії у кожному з регіонів України (Автономна Республіка Крим, області, міста Київ та Севастополь) за участю кандидатів на пост Президента України, їх довірених осіб або уповноважених представників кандидатів. Це ж саме стосується складання графіка проведення теледебатів між кандидатами на пост Президента України та черговості друкування передвиборних програм. Закон України «Про порядок виділення в натурі (на місцевості) земельних ділянок власникам земельних часток (паїв)» встановлює, що розподіл земельних ділянок між власниками земельних часток (паїв) у межах одного сільськогосподарського підприємства проводиться за згодою не менш як двох третин власників земельних часток (паїв), а за її відсутності — шляхом жеребкування.

2.3.2. На відміну від суто процедурної абсолютна процедурна справедливість має незалежний критерій справедливого результату і процедуру, яка з великим ступенем гарантії приводить до цього результату. Прикладом такої справедливості є спосіб розподілу пирога, коли той, хто ділить, бере свій шматок останнім (за умови, що ми прагнемо розподілити пиріг на рівні частки). Є підстави вважати, що в цьому випадку той, хто ділить, намагатиметься досягти досконалої рівності часток.

Досконала процедурна справедливість також знаходить обмежене застосування в праві. Одним із нечисленних прикладів такої процедури є порядок формування складу третейського суду. Відповідно до ст. 17 Закону України «Про третейські суди», якщо сторони не погодили іншого, то при формуванні третейського суду в складі трьох і більше третейських суддів кожна із сторін призначає чи обирає рівну кількість третейських суддів, а обрані у такий спосіб третейські судді обирають ще одного третейського суддю для забезпечення непарної кількості третейських суддів. Ця процедура з великим ступенем гарантії приводить до формування неупередженого третейського суду.

2.3.3. Характерною ознакою неабсолютної процедурної справедливості є те, що хоч і є незалежний критерій для правильного висновку, проте немає такої підходящої процедури, яка б напевно привела до нього¹. Зазвичай правила неабсолютної процедурної справедливості лише сприяють досягненню справедливого результату (матеріальної справедливості) внаслідок дотримання процедури, однак не гарантують його. Вони спрямовані на забезпечення неупередженості (безсторонності) і зменшення можливості свавілля.

¹ Ролз Дж. Теорія справедливості. – С. 133.

Ідея неабсолютної процедурної справедливості в правовій сфері найяскравіше виявляється саме в судочинстві¹. Водночас вона реалізується також в інших видах юридичної діяльності — зокрема у правотворчості. Так, процедурні правила нормотворчого органу (регламент) насамперед спрямовані на забезпечення неупередженості (безсторонності), зменшення можливості свавілля і мають на меті прийняття найбільш досконалого за змістом і формою нормативно-правового акта. Наприклад, вони передбачають можливість проведення експертиз, громадських обговорень і узгоджень проектів нормативно-правових актів. Рішення про затвердження акта зазвичай приймається суб'єктом нормотворення за результатами розгляду та обговорення проекту нормативно-правового акта.

Слід зазначити, що всі види справедливості є тісно пов'язаними між собою. Там, де ми знаходимо формальну справедливість, ми ймовірно знайдемо й змістовну справедливість, оскільки вони схильні йти разом. Тому принаймні вкрай несправедливі інституції рідко, а то й ніколи, не бувають керовані безсторонньо й послідовно². У свою чергу абсолютна і неабсолютна процедурна справедливість спрямована на забезпечення змістовної справедливості (завдяки цим видам процедурної справедливості досягають допоміжної легітимації результату³), а суто процедурна — на її заміну (у разі коли для певних відносин не можуть бути визначені принципи справедливого розподілу, процедурна справедливість гарантує первинну легітимацію результату).

Отже, саме врахування в процесі правотворчості вимог формальної, змістовної і процедурної справедливості приводить до появи повністю легітимного права, а їх одночасна реалізація в процесі судочинства свідчить про здійснення правосуддя.

II. Справедливість у правотворчості й судочинстві

1. Справедливість у правотворчості

Уже на перший погляд право може бути визначене як втілена та закріплена в предметно-інституційних формах регулювання зовнішньої поведінки людей справедливість⁴. Право повинне гарантувати справедливість, виступаючи як інструмент для її встановлення, конкретизації і деталізації її вимог.

¹ Докладніше про втілення інституту неабсолютної процедурної справедливості в праві див. с. 66–74 даної монографії.

² Ролз Дж. Теорія справедливості. – С. 101.

³ Гьофе О. Справедливість і субсидіарність. Виступи в Україні. – С. 30.

⁴ Максимов С. И. Правовая реальность: опыт философского осмысления. – С. 171.

Ціла низка правових вимог безпосередньо впливає з принципу справедливості. Наприклад, ідея справедливості конкретизується в принципі *non bis in idem*, закріпленому в ст. 61 Конституції України: «Ніхто не може бути двічі притягнений до юридичної відповідальності одного виду за одне й те саме правопорушення». Згідно з ч. 1 ст. 233 ЦК правочин, який вчинено особою під впливом тяжкої для неї обставини і на вкрай не вигідних умовах, може бути визнаний судом недійсним. Частина 1 ст. 354 ЦПК визначає таку підставу для оскарження судового рішення у зв'язку з винятковими обставинами, як неоднакове застосування судом (судами) касаційної інстанції одного і того самого положення закону. Підставою ж для перегляду судового рішення у зв'язку з нововиявленими обставинами є, зокрема, встановлена Конституційним Судом України неконституційність закону, іншого правового акта чи їх окремого положення, застосованого судом при вирішенні справи, якщо рішення суду ще не виконане (ч. 2 ст. 361 ЦПК).

Зміст будь-якого правового акта як результату правотворчості повинен відповідати принципу справедливості. В умовах правової держави ця теза набула аксіоматичного характеру. Як підкреслює Г. Радбрух, суто позитивістське розуміння закону (закон діє, тому що це — закон) зробило всіх, включаючи юристів, беззахисними перед законами, які виправдовують свавілля, законами жакхливими і злочинними¹. Справедливість надає праву відповідного йому змістовного забарвлення, вона спонукає до критичного сприйняття конкретного закону чи іншого нормативного акта. Тому заперечувати категорію справедливості як критерій правового закону, безперечно, було б помилковим².

Поза всяким сумнівом, позитивне право повинне прагнути максимально закріплювати ті рішення, які вважаються справедливими. Проте *відповідність позитивного права і справедливості існує не завжди*:

1) у деяких випадках *позитивне право може випереджати суспільні уявлення про справедливість*. Як правило, це відбувається за умов, коли уповноважений суб'єкт орієнтується на вимоги міжнародно-правових документів. Так, на нашу думку, скасування в 1999 р. смертної кари як виду покарання через визнання її неконституційною рішенням Конституційного Суду України від 29 грудня 1999 р. № 11-рп/99 у справі про смертну кару³ не відповідало уявленням про справедливість, що існували на той момент в українському суспільстві;

¹ Радбрух Г. Философия права. — С. 225.

² Козюбра М. Правовой закон: проблема критеріів. — С. 86.

³ Офіційний вісник України. — 2000. — № 4. — Ст. 126.

2) *частина норм позитивного права є нейтральними, «етично індиферентними»*. Ці норми виконують виключно впорядкувальну функцію і не стосуються питань справедливості. Це можна сказати, наприклад, про правила дорожнього руху — «іхати, дотримуючись правого краю проїжджої частини й обганяти ліворуч». Це правило з точки зору справедливості є не гіршим і не кращим, ніж протилежне — «іхати, дотримуючись лівого краю проїжджої частини й обганяти праворуч»¹. Тому при оцінці таких законів основна увага зосереджується на їх суспільній користі²;

3) *позитивне право може орієнтуватися на інші цінності*. Так, поряд із вимогами забезпечувати справедливість перед суб'єктом правотворчості завжди виникають потреби правової впевненості (визначеності, стабільності). У деяких випадках ці цінності можуть суперечити одна одній. Вважається, що правова впевненість зазвичай працює на користь консервативного підходу, у той час як принцип справедливості радше сприяє оновленню, інноваціям права³. Тоді постає проблема вибору — пожертвувати справедливістю в інтересах правової стабільності чи, навпаки, пожертвувати правовою стабільністю заради справедливості⁴. Загалом же право обирає середній шлях. Його загальні норми дають можливість інтерпретації, різного тлумачення вчинків, що дозволяє шляхом уточнень та заповнення законодавчих прогалів розширити його там, де у своєму сучасному поняттєвому контексті законодавчі норми не задовольняють потребу справедливості⁵.

На думку англійських лордів-суддів, міркування справедливості та правової визначеності (стабільності) перебувають у досить хисткій рівновазі, так що іноді важко передбачити, який із цих принципів буде змушений поступитися дорогою іншому, особливо якщо норми права, які підлягають застосуванню, є недостатньо чіткими⁶. Природно, що в деяких ситуаціях принцип правової впевненості може мати перевагу над справедливістю. Наприклад, в інтересах правової стабільності встановлюється відмова в захисті порушеного права при закінченні строку позовної давності, визнається право власності за давністю володіння майном, вважається чинним судові рішення, яке є неправильним із точки зору змісту, але не може бути переглянута;

¹ Про такі норми права див., наприклад: Циппеліус Р. Юридична методологія. — С. 20–22; Радбрух Г. Философия права. — С. 90.

² Козюбра М. Правовой закон: проблема критеріів. — С. 87.

³ Верещагин А. Н. Судебное правотворчество в России. Сравнительно-правовые аспекты. — М.: Междунар. отношения, 2004. — С. 40.

⁴ Радбрух Г. Философия права. — С. 88.

⁵ Циппеліус Р. Философия права. — С. 176.

⁶ Верещагин А. Н. Судебное правотворчество в России. — С. 83.

4) інколи *позитивне право може відставати від суспільних уявлень про справедливість*. Проте цей розрив має тенденцію до згладжування: або це відбувається внаслідок того, що уявлення про справедливість із часом руйнують правові норми, які суперечать їм, або право перевищує існуючу правову мораль. Одним із шляхів розв'язання конфлікту між позитивним правом та справедливістю є революція¹.

2. Справедливість у судочинстві

Слід підкреслити, що ідея справедливості дуже яскраво втілюється в судовій діяльності. Ще Мойсей звертався до суддів із такими настановами: «І наказав я того часу вашим суддям, говорячи: Вислуховуйте суперечки між вашими братами, і розсуджуйте справедливо між чоловіком та між братом його, та між приходьком його. Не будете звертати уваги на обличчя в суді, як малого, так і великого вислухаєте...»². На думку Арістотеля, «іти до суду — значить звертатися до справедливості, оскільки суддя прагне бути ніби уособленою справедливістю; до того ж люди шукають неупередженого суддю...»³. За влучним висловом О. Гюффе, судочинство є інновацією в галузі справедливості, яка має справжнє всесвітньо-історичне значення⁴.

Ідея справедливості звучить і в сучасному законодавстві, що стосується судової діяльності. Наприклад, згідно з ч. 1 ст. 1 ЦПК одним із завдань цивільного судочинства є справедливий, неупереджений та своєчасний розгляд і вирішення цивільних справ. Досягнення справедливості є також завданням кримінального судочинства: воно має забезпечити, щоб кожний, хто вчинив злочин, був притягнутий до відповідальності і жоден невинний не був покараний (ст. 2 КПК). Окремо можна згадати Концепцію вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів, затверджену Указом Президента України від 10 травня 2006 р. № 361/2006⁵, метою якої є забезпечення становлення в Україні судівництва як єдиної системи судового устрою та судочинства, що функціонує на засадах верховенства права згідно з європейськими стандартами і гарантує право особи на справедливий суд⁶.

¹ Циппеліус Р. Філософія права. – С. 41–42, 46.

² П'ята книга Мойсеєва: Повторення закону 1:16,17.

³ Арістотель. Никомахова етика. – С. 153.

⁴ Хеффе О. Справедливість: Філософське вчення. – С. 77.

⁵ Офіційний вісник України. – 2006. – № 19. – Ст. 1376.

⁶ Концепція пов'язує право на справедливий судовий розгляд із забезпеченням доступності правосуддя, справедливої судової процедури, незалежності, безсторонності та професіоналізму суддів, юридичної визначеності, однаковості судової практики і відкритості судових рішень, ефективності судового захисту та ін.

Лише додержання вимог справедливості під час здійснення судочинства дозволяє характеризувати його як *правосуддя*. Цю думку можна, зокрема, простежити у рішенні Конституційного Суду України від 30 січня 2003 р. № 3-рп/2003 у справі про розгляд судом окремих постанов слідчого і прокурора¹: «Правосуддя за своєю суттю визнається таким лише за умови, що воно відповідає вимогам справедливості і забезпечує ефективне поновлення в правах».

Поняття «*справедливе судочинство*» в сучасному розумінні має два аспекти:

матеріальна (змістовна) справедливість, яка полягає в тому, що кожне судове рішення має бути справедливим по суті (тобто при вирішенні спірного питання повинні бути справедливо визначені права і обов'язки тих, хто звернувся до суду, або завдяки судовому рішенню має бути відновлена порушена справедливість);

процесуальна (процедурна) справедливість, яка передбачає розгляд справи відповідно до певних судових процедур².

2.1. Матеріальна (змістовна) справедливість

У класичному розумінні суд повинен *перенести ідею справедливості, втілену в нормах права, на рівень конкретних правовідносин*. Так, суд конкретизує вимоги справедливості, закріплені в правовій нормі, щодо окремих правовідносин або корегує ті правовідносини, учасники яких відхиляються від нормативно встановлених стандартів справедливості. Наприклад, керуючись вимогами рівності та розмірності, він має призначити покарання, яке враховує ступінь тяжкості вчиненого злочину, особу винного та обставини, що пом'якшують та обтяжують покарання, установити справедливий розмір відшкодування моральної шкоди, визнати недійсним правочин, укладений на несправедливих умовах, скасувати несправедливий (дискримінаційний або непропорційний) індивідуальний акт суб'єкта владних повноважень. Вирішуючи спори, в основі яких лежать приватні уявлення про справедливість, суд також сприяє формуванню і конкретизації ідеї публічної справедливості.

Крім того, суд може *компенсувати окремі недоліки формальної справедливості*, обумовлені такою рисою права, як *загальність*. Вона не дозволяє адекватно вирішувати кожну конкретну ситуацію, яка може мати певні особливості, не враховані в нормі. У відомому вислові

¹ Офіційний вісник України. – 2003. – № 6. – Ст. 245.

² Моршачова Т. Конституционная защита прав и свобод граждан судами Российской Федерации // Сравнит. конституц. обозрение. – 2004. – № 4 (49). – С. 125–126.

«Summum ius, summa iniuria» (найвище право — найвища беззаконність)¹ із давніх-давен виражалася стурбованість із приводу того, що суворе застосування позитивного права часто може закінчуватись найзліснішою несправедливістю. По суті, йдеться про конфлікт між формальною і змістовною справедливістю. Ця ідея походить ще від Арістотеля, який підкреслював, що право через свій загальний характер має бути доповнене особливою (вищою) формою справедливості — *справедливістю окремого випадку («правдою»)*². Така поправка щодо правомірності (грец. — ерікеїа, лат. — aequitas) є в певній мірі милосердям і добротою при виконанні справедливості. Ця так звана поблажлива справедливість³ пом'якшує формальну справедливість, робить її терпимою, знімає суперечність між законом, що претендує на загальну обов'язковість, і реальністю конкретного вчинку⁴. Подібне доповнення є особливо помітним в англійському праві справедливості (equity), де можна побачити тенденцію шукати правильне в конкретному випадку. Це відрізняє його від загального права (common law), у якому існує сильна тенденція жертвувати одиничним заради загального⁵.

Одним із засобів, за допомогою якого право може стати змістовно справедливим, є гнучкість норм, що надає суддям можливості розвивати і пристосовувати право, застосовувати розсуд. Прикладами подібної гнучкості є повноваження судді призначити кримінальне покарання нижче нижчої межі, зменшити розмір неустойки, обирати покарання в межах альтернативної або відносно визначеної санкції тощо.

У більш складних випадках суд може *застосовувати справедливість замість закону (praeter legem) і всупереч закону (adversus legem)*. Як зазначав Верховний Суд США в рішенні у справі Хенінгсен проти Блумфілд Моторс Інк. (Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc. (1960)): «Чи існує принцип більш знайомий і міцніше вмонтований в історію англо-американського права, ніж основна доктрина, згідно з якою суди не повинні дозволяти використовувати себе як інструмент беззаконня та несправедливості?»⁶. Вважаємо, що під цими словами міг би підписатися будь-який суд, що діє в європейській правовій системі.

¹ Цицерон Марк Туллий. Об обов'язностях // Цицерон Марк Туллий. О старости. О дружбе. Об обов'язностях: Пер. с лат. – М.: Наука, 1975. – С. 66.

² Арістотель. Никомахова етика. – С. 168.

³ Юркевич П. Історія філософії права (1868) // Юркевич П. Історія філософії права. Філософія права. Філософський щоденник: Пер. з рос. та нім. – К.: Ред. журн. «Укр. Світ», 1999. – С. 91.

⁴ Хофмайстер Х. Что значит мыслить философски. – С. 324.

⁵ Виноградов П. Очерки теории права. – М.: Скл. изд.: т-во А. А. Левенсон, 1915. – С. 131, 136.

⁶ Цит. за: Дворкін Р. Серйозний погляд на права. – С. 49.

До застосування справедливості замість закону суд вдається, наприклад, *за наявності прогалін у нормах позитивного права*. Низка кодексів встановлює, що у разі відсутності закону, що регулює відповідні й подібні правовідносини, суд застосовує аналогію права, тобто виходить із конституційних принципів і загальних засад права чи законодавства (див. ч. 7 ст. 9 КАС, ч. 7 ст. 8 ЦПК, ч. 2 ст. 8 ЦК, ч. 2 ст. 10 СК). Це, поза всяким сумнівом, означає можливість безпосереднього застосування принципу справедливості.

Суд також може діяти всупереч закону і *відновити справедливість, порушену при прийнятті нормативно-правового акта*. На нашу думку, вирішуючи питання, чи вимагає певне порушення справедливості, допущене при прийнятті нормативно-правового акта, її поновлення в процесі правозастосування, суду доцільно користуватися формулою Г. Радбруха. Він виходить із того, що законодавство там, де воно не перетворюється на свавілля, створює чи принаймні намагається створити справедливі правила поведінки через розумне, компетентне зважування протилежних інтересів. Тому за загальним правилом законодавство повинне застосовуватися навіть тоді, коли у правозастосовувача існують певні сумніви щодо справедливості його змісту¹.

На наш погляд, існують два винятки із цього загального правила.

По-перше, це ситуації, коли чинний нормативно-правовий акт стає настільки несумісним зі справедливістю, що закон як «несправедливе право» заперечує справедливість. У принципі, можна чітко визначити: коли законодавець навіть не прагне справедливості, коли рівність, що складає її основу, свідомо заперечується в нормотворчому процесі, тоді закон є не лише несправедливим правом, але навіть більш того — він є неправим за своєю природою. Яскравим прикладом таких законів є нормативно-правові акти нацистської держави.

По-друге, це ситуації, коли несправедливі нормативно-правові акти з'являються внаслідок помилок законодавця. Як правило, такі акти непропорційно обмежують свободу особи та порушують принцип рівності. У цих випадках відповідні судові органи мають повноваження визнавати несправедливі нормативно-правові акти нечинними. Наприклад, висновок про втрату чинності законами через їх несправедливість може робити лише Конституційний Суд України. Це повноваження було використано Конституційним Судом, зокрема, у рішенні від 24 березня 2005 р. № 2-рп/2005 у справі про податкову заставу. Так, Суд зазначив, що положення закону, яке передбачає можливість поширення права податкової застави на будь-які види активів платника податків неза-

¹ Радбрух Г. Філософія права. – С. 226.

лежно від суми податкового боргу, порушує справедливе вирішення питань застосування права податкової застави, тобто є неконституційним¹.

Ці два винятки мають принципову різницю між собою. Ситуацію з несправедливими нормативно-правовими актами можна порівняти із ситуацією з недійсністю правочинів. Як відомо, недійсні правочини за ступенем недійсності поділяються на нікчемні, або абсолютно недійсні, та оспорювані, або відносно недійсні. Відповідно до норм цивільного права визнання нікчемного правочину недійсним судом не вимагається. Сторони нікчемного правочину не зобов'язані виконувати його умови, причому і тоді, коли він судом не визнаний недійсним. На відміну від нікчемних правочинів, оспорювані правочини не залишають правочину юридичних наслідків і не приводять до бажаного результату тільки за позовом зацікавленої особи. При оспорюваності правочин вважається дійсним доти, доки не буде оскаржений у суді. Утім над ним піднятий «дамоклів меч» недійсності, і через те що ця недійсність визнана судом, він буде породжувати ті ж юридичні наслідки, як і нікчемний правочин.

Так само і несправедливі закони умовно можуть вважатися як нікчемними, так і оспорюваними. Явно несумісний зі справедливістю нормативно-правовий акт є нікчемним і не повинен застосовуватися в будь-якому випадку. Водночас інші несправедливі нормативно-правові акти є оспорюваними і підлягають застосуванню до прийняття відповідного рішення компетентним судовим органом.

Таким чином, втілення стандартів змістовної справедливості, з одного боку, вимагає від суддів активної, творчої ролі в процесі правозастосування, з другого — їх занадто активна, творча діяльність, їх невмотивоване нехтування нормами права або своїми попередніми рішеннями може призвести до суддівського свавілля, тобто порушення ідеї формальної справедливості. Тому при вирішенні кожної справи потрібно постійно шукати необхідний баланс, символом якого є терези Феміди².

2.2. Процесуальна (процедурна) справедливість

Поняття «справедливість» часто стосується не лише ставлення до людей, але й процедури, до якої вдаються для того, щоб прийняти рішення про належне ставлення³. Цей аспект вважався суттєвим елементом правосуддя протягом всієї правової історії. Як вже зазначалось, ідея

¹ Офіційний вісник України. — 2005. — № 13. — Ст. 674.

² Шевчук С. Основи конституційної юриспруденції. — С. 61.

³ Миллер Д. Политические учения. Краткое введение: Пер. с англ. — М.: Астрель: АСТ, 2007. — С. 107.

недосконалої процедурної справедливості в правовій сфері найяскравіше виявляється саме в судочинстві. Сьогодні вона втілюється насамперед у *праві на справедливий судовий розгляд*, яке закріплене в ст. 10 Загальної декларації прав людини 1948 р., ст. 14 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права 1966 р., ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р., рішенні Конституційного Суду України від 1 грудня 2004 р. № 19-рп/2004 у справі про незалежність суддів як складову їхнього статусу¹ та ін.

М. Ентін умовно поділяє систему елементів, з яких складається право на справедливий судовий розгляд, на чотири групи:

1) *органічні елементи*, тобто елементи, які забезпечують ефективне користування цим правом і його реалізацію (право на доступ до правосуддя і право на виконання судових рішень);

2) *інституційні елементи*, тобто елементи, що утворюють критерії, яким мають відповідати судова система держави в цілому і кожний судовий орган окремо (створення суду і формування його складу на підставі закону, достатня тривалість повноважень суддів і їх незмінність протягом строку їх повноважень, незалежність і неупередженість суддів, публічний характер діяльності суду, визнання юридичної обов'язковості рішень суду, обґрунтованість і вмотивованість рішень тощо);

3) *процесуальні елементи*, які забезпечують реальну участь осіб в процесі, змагальність процесу, рівність сторін на всіх стадіях судового розгляду і розумні строки розгляду справи;

4) *спеціальні елементи*, тобто елементи, що є додатковими гарантіями для кримінального процесу (презупція невинуватості, право на захист, право на перекладача та ін.)².

Корисним для з'ясування сутності права на справедливий судовий розгляд є виокремлення в його складі: а) прав, що реалізуються ще до початку самого судового розгляду (зокрема, право на судовий захист і доступ до правосуддя, право на доступ до послуг адвоката, право не бути примушеним до свідчень проти себе), б) прав, що реалізуються безпосередньо на стадії судового розгляду справи (право бути судимим судом, утвореним відповідно до закону, право бути судимим безсторон-

¹ Офіційний вісник України. — 2004. — № 49. — Ст. 3220.

² Докладніше про ці елементи див.: Энтин М. Справедливое разбирательство по праву Совета Европы и Европейского Союза // Конституц. право: Восточноевроп. обозрение. — 2003. — № 3 (44). — С. 86–88.

У цілому погоджуючись із цією класифікацією, ми вважали б за доцільне тлумачити неупередженість суддів, публічний характер діяльності суду, обґрунтованість і вмотивованість рішень не як інституційні, а як процесуальні гарантії.

нім, незалежним судом, право на публічний судовий розгляд, право на рівні процесуальні можливості та ін.), і в) прав, що реалізуються після розгляду справи по суті (наприклад, право на виконання судового рішення, право на оскарження судового рішення, право на застосування принципу *non bis in idem*)¹.

Слід також наголосити на тому, що зміст права на справедливий судовий розгляд має певні особливості залежно від того, стосується він осіб, які обвинувачуються у здійсненні злочинів, чи осіб, які претендують на визначення своїх цивільних прав і обов'язків.

Не маючи можливості проаналізувати всі елементи права на справедливий судовий розгляд², зосередимо увагу лише на деяких із них, що утворюють так звані *правила природної справедливості* (principles of natural justice).

Насамперед підкреслимо, що з точки зору справедливості під час здійснення правосуддя *важливим є сам факт додержання процедурних правил*. Цікаво, що ця ідея знайшла своє відображення в англійській юридичній термінології, де для позначення справедливого процесу використовується термін «fair trial», що буквально означає процес «за правилами»³. Проте ще більш принциповою є вимога, згідно з якою судовий процес повинен проводитись за правилами, що мають певний зміст.

Визначення таких правил якраз і пропонує концепція природної справедливості, що була розроблена в Англії наприкінці XVII ст. і передбачає участь зацікавлених осіб в процесі прийняття рішень, які повинні мати можливість висловити свою думку в гідних умовах. Важливість цього принципу визнавалася із посиленням на те, що сам Господь Бог вислухав Адама і Єву перед тем, як вигнати їх із раю⁴. Пізніше

¹ Докладніше про цю класифікацію див.: Рабцевич О. И. Право на справедливое судебное разбирательство: международное и внутригосударственное правовое регулирование. — М.: Лекс-Книга, 2005. — С. 91–142.

² Відповідний ґрунтовний аналіз здійснено, наприклад, М. де Сальвіа і С. Шевчуком (Де Сальвіа М. Прецеденты Европейского Суда по правам человека. Руководящие принципы судебной практики, относящейся к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод. Судебная практика с 1960 по 2002 г.: Пер. с фр. — СПб.: Юрид. центр Пресс, 2004. — С. 275–512; Шевчук С. Судовий захист прав людини: практика Європейського Суду з прав людини у контексті західної правової традиції. — С. 231–348).

³ Гарапон А. Хранитель обещаний: суд и демократия: Пер. с фр. — М.: Nota bene, 2004. — С. 80–81.

⁴ Шайо А. Самоограничение власти (краткий курс конституционализма). — С. 207.

ця концепція послужила фундаментом для створення аналогічних доктрин в інших державах¹. А в другій половині ХХ ст. вона стала основою міжнародно-правових стандартів щодо належної організації судової влади та її здійснення².

«У кожного індивіда, — зазначав Р. Нозік, — поза всяким сумнівом, є право на те, щоб була публічно доступною або доступною особисто йому інформація, достатня для демонстрації того, що судова процедура, яку передбачається застосувати до нього, є чесною і надійною. <...> У нього є право на те, щоб йому продемонстрували, що його справою буде займатися чесна і гідна довіри система»³.

Природна справедливість обумовлює існування *гарантій процесуальних прав особи* і насамперед право бути заслуханим у судовому засіданні, вимогу форуму (гласність і змагальність у судовому процесі), чесності та нейтральності судочинства, а також конституційних гарантій щодо судового захисту будь-якого порушеного права особи й гарантій права на судові оскарження дій адміністративних органів⁴.

Існування цих правил має розумне пояснення: подібні процедури від самого початку служать досягненню справедливого за своїм змістом рішення. Вони становлять процесуальні умови, дотримання яких, найімовірніше, дозволяє чекати на змістовно справедливі рішення⁵. Крім того, ці процедури є важливими, оскільки вони демонструють повагу до людей, які постають перед судом і бажають мати можливість захистити власну точку зору, бажають, щоб стосовно них діяли ті ж самі правила, що й стосовно інших. Уявіть собі, якщо б суддя приймав рішення, ворожачи на кавовій гущі!⁶

Ці класичні вимоги процесуального права зменшують імовірність свавілля влади, і зрозуміло, що рішення не може визнаватися як справедливе, коли воно прийняте у процесі, який не відповідає цим вимогам. Яскравим антиподом цих правил природної справедливості є «процес»

¹ Наприклад, англійська концепція природної справедливості дістає своє відображення у доктрині належної правової процедури (due process of law) в конституційному праві США та Канади.

² Абросимова Е. Судебная власть в Российской Федерации: система и принципы. — М.: Ин-т права и публич. политики, 2002. — С. 120–121.

³ Нозік Р. Анархия, государство и утопия. — С. 137.

⁴ Шевчук С. Основи конституційної юриспруденції. — С. 67.

⁵ Циппеліус Р. Філософія права. — С. 82.

⁶ Миллер Д. Политические учения. — С. 107–108.

у Ф. Кафки¹. Урешті-решт, їх дотримання створює субсидіарну легітимацію судової влади, формує впевненість суспільства в тому, що суд прагне до справедливості на основі права, що в сучасному світі є аксіоматичною умовою існування незалежної судової влади. Без цієї суспільної довіри судова влада не здатна функціонувати².

Розглянемо деякі складові природної справедливості більш докладно.

1. *Не можна бути суддею у власній справі* (nemo iudex in re sua). Ця думка йде ще від Арістотеля, який зауважував, що «в судженні ж про свої власні справи чи не більшість людей погані судді»³. Т. Гоббс, обґрунтовуючи цю вимогу як принцип природного права, насамперед виходив із припущення, що кожна людина робить усе заради своєї вигоди, а далі зазначав: «А якби навіть один із сперечальників був придатний для цього (бути справжнім арбітром у власній справі. — С. П.) як ніхто інший, усе ж таки неупередженість вимагає надати обом сторонам рівних вигод, і якщо одній стороні дозволяється бути суддею, то й іншій це треба також дозволити, і, таким чином, спір, тобто причина війни, залишається, — а це проти природного закону»⁴. Ситуацію, коли люди є суддями у власних справах, називав нерозумною і несправедливою також Дж. Локк⁵.

¹ Наведемо лише один фрагмент із його роману, який дає можливість оцінити всю несправедливість правил процесу, описаного Ф. Кафкою: «...судові засідання закриті від громадськості, проте, якщо суд визнає таку необхідність, можуть бути і відкриті, — хай там як, закон не зобов'язує до відкритих слухань. Через те й судові документи, передусім обвинувальний висновок, неприступні для звинуваченого та його захисників, отже, загалом невідомо або принаймні відомо дуже мало, проти чого має бути спрямована перша заява, тому в ній, власне, лише випадково можуть міститися твердження, що мають якесь значення до справи. <...> Звичайно, за таких обставин сторона захисту опиняється в дуже несприятливому й важкому становищі. Але на те є певні причини. Закон, власне, про захист нічого не каже, він його лише терпить, і саме про те, чи в тих або тих рядках закону можна додати стерпне ставлення до судового захисту, й точиться суперечка. <...>

<...> Розгляд справи в різних судових палатах загалом зостається таємницею навіть для нижчих судовців, на певному етапі вони беруть участь в розгляді, проте за дальшим ходом процесу навіть не можуть простежити як слід, тож судова справа потрапляє до їхньої судової ланки, а вони часто й не знають, звідки вона прийшла; справа йде потім далі, а їм несила довідатись, куди саме. Отже, ця судова дрібнота навіть не має змоги вивчити окремі стадії процесу і висувати, яким буде остаточний вирок та його причини» (Кафка Ф. Процес: Пер. з нім. — Х.: Фоліо, 2005. — С. 104, 107–108).

² Барак А. Судейское усмотрение. — С. 287.

³ Арістотель. Політика: Пер. з давньогрец. — К.: Основи, 2003. — С. 78.

⁴ Гоббс Т. Левіафан. — С. 176.

⁵ Лок Дж. Два трактати про врядування. — С. 135–136.

Так, із давніх-давен ця заборона втілювалась у принципі розподілу між двома партнерами — «один ділить, інший вибирає». Ідеться про правило, згідно з яким один ділить щось (майно, зобов'язання та ін.) на такі дві частини, які йому здаються змістовно рівними, а інший вибирає ту з цих двох частин, яка йому здається більшою. За такого способу той, хто ділить, спонукається власними інтересами до якнайрівноціннішого й, отже, найсправедливішого розподілу¹. Вважається, що принцип «не можна бути суддею у власній справі» дістав ґрунтовне розкриття в рішенні у справі Бонгема (1610), проголошеному видатним англійським суддею Е. Коуком².

З цього принципу випливає вимога щодо необхідності звернення до нейтральної третьої особи, яка має вирішити спір між сторонами. Це розумне правило саме по собі не може гарантувати справедливості, проте воно підвищує ймовірність здійснення того, що вимагав від посадовців ще Арістотель: бути тільки охоронцями та слугами закону³.

2. *Кожна сторона повинна мати право бути вислуханою* (audi alteram partem). Це правило визнано Судом ЄС загальним принципом права Європейського співтовариства, згідно з яким особі, інтереси якої можуть бути суттєво зачеплені внаслідок певного рішення, має бути надана можливість зробити її точку зору відомою⁴. У процесуальному праві це правило впливає з ідеї про необхідність надання рівних шансів (рівної зброї) для всіх учасників процесу. Іншими словами, усі зацікавлені мають дістати однакові шанси викласти свої факти та свої правові позиції⁵.

Ця ідея є важливою складовою процесуального принципу змагальності — єдиним шляхом отримання судової істини. Право має у розпорядженні особливий, властивий йому спосіб досягнення об'єктивності за допомогою суб'єктивності, а саме спосіб конфронтації двох протилежних суб'єктивних позицій. Право не тільки вважає цю істину відносною, але й виходить з того, що вона може бути народжена лише в зіткненні сторін, у результаті організованого спору двох протилежних думок⁶.

Ця ж ідея знайшла своє втілення і в сучасному адміністративному праві. Так, право особи на участь у процесі прийняття рішення суб'єктом

¹ Циппеліус Р. Філософія права. — С. 239.

² Викладення обставин цієї справи див.: Шевчук С. Основи конституційної юриспруденції. — С. 167.

³ Гьофе О. Розум і право. Складові інтеркультурного правового дискурсу. — С. 32.

⁴ Хартлі Т. К. Основи права Європейського союзу. — С. 165.

⁵ Циппеліус Р. Філософія права. — С. 242.

⁶ Карбоньє Ж. Юридическая социология. — С. 216.

владних повноважень може бути виведено з положень п. 9 ч. 3 ст. 2 КАС.

На наш погляд, порушення принципу *audi alteram partem* було однією з правових підстав, які були використані Верховним Судом України при прийнятті рішення від 3 грудня 2004 р. про визнання дій Центральної виборчої комісії по встановленню результатів повторного голосування з виборів Президента України та складанню протоколу про результати повторного голосування з виборів Президента України від 24 листопада 2004 р. неправомірними¹.

3. *Суддя має проявляти неупередженість (безсторонність)*. Ця вимога — традиційний принцип природного права² — міститься в ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р.³ Це означає, що суддя однаково ставиться до сторін, надає їм рівні можливості, що він не має особистої зацікавленості в результаті процесу. Рішення, до якого він доходить у підсумку, визначається не його схильністю до тієї чи іншої сторони, а його підкореністю праву. Саме з цього, як вже згадувалось, й випливає образ Феміди із зав'язаними очима⁴. Інший образ справжнього судді пропонував Р. фон Ієрінг. На його думку, суддя має сприймати сторони, що виступають перед ним, не як певних осіб, а як абстрактні типи, маски (позивач і відповідач); суддя бачить лише маску, а не індивіда, який ховається під нею⁵. У свою чергу суддя також має дистанціюватися від себе як від конкретної людини, ніби піти з буденного життя при здійсненні правосуддя. З цією метою в багатьох правових системах суддя одягає мантію і парик, які є не лише реліктами колишнього церемоніального вбрання. Так, Й. Хьойзінга припускав, що ці предмети є аналогом примітивних танцювальних масок первісних народів: і перші, і другі роблять людину «іншою істотою»⁶.

¹ Мотивуючи своє рішення, Суд посилався, зокрема, на те, що «до встановлення результатів повторного голосування у день виборів Президента України Центральна виборча комісія не розглянула заяви та скарги про порушення територіальними виборчими комісіями порядку встановлення підсумків голосування в межах територіальних виборчих округів і рішення, прийняті територіальними виборчими комісіями за результатами їх розгляду» (Урядовий кур'єр. — 2004. — 8 груд. (№ 234)).

² Гоббс Т. Левіафан. — С. 175.

³ Згідно з даною статтею «кожна людина при визначенні її громадянських прав і обов'язків або при висуненні проти неї будь-якого кримінального обвинувачення має право на справедливий і відкритий розгляд впродовж розумного строку незалежним і безсторонним судом, створеним відповідно до закону...».

⁴ Барак А. Судейское усмотрение. — С. 252.

⁵ Ієрінг Р. фон. Цель в праве. — С. 333.

⁶ Хьойзінга Й. Homo ludens = Человек играющий: Пер. с нидерл. — СПб.: Азбука-классика, 2007. — С. 115–116.

Президент Європейського суду з прав людини Л. Вільдхабер підкреслює, що суди повинні бути не просто неупередженими, вони мають сприйматися як такі в суспільній свідомості¹. Правова позиція Європейського суду з прав людини щодо неупередженості правосуддя сформульована у справі *Piersack v. Belgium* (1982). На думку Суду, неупередженість включає суб'єктивні й об'єктивні елементи. Перевірка на суб'єктивну неупередженість полягає в з'ясуванні особистих переконань того чи іншого судді в конкретній справі (зазвичай особиста неупередженість існує за відсутності доказів протилежного). Об'єктивна неупередженість вимагає існування у судді достатніх гарантій, що включають будь-які обгрунтовані сумніви в його неупередженості².

Неупередженість суддів забезпечується їх незалежністю, яка полягає передусім у їхній самостійності, непов'язаності при здійсненні правосуддя жодними обставинами та іншою, крім закону, волею³. Значений підхід щодо забезпечення незалежності суддів закріплено у Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. та в низці інших міжнародних документів⁴.

¹ Вільдхабер Л. Европейская конвенция о правах человека и беспристрастность судей [Электронный ресурс]. — Режим доступа: http://www.concourt.am/hr/cc/1/vestnik/2.12-2001/wildhaber_rus.htm.

² Так, судова практика визнає, що такі сумніви можуть з'явитися у розумного стороннього спостерігача у випадках: 1) виконання однією особою різних судових функцій на різних стадіях судового розгляду; 2) виконання суддею несудових функцій, які б могли вплинути на виконання ним обов'язків судді; 3) підтримання суддею позасудових відносин з однією із сторін, підкореного становища судді щодо однієї із сторін або існування у судді особистого інтересу в справі; 4) наявності у присяжних певних специфічних рис тощо.

³ У рішенні Конституційного Суду України від 1 грудня 2004 р. № 19-рп/2004 у справі про незалежність суддів як складову їхнього статусу підкреслюється, що гарантована Конституцією України незалежність суддів забезпечується насамперед особливим порядком їх обрання або призначення на посаду та звільнення з посади; заборонаю будь-якого впливу на суддів; захистом їх професійних інтересів; особливим порядком притягнення суддів до дисциплінарної відповідальності; забезпеченням державою особистої безпеки суддів та їхніх сімей; гарантуванням фінансування та належних умов для функціонування судів і діяльності суддів, їх правового і соціального захисту; заборонаю суддям належати до політичних партій та профспілок, брати участь у будь-якій політичній діяльності, мати представницький мандат, займатися за сумісництвом певними видами діяльності; притягненням до юридичної відповідальності винних осіб за неповагу до суддів і суду; суддівським самоврядуванням.

⁴ Зокрема, в Основних принципах незалежності судових органів, ухвалених резолюціями 40/32 від 29 листопада 1985 р. та 40/146 від 13 грудня 1985 р. Генеральної Асамблеї ООН, Процедурах ефективного здійснення Основних принципів незалежності судових органів, затверджених 24 травня 1989 р. Резолюцією 1989/60 Економічної і соціальної ради ООН, Європейській хартії «Про статус суддів» від 10 липня 1998 р., Рекомендаціях № (94) 12 Комітету міністрів Ради Європи «Про незалежність, дієвість та роль суддів» від 13 жовтня 1994 р. та інших. Цей підхід також підтверджується практикою Європейського суду з прав людини.

4. *Процес повинен бути публічним.* До яких би глибин нашої правої пам'яті ми не зверталися, правосуддя незмінно асоціюється з публічним проголошенням, на це вказує етимологія терміна «юрисдикція» — проголошення права¹. Це правило також міститься в ст. 6 Конвенції² і ґрунтується на більш загальній вимозі транспарентності правосуддя³. Європейський суд з прав людини сформулював у рішенні у справі *Delcourt v. Belgium* (1970): «Правосуддя має бути не тільки здійсненим, але й має бути ясно видно, що правосуддя здійснене». Публічність процесу (точніше, публічність усно проведених слухань справи до постанови суду та виголошення рішення) є необхідною для контролю за об'єктивністю, рівністю шансів і можливостей при веденні процесу та прийнятті рішення⁴ і є суттєвою умовою для суспільної довіри до судових рішень.

Отже, тільки завдяки правосуддю як справедливому судочинству можна втілити в правову реальність справедливість як ідею права.

§ 2. Рівність

Принцип рівності традиційно розглядають як одну з фундаментальних конституційних вимог⁵, як важливу умову існування правової держави⁶. Проте конкретний зміст принципу рівності й дотепер залишається предметом наукових дискусій. Так, на думку авторів оксфордського політичного словника, ця нормативна вимога передбачає чотири основних аспекти, які суттєво відрізняються один від одного, хоча і не є незалежними: 1) рівна повага в межах певної схеми процесу ухвален-

¹ Гарапон А. Хранитель обещаний: суд и демократия. — С. 196.

² У Конвенції зазначається, що «судове рішення проголошується публічно, але преса і публіка можуть бути не допущені в зал засідань протягом усього судового розгляду або його частини в інтересах моралі, громадського порядку чи національної безпеки в демократичному суспільстві, якщо того вимагають інтереси неповнолітніх або захист приватного життя сторін, або — тією мірою, що визнана судом суворо необхідною, — коли за особливих обставин публічність розгляду може зашкодити інтересам правосуддя».

³ Докладніше про цю вимогу див.: Абросимова Е. Судебная власть в Российской Федерации: система и принципы. — С. 119–144.

⁴ Ципеліус Р. Філософія права. — С. 242.

⁵ Шевчук С. Принцип рівності у європейському та порівняльному конституційному праві (до рішення Конституційного Суду України у справі про граничний вік кандидата на посаду керівника вищого навчального закладу) // Вісн. Акад. прав. наук України. — 2005. — № 4 (43). — С. 124.

⁶ Государственное право Германии: В 2 т.: Сокр. пер. нем. семитом. изд. — М.: Ин-т государства и права РАН, 1994. — Т. 2. — С. 241.

ня постанов — вимога виявляти рівну повагу до думки кожного; 2) об'єктивне ставлення — вимога однакового розгляду однакових випадків; 3) рівність розподілу — вимога отримання кожним рівної частки певного блага; 4) рівність результату — вимога, згідно з якою індивіди після процедури розподілу повинні опинитися в однакових умовах¹. Зрозуміло, що складність загальної концепції рівності обумовлює труднощі з реалізацією цього принципу у сфері правового регулювання.

На погляд В. Нерсисянца, ідея права — це історія прогресуючої еволюції змісту, обсягу, масштабу і міри формальної (правової) рівності при збереженні самого цього принципу як принципу права взагалі. Різним етапам історичного розвитку свободи та права в людських відносинах притаманні свій масштаб і своя міра свободи, своє коло суб'єктів і відносин свободи та права, інакше кажучи — свій зміст принципу формальної (правової) рівності. Отже, принцип формальної рівності являє собою постійно властивий праву принцип зі змістом, що історично змінюється².

Дійсно, *рівність як вимога поводитись в однакових випадках однако-вим чином, а у відмінних — відмінним чином* характерна для права всіх часів. Обґрунтування цієї формули можна знайти ще у Платона (для нерівних рівне стало б нерівним)³ і Арістотеля (рівність для рівних, нерівність для нерівних)⁴. Фактично вона забороняє дискримінацію як одне з найочевидніших порушень принципу рівності.

Інша річ, що суспільні уявлення про відмінності суттєво відрізняються залежно від історичної епохи. Так, в античні часи вважалося, що люди нерівні і їх не можна зробити рівними. Рівність усіх перед законом не існувала не лише де-факто, її не було навіть в ідеальному вимірі⁵. Показово у цьому плані є думка Арістотеля про те, що чоловік і жінка, раб і вільна особа мають різну природу і не можуть бути рівними⁶. У свою чергу Цицерон наполягав на тому, що рівність є несправедливою, якщо вона не враховує ступенів у соціальному стані особи⁷. У Середні віки також ніхто не виходив із того, що всі люди рівні, а навпаки, із того, що вони різні за

¹ Короткий оксфордський політичний словник: Пер. з англ. / За ред. І. Макліна і А. Макмілана. — К.: Основи, 2006. — С. 596.

² Нерсисянц В. С. Юриспруденция. Введение в курс общей теории права и государства. — М.: Норма, 2002. — С. 28.

³ Платон. Законы. — С. 248.

⁴ Арістотель. Політика. — С. 78.

⁵ Історія європейської ментальності / За ред. П. Дінцельбахера. — С. 44.

⁶ Арістотель. Політика. — С. 18, 22, 31.

⁷ Цицерон Марк Туллий. О государстве // Цицерон Марк Туллий. Диалоги: О государстве; О законах: Пер. с лат. — М.: Наука, 1966. — С. 22.

своєю значущістю, принаймні у земному житті¹. На цих відмінностях у рамках загальної згоди й ґрунтується ієрархічна, а не егалітарна будова суспільства, а також сприйняття його як ієрархічної структури².

Тому цілком зрозуміло, що античне і середньовічне право, поза всяким сумнівом, були глибоко диференційованими нормативними системами зі значною кількістю стратифікаційних ознак (стать, релігійні переконання, етнічне та соціальне походження, майновий стан, місце проживання тощо). Таким чином, античне і середньовічне право не знали загальної рівності³.

Заперечення відмінностей між людьми набуває основоположного значення лише в Новий час. Ідея рівності всіх представників людства формується в протистоянні двом аспектам нерівності, що оспорюються, — нерівності по лінії «свої-чужі», яка розмежовує людей, що належать до різних общин, релігій, націй тощо, та нерівності по лінії «вищі-нижчі», яка розподіляє представників однієї спільноти за принципом природної ієрархії⁴.

Одним із перших, хто висловив припущення, що всі люди є рівними за своїми фізичними і моральними якостями — і в дійсності не наділені будь-якими особливими характеристиками, як-от: сила, особлива мудрість чи божественна милість, — був Т. Гоббс⁵. Він вважається першим політичним мислителем з античних часів, який заснував на цій

¹ Причому в Середні віки не існувало навіть рівності в публічному просторі, тобто просторі за межами сім'ї, за межами «дому». На відміну від античного поліса, де глави сімей як громадяни діяли на рівних засадах, у середньовічному суспільстві глави сімей не рівні, вони утворюють ланцюг, який, за словом Токвіля, протягнувся від селянина до короля (Манан П. Общедоступный курс политической философии: Пер. с фр. — М.: Моск. шк. полит. иссл., 2004. — С. 216).

² Історія європейської ментальності / За ред. П. Дінцельбахера. — С. 57.

³ У ці часи ми можемо побачити лише окремі прояви цієї ідеї. Наприклад, висловлюється думка, що принцип рівності діяв у Мойсеевій державі: тут всі її громадяни брали участь у договорі з Йоговою при створенні держави і всі мали користуватися рівними правами. Громадянська рівність обумовлювалась рівністю перед законом. Оскільки законодавцем є Йегова, перед яким усі рівні, то і закони Його для всіх однакові. «Закон єдиний і одні права хай будуть для вас і для прихodka, який проживає у вас» (Числ. XV, 16; 29. Лев. XXIV, 22. Вих. XII, 49) (див. з цього приводу: Лопухин А. П. Законодательство Моисея. Исследование о семейных, социально-экономических и государственных законах Моисея. Суд над Иисусом Христом, рассматриваемым с юридической точки зрения. Вавилонский царь правды Аммураби и его новое открытое законодательство в сопоставлении с законодательством Моисеевым / Под ред. и с предисл. В. А. Томсинова. — М.: Зерцало, 2005. — С. 181).

⁴ Прокофьев А. В. Мораль индивидуального совершенствования и общественная мораль: исследование неоднородности нравственных феноменов. — С. 212–213.

⁵ «Природа зробила всіх людей рівними у здібностях тіла і розуму, і якщо навіть інколи і знайдеться хтось, тілом набагато міцніший або розумом швидший за всіх інших, усе ж таки на загал ця відмінність однієї людини від іншої не настільки значна, щоб одна якась людина могла на цій підставі претендувати на якесь благо для себе, на яке так само не могла б претендувати й інша людина» (Гоббс Т. Левиафан. — С. 150–151).

вірі свою систему¹. Пізніше ідея того, що люди народжуються рівними, була сприйнята Дж. Локком² і підхоплена Вольтером, Т. Пейном³ та ін. Природна рівність постає як ідея, яку необхідно знайти знову, поновити наперекір успадкованій і умовній соціальній нерівності. Цінність загальної рівності значною мірою була посилена завдяки ідеї автономії, сформульованій І. Кантом. Він виходив із того, що всі люди рівні у своїй здатності до автономії, що моральна відповідальність і людська гідність також ґрунтуються на цій здатності і що моральність вимагає рівної поваги до кожного, здатного на таку автономію⁴.

Слід також підкреслити, що значний внесок у поширення ідеї загальної рівності належить християнству. У Новому Завіті міститься славнозвісний вислів: «Тим то немає грека, ні юдея, ні обрізання, ні необрізання, ні варвара, ні скіфа, ні невольника, ні вільного, а все й у всьому — Христос» (Кол. 3:11), який традиційно тлумачать як упевненість щодо рівності людей⁵.

¹ Кревельд М. ван. Расцвет и упадок государства: Пер. с англ. — М.: ИРИСЭН, 2006. — С. 232.

² На думку Дж. Локка, стан, притаманний усім людям від природи, — це стан повної свободи і рівності. «Нікому не належить більше, ніж іншим: бо ніщо не є настільки очевидним, — аргументував видатний англійський філософ, — ніж те, що створіння одного виду та класу... мають бути також рівними між собою, без будь-якого підпорядкування чи підлеглості...» (Лок Дж. Два трактати про врядування. — С. 131).

³ Див., наприклад: Пейн Т. Права людини: Пер. з англ. — Львів: Літопис, 2000. — С. 46–47.

⁴ Докладніше див.: Кекес Дж. Зasadничі цінності лібералізму // Лібералізм: Антологія / Упоряд. О. Проценко, В. Лісовий. — К.: Смолоскип, 2002. — С. 109.

⁵ Заради об'єктивності варто зазначити, що в Новому Завіті можна знайти й натяки на земну нерівність людей: «Раби, — слухайтеся тілесних панів зо страхом і тремтінням у простоті серця вашого, як Христа!» (Еф. 6:5). У Кол. 3: 22–25 рабів напучують щодо чеснот, які личать їх стану: вони мають бути слухняними, працювати не про людське око, а від душі. Панів у свою чергу закликають до справедливості, нагадують їм про майбутній суд (Кол. 4:1 і Еф. 6:9) (докладніше про питання рабства в Новому Завіті див.: Шнакенбург Р. Етичне послання Нового Завіту: Пер. з нім. — К.: Дух і літера, 2005. — С. 289–292).

Крім того, у Середні віки нерівність усіх людей та обумовлена нею суспільна ієрархія обґрунтовувалась твердженням з Євангелія: «Нехай кожна людина кориться вищій владі, бо немає влади, як не від Бога, і влади існуючої встановлені від Бога» (Рим. 13:1).

Ще більш заплутаним у Новому Завіті є підхід до становища жінки. Повчальним прикладом тут є питання покриття голови жінками під час богослужіння (1 Кор. 11: 2–16). З одного боку, у посланні стверджується: «Бо чоловік не походить від жінки, але жінка від чоловіка, не створений бо чоловік ради жінки, але жінка ради чоловіка» (1 Кор. 11: 8–9), а з другого — «Одначе в Господі ані чоловік без жінки, ані жінка без чоловіка. Бо як жінка від чоловіка, так і чоловік через жінку; а все від Бога» (1 Кор. 11: 11–12) (аналіз цієї проблеми див.: Шнакенбург Р. Етичне послання Нового Завіту. — С. 284–289).

Християнська оцінка нерівності кардинально змінюється лише за часів Реформації.

На Заході саме християнство вперше утвердило принцип універсальності людської гідності — принцип, який був принесений із небес і перетворений Просвітництвом у мирську доктрину універсальної рівності людей¹. Так, відповідно до протестантських богословських доктрин, через те що всі люди рівні перед Богом, вони повинні бути рівними також перед політичними агентами Бога, які діють в державі. Оскільки Бог наділив усіх людей природним правом на життя і свободу переконань, держава повинна гарантувати їм такі ж громадянські права². Тому Реформація разом із ренесансним гуманізмом і пізньою схоластикою вторувала шлях для настання докорінного перелому в уявленні про людину, який прискорив визнання рівної гідності всіх людей³. Сьогодні християнська доктрина обґрунтовує рівність людей тим, що люди створені за образом єдиного Бога і наділені однаковою розумною душею. У всіх людей одна й та сама природа і одне й те саме походження. Вони відкуплені жертвою Христа і покликані брати участь у божественному блаженстві: усі наділені рівною гідністю⁴.

В епоху буржуазних революцій загальну рівність розуміли насамперед як *рівність можливостей*, тобто як ідею, згідно з якою кожному індивіду повинні бути гарантовані однакові шанси досягти успіхів у житті⁵. Поняття рівності можливостей уперше отримало своє теоретичне обґрунтування в Платоновій «Державі», система освіти в якій будується на тому, щоб дати однаково обдарованим і здібним дітям рівні шанси на здобуття нерівних позицій у суспільстві⁶.

¹ Фукуяма Ф. Великий крах. Людська природа і відновлення соціального порядку: Пер. з англ. — Львів: Кальварія, 2005. — С. 290.

² Вітті Дж. (мол.). Християнство і демократія у глобальному контексті // Релігійна свобода і права людини: Богословські аспекти: У 2 т. — Львів: Свічадо, 2000. — Т. 1. — С. 45.

³ Губер В. Права людини і біблійна правова думка // Релігійна свобода і права людини: Богословські аспекти: У 2 т. — Львів: Свічадо, 2000. — Т. 1. — С. 89.

⁴ У ХХ ст. (особливо після Другого Ватиканського собору (1962–1965)) ідея рівності займає важливе місце у соціальному вченні католицької церкви. У пп. 1935, 1947 ст. 3 Катехізису Католицької церкви підкреслюється, що рівність між людьми стосується головним чином їх особистої гідності і прав, які випливають з неї. У ньому наголошується на усуненні будь-якої дискримінації, що зачіпає основні права особи за ознакою статі, раси, кольору шкіри, соціального становища, мови чи релігії, як такої, що суперечить Божому Задуму, та вимагається докладати зусиль для зменшення соціальної та економічної нерівності (Катехізис Католицької церкви [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.krotov.info/acts/20/2/vatican/1699.htm>).

⁵ Джадда К., Берри Дж. М., Голдман Дж., Хула К. В. Трудним путем демократии: Процесс государственного управления в США: Пер. с англ. — М.: РОССПЭН, 2006. — С. 46.

⁶ Енциклопедія політичної думки. — С. 340.

Однак особливою популярності ця концепція, яка може бути виражена фразою «la carriere ouverte aux talents» (фр. — кар'єра, відкрита талантам), набула саме в Новий час. Її прихильники вимагали усунення штучних перешкод шляхом скасування всіх привілеїв, установлених для окремих осіб. Вони виходили з пріоритетності індивідуальних досягнень, обумовлених лише здібностями особи, а не її походженням, національністю, кольором шкіри, релігією, статтю тощо, і прагнули правовими методами забезпечити вільну конкуренцію, коли всі перебувають у рівних умовах і грають за однаковими правилами¹. Іншими словами, усі стартують з однієї лінії з рівними шансами на успіх, будь-які накопичувані з часом розходження є результатом прояву здібностей, талантів, ініціативи, напруженої праці й, можливо, щасливого збігу обставин². Для ілюстрації відсутності рівності можливостей часто використовують образ змагань бігунів: забіг, в якому хтось стартував би ближче до фінішу, ніж інші, був би нечесним, так само як і забіг, в якому деяких з учасників примусили би бігти з вантажем на плечах або з камінцями в кросівках³. Така рівність можливостей за своїм характером є, поза всяким сумнівом, *формальною*.

Тому зрозуміло, що починаючи принаймні із середини ХVIII ст. став наростати рух за правову та політичну рівність усіх громадян. Ця вимога потужно звучить у Декларації незалежності США 1776 р. і Декларації прав людини і громадянина 1789 р. «Ми вважаємо за самоочевидні істини, — констатується в другому абзаці Декларації незалежності, — що всіх людей створено рівними...»⁴. Французька Декларація починається з проголошення урочистої ідеї: «Люди народжуються і залишаються вільними і рівними в правах» (див. ст. 1)⁵.

Проте навіть у ХVIII–ХХ ст. *ідея загальної рівності* реалізується в праві з великими проблемами. Достатньо нагадати лише два красномовних факти: загальне виборче право без обмежень за ознаками статі,

¹ Ця ідея знайшла своє втілення в ст. 6 Декларації прав людини і громадянина 1789 р.: «Усі громадяни... мають рівний доступ до всіх постів, публічних посад і занять відповідно до їх здібностей і без будь-яких відмінностей, крім тих, що обумовлені їх чеснотами і здібностями» (Декларація прав человека и гражданина 1789 года // Антология мировой правовой мысли: В 5 т. / Рук. науч. проекта Г. Ю. Семигин. — М.: Мысль, 1999. — Т. 3: Европа. Америка: XVII–XX вв. — С. 246).

² Дай Т. Р. Основы государственной политики: Пер. з англ. — Одеса: АО Бахва, 2005. — С. 340–341.

³ Нозик Р. Анархия, государство и утопия. — С. 295.

⁴ Декларация независимости США 1776 года // Антология мировой правовой мысли: В 5 т. / Рук. науч. проекта Г. Ю. Семигин. — М.: Мысль, 1999. — Т. 3: Европа. Америка: XVII–XX вв. — С. 227.

⁵ Декларация прав человека и гражданина 1789 года. — С. 246.

раси, релігійних переконань, майнового стану та освіти вперше у світі (!) було реалізоване лише в 1893 р. у Новій Зеландії¹, а доктрина «рівні, але сегреговані» була визнана неконституційною в США тільки в 1954 р. рішенням Верховного Суду США у справі Браун проти Ради з питань освіти². Пояснюючи причини цих труднощів, Ф. Гаск зазначає, що сучасна людина може, в принципі, суцільно схвалювати ідеал загальної рівності перед законом, але на практиці вона обмежує його застосування лише тими, кого вона розглядає як собі подібних, і дуже повільно вчиться розширювати коло тих, кого приймає як рівних³.

Лише у другій половині ХХ ст. ця формула набуває широкого світового визнання, знайшовши своє юридичне закріплення в ст. 1 Загальної декларації прав людини 1948 р.: «Усі люди народжуються вільними і рівними у своїй гідності і правах»⁴. Зрозуміло, що для реалізації принципу загальної рівності принципове значення має *заборона дискримінації* (від лат. *discriminatio* — розрізнення). Відхилення від стандарту загальної рівності, надання суб'єктам, виходячи з будь-яких відмінностей, різного захисту з боку закону чи суду, запровадження різних прав, свобод і обов'язків за ознаками раси, кольору шкіри, статі, мови, релігії, політичних та інших переконань, етнічного та соціального походження, майнового та іншого стану оголошуються поза законом. Тому право всіх людей на рівний захист від такої дискримінації як логічне продовження ідеї рівності всіх людей у своїй гідності і правах було передбачене в статтях 2 і 7 Загальної декларації прав людини 1948 р. Право на захист від дискримінації — це «свідома відмова від історії і традиції»⁵.

Проте після утвердження ідеї загальної рівності як принципу права перед суспільствами *знову постає питання про відмінності, яке має враховувати право*. Аналіз рівності тепер обертається навколо осмислення того, яким має бути рівне ставлення до людей, що різняться у важливих аспектах. Це питання, що є «класичним парадоксом» (В. Ренквіст), переміщує інтерпретацію рівності з першої половини Аристотелевої формули до другої половини — від ідеї, що подібні ви-

падки слід розглядати подібним же способом, до ідеї, що відмінні випадки слід трактувати залежно від їхньої відмінності¹. Варто підкреслити, що такий поворот не можна вважати поверненням до античної і середньовічної традиції. Принципова відмінність між ними полягає в тому, що сучасне право вимагає *однакового* ставлення до всіх людей у *найважливіших* сферах (насамперед у сфері забезпечення основних прав, свобод і обов'язків)² і дозволяє *справедливу диференціацію* правового регулювання лише в *окремих* питаннях.

Такі зміни обумовлені передусім трансформаціями, що відбуваються в самому розумінні рівності можливостей у ХХ ст. Люди почали усвідомлювати, що рівність можливостей у її класичній інтерпретації призведе до неоднакових наслідків. У суспільстві стає зрозумілим, що немає більшої несправедливості, ніж поводитися однаково з тим, що фактично неоднакове. Наприклад, Анатоль Франс змушався з «величної рівності закону, що забороняє як багатіям, так і бідним спати під мостами, просити на вулицях і красти хліб»³. Унаслідок цього набуває популярності інша егалітарна концепція, яка, використовуючи гасло «справедлива частка для всіх», інтерпретує рівність як необхідність забезпечити *рівність результатів* шляхом справедливого розподілу. Цей вид рівності можливий лише за умови обмеження вільної конкуренції, що лежить в основі рівності можливостей⁴. Вона означає рівне розподілення доходів, робочих місць, контрактів і матеріальних винагород незалежно від чиїхось життєвих умов: усі починають і завершують гонку разом, незалежно від здібностей, таланту, ініціативи або праці⁵.

Під впливом альтернативної концепції (рівності результатів) сучасна концепція рівності доповнює класичну ідею формальної рівності можливостей *ідеєю створення реальних можливостей* для членів суспільства конкурувати з іншими його членами, причому з достатніми шансами на успіх. Так, на порядку денному з'являється новий — со-

¹ Гелд В. Права // Антологія феміністичної філософії: Пер. з англ. / За ред. Е. М. Драгер та А. М. Янг. — К.: Основи, 2006. — С. 599.

² Пояснення цьому досить просте: усі люди володіють основними (фундаментальними) правами і володіють ними рівною мірою, тому що ці права пов'язані з ознаками людського роду, стосовно яких всі людські істоти є рівними (Кекес Дж. Засадничі цінності лібералізму // Лібералізм: Антологія / Упоряд. О. Проценко, В. Лісовий. — С. 114).

³ Гаск Ф. А. Конституція свободи: Пер. з англ. — Львів: Літопис, 2004. — С. 105, 241.

⁴ Джадда К., Берри Дж. М., Голдман Дж., Хула К. В. Трудним путем демократії: Процес державного управління в США. — С. 496.

⁵ Дай Т. Р. Основи державної політики. — С. 341.

¹ Валадес Д. Контроль над властью: Пер. с исп. — М.: Идея-Пресс, 2006. — С. 59.

² Громадянські права. Рішення Верховного Суду США. ХХ століття: Пер. з англ. / Під ред. М. Гаррісон і С. Гілберта. — К.: Оптима, 2005. — С. 115.

³ Хайек Ф. А. фон. Право, законодательство и свобода: Современное понимание либеральных принципов справедливости и политики. — С. 226.

⁴ Всеобщая декларация прав человека. Принята и провозглашена резолюцией 217 А (III) Генеральной Ассамблеи ООН от 10 декабря 1948 г. // Международные акты о правах человека: Сб. док. — М.: Норма-Инфра М, 1999. — С. 39.

⁵ Хайнц Э. Сексуальная ориентация: право человека. Эссе о международном законодательстве о правах человека: Пер. с англ. — М.: Идея-Пресс, 2004. — С. 240.

ціальний — аспект рівності¹. Для забезпечення подібних реальних можливостей необхідно насамперед гарантувати справедливий розподіл соціальних благ між конкуруючими сторонами. Водночас слід розуміти, що справедливий розподіл соціальних благ зовсім не потребує їх рівномірного розподілу; він радше вбачає забезпечення рівності можливостей у чомусь на зразок «вирівнювання ігрового поля», з тим щоб зробити конкуренцію за ресурси справедливою, а не тільки досягти їх більш рівномірного розподілу². Крім того, конкурентна система має передбачати існування «нижнього порогу», що визначає стандарт добробуту, на який претендують усі члени суспільства і який розуміють як право жити на рівні цього стандарту, а не як благодійність³. Саме така природна в умовах соціальної держави *діалектика формальної і фактичної (реальної) рівності* дозволяє забезпечити «чесну (справедливу) рівність можливостей» (Дж. Ролз), яка сьогодні є провідною інтерпретацією ідеї рівності. Фактично — це наступний крок у розвитку принципу рівності після заборони дискримінації за будь-якими ознаками. У цьому вигляді вона і знаходить свій вияв у сфері правового регулювання. Відштовхуючись від ідеї чесної рівності можливостей, сучасне право повинно гарантувати справедливий баланс між вимогами формальної і фактичної рівності.

Так, *вимога формальної рівності можливостей* реалізується в праві за допомогою чотирьох пов'язаних між собою загальних принципів: 1) принципу рівності перед законом, 2) принципу рівності перед судом, 3) принципу рівності прав і свобод людини та громадянина і 4) принципу рівності обов'язків людини та громадянина. Розглянемо їх більш докладно.

Слід погодитись із тим, що вимога формальної рівності втілюється в праві насамперед у *принципі рівності перед законом*⁴. Рівність перед законом відома ще у давньоримському праві: *Leges cum omnibus semper una atque iadem voce loquuntur* — закони звертаються до всіх одним і тим же голосом⁵. Вона є однією із стрижневих вимог Декларації прав людини і громадянина 1789 р.⁶ Сьогодні цей принцип є беззаперечним

¹ Парсонс Т. Система современных обществ. — С. 113.

² Шраг Л. Рівні можливості // Антологія феміністичної філософії: Пер. з англ. / За ред. Е. М. Драгер та А. М. Янг. — К.: Основи, 2006. — С. 664–665.

³ Парсонс Т. Система современных обществ. — С. 114.

⁴ Бондарь Н. С. Власть и свобода на весах конституционного правосудия: защита прав человека Конституционным Судом Российской Федерации. — С. 250.

⁵ Селіванов В. М. Право і влада суверенної України: методологічні аспекти. — К.: Ін Юре, 2002. — С. 600.

⁶ Згідно зі ст. 6 Декларації «він (закон. — С. П.) повинен бути для всіх, охороняє він чи карає. Усі громадяни є рівними перед ним...».

юридичним стандартом, який закріплено в ст. 7 Загальної декларації прав людини: «Всі люди є рівними перед законом і мають право, без будь-якої відмінності, на рівний захист закону...». У дещо спрощеному вигляді це формулювання відтворюється в ст. 24 Конституції України, яка проголошує, що громадяни є рівними перед законом.

Суть рівності перед законом полягає у вимозі однакового підходу до людей — всупереч тому, що вони різні. Хоча безмежна різноманітність людської природи, широкий діапазон відмінностей в індивідуальних здібностях і можливостях є, поза всяким сумнівом, однією з найхарактерніших ознак людського роду¹, проте спільні ознаки людей з точки зору права є набагато важливішими, ніж очевидні розбіжності між ними². Це і дає принципову можливість утвердження вимоги загальної рівності перед законом. Це правило вимагає застосування права без винятків до будь-кого, незважаючи на особистість: унаслідок нормування прав кожний наділений рівною мірою правами і обов'язками, а державній владі заборонено використовувати чинне право в інтересах чи на шкоду окремій особі³; ніхто не може бути звільнений від обов'язку додержуватись вимог права і від відповідальності на рівних підставах з усіма іншими особами за правопорушення.

Крім того, як зазначено в Загальній декларації прав людини, відповідно до принципу рівності всі особи мають право на рівний захист за законом. Тому принцип рівності перед законом знаходить своє логічне продовження у *принципі рівності перед судом* (згідно з п. 2 ч. 3 ст. 129 Конституції України рівність усіх учасників судового процесу перед законом і судом є однією з основних засад судочинства).

Принцип рівності прав і свобод людини і громадянина (принцип рівноправності) закріплено, зокрема, у статтях 1 і 2 Загальної декларації прав людини, а також у статтях 21 і 24 Конституції України. Так, відповідно до ст. 21 Конституції України «усі люди є вільні і рівні у своїй гідності та правах». А ст. 24 Конституції проголошує, що «громадяни мають рівні конституційні права і свободи...».

Принцип рівності обов'язків людини і громадянина в прямій формі в українському праві не сформульований, проте факт його існування особливих сумнівів не викликає⁴. Так, він може бути виведений із змісту ст. 24 Конституції України. Цим шляхом пішов Конституційний Суд

¹ Гаєк Ф. А. Конституція свободи. — С. 92.

² Енциклопедія політичної думки. — С. 340.

³ Хессе К. Основы конституционного права ФРГ. — С. 214–215.

⁴ Див., наприклад: Летнянчин Л. І. Конституційні обов'язки людини і громадянина в Україні: проблеми теорії і практики. — Х.: СПД ФО Вапнярчук Н. М., 2006. — С. 40.

України, який у рішенні від 28 вересня 2000 р. № 10-рп/2000 у справі про приватизацію державного житлового фонду¹ підкреслив, що проголошуючи рівність усіх громадян перед законом, ст. 24 Конституції України таким чином встановлює і рівну підлеглість усіх громадян законам України. Крім того, принцип рівності обов'язків відображено у положеннях Конституції, які закріплюють конкретні обов'язки громадян (див., наприклад, статті 66–68 Конституції України, що використовують конструкцію «кожен зобов'язаний»).

У свою чергу *ідея фактичної (реальної) рівності можливостей* реалізується в праві за допомогою двох основних принципів: 1) принципу диференціації правового регулювання і 2) принципу позитивної дискримінації.

Принцип диференціації виходить із визнання того факту, що *право повинне враховувати відмінності між людьми*. При цьому область відмінностей, що визнаються законом, має більш-менш відповідати реальному становищу в суспільстві, проте ця відповідність не може бути повною, оскільки за законодавцем залишається право намагатися в тій чи іншій мірі змінити соціальну реальність на краще.

У сучасних правових системах розроблена певна кількість категорій, які складаються на підставі відмінностей між людьми, що мають соціальний, а не індивідуальний характер. Для особи, яка належить до тієї чи іншої категорії, факт належності обумовлює особливі правові наслідки порівняно з іншими особами: він визначає специфіку в характері й умовах реалізації прав і свобод, особливості закріплення обсягу відповідних прав, наявність додаткових пільг і гарантій. Ці особливості мають закріплюватись у так званих статусних законах, що регламентують правове становище окремих груп громадян².

Так, для України є характерними відмінності, викликані демографічними, соціальними і територіальними факторами. Вони обумовлюють різницю в правовому становищі таких груп, як жінки, молодь, пенсіонери, інваліди, багатодітні батьки, малозабезпечені, безробітні, державні службовці, громадяни, які перебувають на службі у військових формуваннях та правоохоронних органах держави, депутати, працівники, що зайняті на важких і небезпечних роботах, ветерани війни, особи, які мають особливі заслуги перед Україною, особи, що перебувають у місцях позбавлення волі, особи, які проживають на території радіоактивного забруднення, у гірських районах, у сільській місцевості тощо.

¹ Офіційний вісник України. – 2000. – № 40. – Ст. 1709.

² Бондарь Н. С. Власть и свобода на весах конституционного правосудия: защита прав человека Конституционным Судом Российской Федерации. – С. 282.

Проте дехто відносить до ідеї відмінностей у праві з підозрою, припускаючи, що збільшення кількості відмінностей, подібно гангрені, може роз'їсти принцип рівності. Такі побоювання небезпідставні, оскільки досить часто визнання відмінностей було маскою чи вектором нерівності (зокрема, як це було протягом століть у відносинах між статями)¹. Наприклад, Верховний Суд США в 1873 р. у справі *Bradwell v. Illinois* підтримав закон штату, який забороняв жінкам займатися юридичною практикою, аргументуючи це тим, що «природні й притаманні жіночій статі сором'язливість і делікатність вочевидь роблять жінок непридатними до багатьох видів діяльності у сфері громадського життя»². Тому в сучасному суспільстві будь-який прояв нерівності поставлений у ситуацію презумпції винуватості й повинен довести своє право на існування, звертаючись до вихідного (класичного) ідеалу рівності життєвих шансів і можливостей³.

Отже, ідея фактичної рівності можливостей суттєво змінює традиційні уявлення про те, що правова рівність повинна бути абстрагована від фактичних відмінностей суб'єктів⁴ і тому з необхідністю та за визначенням мала виключно формальний характер⁵. Завдяки ідеї фактичної (реальної) рівності можливостей правова рівність у сучасному суспільстві стає більш складною: вона вже не може механічно виходити з тотожності осіб, а має будуватися з урахуванням відмінностей, що дозволяє іменувати її *диференційованою рівністю*⁶. Принцип правової рівності — це радше відсутність ієрархії, ніж відсутність відмінностей⁷. На думку Таємної ради Сполученого Королівства, вимога поводитись в однакових випадках однаковим чином і у відмінних випадках — відмінним чином «є загальною аксіомою раціональної поведінки», «однією з цеглин, на яких будується демократія»⁸.

¹ Рулан Н. Историческое введение в право: Пер. с фр. – М.: Nota bene, 2005. – С. 557, 559.

² Цит. за: Дай Т. Р. Основы державної політики. – С. 354.

³ Кашников Б. Н. Либеральные теории справедливости и политическая практика России. – С. 39.

⁴ Як підкреслював з цього приводу Г. Радбрух, рівність – завжди лише абстракція за наявної нерівності, бо речі й люди цього світу настільки нерівні одне одному, «як одне яйце іншому» (Радбрух Г. Элементарный курс философии права. – С. 157).

⁵ Политико-правовые ценности: история и современность / Под ред. В. С. Нерсесянца. – М.: Эдиториал УРСС, 2000. – С. 15.

⁶ Рулан Н. Историческое введение в право. – С. 519, 526.

⁷ Кіс Е. Справедливість // Антологія феміністичної філософії: Пер. з англ. / За ред. Е. М. Драгер та А. М. Янг. – К.: Основи, 2006. – С. 580.

⁸ Цит. за: Шевчук С. Судовий захист прав людини: практика Європейського Суду з прав людини у контексті західної правової традиції. – С. 668.

Тому сьогодні, урахувавши ідею фактичної (реальної) рівності можливостей, конституційне положення «всі рівні перед законом і судом» слід розуміти таким чином: *суб'єкти повинні знаходитися в рівному становищі лише за рівних умов*¹. Якщо умови не є рівними, законодавець зобов'язаний запроваджувати різний правовий статус, надаючи певні переваги більш слабким і залежним суб'єктам, для того щоб не допустити недобросовісної конкуренції і реально гарантувати принцип рівності². Наприклад, деякі безсторонні, тобто нейтральні з точки зору гендеру, закони систематично ставлять жінку в не вигідне становище, бо ці закони було розроблено в розрахунок на людей, які ніколи не бувають вагітними і на яких вдома чекають жінки; отже, рівність може бути забезпечена лише за наявності гендерно орієнтованих законів³. Завдяки цьому правова рівність у сучасному розумінні має яскраво виражений соціальний зміст і виступає необхідною умовою подолання несправедливих форм прояву фактичної (соціальної) нерівності⁴. В іншому випадку (тобто при відмові врахувати суттєві відмінності) ми будемо мати справу із суб'єктивізмом і свавіллям державної влади⁵.

Природно, що *найважливішими* при такому погляді на правову рівність стають питання, *що ж саме вважати однаковими обставинами* і що саме не повинно регулюватися рівним чином. Оскільки не встановлено, яка схожість і які відмінності є релевантними, то принцип «тракувати однакові випадки однаково» залишиться порожньою формою⁶.

Ця проблема зазвичай вирішується таким чином: наявність суттєвих загальних ознак дозволяє розглядати певні відносини як подібні, однакові, що потребує рівного ставлення до них, а суттєві відмінності у відносинах відкривають шлях до різного регулювання. У той же час дрібні розбіжності не можуть бути причиною диференціації правового регулювання. Це у свою чергу обумовлює потребу в створенні еталона для порівняння, робить необхідним запровадження критеріїв, що до-

зволяють відокремлювати «суттєві» з правової точки зору загальні ознаки від «суттєвих» з тієї ж точки зору відмінностей¹.

Вирішуючи таке завдання, варто взяти до уваги, що одна й та сама ознака може бути як суттєвою, так і несуттєвою — залежно від конкретних обставин, у яких вона присутня. Наприклад, ознака громадянства може бути суттєвою для сфери політичних прав і несуттєвою для прав громадянських. Тому права на участь громадян держави й іноземців у політичному житті регулюються по-різному, а їх громадянські права — однакові.

Слід погодитись із тим, що в самому принципі рівності в готовому вигляді відсутній тест, потрібний для правильного з'ясування загального і відмінного у відносинах, що порівнюються². Тому закріплення ознак, які визнаються або не визнаються суттєвими для запровадження різного правового регулювання певних суспільних відносин, часто має місце в Конституції і поточному законодавстві³. Крім того, для з'ясування змісту принципу рівності особливе значення мають рішення конституційних судів, які конкретизують загальні орієнтири розуміння принципу рівності, вироблені законодавцем, і контролюють законодавчі акти на їх відповідність конституційному принципу рівності.

Надзвичайно важливим для реалізації правової рівності як вимоги чесної рівності можливостей є *принцип недискримінації* (non-discrimination). У сучасній інтерпретації він означає *заборону необґрунтованого відмінного ставлення* (а саме встановлення розрізень, винятків, обмежень чи переваг) *до осіб, які знаходяться в однаковій ситуації, чи однакового підходу до осіб, які знаходяться в різних ситуаціях*⁴.

Оскільки дискримінація призводить до обмеження або унеможливлення в користуванні чи здійсненні прав і свобод усіма людьми на рівних підставах, то її заборона розглядається як один із шляхів забезпечення рівності всіх людей (див. преамбулу Протоколу № 12 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листо-

¹ Государственное право Германии: В 2 т. – Т. 2. – С. 242.

² Там само.

³ Наприклад, виходячи з норм ст. 24 Конституції України рівного ставлення вимагають усі люди – незалежно від раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, мовних або інших ознак. Стаття 36 Конституції закріплює рівні права всіх профспілок і всіх об'єднань громадян, ст. 52 – рівність прав дітей незалежно від походження, а також від того, народжені вони у шлюбі чи поза ним. Отже, ці ознаки з точки зору права не є суттєвими.

⁴ Стандарты Совета Европы в области прав человека применительно к положением Конституции Российской Федерации: Избранные права. – М.: Ин-т права и публич. политики, 2002. – С. 102.

¹ Цей аспект спеціально підкреслено в ст. 1 Конституції Нідерландів, згідно з якою ставлення до всіх людей повинне бути рівним за рівних обставин (див.: Хабриева Т. Я., Чиркин В. Е. Теория современной конституции. – М.: Норма, 2005. – С. 149).

² Гаджиев Г. А. Конституционные принципы рыночной экономики (развитие основ гражданского права в решениях Конституционного Суда Российской Федерации). – С. 127–129.

³ Кіс Е. Справедливість. – С. 588.

⁴ Бондарь Н. С. Власть и свобода на весах конституционного правосудия: защита прав человека Конституционным Судом Российской Федерации. – С. 253.

⁵ Заець А. П. Правова держава в контексті новітнього українського досвіду. – К.: Парламент. вид-во, 1999. – С. 55.

⁶ Харт Х. Л. А. Концепція права. – С. 158.

пада 2000 р.¹). На нашу думку, саме послідовна реалізація принципу недискримінації в юридичних практиках і інституціях є основним фактором, що свідчить про наявність у правовій системі справедливого балансу між вимогами формальної і фактичної рівності можливостей.

Право на захист від дискримінації є одним із фундаментальних прав людини, яке визнане міжнародним правом і має бути забезпечене сучасними державами. Великий досвід боротьби з дискримінацією нині накопичено в межах таких інституцій, як Рада Європи і Європейський Союз. Він, поза всяким сумнівом, може бути корисним для України.

Право Ради Європи

Принцип недискримінації (non-discrimination) є загально визнаним і засадничим у праві Ради Європи. Стаття 14 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. (далі — Конвенція)² забороняє дискримінацію за будь-якою ознакою при користуванні визнаними в ній правами та свободами. Проте захист, який забезпечується цією статтею Конвенції, є обмеженим порівняно з аналогічними положеннями інших міжнародних договорів. Головна причина цього полягає в тому, що ст. 14 не містить загальної заборони дискримінації, тобто вона забороняє дискримінацію лише щодо здійснення прав і свобод, перелічених у Конвенції.

Окремі аспекти принципу недискримінації знайшли своє втілення також в інших конвенціях Ради Європи. Так, спеціальні нові гарантії, що стосувалися рівноправності членів подружжя у відносинах між собою і в їхніх відносинах зі своїми дітьми, були закріплені в ст. 5 Протоколу № 7 до Конвенції від 22 листопада 1984 р.³ Європейська соціальна хартія (переглянута) від 3 травня 1996 р.⁴ містить як заборону будь-якої дискримінації при здійсненні прав, передбачених цією Хартією (ст. Е ч. V), так і положення, що зобов'язують держави-учасниці створювати певні переваги для окремих груп населення (жінок, молоді, інвалідів та ін.) з метою забезпечення фактичної рівності (пп. 7, 8 і 15 ч. I). Рамкова конвенція Ради Європи про захист національних меншин від 1 лютого 1995 р.⁵ забороняє будь-яку дискримінацію на підставі приналежності до національної меншини. Аналогічні положення містять багато інших документів, прийнятих у межах Ради Європи⁶.

¹ Офіційний вісник України. — 2006. — № 32. — Ст. 2376.

² Там само. — 1998. — № 13.

³ Там само. — 2006. — № 32. — Ст. 2375.

⁴ Голос України. — 2006. — 30 листоп. (№ 227).

⁵ Международные акты о правах человека: Сб. док. — С. 634–640.

⁶ Огляд цих документів див.: Стандарты Совета Европы в области прав человека применительно к положениям Конституции Российской Федерации: Избранные права. — С. 120–123.

Урешті-решт європейські інституції дійшли висновку про те, що захист від дискримінації мав бути підсилений шляхом прийняття додаткового протоколу, що містить загальне положення проти дискримінації за будь-якою ознакою¹. Заради досягнення цієї мети був прийнятий Протокол № 12 до Конвенції, який встановлює загальну заборону дискримінації за будь-якою ознакою (див. ст. 1)² виходячи з того, що всі особи є рівними перед законом і мають право на рівний захист за законом (див. преамбулу). Разом із тим у преамбулі Протоколу підкреслюється, що принцип недискримінації не перешкоджає державам-учасникам уживати заходів для сприяння повній та реальній рівності, якщо ці заходи є об'єктивно й обгрунтовано виправданими.

Для з'ясування сутності дискримінації принципове значення має практика Європейського суду з прав людини і його попередника — Комісії з прав людини³. Ці органи в процесі розгляду справ, пов'язаних із порушенням ст. 14 Конвенції, *систематизували елементи, що утворюють дискримінацію*: 1) мають бути встановлені факти, які свідчать про різне ставлення; 2) ця відмінність у ставленні не виправдана легітимною метою, тобто відсутнє об'єктивне та розумне обгрунтування мети й результатів відповідного заходу; 3) відсутня розумна співмірність між засобами, що використовуються, і метою, що досягається⁴.

Отже, Європейський суд з прав людини при розгляді спорів про дискримінацію досліджує три питання:

1) *про наявність дійсної відмінності в ставленні за аналогічної ситуації*. Слід зазначити, що Судом не вироблено чітких загальних критеріїв для визначення того, чи є аналогічними ситуації, у яких знаходяться заявник і інші особи. Це обумовлено насамперед складністю

¹ Протокол № 12 к Конвенции о защите человека и основных свобод: Пояснит. докл. [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://conventions.coe.int/Treaty/RUS/Reports/Html/177.htm>.

² Згідно зі ст. 1 Протоколу № 12 «здійснення будь-якого передбаченого законом права забезпечується без дискримінації за будь-якою ознакою, наприклад за ознакою статі, раси, кольору шкіри, мови, релігії, політичних чи інших переконань, національного чи соціального походження, належності до національної меншини, майнового стану, народження або за іншою ознакою» (Офіційний вісник України. — 2006. — № 32. — Ст. 2376).

³ Практика Європейського суду з прав людини у справах про дискримінацію ґрунтовно досліджена, зокрема, у таких роботах: Заковряшина Е. Принцип недискримінації в праві Совета Европы // Конституц. право: Восточноевроп. обозрение. — 2002. — № 2 (39). — С. 113–134; Шевчук С. Судовий захист прав людини: практика Європейського Суду з прав людини у контексті західної правової традиції. — С. 661–686.

⁴ Eur. Commission H. R. Geillustreerde Pers N. V. v. the Netherlands, Report of 6 July 1976. DR. — 1977. — No 8. — P. 5 (14–15); Eur. Court H. R. Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom, Judgment of 28 May 1985. — Series A. — No 94. — P. 72.

вироблення таких критеріїв. Подібна оцінка здійснюється лише для певної категорії справ.

Наприклад, Судом були визнані такими, що знаходяться в аналогічній ситуації: дружини і чоловіки іноземців, що постійно проживають у державі (щодо права на проживання в цій державі); працюючі чоловік і жінка (щодо оподаткування); політичні партії, що мають різне представництво в парламенті (щодо надання їм ефірного часу).

Водночас, на думку Суду, не знаходяться в аналогічних ситуаціях: наймані робітники і підприємці, одружені і неодружені пари (щодо оподаткування); адвокати і представники інших вільних професій (щодо надання безкоштовних послуг); власники житлових і нежитлих приміщень (щодо користування своїм майном); військові і цивільні особи (щодо дисциплінарної відповідальності); члени парламенту і преса (щодо обговорення суспільно значущих питань)¹;

2) *про виправданість відмінності в ставленні до осіб, що знаходяться в аналогічних ситуаціях*. Виходячи із практики Суду відмінність у ставленні повинна мати об'єктивне і розумне обґрунтування, тобто мати легітимну мету. У загальному вигляді відмінність у ставленні держави зазвичай виправдовують публічним інтересом, і Суд в цілому приймає таке обґрунтування.

Наприклад, Суд визнавав правомірними (такими, що виправдовують різне ставлення) такі цілі: захист здоров'я і прав дітей, заохочення зайнятості заміжніх жінок для досягнення реальної рівності статей, захист демократичних інститутів, забезпечення правової визначеності, підтримка військової дисципліни, захист внутрішнього ринку робочої сили, житлова політика влади, проведена у зв'язку з обмеженою пропозицією житла і для захисту інтересів незаможних, запобігання «профспілковій анархії», підтримка спеціального правопорядку в межах Європейського Союзу тощо²;

3) *про додержання розумної співмірності між засобами, що використовуються, і метою, що досягається*. Ця вимога впливає з принципу пропорційності та передбачає справедливий баланс між захистом публічного інтересу і повагою до основних прав людини.

Відповідь на ці три питання дозволяє відокремити розрізнення, які є правомірними, від тих, які є неприйнятними, і таким чином констатувати наявність чи відсутність дискримінації.

¹ Докладніше про ці ситуації і відповідні судові рішення див.: Заковряшина Е. Принцип недискримінації в праві Совета Європи. – С. 117.

² Докладніше про відповідну судову практику див.: Заковряшина Е. Принцип недискримінації в праві Совета Європи. – С. 117–118.

Право Європейського Союзу

Недискримінація є також фундаментальним принципом Європейського Союзу. Стаття 13 Договору, що засновує Європейське співтовариство, передбачає вжиття заходів, потрібних для боротьби проти дискримінації на підставі статі, раси, етнічного походження, релігії чи віри, психічних чи фізичних вад, віку чи сексуальної орієнтації¹.

Ще чіткіше про неприпустимість дискримінації йдеться у проекті Договору про запровадження Конституції для Європи (2003/С169/01). Згідно зі ст. II-21 Хартії засадничих прав Союзу (ч. II проекту Договору) заборонено будь-яку дискримінацію на будь-якій підставі, такої як стать, раса, колір шкіри, етнічне чи соціальне походження, генетичні риси, мова, релігія чи віра, політичні чи будь-які інші погляди, належність до національної меншини, власність, походження, фізичні чи психічні вади, вік чи сексуальна орієнтація. У сфері застосування Конституції без порушення окремих її положень заборонено будь-яку дискримінацію на підставі державної належності².

Відповідно до ст. 13 Договору в ЄС було запроваджено стратегію боротьби з дискримінацією, яка, зокрема, відображена в:

– Директиві Ради Європейського Союзу 2000/43/ЄС від 29 червня 2000 р., яка імплементує принцип рівного ставлення до людей незалежно від расового або етнічного походження (вона забезпечує захист при доступі до зайнятості, індивідуальної праці та професії, включаючи просування по службі; доступі до професійно-технічної освіти і професійної освіти; зайнятості й умовах праці, включаючи звільнення і оплату праці; членства в організації працівників чи підприємців або у професійних організаціях; освіти; соціального захисту, включаючи соціальне забезпечення і охорону здоров'я; соціальних пільг, доступі до товарів і послуг, доступних публіці, включаючи житло)³;

– Директиві Ради Європейського Союзу 2000/78/ЄС від 27 листопада 2000 р., яка встановлює загальні засади рівного ставлення у сфері зайнятості та професійної діяльності (було схвалено з метою боротьби з дискримінацією за ознаками релігії або переконань, фізичних вад, віку або сексуальної орієнтації при працевлаштуванні та трудовій діяльності)⁴;

– Директиві Ради Європейського Союзу 2004/113/ЄС від 13 грудня 2004 р. про імплементування принципу рівного ставлення до чоло-

¹ Основи права Європейського Союзу: Нормат. матеріали / За заг. ред. М. В. Буроменського. – Х.: Яшма, 2005. – С. 40.

² Конституційні акти Європейського Союзу / Упоряд. Г. Друзенко; За заг. ред. Т. Качки. – К.: Юстиніан, 2005. – Ч. 1. – С. 351.

³ Official Journal of the European Communities. – L 180, 19.07.2000. – Р. 22–26.

⁴ Там само. – L 303, 2.12.2000. – Р. 16–22.

віків і жінок у питаннях доступу до товарів і послуг та їх надання¹;

– Директиві Європейського парламенту і Ради 2006/54/ЄС від 5 липня 2006 р. про імплементацію принципу рівних можливостей і рівного ставлення до чоловіків і жінок у питаннях зайнятості та професійної діяльності²;

– Рамковій стратегії Спільноти щодо гендерної рівності (2001–2005) (Рішення Ради Європейського Союзу 2001/51/ЄС від 20 грудня 2000 р.)³ і «Дорожній карті» для досягнення рівності між жінками і чоловіками 2006–2010, прийнятій Європейською комісією 1 березня 2006 р. (COM(2006)92)⁴;

– Програмі дій Спільноти на 2001–2006 роки (Рішення Ради Європейського Союзу 2000/750/ЄС від 27 листопада 2000 р.) по боротьбі з дискримінацією на всіх підставах, перелічених у ст. 13 (крім статі)⁵.

Ці директиви ЄС проголошують *принцип рівного ставлення*, що означає відсутність дискримінації на будь-якій підставі, і передбачають *дві форми забороненої дискримінації*:

1) *пряма дискримінація* (direct discrimination), яка має місце тоді, коли ставлення до особи є менш сприятливим, аніж те, яке має, мало або мало б місце щодо інших у співмірній ситуації на будь-якій підставі, за якою дискримінація заборонена. Наприклад, прямою дискримінацією за ознакою статі є несприятливе ставлення до жінки, пов'язане з вагітністю чи материнством, сексуальні домагання (sexual harassment); прямою дискримінацією за ознакою расового або етнічного походження є будь-яка небажана поведінка, пов'язана з расою і етнічним походженням, що здійснюється з метою чи наслідками приниження гіднос-

¹ Official Journal of the European Union. – L 373, 21.12.2004. – P. 37–43.

² Там само. – L 204, 26.07.2006. – P. 23–36.

Підкреслимо, що ця Директива замінила низку більш ранніх директив, які стосувалися принципу рівного ставлення до чоловіків і жінок (зокрема, Директиву Ради 76/207/ЄЕС від 9 лютого 1976 р. про імплементацію принципу рівного ставлення до чоловіків і жінок у питаннях зайнятості, професійної підготовки і просування й умов праці, Директиву Ради 75/117/ЄЕС від 10 лютого 1975 р. про зближення законодавств держав-членів щодо застосування принципу рівної оплати праці чоловіків і жінок, Директиву Ради 86/378/ЄЕС від 24 липня 1986 р. про імплементацію принципу рівного ставлення до чоловіків і жінок у системі професійного соціального страхування).

³ Official Journal of the European Communities. – L 17, 19.01.2001. – P. 22–29.

⁴ «Дорожня карта» передбачає необхідність реалізації шести пріоритетних завдань: рівна економічна самостійність, поєднання трудової діяльності з особистим і сімейним життям, рівна участь жінок і чоловіків у прийнятті рішень, викоренення гендерного насилля і торгівлі людьми, ліквідація гендерних стереотипів і сприяння гендерній рівності за межами ЄС.

⁵ Official Journal of the European Communities. – L 303, 2.12.2000. – P. 23–28.

ті особи чи створення умов залякування, ворожнечі, зневаги й образи (harrasment).

Проте якщо ситуація не є співмірною, то нерівність не є дискримінацією. Зокрема, можуть не вважатися дискримінаційними об'єктивно виправдані, адекватні та необхідні вимоги щодо віку працівника, стану здоров'я, його професійного досвіду або стажу, рівня знань для працевлаштування тощо. Так, вимоги щодо високого рівня володіння державною мовою є об'єктивно виправданими для державного службовця чи вчителя, але не є необхідними для роботи, що передбачає ручну працю;

2) *непряма дискримінація* (indirect discrimination), яка має місце тоді, коли на перший погляд нейтральне законодавче положення, критерій або практика ставить осіб будь-якої захищеної групи в особливо несприятливе становище порівняно з іншими особами, крім випадків, коли законодавче положення, критерій або практика є об'єктивно виправданими легітимною метою, а заходи, що реалізують цю мету, є належними і необхідними. Наприклад, непрямою гендерною дискримінацією є значна різниця в оплаті праці працівника на повній і неповній ставці, коли працівниками на неповній ставці є переважно чи виключно жінки. Іншим прикладом може бути зовнішньо нейтральне правило щодо вимог до одягу на робочому місці, якщо воно приводило до відсіву якоїсь особи чи групи осіб¹.

Слід звернути особливу увагу на те, що дискримінаційними можуть бути не лише закони, але й практика їх застосування. Наприклад, закони, що карають гультяювання, залицання і публічне вчинення неподобних дій, теоретично можуть застосовуватися до всіх громадян, проте на практиці в певних державах часто використовуються лише проти сексуальних меншин. Якщо поліція здійснює рейди по гей-барах, проводячи арешти відвідувачів на підставі законів про залицання, але не вчиняє подібних дій щодо барів для гетеросексуалів, відповідач-гей може заявити про дискримінаційне застосування закону².

Право України

Проблеми реалізації принципу рівності доволі часто виникають і в українській правовій системі. Певний досвід у боротьбі з дискримінацією накопичений Конституційним Судом України, чії правові позиції можуть бути корисними для формування стандартів обґрунтованої і необґрунтованої диференціації правового регулювання.

¹ Докладніше про це див.: Семинар для НПО, займаючихся боротьбой с дискриминацией: Материалы для тренеров [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.lichr.ee/new/useful_info/discrimination/PDF/handbook-rus.pdf.

² Хайнце Э. Сексуальная ориентация: право человека. Эссе о международном законодательстве о правах человека. – С. 223.

1. Конституційний Суд України визнав обґрунтованими відмінності:

– у соціальному захисті громадян, які перебувають на службі у військових формуваннях та правоохоронних органах держави, й інших громадян (див. рішення від 6 липня 1999 р. № 8-рп/99 у справі щодо права на пільги¹, від 20 березня 2002 р. № 5-рп/2002 у справі щодо пільг, компенсацій і гарантій² та від 17 березня 2004 р. № 7-рп/2004 у справі про соціальний захист військовослужбовців та працівників правоохоронних органів³);

– у питанні про рівень недоторканності звичайних громадян і посадових осіб (див. рішення від 23 грудня 1997 р. № 7-зп у справі про Рахункову палату⁴ та від 1 грудня 2004 р. № 19-рп/2004 у справі про незалежність суддів як складову їхнього статусу⁵);

– у правовому регулюванні трудових відносин осіб, які належать до різних за родом і умовами діяльності категорій (див. рішення від 7 липня 2004 р. № 14-рп/2004 у справі про граничний вік кандидата на посаду керівника вищого навчального закладу⁶, від 16 жовтня 2007 р. № 8-рп/2007 у справі про граничний вік перебування на державній службі та на службі в органах місцевого самоврядування⁷);

– у встановленні кваліфікаційних вимог, включаючи вікові, до претендентів на певні державні посади (див. рішення від 18 квітня 2000 р. № 5-рп/2000 у справі про віковий ценз⁸);

– у правовому режимі різних форм власності (див. рішення від 12 лютого 2002 р. № 3-рп/2002 у справі про електроенергетику⁹ та від 20 червня 2007 р. № 5-рп/2007 у справі щодо кредиторів підприємств комунальної форми власності¹⁰);

– у можливостях голосування для різних категорій виборців (див. рішення від 22 грудня 2004 р. № 22-рп/2004 у справі про особливості застосування Закону України «Про вибори Президента України»¹¹).

¹ Офіційний вісник України. – 1999. – № 27. – Ст. 1342.

² Там само. – 2002. – № 13. – Ст. 669.

³ Там само. – 2004. – № 12, ч. 1. – Ст. 763.

⁴ Там само. – 1998. – № 1. – Ст. 23.

⁵ Там само. – 2004. – № 49. – Ст. 3220.

⁶ Там само. – 2004. – № 28, ч. 1. – Ст. 1909.

⁷ Там само. – 2007. – № 80. – Ст. 2979.

⁸ Там само. – 2000. – № 30. – Ст. 1286.

⁹ Там само. – 2002. – № 22. – Ст. 1069.

¹⁰ Там само. – 2007. – № 48. – Ст. 1991.

¹¹ Наприклад, Суд визнав правомірним надання переваги щодо голосування за межами виборчої дільниці перед усіма іншими виборцями громадянам, які не здатні пересуватися самостійно (Офіційний вісник України. – 2004. – № 52, ч. 1. – Ст. 3455).

2. Конституційний Суд України визнав необґрунтованим встановлення різних умов:

– для здійснення виборчого права різними групами однієї категорії виборців (див. вищезгадане рішення від 22 грудня 2004 р. № 22-рп/2004¹);

– для реалізації кандидатами в народні депутати України свого права бути обраними (див. рішення від 26 лютого 1998 р. № 1-рп/98 у справі про вибори народних депутатів України²);

– для створення політичної партії громадянами України — жителями Автономної Республіки Крим та іншими громадянами України (див. рішення від 3 березня 1998 р. № 2-рп/98 у справі про об'єднання громадян в Автономній Республіці Крим³);

– для збору підписів громадян на підтримку створення політичної партії і утворення та реєстрації обласних, міських, районних партійних організацій залежно від регіону (див. рішення від 12 червня 2007 р. № 2-рп/2007 у справі про утворення політичних партій в Україні⁴).

3. Конституційний Суд двічі звертав увагу на те, що мета встановлення певних відмінностей (вимог) у правовому регулюванні повинна бути істотною (правомірною та суспільно необхідною), а самі відмінності (вимоги), що мають таку мету, повинні відповідати конституційним положенням, бути об'єктивно виправданими, обґрунтованими та справедливими (пропорційними). В іншому випадку встановлення обмежень означало б, на думку Суду, дискримінацію (див. вищезгадані рішення від 7 липня 2004 р. № 14-рп/2004 та від 20 червня 2007 р. № 5-рп/2007).

Заради забезпечення фактичної (реальної) рівності можливостей держава може вдаватися до так званої *позитивної дискримінації* (англ. —

¹ Так, Суд визнав дискримінацією виділення з усієї категорії громадян, які не здатні пересуватися самостійно, лише інвалідів першої групи та надання їм переваги щодо голосування за межами виборчої дільниці.

² Суд визнав дискримінацією надання одній і тій же особі права бути включеною до списку кандидатів у народні депутати України для участі у виборах по багатомандатному загальнодержавному виборчому округу та одночасно бути висунутою також в одномандатному виборчому окрузі; установлення неоднакового терміну для висунування кандидатів і реєстрації списків кандидатів у народні депутати України у багатомандатному загальнодержавному виборчому окрузі і для реєстрації кандидатів у народні депутати України в одномандатних виборчих округах тощо (Офіційний вісник України. – 1998. – № 23. – Ст. 850).

³ На цій підставі Суд визнав неконституційними норми про можливість утворення, організацію і діяльність в Автономній Республіці Крим політичних партій із загальнокримським статусом (Офіційний вісник України. – 1998. – № 24. – Ст. 896).

⁴ Офіційний вісник України. – 2007. – № 54. – Ст. 2183.

positive discrimination), або політики позитивних дій (англ. — affirmative action, positive action), — юридичної розбіжності в підходах, яка реалізується як тимчасовий захід із метою створення сприятливих умов для певної категорії осіб на шкоду іншій категорії і таким чином компенсує існуючу між ними фактичну нерівність. Позитивна дискримінація¹ дозволяє перейти від рівності в праві (як вимоги юридичної недискримінації) до рівності через право (фактичної рівності).

Пояснюючи цю мету позитивної дискримінації, дослідники підкреслюють: там, де нещодавно існувала поширена навмисна дискримінація в багатьох сферах, не слід дивуватись, якщо колись відкинуті групи постають перед відносними труднощами, намагаючись отримати нові, тепер відкриті перед ними можливості. Усунення формальних бар'єрів не означає зникнення прихованих бар'єрів, що не дозволяє представникам цих груп займати гідне справедливе становище в суспільстві. Іншими словами, рівні права в реальності не надають цим особам рівних можливостей. Такі труднощі можна принаймні частково пояснити становищем, спричиненим колишньою дискримінацією. Ця ситуація спонукає вжити компенсаторних заходів у формі спеціальних навчальних програм, фінансової підтримки, центрів денного піклування про дітей, запровадження гнучкого режиму робочого часу, професійного навчання, підвищення освітнього рівня, установа квот робочих місць і квот у навчальних закладах. Ці заходи мають надати та підвищити кваліфікацію тим, чиї гірші здібності були результатом расової, національної та гендерної дискримінації, забезпечити їх конкурентоздатність. Усі ці програми повинні сприяти появі у певній категорії осіб таких благ, як почуття власної гідності, упевненість у собі, мотивів та амбіцій — усього, що сприяє конкурентному успіхові². Тому система переваг для цих осіб сприяє «зрівнюванню шансів», дозволяє надати рівний старт представникам усіх груп.

У літературі наводиться три групи аргументів на користь позитивної дискримінації:

1) аргументи, зорієнтовані винятково на її майбутні переваги, згідно з якими позитивна дискримінація зменшить міжрасові, міжнаціональні та гендерні суперечності, запобігатиме заворушенням, усуне нерівність

¹ Сам термін «позитивна дискримінація» обумовлений тим, що відмінності, які передбачаються відповідними заходами, спрямовані на надання переваг певній категорії осіб, а не на обмеження, які характерні для так званої негативної дискримінації (Дашковська О. Р. Жінка як суб'єкт права в аспекті гендерної рівності. — Х.: Право, 2005. — С. 79).

² Нагель Т. Рівне ставлення і компенсаторна дискримінація // Філософія права: Пер. з англ. / За ред. Дж. Фейнберга, Дж. Коулмена. — К.: Основи, 2007. — С. 607–608.

у розподілі прибутку, ліквідує расові, національні і гендерні упередження, зміцнить почуття власної гідності у негрів, національних меншин і жінок, позитивно вплине на освіту і на дослідницьку працю;

2) аргументи, спрямовані в минуле. Такі аргументи привертають увагу до фактів несправедливої расової, національної і гендерної дискримінації в минулому, що обумовлює існування у сучасного суспільства певних обов'язків щодо відшкодування шкоди особам, які належать до зазначених категорій. Їх основна ідея, яка походить принаймні від Арістотеля, полягає в тому, що індивіди, протиправно позбавлені чогось «належного», можуть справедливо вимагати якогось «еквівалента» за втрачене;

3) позачасові аргументи, відповідно до яких програми позитивної дискримінації легітимно сприяють наближенню расових, національних і гендерних відносин до ідеалів взаємоповаги, довіри і чесних шансів для всіх¹. Позитивна дискримінація дозволяє встановити справедливі стосунки між людьми на основі їх справжніх заслуг, допомагає забезпечити представництво всіх соціальних груп у всіх сферах життя у пропорції, що наближена до їх реальної чисельності, створює можливість адекватної презентації під час суспільних дискусій точки зору на ту чи іншу проблему кожної соціальної групи².

Вважається, що правильно спроектовані програми позитивної дискримінації не суперечать вимогам рівності і недискримінації. Як зазначається в преамбулі Протоколу № 12 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 2000 р., принцип недискримінації не перешкоджає державам-учасникам уживати заходів для сприяння повній і реальній рівності, якщо ці заходи є об'єктивно й обґрунтовано виправданими.

Перші приклади позитивної дискримінації з'явилися в США в 60-ті рр. XX ст. (програма Affirmative Action³) і були спрямовані на покращення становища чорношкірого населення й інших меншин, на створення для них рівності можливостей з іншими членами суспільства, які не відчували безпосередньо або через своїх предків дискримінаційного ставлення. Пізніше (1974) Верховний Суд США визнав також конституційність компенсуючих заходів на користь жінок⁴.

¹ Гіл Т. Е. (мол.). Ідея позитивної дискримінації // Філософія права: Пер. з англ. / За ред. Дж. Фейнберга, Дж. Коулмена. — К.: Основи, 2007. — С. 623–632.

² Міллер Д. Политическое учение. — С. 141, 148–150.

³ Дослівно — позитивні дії.

⁴ Докладніше про політику позитивної дискримінації в США див.: Джадда К., Берри Дж. М., Голдман Дж., Хула К. В. Трудным путем демократии: Процесс государственного управления в США. — С. 494–522; Дай Т. Р. Основи державної політики. — С. 340–362.

Подібна політика реалізується нині і в інших країнах світу, завдяки чому ця проблема вийшла за межі національних кордонів і стала об'єктом регулювання з боку міжнародного права. Сьогодні можна виділити три основні категорії осіб, стосовно яких діють програми позитивної дискримінації: *жінки, расові групи і національні, чи етнічні, меншини*. Правомірність спеціальних програм щодо цих груп підтверджується низкою міжнародних конвенцій.

Так, п. 1 ст. 4 Конвенції ООН про ліквідацію всіх форм дискримінації щодо жінок від 18 грудня 1979 р. підкреслює, що життя державами-учасницями спеціальних заходів, спрямованих на прискорення встановлення фактичної рівності між чоловіками і жінками, не вважається дискримінаційним¹. Пункт 2 ст. 2 Міжнародної конвенції ООН про ліквідацію всіх форм расової дискримінації від 7 березня 1966 р. передбачає, що держави-учасниці повинні вживати, коли обставини цього вимагають, спеціальних і конкретних заходів у соціальній, економічній, культурній та інших галузях із метою забезпечення потрібного розвитку і захисту деяких расових груп чи осіб, які до них належать, з тим щоб гарантувати їм повне і рівне використання прав людини та основних свобод². Пункт 2 ст. 4 Рамкової конвенції Ради Європи про захист національних меншин покладає на держави-учасниці зобов'язання вживати у разі необхідності належних заходів із метою досягнення в усіх сферах економічного, соціального, політичного та культурного життя повної та справжньої рівності між особами, які належать до національної меншини, та особами, які належать до більшості населення³.

Спільна риса програм позитивної дискримінації полягає в тому, що вони використовують категорії раси⁴, національної (етнічної) меншини⁵

¹ Международные акты о правах человека: Сб. док. – С. 247.

² Там само. – С. 140.

³ Там само. – С. 636.

⁴ У широкому розумінні, що було використано в першій спеціальній декларації ЮНЕСКО про расизм (1950), расами є численні національні, релігійні, лінгвістичні групи (колективи) (див.: Колісник В. П. Національно-етнічні відносини в Україні: теоретичні засади та конституційно-правові аспекти. – Х.: Фолио, 2003. – С. 46).

⁵ Узагальнене визначення національної меншини було подане в доповіді Женевської наради експертів Наради з безпеки і співробітництва в Європі: національною меншиною вважається етнічна спільнота, яка проживає компактно у складі суверенної держави, має своє національно-державне чи інше утворення, і особи некорінної національності, що проживають розкидано по території цієї держави (див.: Колісник В. П. Національно-етнічні відносини в Україні: теоретичні засади та конституційно-правові аспекти. – С. 39).

та гендеру¹, надаючи позитивного значення належності до однієї з цих стратифікаційних категорій².

Крім того, завжди підкреслюється, що позитивні дії мають *тимчасовий характер*: рівність у правах може бути порушена лише на час, потрібний для відновлення фактичної рівності. У свою чергу, Міжнародна конвенція про ліквідацію всіх форм расової дискримінації наголошує, що такі заходи ні в якому разі не повинні привести в підсумку до збереження нерівних чи особливих прав для різних расових груп після досягнення тих цілей, заради яких вони були запроваджені.

Слід також звернути увагу на те, що позитивна дискримінація є *нідозрілою сама по собі* і тому повинна а priori підлягати *суворому контролю* з боку конституційних судів, оскільки існує небезпека її перетворення в «дискримінацію навпаки» (англ. — reverse discrimination), унаслідок якої постраждають усі, хто не належить до пільгових категорій³. Згідно з американською конституційною доктриною, суворий контроль, або суворе дослідження (strict scrutiny), означає, що дозволені дії дискримінаційного характеру мають здійснюватися лише в ім'я найважливіших інтересів держави («принципові інтереси») і повинні бути найменш обмежувальним засобом їх дотримання («вузьке застосування»)⁴. Природно, що вони мають бути переконливо аргументовані особами, що їх запроваджують⁵, і піддані судом найретельнішому розгляду, прискіпливому прочитанню⁶. Отже, дослідження практи-

¹ Гендер – це перш за все соціальна приналежність до певного виду статі, уявлення кожного індивіда про рольові характеристики та поведінкові особливості індивідів тієї статі, до якої він належить (Дашковська О. Р. Жінка як суб'єкт права в аспекті гендерної рівності. – С. 65).

² Гіл Т. Е. (мол.). Ідея позитивної дискримінації. – С. 619.

³ Рулан Н. Историческое введение в право. – С. 583.

⁴ Див.: Ташнет М. Соотношение судебного контроля над нормотворчеством и толкования законов применительно к «горизонтальному эффекту» // Сравнит. конституц. обозрение. – 2006. – № 2 (55). – С. 35.

⁵ Див., наприклад: рішення Верховного Суду США у справі Сполучені Штати проти штату Вірджинія (United States v. Virginia (1996)) (Джадда К., Берри Дж. М., Голдман Дж., Хула К. В. Трудным путем демократии: Процесс государственного управления в США. – С. 513).

⁶ Див., зокрема: рішення Верховного Суду США у справі Адаранд конструкторс проти Пен'ї (Adarand Constructors v. Peña (1995)) (Джадда К., Берри Дж. М., Голдман Дж., Хула К. В. Трудным путем демократии: Процесс государственного управления в США. – С. 513, 519).

Стандарт суворого дослідження протиставлений стандартам проміжного дослідження (intermediate scrutiny) і раціонального дослідження (rational scrutiny). Так, проміжне дослідження потребує лише демонстрації «суттєвого взаємозв'язку» між політикою, що пропонується, і «важливою урядовою метою». У свою чергу «раціональне дослідження» потребує лише демонстрації «раціонального зв'язку» з легітимними цілями влади (Шапиро Й. Моральные основания политики: Пер. с англ. – М.: КДУ, 2004. – С. 182–183).

ки Верховного Суду США дає можливість зробити припущення, що програми позитивних дій скоріше можуть бути визнані конституційними, якщо вони а) приймаються як засіб боротьби з доведеними фактами дискримінації в минулому, б) служать чітко визначеному, легітимному і непереборному завданню уряду, в) «щільно пригнані» з метою виконання цього завдання й г) не повністю позбавляють представників більшості можливості бути учасниками процесу¹.

Конкретний зміст і спрямованість позитивних дій залежать насамперед від історичної і культурної специфіки тієї чи іншої держави². Так, в Україні політика позитивних дій реалізується для того, щоб досягти гендерної рівності. Для досягнення цієї мети було прийнято Закон України «Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків» від 8 вересня 2005 р. № 2866-IV³, яким передбачений дозвіл на застосування спеціальних тимчасових заходів, спрямованих на усунення дисбалансу між можливостями жінок і чоловіків реалізовувати рівні права, надані їм Конституцією і законами України. Наприклад, для усунення дисбалансу в підприємницькій діяльності допускається заохочення підприємницької діяльності жінок, надання їм пільгових кредитів, проведення бізнес-тренінгів (ст. 19 Закону); дозволяються позитивні дії, спрямовані на досягнення збалансованого співвідношення жінок і чоловіків у різних сферах трудової діяльності (у тому числі на державній службі та службі в органах місцевого самоврядування), а також серед різних категорій працівників (статті 16, 17).

Цікаво, що рівність людей незалежно від статі, проголошена в ч. 1 ст. 24 Конституції як загальне правило, не заважає диференціації у правовому регулюванні конкретних суспільних відносин на підставі належності особи до певної статі. Ця диференціація проводиться з розумним урахуванням об'єктивних відмінностей між статями і тому не вважається дискримінацією за ознакою статі. Так, згідно зі ст. 24 Конституції України правомірними визнаються спеціальні заходи щодо охорони праці і здоров'я жінок, пенсійні та інші пільги, створення умов, які дають жінкам можливість поєднувати працю з материнством. Ці заходи конкретизуються в поточному законодавстві, зокрема в Законі України «Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків», який допускає спеціальний захист жінок під час вагітності, по-

¹ Дай Т. Р. Основи державної політики. – С. 348.

² Не випадково, що найширша система позитивної дискримінації у світі існує в Індії, де вона намагається усунути наслідки багатокласового поділу суспільства на касту і тому охоплює всі аспекти життя (Короткий оксфордський політичний словник. – С. 512).

³ Офіційний вісник України. – 2005. – № 40. – Ст. 2536.

логів та грудного вигодовування дитини, обов'язкову строкову військову службу для чоловіків, різницю в пенсійному віці для жінок і чоловіків, особливі вимоги щодо охорони праці жінок і чоловіків, пов'язані з охороною їх репродуктивного здоров'я.

Такі заходи слід відрізнити від позитивних дій. Перші мають постійний характер і спрямовані на закріплення різних прав і обов'язків виходячи із суттєвих об'єктивних відмінностей між жінками і чоловіками, у той час як позитивні дії є тимчасовими і запроваджуються заради усунення дисбалансу між можливостями жінок і чоловіків. Прогнозується, що після досягнення цієї мети (забезпечення рівності прав і рівності можливостей чоловіків і жінок) на нас чекає наступний етап розвитку ідеї рівності статей: рівність прав і рівність самоцінності, самоідентифікації чоловіків і жінок¹.

Програми позитивних дій щодо забезпечення расової і національної рівності українським правом не передбачені. Стаття 24 Конституції України лише зазначає, що не може бути привілеїв чи обмежень, зокрема, за ознаками раси, кольору шкіри, етнічного походження. А ст. 1 Закону «Про національні меншини в Україні» від 25 червня 1992 р. № 2494-ХІІ підкреслює, що Україна гарантує громадянам республіки незалежно від їх національного походження рівні політичні, соціальні, економічні та культурні права і свободи, та проголошує, що всі громадяни України користуються захистом держави на рівних підставах. Така ситуація обумовлюється відсутністю в Україні фактичної нерівності між різними расовими і національними групами, що робить недоцільним запровадження будь-яких спеціальних тимчасових заходів щодо цих груп.

Отже, у сучасних умовах саме закріплення рівності перед законом разом із заборонаю дискримінації та політикою позитивних дій має на меті забезпечення універсального дотримання принципу рівності як чесної рівності можливостей. Таким чином, принцип правової рівності може бути описаний за допомогою формули «диференційована рівність з можливістю позитивних дій». Вона виводиться із того, що 1) усі, хто знаходиться в однаковому становищі, мають рівні права, свободи та обов'язки і є рівними перед законом і судом, 2) але права, свободи та обов'язки є різними, коли а) право враховує розумні й об'єктивні відмінності між особами або б) створює тимчасові сприятливі умови для певної категорії осіб із метою компенсації існуючої фактичної нерівності.

¹ Равенство полов // Словарь гендерных терминов [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.owl.ru/gender/270.htm>.

§ 3. Свобода

Питання «право і свобода» перебуває в центрі уваги філософів і соціологів, політологів і правознавців не одне століття. Напевно, воно є вічним, оскільки незважаючи на видатні роботи Арістотеля і Платона, Дж. Локка і Т. Гоббса, І. Канта і Г. Гегеля, Дж. Ст. Мілля і В. фон Гумбольдта, І. Берліна і Ф. фон Гаєка, Дж. Ролза і Дж. Раза та ін., вчені й дотепер знаходяться у пошуку сутності свободи, визначення її меж у сучасному суспільстві, прагнуть знайти оптимальний формат співвідношення свободи і права.

Як справедливо зауважував Ф. фон Гаєк, *ідеал свободи надихнув сучасну західну цивілізацію* і його втілення створило її¹. Цю думку можна простежити в тексті преамбули Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. У ній, зокрема, констатується, що європейські країни «мають спільну спадщину в політичних традиціях, ідеалах, свободі і верховенстві права»².

Вважається, що в більш-менш завершеному вигляді концепція свободи, яка історично пов'язана з обмеженням сваволі влади, насамперед державної³, з'являється в епоху Відродження і Реформації, хоча її зародження відбувається значно раніше — в часи Великої хартії вольностей, а то й ще раніше.

Наприклад, Л. фон Мізес вбачав витоки ідеї свободи в давньогрецькій спадщині, звідки завдяки роботам грецьких філософів і істориків вона перейшла до римлян, а потім — до європейців і американців, ставши основним пунктом усіх уявлень людей Заходу про справедливо організоване суспільство⁴. Приблизно в тому ж напрямку мислив К. Поппер, який аналізував перехід давніх греків від закритого до відкритого суспільства (тобто від колективістського, племінного суспільства, яке жорстко регулювало всі аспекти життя, до суспільства, де індивіди вимушені приймати особисті рішення)⁵.

А ось на думку Ф. Закарія, першооснови усвідомлення свободи були закладені в 324 р. н. е. Того року імператор Костянтин вирішив перенести столицю своєї імперії з Риму до Візантії, і разом з імператором до нової столиці переїхав весь двір, за винятком єпископа Римського. Це поклало початок процесу відокремлення церкви від держави, а сама церква стала в західному світі першим серйозним «обмежувачем» вла-

ди держави. Із іскр, що були викреслені в сутичках між церквою і державою, і запалало полум'я людської свободи¹.

С. Гантінгтон погоджується з тим, що саме відокремлення духовної та світської влади зробило величезний внесок у розвиток свободи на Заході. «Упродовж західної історії, — підкреслює американський політолог, — спочатку Церква як єдина організація, а потім і багато які інші церкви існували поза державою. Бог і Цезар, церква і держава, духовна влада і світська влада склали основний дуалізм у західній культурі. Тільки у цивілізації хінді релігія та політика були так само відокремлені. В ісламі Бог — це Цезар; у Китаї та Японії Цезар — це Бог, у православ'ї Бог — це молодший партнер Цезаря. Розмежування та протистояння між державою і церквою, що постійно поновлюються, є типовими рисами західної цивілізації і не виявлялися у жодній іншій»².

Досліджуючи ідею свободи, слід обов'язково зупинитися на Великій хартії вольностей 1215 р. (Magna Carta). Саме її часто розглядають як перше писане обмеження королівської влади в Європі. Хоча первісно вона була спрямована на підтвердження привілеїв феодалних лордів, згодом англійські судді почали більш широко тлумачити цей документ, перетворивши його в акт, який захищає певні права будь-якої особи. Саме з Великої хартії вольностей випливають англійські, а потім і американські свободи³.

Передумовами свободи можна вважати також існування на Заході цілої низки інших інституцій і традицій (зокрема, верховенства права, незалежного суду, представницьких органів, міського самоврядування, гільдій, професійних корпорацій, класу феодалної аристократії та інших різноманітних автономних груп, які ґрунтуються не на кровних зв'язках чи шлюбах), що стримували владу держави.

Усе це дозволяє наголошувати на історичній плюралістичності західного суспільства, у якому вже в Середні віки було відсутнє єдине, беззаперечне джерело авторитету, а соціальна необхідність говорила багатьма голосами, які разом звучали радше як какофонія, ніж як хор. Свобода сучасного індивіда виникає із невизначеності, із деякої «недо-детермінованості» зовнішньої реальності, із сутнісної суперечливості соціальних тисків⁴. Урешті-решт, свобода є наслідком розосередження влади, відсутності в суспільстві центрів концентрації влади, яка все подавляє⁵.

¹ Докладніше про це див.: Закарія Ф. Будущее свободы: нелиберальная демократия в США и за их пределами: Пер. с англ. — М.: Ладомир, 2004. — С. 18–32.

² Гантінгтон С. Протистояння цивілізацій та зміна світового порядку: Пер. з англ. — Львів: Кальварія, 2006. — С. 77.

³ Закарія Ф. Будущее свободы: нелиберальная демократия в США и за их пределами. — С. 28–29.

⁴ Бауман З. Свобода: Пер. с англ. — М.: Новое изд-во, 2006. — С. 56, 59.

⁵ Оукшот М. Политическая экономия свободы // Оукшот М. Рационализм в политике и другие статьи: Пер. с англ. — М.: Идея-Пресс, 2002. — С. 94–95.

¹ Гаєк Ф. А. Конституція свободи. — С. 10.

² Офіційний вісник України. — 1998. — № 13.

³ Докладніше про це див.: Міл Дж. Ст. Про свободу: Есе: Пер. з англ. — К.: Основи, 2001. — С. 11–24.

⁴ Мізес Л. фон. Идея свободы родилась на Западе [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://www.cotsium.ru/books/69/59/mises50a.html>.

⁵ Поппер К. Відкрите суспільство та його вороги: В 2 т. — Т. 1. — С. 194–200.

Визнаючи античні та середньовічні витoki ідеї свободи, ми, однак, не повинні забувати про принципову різницю в уявленнях про свободу в різні епохи. У літературі нерідко акцентується увага на *відмінностях між давнім і сучасним розумінням свободи*. Це класичне для сучасної науки розмежування йде від Б. Констана, який розрізняв «свободу древніх» (тобто можливість брати активну і постійну участь у колективному здійсненні влади) і «свободу сучасних людей» (тобто право користуватися індивідуальною незалежністю — свободою думки і сумління, правом на недоторканність, свободою занять і пересування та ін.)¹.

Коріння давньої (демократичної) концепції свободи можна знайти ще в Арістотеля, який вчив, що свобода означає, зокрема, можливість по черзі з іншими брати участь у владі, впливати на формування державної волі². Римська традиція вбачала свободу громадян в тому, що жодних законів не можна було запровадити щодо них без попередньої згоди, наданої народними зборами³. Однак у всьому іншому антична держава за великим рахунком поглинала особистість. «*Tu natus es non tibi, non mihi, sed patriae* (ти народжений не для себе і не для мене, але для вітчизни)», — звертався до одного зі своїх товаришів Цицерон⁴. «Та свобода, про яку так часто і з такою повагою мовиться в історичних і філософських працях давніх греків і римлян, а також у творах і роздумах тих, котрі запозичили у них всі свої політичні знання, — підкреслював Т. Гоббс, — це свобода не приватних осіб, а держави...»⁵. Ідея особистої свободи лише інколи звучала в ці часи⁶. Тому, посилаю-

¹ Констан Б. Про свободу древніх у її порівнянні зі свободою сучасних людей // Лібералізм: Антологія / Упоряд. О. Проценко, В. Лісовий. — К.: Смолоскип, 2002. — С. 412, 415.

² «Однією ж з умов свободи, — зазначав Стагірит, — є почерговий послух і владування» (Арістотель. Політика. — С. 166).

³ Скіннер К. Свобода до лібералізму: Пер. с англ. — СПб.: Изд-во Европ. ун-та в С.-Петербурге, 2006. — С. 35.

⁴ Цит. за: Тарновский Е. Четыре свободы. — СПб.: Макет, 1995. — С. 10.

⁵ Гоббс Т. Левіафан. — С. 219.

⁶ Так, можна згадати знамениту надгробну промову Перікла, проголошену 431 р. до н. е., з якої, як вважають, випливало, що афінська свобода поширюється не лише на сферу управління державою, але й на повсякденне життя. «Ми не плекаємо в нашому щоденному житті підозри один на одного, — зазначав видатний афінський політичний діяч, — ми не виявляємо гніву до ближнього, коли він учиняє щось для своєї насолоди, не показуємо йому нашого незадоволення, хоч і нешкідливого, але здатного засмутити. Не обмежені примусом у приватному житті, ми не порушимо законів у житті громадському...» (Перікл. Афінська демократія // Демократія: Антологія / Упоряд. О. Проценко. — К.: Смолоскип, 2005. — С. 216).

Ідею особистої свободи як елементу демократичного устрою можна також зустріти в Арістотеля. Так, він підкреслював, що демократія «полягає у наданні можливості жити кожному за його бажанням». Проте Стагірит відмежовував цю засаду демократії від свободи (Арістотель. Політика. — С. 166–167).

чись на думку Дж. Ектона, можна стверджувати, що історія людської свободи в ці епохи є історією того, чого не було¹.

Зазначена зміна парадигми свободи відбувається в Новий час, коли в політичній теорії виникає розуміння того, що *стан свободи — це природний стан людства*. Ідея природного стану і теза про те, що він відрізняється повною свободою, — гіпотези абсолютно чужі для античних і середньовічних текстів. Указані ідеї обумовили появу доктрини, згідно з якою ці вихідні свободи мають бути визнані як природжене право, право, що надане Богом, а значить, як набір природних прав, охорона і підтримка яких стає головною метою правління². Наприклад, цей природний мотив, без сумніву, звучить у дієслові «народжуватися», яке використане в першій статті Декларації прав людини і громадянина 1789 р.: «Люди народжуються і залишаються вільними...»³.

Цим змінам, безумовно, сприяє *почуття індивідуалізму*⁴, яке розвивається в XIV та XV ст. на Заході і логічно втілюється в Новий час у суспільному сприйнятті права індивідуального вибору — так званої «революції Ромео та Джульєтти»⁵. А. Токвіль визначав індивідуалізм як «почуття виважене й супокійне; воно спонукає кожного громадянина відокремити себе від безлічі подібних до себе й усамітнитися у своєму родинному та дружньому колі; створивши собі таким чином маленьке суспільство, людина радо зрікається турбот про суспільство в цілому»⁶. На думку А. Макфарлейна, «індивідуалізм є уявленням про те, що суспільство складається з автономних, рівних елементів, тобто окремих індивідів, і ці індивіди врешті-решт більш важливі, ніж будь-яка більш численна складова група»⁷. Основа індивідуалізму, як зазначав К. Морріс, полягає «в почутті чіткої відмінності між моїм і чужим буттям»⁸. Наприкінці Середніх віків — на початку Нового часу мораль обцинних уз поступово заміщується мораллю індивідуальності, відпо-

¹ Эктон Дж. Свобода в христианскую эпоху // Эктон Дж. Очерки становления свободы [Электронный ресурс]. — Режим доступа: http://www.krotov.info/library/01_a/act/on3.html.

² Скіннер К. Свобода до лібералізму. — С. 29.

³ Манан П. Общедоступный курс политической философии. — С. 167.

⁴ Про виникнення цього терміна див.: Гаск Ф. А. Індивідуалізм та економічний порядок: Пер. з англ. — Х.: Акта, 2002. — С. 14–15.

⁵ Гантінгтон С. Протистояння цивілізацій та зміна світового порядку. — С. 79.

⁶ Токвіль А. де. Про демократію в Америці: Пер. з фр. — К.: Вид. дім «Всесвіт», 1999. — С. 409.

⁷ Цит. за: Лал Д. Непреднамеренные последствия. Влияние обеспеченности факторами производства, культуры и политики на долгосрочные экономические результаты: Пер. с англ. — М.: ИРИСЭН, 2007. — С. 96.

⁸ Цит. за: Бауман З. Свобода. — С. 52–53.

відно до якої індивіди почали цінувати можливості зробити власний вибір щодо діяльності, занять, переконань, думок, обов'язків і відповідальності і до того ж дійшли до схвалення самостійної поведінки в інших¹. Індивідуалізм є одним із визначальних факторів, що кардинально змінює все соціальне життя, перетворює, якщо згадувати знамениту дихотомію Ф. Тьоніса, спільноту (Gemeinschaft) в суспільство (Gesellschaft)². Більше того, у літературі сьогодні все частіше говорять не про «суспільство», а про «суспільство індивідів»³. Тому індивідуалізм обґрунтовано розглядається як основна риса сучасної західної культури⁴.

Як відомо, Е. Дюркгейм пов'язував народження сучасної індивідуальності із зростаючим поділом праці і виникаючою через це залежністю кожного члена суспільства від спеціалізованих та не-скоординованих сфер авторитетності, жодна з яких не могла б претендувати на повну і загальну лояльність⁵. Урешті-решт остаточне рішення залишається на власний розсуд людини; саме на неї покладено тягар відповідальності за кінцевий вибір⁶.

Зрозуміло, що індивідуалізм знаходить своє відображення на рівні політичної теорії. Якщо Арістотель вважав природним починати міркування про існування людини з поліса як колективної сутності⁷, то Т. Гоббс та інші мислителі Нового часу починають із до-соціальних

¹ Лал Д. Непреднамеренные последствия. Влияние обеспеченности факторами производства, культуры и политики на долгосрочные экономические результаты. — С. 134–135.

² «Теорія суспільства, — пояснював різницю між Gemeinschaft і Gesellschaft Ф. Тьоніс, — конструює певне коло людей, що (як в спільноті) мирно живуть і мешкають поряд один із одним, але є не присутньо пов'язаними, а присутньо роз'єднаними, і в той же час як у спільноті вони залишаються пов'язаними попри всі розлучення, тут вони залишаються роз'єднаними попри всі зв'язки. Внаслідок цього в суспільстві відсутні види діяльності, які... виконуються індивідом не меншою мірою заради пов'язаних з ним людей, аніж заради самого себе. Тут, навпаки, кожен сам за себе, а в стані напруги — й проти решти. Сфери діяльності людей і їхньої влади чітко розмежовані, тож кожен відмовляє іншому в контактах і доступі до своєї сфери, вважаючи це виявами ворожості» (Тьоніс Ф. Спільнота та суспільство. Основні поняття чистої соціології: Пер. з нім. — К.: Дух і літера, 2005. — С. 52).

³ Див., наприклад: Елиас Н. Общество индивидов: Пер. с нем. — М.: Праксис, 2001. — С. 19.

⁴ Аберкромби Н., Хилл С., Тернер Б. С. Социологический словарь. — С. 162; Гантингтон С. Прогистояння цивілізацій та зміна світового порядку. — С. 79.

⁵ Дюркгейм Э. О разделении общественного труда // Дюркгейм Э. О разделении общественного труда. Метод социологии: Пер. с фр. — М.: Наука, 1990. — С. 371–372.

⁶ Бауман З. Свобода. — С. 56, 59.

⁷ «Держава існує з природи й, очевидно, з природи передусє кожній людині» (Арістотель. Політика. — С. 17).

індивідів¹, а вже від них і їх сутнісних, невід'ємних атрибутів переходять до питання про те, як такі індивіди можуть об'єднатися для того, щоб утворити щось «над-індивідуальне» — суспільство чи державу². «Для давніх греків чи римлян, — наголошував А. Фергюсон, — індивід був нічим, а суспільство — всім. Для сучасних же представників таких багатьох європейських націй індивід є всім, а суспільство — нічим»³.

Ще одна характерна риса сучасної свободи — її *генетичний і культурний зв'язок із ринковою економікою і капіталізмом*. Сама ідея ринку реалізує певний ідеал автономії індивідів, знеособлюючи соціальну взаємодію. Ринок як механізм розподілу ресурсів і регулювання економічної діяльності через систему цін, що вільно формуються, відсилає до архетипу анти-ієрархічної системи організації, такого способу прийняття рішень, у який не втручається жодна навмисність⁴. Ідея свободи виразно звучить в економічній доктрині *laissez-faire*, яка вимагає, щоб державне втручання не стримувало вільної діяльності індивіда⁵. Капіталістична економіка, яка будується на принципах свободи руху товарів, праці і капіталу, є не лише територією, де можна практикувати свободу в мінімально обмеженій формі; вона є також тим розсадником, де сучасна ідея свободи була посіяна і вирощена, а вже потім прищеплена до інших гілок усе більш розгалуженого соціального життя⁶.

Проте, мабуть, головним поштовхом для зміни парадигми свободи були *релігійні конфлікти доби Реформації*, які привели до суспільного визнання *ідеї релігійної свободи*. Наприклад, М. Лютер, відстоюючи цю ідею, підкреслював, що все, пов'язане з вірою, — вільна справа, і до цього ніхто не може примушуватися. «Якщо людський закон повинен вказувати душі, у що і як вона повинна вірити, а саме цю думку необґрунтовано відстоюють деякі люди, то це, — пояснював батько Рефор-

¹ Символічною є сама структура «Левіафана». 16 перших його розділів об'єднані в частину I під назвою «Про людину», а наступні 15 — в частину II «Про державу» (Гоббс Т. Левіафан. — С. 72–331).

² Бауман З. Свобода. — С. 54.

³ Фергюсон А. Опыт истории гражданского общества: Пер. с англ. — М.: РОССПЭН, 2000. — С. 103.

⁴ Розанваллон П. Утопический капитализм. История идеи рынка: Пер. с фр. — М.: Новое лит. обозрение, 2007. — С. 28, 236.

⁵ І. Бентам визначав суть *laissez-faire* так: «Загальне правило полягає в тому, що уряд нічого не повинен робити, навіть і намагатися; гаслом або паролем уряду у цих випадках має бути — будь стриманим... Прохання, з яким сільські господарі, промисловці й комерсанти звертаються до урядів, просте й переконливе, на кшталт того, що його Діоген висловив Александрові [Македонському]: «Не затуляй мені сонця» (цит. за: Кейнс Дж. Кінець *laissez-faire* // Лібералізм: Антологія / Упоряд. О. Проценко, В. Лісовий. — К.: Смолоскип, 2002. — С. 728).

⁶ Бауман З. Свобода. — С. 63.

мації, — звичайно, не слово Боже. <...> Як може людина бачити, пізнавати, виправляти, оцінювати і змінювати серця? <...> Прагнення душі і розуму не можуть відкритися нікому, крім Бога. Тому неможливо заборонити комусь силою або наказати вірити так, а не інакше». Отже, на думку М. Лютера, закони, які роблять це, є безнадійно нерозумними і блюзнірськими; вони схожі на накази місяцю сяяти¹.

У ці часи виникає переконання, що свобода совісті і віросповідання є природженим правом людини; воно проголошується не державою, а Євангелієм, і тому є священним і недоторканим для держави². Ідея релігійної свободи у поєднанні з доктриною природного права надихнула людей на боротьбу за вільне розпорядження своїми силами та здібностями (комплекс «права на життя») і своїм майном (комплекс «права на власність»). «Визнання однієї (релігійної. — С. П.) форми свободи, — пояснював С. Котляревський, — не могло не супроводжуватися поширенням її і на інші людські відносини: логіка свободи так само невблаганна, як і логіка деспотизму...»³.

У розвитку ідеї свободи взагалі можна побачити щось на кшталт ланцюгової реакції. Свобода совісті логічно обумовлює свободу думки. Проте зі свободи думки невелика користь без свободи обмінюватися думками, бо думка — здебільшого суспільний продукт, і тому свободу думки супроводжують свобода слова і свобода письма, друку і мирних дискусій⁴. Продовжуючи цей ланцюг, можна пояснити, що для того, аби привести в дію свободу совісті, думки і слова, поза всяким сумнівом, необхідні свобода зборів і свобода об'єднань громадян. Так, індивідуальна свобода виходить за межі самої особи; передбачаючи контакти з іншими людьми, вона стає свободою взаємостосунків, свободою комунікації в суспільстві. Ще пізніше виникає вимога забезпечити особам можливість брати участь в управлінні державними справами як гарантія всіх цих прав і свобод, а також вимога такого устрою держави, який перетворив би її у спілкування вільних і рівних людей⁵.

Крім того, слід враховувати, що всі ці права є необхідними для утримання державної влади в межах, які роблять неможливими її зазіхання на безумовне верховенство совісті як найвищої і найкращої із

¹ Лютер М. О светской власти. В какой мере ей следует повиноваться. — С. 132–134.

² Еллинек Г. Декларация прав человека и гражданина: Репр. воспр. изд. 1906 г. — Одесса: Юрид. л-ра, 2006. — С. 58.

³ Котляревский С. А. Конституционное государство. Юридические предпосылки русских Основных Законов / Под ред. и с предисл. В. А. Томсинова. — М., 2004. — С. 69.

⁴ Гобгауз Л. Т. Апологія свободи // Лібералізм: Антологія / Упоряд. О. Проценко, В. Лісовий. — К.: Смолоскип, 2002. — С. 461.

⁵ Еллинек Г. Декларация прав человека и гражданина. — С. 66.

людських засад¹. З'ясування того, що релігійна свобода є творчою засадою свободи громадянської, тоді як громадянська свобода є необхідною умовою релігійної, стало відкриттям, що припадає на долю Європи XVII ст.² Тому всі права людини запозичують статус «священних», «природжених» і «невід'ємних» саме від свободи совісті як божественної правомочності кожного віруючого³. Це дає підстави характеризувати релігійну свободу як «наріжний камінь» усіх свобод людини⁴. Остаточне нове розуміння свободи здобуває своє визнання в добу Просвітництва, головним постулатом якого була незалежність самовизначення людини від усіх посягань влади — як духовної, так і світської⁵. Сфокусованість на свободі індивіда принципово відрізняє політичну філософію Просвітництва від античної і середньовічної філософії з їх прихильністю до порядку та ієрархії. У традиції природного закону сигнал цьому дає зміщення акценту з логіки закону на ідею природного права⁶.

У даний період також відбувається так звана *секуляризація ідеї свободи*. Як відомо, Новий час символізує революцію в європейській філософській думці. Декартове «Cogito, ergo sum» — я мислю, а отже, існую — принесло із собою кардинальну зміну способу філософування.

¹ Эктон Дж. Происхождение современного государства // Эктон Дж. Очерки становления свободы [Электронный ресурс]. — Режим доступа: http://www.krotov.info/library/01_a/act/on5.html.

² Він же. Свобода в християнську епоху // Эктон Дж. Очерки становления свободы [Электронный ресурс]. — Режим доступа: http://www.krotov.info/library/01_a/act/on5.html.

³ Соловьев Э. Ю. Категорический императив нравственности и права. — М.: Прогресс-Традиция, 2005. — С. 170.

⁴ Тірні Б. Релігійні права: історичний огляд // Релігійна свобода і права людини: Богословські аспекти: У 2 т. — Львів: Свічадо, 2000. — Т. 1. — С. 56.

⁵ Це розуміння свободи (свобода віри і свобода у стосунках із людьми) підтримується також сучасною християнською доктриною.

Так, у п. 1705 ст. 1 п. 1 та п. 1738 ст. 3 Катехізису Католицької церкви підкреслюється, що завдяки своїй душі і своїм духовним силам розуму і волі, людина наділена свободою, «вищим знаком божественного образу». Право на користування свободою є вимогою, невід'ємною від гідності людської особистості. Це право має бути визнане і захищене в межах загального блага і суспільного порядку (Катехізис Католицької церкви [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.krotov.info/acts/20/2/vatican/1699.html>).

У п. IV.6 Основ соціальної концепції Російської православної церкви зазначається, що Бог зберігає свободу людини, ніколи не насилуючи її волю. Право на віру, на життя, на сім'ю є захистом прихованих засад людської свободи від свавілля сторонніх сил. Ці внутрішні права доповнюються і гарантуються іншими — зовнішніми — наприклад правами на свободу пересування, отримання інформації, створення майна, володіння ним і його передачу (Основи соціальної концепції Русской православной церкви [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://www.krotov.info/acts/20/20000814/04.html>).

⁶ Шапиро И. Моральные основания политики. — С. 22.

Середньовічна філософія св. Томи Аквінського була філософією буття, а Бога вважали обов'язковою основою для кожного, а значить, і для людини. Після Декарта філософія стає наукою чистої думки: буття є цариною людської свідомості, а не таким, що існує поза нею. У провітницькій ментальності зникла вся велика драма історії спасіння. Новий час символічно проголосив про «смерть Бога»¹. Людина залишилась сама — сама як творець власної історії і власної цивілізації; сама, хто вирішує, що є добро, а що — зло, як той, хто міг би існувати і діяти *etsi Deus non daretur* — навіть якби Бога не було².

Унаслідок цих змін відхиляється ідея свободи *sub lege Dei* (під Божим законом); на її місце приходиться свобода безумовна, свобода, яку людина надає собі сама, проголошуючи її, виступаючи її творцем, а не лише користувачем. Тому не випадково, що *Просвітництво втілює ідеал людської свободи в політичній доктрині прав індивіда*³. За образним висловом, за Одрокненням Закону Божого йде Декларація Прав Людини⁴.

Усі ці зміни у свою чергу підготували так званий «коперніканський переворот» у розумінні сутності правового регулювання⁵ — поступовий перехід у XVII–XVIII ст. до ліберально-юридичного тлумачення права, в основу якого була покладена ідея про необхідність обмеження державної влади заради свободи особи (хоча на її остаточне схвалення, закріплення і реалізацію Європі знадобились ще майже два століття⁶). *З тих часів право вимушене доводити свою легітимність в аспекті охорони свободи.*

Утім, коли ми сьогодні намагаємося визначити поняття свободи, то зіштовхуємося з певними труднощами. На думку деяких дослідників, поняття свободи взагалі не піддається аналізу, оскільки воно є суперечливим за своєю суттю: ніхто не заперечує, що свобода є благом, проте тривають нескінченні безплідні баталії між тими, хто намагається переконати нас прийняти саме їхній погляд на її природу⁷.

¹ Ницше Ф. Веселая наука // Соч.: В 2 т.: Пер. с нем. – М.: Мысль, 1990. – Т. 1. – С. 662.

² Іван Павло II. Пам'ять та ідентичність. Бесіди на зламі тисячоліть: Пер. з італ. – Львів: Літопис, 2005. – С. 22, 24.

³ Шапиро И. Моральные основания политики. – С. 10.

⁴ Манан П. Общедоступный курс политической философии. – С. 166.

⁵ Соловьев Э. Ю. Категорический императив нравственности и права. – С. 196.

⁶ Ця ідея стає аксіоматичною після Другої світової війни, знаходячи відображення в більшості важливих міжнародно-правових документів (див., наприклад, преамбули Статуту ООН, Загальної декларації прав людини 1948 р., Статуту Ради Європи від 05.05.1949 р., Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р.).

⁷ Енциклопедія політичної думки. – С. 352.

У літературі XX — початку XXI ст. осмислення феномену свободи відбувається в широкому діапазоні концепцій, серед яких помітно вирізняються філософсько-антропологічні, екзистенціалістські, соціофілософські, політологічні, правознавчі, соціологічні, етичні; він аналізується в метафізичному, гносеологічному, онтологічному та праксеологічному значеннях¹. Отже, ми маємо право сказати, що слово «свобода» не значить нічого, доки не наповниться конкретним змістом².

Шукаючи точку відліку в її визначенні, варто звернути увагу на пропозицію Дж. К. Маккелема виражати всі твердження про свободу в одній формі: *X вільний від Y, щоб z* (*z* означає будь-яке дієслово)³. У цьому випадку всі суперечки — це суперечки про три терміни, що вказують відповідно на агента (*X*), перешкоду (*Y*) і дію або стан, яких треба досягти (*z*)⁴.

Що означає *свобода в суспільних відносинах* (так звана особиста (індивідуальна) свобода)⁵ І. Берлін наголосив, що існують два типи (концепції) свободи: 1) *негативна свобода*, коли зосереджуються на відсутності втручання з боку інших людей⁶, і 2) *позитивна свобода*⁷, коли увага концентрується на спроможності особи самостійно приймати рішення щодо вчинення власних дій⁸.

На думку І. Берліна, негативна свобода визначається питанням: «В яких межах суб'єктові — особі чи групі осіб — дозволено чи слід дозволити робити те, що він спроможний робити, і бути тим, ким він

¹ Свобода: сучасні виміри та альтернативи / В. В. Лях, В. С. Пазенок, К. Ю. Райда та ін. – К.: Укр. Центр духов. культури, 2006. – С. 11–12.

² Гаек Ф. А. Конституція свободи. – С. 15.

³ Маккелем Дж. К. Негативна і позитивна свобода // Лібералізм: Антологія / Упоряд. О. Проценко, В. Лісовий. – К.: Смолоскип, 2002. – С. 569.

⁴ Короткий оксфордський політичний словник. – С. 618.

⁵ Природно, що існують інші аспекти свободи – наприклад свобода людини в її духовному світі (так звана *внутрішня (метафізична) свобода*). Остання є психологічним феноменом, виключно суб'єктивним відчуттям людини; внутрішня свобода тісно пов'язана з категоріями самосвідомості, самоусвідомлення, самообмеження, розумності, долі, необхідності, відповідальності. Цей аспект свободи також має певний вихід на проблеми правового регулювання, проте його дослідження виходить за межі нашої роботи.

⁶ Ця свобода є негативною тому, що вона розглядається як *свобода від* чого-небудь (втручання, покарання, примусу тощо). Наголос на понятті свободи, що є «суто негативним» в тому розумінні, що його наявність завжди відзначена відсутністю чогось (а саме відсутністю якоїсь міри обмеження чи стримування), можна почути ще в Д. Бентама (див.: Скіннер К. Свобода до лібералізму. – С. 74).

⁷ Вона передбачає не свободу «від», а *свободу «для»* – свободу вести певний передбачений особою спосіб життя.

⁸ Берлін І. Дві концепції свободи. – С. 59.

спроможний бути, без втручання інших осіб?»¹. Таким чином, акцент у цьому випадку робиться на свободі як *сфері, де особі гарантується відсутність обмежень*. Саме в цій сфері у суб'єкта існує «можливість невизначено різноманітної діяльності»². Слід нагадати, що «негативне» розуміння свободи можна побачити ще у Т. Гоббса, який зауважував, що «свобода означає відсутність опору (під опором я розумію зовнішні перешкоди рухові)»³. З того часу це визначення свободи вважається одним із найвдаліших⁴. У тому самому дусі мислить і Монтеск'є: на його думку, бути вільним — означає не стільки робити те, що хочеш, скільки можливість не бути примушеним робити те, що не хочеш⁵. Іншими словами, кожна людина є вільною, якщо вона може якимось способом примусити інших людей не примушувати її до чогось⁶.

Філософи зазвичай підкреслюють, що негативна свобода (сфера, окреслена «законною межею суверенності індивіда»⁷, «внутрішня цитадель, де має правити індивід»⁸, царина, де визнається здатність «бути господарем над собою»⁹, «властивість людини бути своїм власним паном (sui iuris)»¹⁰) може бути досить широкою, проте в суспільстві вона не може бути необмеженою¹¹. По-перше, свобода особи зіштовхується зі свободою інших осіб, що вимагає їх взаємного узгодження. По-друге, у суспільстві існують інші конкурентні цінності (зокрема, безпека, порядок, справедливість, рівність). Це породжує необхідність досягнення

¹ Берлін І. Дві концепції свободи. — С. 59.

² Гумбольдт В. фон. О пределах государственной деятельности: Пер. с нем. — М.: Социум: Три квадрата, 2003. — С. 6.

³ Гоббс Т. Левіафан. — С. 215. Далі Т. Гоббс констатував: «Вільна людина — це та, котрій ніщо не перешкоджає робити бажане, бо за своїми фізичними і розумовими здібностями вона здатна це робити» (С. 216).

⁴ Речицкий В. Символическая реальность и право. — Львов: ВНТЛ-Классика, 2007. — С. 128.

⁵ Монтеск'є Ш. Л. О духе законов // Избр. произведения: Пер. с фр. — М.: Госполитиздат, 1955. — С. 288–289.

⁶ Леони Б. Свобода и закон. — С. 64.

⁷ Міл Дж. Ст. Про свободу. — С. 86.

⁸ Гобгауз Л. Т. Апологія свободи. — С. 461.

⁹ Конструкція «бути господарем над собою, власником своєї особи й усіх своїх дій чи труда» (Лок Дж. Два трактати про врядування. — С. 153), на думку Е. Соловйова, — одне з головних понять Другого трактату про державне врядування і по суті найповніша характеристика локківського «природного індивіда» (Соловьев Э. Ю. Категорический императив нравственности и права. — С. 119–120).

¹⁰ Кант И. Метафизика нравов. — С. 291.

¹¹ У цьому полягає принципова різниця між свободою людини в суспільстві та природною свободою людини, яка не обмежена нічим і тому є повною (див.: Лок Дж. Два трактати про врядування. — С. 142).

адекватного балансу даних цінностей і свободи¹. Тому сфера вільних дій людей має бути обмежена.

І. Берлін обгрунтував цю тезу таким чином: ми не можемо бути абсолютно вільними і повинні відмовитися від якоїсь частини нашої свободи, аби зберегти решту². У цьому поясненні, поза всяким сумнівом, відчувається вплив Дж. Локка, який зауважував: нашою свободою ми зобов'язані обмеженням свободи, «бо хто б міг бути вільним, якби будь-яка інша людина за своєю примхою могла б його тиранити?»³.

За великим рахунком тут ідеться про так званий «парадокс свободи» (свобода в розумінні відсутності хоч якихось обмежень неминуче призводить до значного її обмеження), уперше цілком чітко сформульований Платоном (хоча дещо іншими словами і зовсім з іншими намірами)⁴. Він припускав, що вільна людина може скористатися своєю абсолютною свободою насамперед для того, щоб потоптати закони, а потім і саму свободу, вимагаючи встановлення тиранії⁵.

Закони традиційно розглядаються як *найбільш прийнятний засіб для гарантування свободи*. Так, ще Арістотель розглядав закони, тобто загальні правила, сформульовані за допомогою точних і зрозумілих всім термінів, як інститут, необхідний громадянам, щоб вони могли іменуватися «вільними». Цицерон відтворював цю концепцію Арістотеля у своєму відомому вислові з *oratio pro Cluentio* (промови на захист Клуенція): «Omnes legum servi sumus ut liberi esse possimus» («Ми всі повинні підкорятися законові, щоб залишатися вільними») ⁶. Отже, як зауважував ще в XVII ст. Дж. Локк, там, де немає закону, немає й свободи⁷.

Утім для утвердження свободи недостатньо лише встановити закони. «Поза всяким сумнівом, — зазначав із цього приводу Б. Констан, — немає свободи там, де люди не можуть робити все, що дозво-

¹ Пошук такого балансу можна проілюструвати на прикладі правового регулювання можливості жінки уривати вагітність. Цікавим у цьому аспекті є рішення Верховного Суду США у справі Роу проти Вайда (Roe v. Wade, 410 U.S. 113) (1973). Суд підкреслив, що у питанні про право на аборт ідеться про необхідність врахування, з одного боку, права вагітної жінки на недоторканність особистого життя, яке поширюється й на вирішування, робити аборт чи ні, а з другого боку — важливого і легітимного інтересу штату в збереженні та захисті здоров'я вагітної жінки і в захисті потенційного людського життя (життя плоду). Розмежування цих конкуруючих інтересів залежить від низки обставин (зокрема, від строку вагітності) (текст рішення див.: Філософія права / За ред. Дж. Фейнберга, Дж. Коулмена. — С. 503–514).

² Берлін І. Дві концепції свободи. — С. 64.

³ Лок Дж. Два трактати про врядування. — С. 159.

⁴ Див.: Поппер К. Відкрите суспільство та його вороги. — Т. 1. — С. 143, 315.

⁵ Платон. Государство. — С. 379–384.

⁶ Цит. за: Леони Б. Свобода и закон. — С. 90.

⁷ Лок Дж. Два трактати про врядування. — С. 159.

лено законами; проте законом може бути заборонено стільки, що свободі буде покладено кінець»¹.

Таким чином, надзвичайно важливою з точки зору негативної свободи є потреба в існуванні мінімальної сфери особистої свободи, яка має окреслюватися переліком основних (фундаментальних) прав і свобод людини², зони приватності чи людської гідності, у яку не можна втручатися за будь-яких обставин³. Без неї жодне суспільство не може вважатися вільним. Індивіди зберігають за собою цей мінімальний обсяг автономності, навіть погоджуючись підкорятися закону. Сутнісна глибинна ідея тут полягає в тому, що індивіди мають право на недоторканність тіла і духу з боку держави. Наприклад, у рішенні Верховного Суду США у справі *Lawrence v. Texas* (2003) підкреслюється, що автономія особистості «включає в себе свободу думки, вірувань і переконань, вираження та особистої поведінки»⁴.

Така мінімальна сфера — невід’ємна зона людської свободи⁵ — має гарантуватися правом як найоптимальнішим для цього засобом. Важливу роль тут традиційно відіграє також ідея природного права: саме воно визначає зовнішні межі того поля, в якому люди володіють священною владою діяти подібно божествам і самим створювати собі права і обов’язки⁶. Відсутність такої мінімальної сфери — характерна риса тоталітарних суспільств. Наприклад, у нацистській Німеччині, за словами міністра пропаганди Й. Геббельса, «людина була вільною від державного контролю тільки уві сні»⁷.

При вимірюванні свободи в негативному значенні зазвичай беруться до уваги міцність бар’єрів, що не дозволяють порушувати царину особистої свободи, а також кількість і важливість шляхів, які залишаються відкритими для членів суспільства⁸. Іншими словами, ступінь дійсної свободи завжди перебуватиме у зворотній пропорції до кількості й строгості обмежень, що накладено на твою здатність прагнути до

¹ Цит. за: Леоні Б. Свобода и закон. — С. 175.

² Мабуть, не випадково ці права і свободи (так звані права першого покоління) кваліфікуються як негативні. Вони передбачають право на захист від будь-якого втручання в їх здійснення і спрямовані саме на захист індивідуальної свободи (*Общая теория прав человека / Под ред. Е. А. Лукашевой.* — М.: Норма, 1996. — С. 22–23).

³ Визначення цієї сфери з давніх часів є предметом філософських дискусій.

⁴ Цит. за: Таманага Б. Верховенство права: історія, політика, теорія: Пер. з англ. — К.: Вид. дім «Кієво-Могилян. акад.», 2007. — С. 45.

⁵ Міл Дж. Ст. Про свободу. — С. 22.

⁶ Шапиро И. Моральные основания политики. — С. 24.

⁷ Цит. за: Кревельд М. ван. Расцвет и упадок государства. — С. 253.

⁸ Берлін І. Дві концепції свободи. — С. 102.

обраних тобою цілей¹. Отже, свобода в негативному аспекті означає незалежність від сваволі іншого, але за присутності іншого².

Описуючи позитивну свободу, І. Берлін ставить таке питання: «Що чи хто є джерелом контролю або втручання, за допомогою якого можна переконати когось робити саме так чи бути саме таким?»³. Позитивна концепція свободи впливає із прагнення особи бути господарем свого власного життя, *бажання бути суб’єктом, а не об’єктом*⁴, ґрунтується на ідеях публічної автономії, самоуправління і самовизначення. Особа є вільною, коли все її життя і всі її рішення залежать від неї, а не від дії будь-яких зовнішніх сил. Вона *ніби є власним законодавцем*; вона самостійно визначає сферу своєї негативної свободи. Завдяки цьому адресат права отримує можливість усвідомлювати себе як його автор⁵. Особливо яскраво ці почуття висловив Ж.-Ж. Руссо: «Підкорюватися законові, який ти сам для себе встановив, є свободою»⁶.

Однак здійснення позитивної свободи особою як членом суспільства можливе *лише через її спільні дії з іншими особами* — як правило, через представницькі інституції. Громадянин, віддаючи свій голос на виборах, здійснює владу, оскільки сукупність таких голосів з необхідністю визначає кінцевий результат виборів. За слушним зауваженням Т. Парсонаса, маленька порція влади — все одно влада, так само як один долар — невеликі гроші, але все одно гроші⁷. Особа ідентифікує себе з тим суспільством, державою, соціальним прошарком, до якого вона належить, розглядає себе як їх елемент. У цьому випадку індивідуальна свобода переноситься на політичну спільноту і відтворюється у свободі колективно діючого народу-суверена⁸. І тут знову доцільно згадати Ж.-Ж. Руссо, який ставив завдання «знайти таку форму асоціації... завдяки якій кожний, поєднуючись з усіма, підкоряється, проте тільки

¹ Скіннер К. Свобода до либерализма. — С. 72.

² Шкода В. В. Вступ до правової філософії. — Х.: Фоліо, 1997. — С. 65.

³ Берлін І. Дві концепції свободи. — С. 59.

⁴ Відзначимо, що для негативної свободи стрижневим є бажання особи не бути об’єктом. Однак для негативного аспекту не є принциповим, хто є тим суб’єктом, який визначає межі незалежності особи, тобто оформлює «ліцензію» (Р. Дворкін) на її свободу, забороняючи всім втручання в цю сферу.

⁵ Див.: Хабермас Ю. Вовлечение другого. Очерки политической теории. — С. 208.

⁶ Руссо Ж.-Ж. Об общественном договоре, или Принципы политического права // Руссо Ж.-Ж. Политические сочинения: Трактаты: Пер. с фр. — Киев: Дух і Літера, 2000. — С. 170.

⁷ Парсонс Т. Система современных обществ. — С. 32.

⁸ Государственное право Германии: В 2 т. / Сокр. пер. нем. семитом. изд. — М.: Ин-т государства и права РАН, 1994. — Т. 1. — С. 38.

самому собі, і залишається настільки ж вільним, як і раніше»¹. Мабуть, з усіх цих причин позитивну свободу зазвичай характеризують як *свободу політичну*. Політичні (представницькі) структури є її суспільним оплотом, а саме поняття свободи в позитивному розумінні утворює серцевину гасел народного суверенітету, народовладдя, суспільного самоврядування, демократії.

Поза всяким сумнівом, *обидва типи свободи мають певний спільний ґрунт*: вони передбачають можливість самореалізації особи, її самостійного мислення, дій за власним розсудом, визнають свободу волі як здатність людини вільно приймати рішення за наявності різних можливостей до однозначного вибору якоїсь позиції, допускають взяття людиною на себе персональної відповідальності за свій вибір. Різке протиставлення цих двох концепцій свободи є в деякій мірі штучним, оскільки в обох теоріях присутня (хоча й імпліцитно) відсилка як до умов обмеження свободи, так і до діяльності. За слушним зауваженням Дж. К. Маккелема, спори між прихильниками позитивної і негативної свободи інколи можуть бути зведені до семантичних диспутів на тему, чи є ув'язнений невольним унаслідок замкнених кайданів чи внаслідок відсутності ключа до них².

Позитивна свобода сприяє існуванню й оптимальному визначенню негативної свободи: саме право, формування якого залежить від вільного волевиявлення самої особи як члена суспільства, фіксує межі індивідуальної свободи як результат певного консенсусу в суспільстві щодо цього питання, гарантує відсутність свавільного примусу з боку державних керманів. Так, суб'єктивні права, що покликані гарантувати приватну автономію життя, не можуть бути адекватно сформульовані, якщо перед тим зацікавлені особи самі не проартикулюють їх під час публічних дискусій. Тому приватна автономія громадян може бути забезпечена лише синхронно з активізацією їх громадянської автономії³. Водночас позитивна свобода є неможливою без існування негативної свободи (зокрема, без свободи думки і слова, зібрань і об'єднань). Отже, можна стверджувати, що ми потребуємо «свободи від», щоб мати «свободу для», яка у свою чергу забезпечує «свободу від».

На сьогодні людська цивілізація дійшла висновку, що *свобода в позитивному та негативному аспектах найкраще* (у порівнянні з іншими

¹ Руссо Ж.-Ж. Об общественном договоре, или Принципы политического права. — С. 164.

² Маккелем Дж. К. Негативна і позитивна свобода. — С. 574.

³ Хабермас Ю. Вовлечение другого. Очерки политической теории. — С. 343.

режимами) *гарантується* поєднанням елементів демократії і правової державності за умови існування громадянського суспільства.

Демократія як режим, побудований на принципі самовизначення народу відповідно до волі більшості в умовах індивідуальної свободи і рівності, є засобом збереження свободи в усіх її проявах. Для цього необхідно, щоб вільні індивіди також одягали, принаймні час від часу, туніку громадянина чи тогу античної свободи¹. Як зазначав Ф. фон Гаек, з тих самих часів, коли був відкритий цей єдиний метод мирної передачі влади, демократія присутня в нашому житті на правах першочергової, але неявної цінності; вона стала чимось на кшталт санітарного заходу проти чуми: немає жодних свідоцтв її ефективності, доки вона є, проте якщо її усунути, то результати будуть катастрофічними². Більш конкретно з цього приводу висловлюється І. Шапіро: «У демократичній традиції, на відміну від її чинних альтернатив, більше можливостей і ресурсів для перевірки протилежних політичних заяв на вірогідність і для захисту тих індивідуальних прав, які з найбільшою повнотою втілюють прагнення людини до свободи»³.

Правова держава, ґрунтуючись на принципах поділу державної влади, її поміркованості й обмеженості, верховенства права і поваги до людської гідності, забезпечує особі достатній простір для її самореалізації, гарантує захист її свободи від сваволі як державних органів, так і інших суб'єктів.

У межах правової держави поняття свободи зазвичай розвивається в чотирьох напрямках, що дозволяє розуміти її як: 1) незалежність від свавілля з боку інших; 2) існування гарантованих основних прав, які обмежують монополію державної влади; 3) право на співучасть у справах держави, тобто право на участь у прийнятті рішень; 4) реалізацію індивідуального самовизначення на основі законів; свободу вибору і прийняття рішень, свободу самому визначати своє життя відповідно до власних уявлень про щастя і його сенс⁴.

Важливу роль у гарантуванні свободи відіграє й громадянське суспільство: воно є джерелом життєвої сили для свободи, його творчий хаос дає людям шанс жити, не стоячи з простягнутою рукою перед

¹ Манан П. Интеллектуальная история либерализма: Пер. з фр. — К.: Дух і літера, 2005. — С. 166.

² Хайек Ф. А. фон. Право, законодательство и свобода: Современное понимание либеральных принципов справедливости и политики. — С. 329.

³ Шапіро И. Моральные основания политики. — С. 12.

⁴ Баумгартнер Х. М. Свобода и человеческое достоинство как цели государства. — С. 19–20.

державою й іншими силами¹. Громадянське суспільство як сфера добровільних особистих, соціальних та економічних відносин і структур, відокремлених від державних установ, забезпечує простір свободи для своїх членів. Так, завдяки створенню незалежних структур сили і впливу воно стає необхідним засобом підтримання ідеї обмеженого урядування. Тому прагнення зберігти свободу, поза всяким сумнівом, і інтегрує людей у громадянське суспільство². Крім того, слід пам'ятати, що участь у його асоціаціях підтверджує та зміцнює глибокі соціальні зв'язки. У такий спосіб виникає сплетіння, крізь яке люди не можуть провалитись, а отже, — інфраструктура свободи³.

У літературі також слушно підкреслюється, що саме дуалізм держави та суспільства є умовою індивідуальної свободи, оскільки він об'єктивує й опосередковує суперечність між державною загальністю та індивідуальною особливістю, не дозволяючи свободі розчинитися в цій нерозрізненній єдності чи абсолютній множинності. Абсолютизація одного з понять даної діалектичної конструкції (держави чи суспільства) перешкоджає здійсненню свободи⁴. Крім того, для свободи важливими є й інші поділи, що покладені в основу сучасного суспільного устрою спеціально заради її гарантування: поділ церкви і держави, поділ влади та ін.⁵

Для політико-правової сфери принципове значення має також виокремлення «формальної» і «матеріальної» свободи⁶. Формальний аспект зосереджує увагу лише на забезпеченні свободи дій особи, гарантуванні безперешкодної можливості певної діяльності. Проте життя з іншими в суспільстві означає не лише взаємне обмеження, але багато в чому й збільшення можливостей і варіантів дій, можливостей розвитку, а з ними — і свободи. Тому проблема свободи постає не в останню чергу як завдання справедливого поділу суспільно зумовлених шансів розвитку і ресурсів. Отже, матеріальний аспект свободи відповідає за створення реальних умов особистого розвитку, насамперед можливостей освіти, економічних умов набуття благ⁷. Як слушно зауважує З. Бауман, свобода — це не лише відсутність обмежень; для того щоб щось робити, необхідні ресурси⁸.

¹ Дарендорф Р. После 1989. Мораль, революция и гражданское общество. Размышление о революции в Европе: Пер. с англ. — М.: Ad Marginem, 1998. — С. 62.

² Речицкий В. Свобода и государство. — Харьков: Фолио, 1998. — С. 27.

³ Дарендорф Р. У пошуках нового устрою. Лекції про політику свободи у XXI столітті: Пер. з нім. — К.: Вид. дім «Киево-Могилян. акад.», 2006. — С. 36.

⁴ Козловски П. Общество и государство: неизбежный дуализм. — С. 13.

⁵ Манан П. Общедоступный курс политической философии. — С. 28.

⁶ Циппелиус Р. Философия права. — С. 187.

⁷ Там само. — С. 187, 191.

⁸ Бауман З. Свобода. — С. 14.

Акцент на матеріальному аспекті свободи дозволяє нам по-новому подивитися на концепцію *соціальної держави*. У цьому випадку сенс соціальної державності може бути визначений як збереження для індивідуума можливості усвідомлювати себе як особистість, вільно визначати своє особисте буття. Три основних завдання соціальної держави в умовах сучасного суспільства (соціальне забезпечення, соціальне страхування і соціальний мир) мають сприяти вільному розвитку особи і таким чином працювати на досягнення головної мети правової держави — забезпечення свободи кожної людини. Тому існування соціальної держави є виправданим лише тоді, коли вона одночасно виступає як держава права¹.

Тепер розглянемо втілення ідеї свободи в праві.

Насамперед відзначимо, що *право закріплює визнання свободи як однієї з найвищих соціальних цінностей* (див., наприклад, преамбули Загальної декларації прав людини 1948 р., Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. і Статуту Організації Об'єднаних Націй)². *Свобода — одна з основних засад права*; так само як справедливість, рівність і гуманізм, вона розглядається як *один із загальнолюдських вимірів права*. Право, що не відповідає свободі, є «печерним правом»; у такому випадку воно є не справжнім правом, а радше формою регулюючого безправ'я³.

Природно, що це обумовлює всю концепцію права: ґрунтуючись на самодостатній ідеї соціальної цінності свободи, право за загальним правилом має розглядати особу (суб'єкта права) як суб'єкта свободи, визначальною рисою якого є прагнення до власної незалежності та по-

¹ Хубер Э. Р. Правовое и социальное государство в современном индустриальном обществе // Политическая философия в Германии: Сб. ст.: Пер. с нем. / Изензее Й. и др. — М.: Современ. тетради, 2005. — С. 187–188.

² На жаль, свобода як одна з найвищих соціальних цінностей не була включена в прямій формі в остаточну редакцію ст. 3 Конституції України (див. з цього приводу: Речицкий В. В. Политическая активность. Конституционные аспекты. — Киев: Сфера, 1999. — С. 326).

Нагадаємо, що в преамбулі проекту Конституції України в редакції від 1 липня 1992 р. свобода і природні права людини визнавалися найвищою соціальною цінністю, а в проекті Конституції України в редакції від 27 травня 1993 р. підкреслювалося, що український народ дбає «про забезпечення свободи». Однак згадка про свободу зникла з преамбули вже в проекті Конституції України в редакції від 26 жовтня 1993 р. (див. відповідно: Конституція незалежної України: У 3 кн. / За заг. ред. С. Головатого. — К.: Право: Укр. правн. фундація, 1995. — Кн. I: Документи, коментарі, статті. — С. 123, 197, 267).

³ Ратцингер Й. (Бенедикт XVI). Вера — Истина — Толерантность. Христианство и мировые религии: Пер. с нем. — М.: Библиейско-богослов. ин-т св. апостола Андрея, 2007. — С. 349–350.

вага до незалежності чужої; воно повинне гарантувати особі простір для реалізації здатності самостійно вирішувати, що для неї значиме, цінне і корисне¹. Ідея права — це ідея «захисної сфери» навколо людини, що контролює те, як з людиною можна поводитися, незалежно від гіпотетичних результатів². Визнаючи свободу волі як природну властивість, що випливає з духовної сутності людини, право наділяє особу такими юридичними рисами, як правоздатність, дієздатність і деліктоздатність. Там, де заперечується свобода, не визнається вільна індивідуальність, там немає і не може бути права, суб'єктів права, правових законів і правових відносин³.

Ідея свободи лежить в основі принципів права, нею має бути просякнутий зміст позитивного права (юридичних актів). Так, із давніх часів ідея свободи яскраво знаходить свій прояв у цивільному праві. Серед його принципів провідним є принцип диспозитивності, що характеризується як свобода суб'єктів у виборі варіантів правомірної поведінки, у здійсненні наявних у них суб'єктивних прав самостійно, незалежно, на власний розсуд⁴. Вона визначає й обумовлює сенс інших загальних засад, які у свою чергу орієнтують на найповніше забезпечення цивільно-правової свободи: неприпустимості свавільного втручання у сферу особистого життя людини, недоторканності права власності, свободи договору, свободи підприємницької діяльності (див. ст. 3 ЦК).

Ідея свободи виявляється і в інших галузях права. Наприклад, у сімейному праві вона реалізується насамперед через такі загальні засади регулювання сімейних відносин: регулювання сімейних відносин лише в тій частині, у якій це є допустимим і можливим з точки зору інтересів їх учасників та інтересів суспільства (ч. 3 ст. 7 СК); регулювання сімейних відносин з урахуванням права на таємницю особистого життя їх учасників, їхнього права на особисту свободу та недопустимості свавільного втручання у сімейне життя (ч. 4 ст. 7). У трудовому праві свобода знаходить свій прояв головним чином у принципі свободи трудового договору⁵. У процесуальному праві свобода відображається, зокрема, у принципах диспозитивності та змагальності сторін.

¹ Максимов С. И. Правовая реальность: опыт философского осмысления. — С. 246–247.

² Моисеев С. В. Философия права. — С. 139.

³ Политико-правовые ценности: история и современность. — С. 24.

⁴ Кузнецова О. А. Нормы-принципы российского гражданского права. — М.: Статут, 2006. — С. 90.

⁵ Див., наприклад: Трудове право України: Академічний курс / П. Д. Пилипенко, В. Я. Буряк, З. Я. Козак та ін.; За ред. П. Д. Пилипенка. — 2-ге вид., перероб. і доп. — К.: Ін Юре, 2006. — С. 46.

Дуже важливим в аспекті юриспруденції є питання про *підстави для обмеження свободи* за допомогою права. Мало хто має сумніви стосовно того, що свобода може бути законно обмежена; розходження полягають у тому, наскільки далеко можуть зайти такі обмеження і за яких обставин і на яких підставах їх можна визнати законними¹.

Класична ліберальна відповідь на це питання сформульована Дж. Ст. Міллем: «Єдина мета, котра надає людству право в індивідуальному або колективному порядку втручатися у вільні дії будь-кого зі своїх членів, — це самозахист. Єдина мета, з якою може бути правомірно використана влада над будь-яким членом цивілізованої громади проти його волі, — це запобігти шкоді для інших². Його власна користь, — фізична чи моральна, — не є для цього достатньою підставою»³.

Принцип «*не шкодити іншим*» потребує певних пояснень. По-перше, під шкодою Дж. Ст. Мілль розумів не тільки прямі особисті ушкодження і втрати, а й набагато ширші суспільні шкоди, як-от забруднення повітря та заподіяння шкоди державним установам. По-друге, цей принцип аж ніяк не пропонує достатньої умови для обмеження свободи, бо певна шкода, заподіяна іншим людям, може бути зовсім незначною, щоб переважити дуже реальну шкоду чи небезпеку, пов'язану з обмеженням свободи. Тож у таких ситуаціях законодавці повинні визначати рівновагу, з одного боку, між вагою інтересів, що їх має обмежити запропонований примусовий закон, і побічними витратами, пов'язаними із запровадженням такого закону, а з другого — вагою інтересів, що їх має захистити запропонований закон⁴.

У сучасній літературі часто підкреслюється, що запобігання шкоди іншим — не єдина доречна підстава для обмеження свободи. Так, деякі вчені вважають, що державу можна виправдати, принаймні за певних обставин, коли вона забороняє: 1) дії, які завдають шкоди виконавцві цих дій (*принцип юридичного патерналізму*); 2) аморальність, навіть тоді, коли вона шкодить тільки тим, хто вдається до неї (*принцип юридичного моралізму*)⁵.

Прикладами патерналістських законів (тобто законів, що зазіхають на свободу індивіда задля його власного добра — принаймні з точки зору законодавця) можуть бути закони, які вимагають, щоб мотоцикліс-

¹ Кекес Дж. Зasadничі цінності лібералізму. — С. 111–112.

² Ця думка, поза всяким сумнівом, перекикається з положенням ст. 4 Декларації прав людини і громадянина 1789 р.: «Свобода полягає в можливості робити все, що не завдає шкоди іншому...» (Декларация прав человека и гражданина 1789 года. — С. 246).

³ Міл Дж. Ст. Про свободу. — С. 19.

⁴ Філософія права / За ред. Дж. Фейнберга, Дж. Коулмена. — С. 363.

⁵ Там само. — С. 364.

ти вдягали шоломи, або закони, які вимагають рецептів лікаря для придбання певних медичних препаратів, або закони, які забороняють купатися в штурм. У всіх подібних випадках тягар доведення доречності запропонованих засобів повинна брати на себе державна влада, що має визначити точний характер шкідливих наслідків (або позитивних), яких слід уникати (чи досягати), а також імовірність появи таких наслідків. Держава має право припиняти (забороняти) поведінку особи, що загрожує їй самій, коли ця поведінка в значній мірі є невірною (ризик оцінюється особою не повністю вільно) або коли тимчасове втручання необхідне для встановлення, вільна вона чи ні. Крім того, заради збереження максимальної свободи пропонується принцип найменш обмежувальної альтернативи — якщо є якийсь альтернативний спосіб досягти бажаної мети без обмеження свободи, навіть коли він пов'язаний із великими витратами, незручностями тощо, суспільство повинно вдатися до нього¹.

Прикладами моралістських законів (тобто законів, що зазіхають на свободу індивіда задля забезпечення моралі незалежно від того, чи є загроза для суспільства) можуть бути закони, які забороняють гомосексуалізм, аборти, порнографію, проституцію, евтаназію тощо. Проблему допустимості моралістських законів можна проілюструвати на прикладі роботи так званої комісії Волфендена, яка працювала в 50-х рр. ХХ ст. у Великій Британії, і подальшого обговорення її підсумків. У доповіді цієї комісії, зокрема, відзначалося: «На нашу думку, втручання в приватне життя громадян або прагнення нав'язати якісь конкретні способи поведінки не є завданням права... Має залишатися сфера приватної моралі, в яку, коротко та грубо кажучи, закон не повинен пхати свого носа»². Нагадаємо, що навколо цієї доповіді розгорнулася відома в західній філософії права дискусія П. Девліна — Г. Харта — Р. Дворкіна — Дж. Фейнберга³.

П. Девлін вважав, що суспільство має право висловлюватися щодо загальноновизнаної моралі й тому може впроваджувати в життя свої погляди на мораль за допомогою закону. Він визнавав можливим карати за допомогою закону аморальність, яка загрожує існуванню суспільства на кшталт державної зради (навіть коли аморальні дії чиняться дорослими приватним чином і за взаємною згодою). Показником, що сигналізує про правомірність обмеження свободи, тут може виступати

інтенсивність почуттів, які викликає в конкретному суспільстві сприйняття того чи іншого аморального вчинка.

На думку Г. Харта, який не погоджувався з П. Девліном, закон може забороняти лише ту аморальну поведінку, що завдає шкоди іншим, наприклад порушує громадський порядок. Інші аморальні вчинки не руйнують суспільство, а лише поступово змінюють мораль; це в цілому сумісне із збереженням і прогресом суспільства. Крім того, моралістські закони є недоцільними в сучасному суспільстві, де ідея морального консенсусу взагалі є доволі сумнівною.

Р. Дворкін виступив із критикою П. Девліна з інших позицій. Він підкреслював, що суспільна мораль часто ґрунтується не на загальних і послідовних принципах, а на упередженнях, особистих антипатіях і ірраціональних думках, які в демократичному суспільстві не можуть виправдати обмеження свободи інших. Тому законодавець, який відмовляється діяти на підставі народного обурення й огиди, насправді впроваджує в життя іншу, і ще більш важливу, складову суспільної моралі¹.

У свою чергу Дж. Фейнберг вказував на нечіткість позиції П. Девліна: з його робіт незрозуміло, що насамперед прагне захистити П. Девлін — загальну, традиційну мораль певного суспільства чи істинну, об'єктивну мораль. У першому випадку він не правий, тому що норми суспільної моралі можуть і досить часто були абсурдними, жорстокими і несправедливими. У другому випадку П. Девлін мав би навести переконливі аргументи, які підтверджують, що та чи інша поведінка є дійсно аморальною, навіть коли вона є нешкідливою і здійснюється приватним чином. Наявність суспільного консенсусу тут нічого не доводить.

Право має виступати як *легітимована міра свободи*², тобто якісно визначений рівень свободи на певному етапі існування соціуму³, що відображає інтереси і волю суб'єктів суспільних відносин. Помилки в цьому питанні в процесі правозакріплення призводять до створення неправових законів і інших негативних наслідків на кшталт тих, що зазвичай трапляються при придбанні одягу неналежного розміру. Відомо, що неправильно підібраний одяг спричиняє суттєвий дискомфорт його володарю: замалий надмірно сковує особу і тріщить по швах, а за великий бовтається на людині і заважає її нормальному руху. Цей дискомфорт усувається завдяки кравцю, або ж одяг підлягає заміні. Так само і закони із заниженим рівнем свободи не можуть протягом трива-

¹ Дворкін Дж. Патерналізм // Філософія права: Пер. з англ. / За ред. Дж. Фейнберга, Дж. Коулмена. — К.: Основи, 2007. — С. 424.

² Цит. за: Моисеев С. В. Філософія права. — С. 169.

³ Докладніше про цю дискусію див.: Моисеев С. В. Філософія права. — С. 172–190.

¹ Дворкін Р. Серйозний погляд на права. — С. 361, 364.

² Цвік М. Про сучасне праворозуміння. — С. 9.

³ Природно, що з часом і залежно від інтенсивності тих чи інших суспільних процесів ця міра змінюється, що має відобразитися в праві.

лого часу ефективно стримувати суспільство, а закони із завищеним рівнем свободи неминуче призводять до анархії і безладу. В обох випадках установлені норми тією чи іншою мірою ігноруються суспільством і врешті-решт підлягають корегуванню чи заміні.

Визначення міри свободи для її закріплення у джерелах права насамперед передбачає формулювання переліків дозволеної і забороненої поведінки, що утворюють у праві відповідно зону свободи і не-свободи.

При визначенні міри свободи слід враховувати *інші концептуальні правові засади*, зокрема:

– *гуманізм*, що віддзеркалює визнання цінності людини як особистості, повагу до її гідності, прагнення до її блага як мети суспільного розвитку. Ця ідея лежить в обґрунтуванні незаперечної цінності свободи, оскільки саме свобода є визначальною характеристикою людської сутності, що відрізняє її від усіх інших живих істот. Як писав ще Ж.-Ж. Руссо, «відмовитися від своєї свободи — це значить зріктися своєї гідності, прав людської природи, навіть її обов'язків»¹. Поза наявністю свободи, хоча б невеликою мірою, немає вибору і тому немає можливості залишатися людиною в справжньому розумінні цього слова². Свобода має сприяти людині у вільному і всебічному розвитку її особистості, у відчутті власної гідності. Цей принцип повинен враховуватися при визначенні міри свободи в юридичних актах, що особливо помітно при правовому регулюванні відносин у сфері політики, культури, науки, освіти, охорони здоров'я³ тощо. Принцип гуманізму може виступати одним із чинників, що обмежують свободу при реалізації права, взаємодіючи в цьому випадку з вимогою неприпустимості зловживання правом;

– *справедливість*. Досить часто право в ціннісному контексті посягають як справедливо впорядковану свободу⁴. Додержання вимог

¹ Руссо Ж.-Ж. Об общественном договоре, или Принципы политического права. – С. 159.

² Берлин И. Стремление к идеалу // Вопр. философии. – 2000. – № 5. – С. 55.

³ Показовим у цьому аспекті є приклад Конвенції Ради Європи про захист прав та гідності людини у зв'язку з використанням досягнень біології та медицини: Конвенції про права людини та біомедицину (ETS № 164) від 4 квітня 1997 р. Держави – члени Ради Європи, будучи переконані в необхідності поважати людину одночасно і як окрему особу, і як члена людської спільноти та визнаючи важливість забезпечення її гідності, будучи свідомі того, що використання біології та медицини в непорядних цілях може призвести до дій, які поставили б під загрозу людську гідність, запровадили цілу низку правових обмежень, що стосуються дій щодо геному людини, проведення наукових досліджень у галузі біології та медицини, вилучення органів і тканин у живих донорів із метою трансплантації.

⁴ Поляков А. В. Общая теория права. – СПб.: Юрид. центр Пресс, 2001. – С. 225.

справедливості при визначенні міри свободи полягає насамперед у тому, що кожній особі слід надати якнайширшу свободу, яка була б сумісною з подібною системою свободи для всіх (перший принцип справедливості Дж. Ролза)¹. Варто зазначити, що в умовах соціальної держави свобода може бути обмежена заради цінностей соціальної справедливості та рівності. Це характерно передусім для свободи в економічній сфері, яка проявляється головним чином через свободу договорів і свободу власності;

– *рівність*. Взаємодія між свободою і рівністю в процесі правового регулювання має ґрунтуватися на базовій моделі «рівності в свободі»². У цій формулі функція рівності — точно визначити форму відданості свободі, а функція свободи — показати, що саме її ми прагнемо урівняти³. Ця вимога міри свободи, що однаково застосовується до кожного, може бути трансформована в такий логічний ланцюг: свобода (у правовому і соціальному розумінні) — право (як міра свободи) — рівноправність (рівна міра щодо кожного)⁴. Однак у сучасному праві реальна модель є більш складною («диференційована рівність у свободі з можливістю позитивних дій»). Вона виходить із того, що 1) в праві має втілюватися міра свободи, що однаково застосовується до кожного, хто перебуває в однаковому становищі; 2) але міра свободи є різною, коли а) право враховує розумні й об'єктивні відмінності між особами або б) створює тимчасові сприятливі умови для певної категорії осіб із метою компенсації існуючої фактичної нерівності.

Пам'ятаючи, що мета права — не скасовувати чи обмежувати, а зберігати та примножувати свободу⁵, ми маємо розглядати всі основоположні принципи права як засоби, що гарантують свободу.

Так, *принцип верховенства права* є важливою умовою свободи: він позбавляє людей великого страху, що властивий багатьом суспільствам, — страху перед власним урядом. Слід погодитись з М. Оукшотом,

¹ Ролз Дж. Теорія справедливості. – С. 346.

² Класична формула філософії права Нового часу «рівність у свободі за загальним законом» іде від Канта, який стверджував: «Право... є обмеженням свободи кожного умовою згоди його з такою самою свободою кожного іншого, наскільки це можливо за загальним законом». На думку Е. Соловйова, ця формула може розглядатись як втілення загального сенсу цивілізаційного новосвропейського праворозуміння (Соловьев Э. Ю. Категорический императив нравственности и права. – С. 146).

³ Уолдрон Дж. Теоретические основания либерализма // Современный либерализм: Ролз, Берлин, Дворкин, Кимлика, Сэндел, Тейлор, Уолдрон: Пер. с англ. – М.: Дом интеллектуал. книги: Прогресс-Традиция, 1998. – С. 111.

⁴ Бондарь Н. С. Власть и свобода на весах конституционного правосудия: защита прав человека Конституционным Судом Российской Федерации. – С. 257.

⁵ Лок Дж. Два трактата про врядування. – С. 159.

що управління в умовах верховенства права (тобто здійснення примусу за допомогою передбачених процедур і встановлених правил, рівно обов'язкових як для керуючих, так і для керованих) особливо підходить вільному суспільству¹.

Верховенство права є необхідним для реального забезпечення свободи враховуючи також доведену вищу тезу про право як про оптимальний формат для гарантованого виразу і одночасно визначення і збереження меж свободи людей, узгодження свободи особи зі свободою всіх інших².

Тому в сучасному суспільстві *право одночасно є основним засобом забезпечення (гарантування) свободи та її обмеження*. При цьому співвідношення між забезпеченням і обмеженням свободи має визначатися правом виходячи із загального припущення на користь свободи (in dubio pro libertate)³.

Свободі також сприяють:

– *принцип пропорційності*, відповідно до якого держава має запроваджувати не надмірні, а лише необхідні й зумовлені легітимною метою обмеження свободи⁴. Такі обмеження, поза всякими сумнівами, не можуть посягати на саму сутність того чи іншого права і призводити до втрати (вихолощення) його реального змісту (так зване вчення про іманентні межі основних прав, розроблене німецькою правовою доктриною⁵). Крім того, при встановленні обмежень зазвичай враховується, чи зачіпають конкретні права переважно цілісність особистості або її економічну чи суспільну діяльність. Так, свободи, що мають менш особистий характер і стосуються переважно соціальних аспектів, можуть бути обмежені більш об'ємно та інтенсивно, ніж ті, що є більш особистими. Наприклад, законодавець може в соціальних інтересах обмежити право власності, регулювати право на підприємницьку діяльність, у той час як втручатися в свободу особистості, у приватну сферу, у духовну свободу й у свободу життя він може тільки у винятковому порядку і лише за особливих умов⁶. Принцип пропорційності

¹ Оукшот М. Политическая экономия свободы. – С. 96.

² Алексеев С. С. Восхождение к праву. Поиск и решения. – С. 61. Ця формула базується на відомому кантівському визначенні права як сукупності умов, за яких сваволя однієї особи є сумісною із сваволею іншої відповідно до загального закону свободи (Кант І. Метафізика нравов. – С. 285).

³ Хессе К. Основы конституционного права ФРГ. – С. 51.

⁴ Докладніше про цей принцип див. § 3 розд. 3 даної монографії.

⁵ Хессе К. Основы конституционного права ФРГ. – С. 173–176; Государственное право Германии: В 2 т. – Т. 2. – С. 234–240.

⁶ Криле М. Свобода и «освобождение». К вопросу о субординации прав человека // Политическая философия в Германии: Сб. ст.: Пер. с нем. / Изензее Й. и др. – М.: Соврем. тетради, 2005. – С. 74.

дозволяє закріпити в праві таку модель суспільного порядку, у якій, незважаючи на всі обмеження та стримування, що накладаються в інтересах суспільства на індивідуальні дії громадян, сфера для індивідуального вибору й ініціативи залишається максимально широкою¹;

– *принцип правової визначеності*, який вимагає, зокрема, щоб правові акти заздалегідь оприлюднювалися, діяли на майбутнє, були ясними, простими і точними, чіткими, несуперечливими і дійсно зрозумілими для їх адресатів, а застосування цих актів повинне бути передбачуваним². Належна обізнаність особи у своїх правах і обов'язках, чітке розуміння «коридору» дозволених варіантів поведінки збільшує її автономію щодо держави і врешті-решт забезпечує свободу;

– *принцип добросовісності*, який певною мірою забезпечує справедливий баланс між свободою особи та свободою інших, подолання недоліків правового регулювання. Особливе значення для гарантування свободи має такий аспект добросовісності, як заборона зловживання правом. Його зазвичай виводять із конституційних положень, згідно з якими здійснення прав і свобод людини не повинне порушувати права і свободи інших осіб³. Він є втіленням ідеї «нема свободи для ворогів свободи»⁴ і розглядається як певне стримування егоїзму в юридичних відносинах⁵.

Зміст свободи обумовлює такі вимоги, що мають бути втілені в праві:

– *принцип «дозволено все, що не забороняється законом»*, який сприяє більш повній реалізації особою власної свободи⁶. Ця вимога, витоки якої можна знайти ще в римському праві⁷, є класичною ідеєю політико-правової думки Нового часу⁸, юридично закріплена ще в ст. 5 Декларації прав людини і громадянина 1789 р.: «...Усе, що не заборонено законом, то дозволено, і ніхто не може бути примушений робити

¹ Ллойд Д. Идея права. – С. 159.

² Докладніше про цей принцип див. § 2 розд. 3 даної монографії.

³ Докладніше про цю вимогу як складову принципу правової добросовісності див. § 4 розд. 3 даної монографії.

⁴ Де Сальвіа М. Прецеденты Европейского Суда по правам человека. – С. 766.

⁵ Гаджиев Г. А. Конституционные принципы рыночной экономики (развитие основ гражданского права в решениях Конституционного Суда Российской Федерации). – С. 96, 104.

⁶ Зазначимо, що цей принцип притаманний українському праву: він закріплений у ч. 1 ст. 19 Конституції України.

⁷ Libertas est naturalis facultas eius quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut prohibetur – свобода є природною здатністю кожного робити те, що йому завгодно, якщо це не заборонено силою чи правом (Дигести, I.5.4 пр.) (Дигести Юстиніана. – С. 116–117).

⁸ Див., наприклад: Гоббс Т. Левіафан. – С. 217.

те, що не передбачено законом»¹. Вона знаходить своє втілення також у ч. 1 ст. 19 Конституції України, згідно з якою «правовий порядок в Україні ґрунтується на засадах, відповідно до яких ніхто не може бути примушений робити те, що не передбачено законодавством». Без цього принципу безглуздо говорити про право як міру свободи; за таких обставин воно радше є мірою не-свободи. Однією з його важливих гарантій є принцип «дозволено тільки те, що прямо передбачено законом», який стосується діяльності державних органів і посадових осіб. Це правило міститься в ч. 2 ст. 19 Конституції України: «Органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України»;

– *принцип поваги та непорушності прав і свобод людини*. Як відомо, *безпосереднім виразом свободи* в усіх її багатоманітних життєвих проявах є *невід'ємні права і свободи людини*: свобода слова, недоторканність особистості, право обирати органи влади тощо². Іншими словами, свобода полягає в єдності свобод, що взаємно підкріплюють одна одну; кожна з них посилює ціле і не існує сама по собі³. Вони надають особі конкретного, реального статусу свободи, забезпечують кожному максимальну індивідуальність, захищають її життя та її гідність від будь-якого можливого замаху ззовні. За влучним висловом П. Манана, права людини та громадянина є зброєю свободи⁴. Без суб'єктивних прав і свобод законодавство виглядало б як виключно дисциплінарна система⁵. Принцип поваги і непорушності прав людини передбачає, що в міжнародному і внутрішньому праві демократичних держав права людини розглядаються як вища правова цінність, а їх утвердження і забезпечення є першочерговим обов'язком держави⁶. Цей принцип закріплений, зокрема, у ст. 3 Конституції України, ст. 1 Статуту Організації Об'єднаних Націй, преамбулі Загальної декларації прав людини, ст. 1 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. На необхідність встановлення правопорядку, який повинен гарантувати кожному утвердження та забезпечення прав і свобод, звертав увагу Конституційний Суд України (див., на-

приклад, рішення від 22 вересня 2005 р. № 5-рп/2005 у справі про постійне користування земельними ділянками¹);

– *принцип плюралізму*, який передбачає існування різних концепцій життя, які втілюють у собі різні цінності та які не сумісні між собою. Він є логічним розвитком *ідеї автономії*, що розглядає людину як спів-автора свого власного життя і протиставляє її особі, яка живе без вибору². Автономія виявляється у здійсненні людиною своєї здатності формувати, переглядати й плекати яку-небудь концепцію блага, а також розмірковувати у відповідності до неї³. Плюралізм є засобом забезпечення автономії, а свобода — простором, у межах якого індивіди можуть обирати альтернативні цінності й концепції. Право має гарантувати однакове ставлення до кожної концепції життя, що вписується в діапазон можливої свободи⁴. Ідея плюралізму також тісно пов'язана з *ідеєю толерантності*: до ролі урядування не належить примусово нав'язувати громадянам моральні погляди чи релігійні вірування або обмежувати виявлення цих переконань у приватному житті⁵. Це обумовлено тим, що такі переконання і дії не є небезпечними для самої держави. Історично категорія толерантності проклала собі шлях у політичну теорію та практику через розробку Дж. Локком теми терпимості в релігійній сфері⁶. Терпимість нерозривно пов'язана із «винаходом» приватності та є таким способом ставлення до «Іншого», за якого особливості приватного життя сприймаються як байдужі речі⁷. Толерантність є бажаною в умовах автономії і плюралізму, оскільки зменшує кількість можливих конфліктів між людьми;

– *принцип субсидіарності*, згідно з яким держава і суспільство покликані лише підтримувати та доповнювати діяльність індивіда, сім'ї та професійного прошарку, однак не мають права ламати і поглинати

¹ Офіційний вісник України. – 2005. – № 39. – Ст. 2490.

² Раз Д. Моральні засади свободи: Пер. з англ. – К.: Веселка, 2001. – С. 369–371.

³ Ролз Дж. Політичний лібералізм: Пер. з англ. – К.: Основи, 2000. – С. 88.

⁴ Принцип плюралізму закріплений у ч. 1 ст. 15 Конституції України, згідно з якою «суспільне життя в Україні ґрунтується на засадах політичної, економічної та ідеологічної багатоманітності».

⁵ Див.: Шпрагенс Т. А. Реконструюючи ліберальну теорію: розум і ліберальна культура // Лібералізм: Антологія / Упоряд. О. Проценко, В. Лісовий. – К.: Смолоскип, 2002. – С. 354–355.

⁶ Локк Дж. Опыт о веротерпимости // Соч.: В 3 т.: Пер. с англ. и лат. – М.: Мысль, 1988. – Т. 3. – С. 66–90; Він же. Послание о веротерпимости // Соч.: В 3 т.: Пер. с англ. и лат. – М.: Мысль, 1988. – Т. 3. – С. 91–134.

⁷ Ильинская С. Г. Толерантность как принцип политического действия: история, теория, практика. – М.: Праксис, 2007. – С. 15–16.

¹ Декларация прав человека и гражданина 1789 года. – С. 246.

² Алексеев С. С. Восхождение к праву. Поиски и решения. – С. 475.

³ Оукшот М. Политическая экономика свободы. – С. 94.

⁴ Манан П. Интеллектуальная история либерализма. – С. 10.

⁵ Речицкий В. Символическая реальность и право. – С. 130–131.

⁶ Див. з цього приводу: Фулей Т. І. Сучасні загальнолюдські принципи права та проблеми їх впровадження в Україні: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Київ. нац. ун-т ім. Т. Шевченка. – К., 2003. – С. 10.

їх. Отже, держава може втручатися лише тоді, коли вільні індивідуальні та спільні дії не здатні досягти поставленої мети¹. Принцип субсидіарності знаходить своє обґрунтування як у свободі та гідності людини, так і в структурі й своєрідності малих суспільних груп, що мають певні права і завдання, які не доцільно виконувати суспільним утворенням більших масштабів. Захищаючи особисте буття і життя окремої людини і малих суспільних груп від надмірних втручань більших суспільних утворень, він забезпечує певну міру самостійності осіб та спільнот і розмежування компетенцій². Якщо принцип субсидіарності відповідає на питання, коли можливе державне втручання, то принцип пропорційності регламентує ступінь його інтенсивності.

За переліками дозволеної і забороненої поведінки та засадами їх визначення можна зробити висновок як про характер права, так і про сутність та широту тієї свободи, що існує в конкретний історичний час у певному суспільстві.

Право дає можливість особі захищатися від зазіхань на її свободу з боку інших суб'єктів, у тому числі з боку державної влади. Визначальну роль у цьому відіграють конституції. Сьогодні загально визнано, що конституція є головним нормативно-правовим засобом забезпечення свободи особи. Це пов'язано з тим, що ідея, згідно з якою всі уряди прагнуть до пригнічення свободи і втручання до сфери органічних норм, стала майже класичним конституційним імперативом. Не випадково, що в сучасному світі ідея про захист свободи через позитивне право існує поряд з іншою ідеєю — про необхідність захисту свободи від позитивного права. За образним виразом, захист людської свободи, довірений турботам законодавця, через деякий час став нагадувати відносини цапа і капусти³. Засвоївши цей імператив, хороші конституції, які покликані в першу чергу гарантувати свободу, перешкоджають екстраполяції державного регулювання на ті сфери життя, які природно були і залишаються до- чи позаправовими⁴. Закріплена таким чином не-свобода держави забезпечує свободу кожного конкрет-

ного громадянина і суспільства в цілому¹. Саме прагненням забезпечити особисту свободу конституції, що відповідають вимогам конституціоналізму, відрізняються від простих основних законів, які визначають державну структуру².

Основними видами конституційних гарантій свободи є: проголошення свободи як мети політичної діяльності держави; проголошення свободи найвищою соціальною цінністю; закріплення свободи як правової категорії; фіксація багатоманітних конституційних прав-свобод; закріплення політико-правових стримувань і противаг, що забезпечують свободу, та ін.³ Конституції окреслюють межі державної влади, оберігаючи таким чином сферу свободи, ставлять бар'єри, які перешкоджають зловживанню владою⁴.

Розглянемо деякі з конституційних гарантій свободи, притаманні українській правовій системі. Як відомо, історичний шлях до індивідуальної свободи пролягав через досягнення окремих свобод⁵. Тиск, який влада чинила на індивіда, викликав уявлення про те, що напрямку цього тиску відповідає особливе право людини, яке має бути визнане державою⁶. З тих часів, як відбулося об'єднання ідей основних прав і конституції, і йдеться про формування вільного суспільства вільних громадян⁷.

В українському суспільстві межі легітимної свободи особи в загальних рисах фіксуються Конституцією України в розд. II, який є своєрідною кодифікацією прав і свобод людини та громадянина. Інститут конституційних прав і свобод не тільки окреслює межі свободи, визначаючи сферу «категорично дозволеного», але й містить низку норм, що сприяють її захисту: ідеться, зокрема, про заборону скасування конституційних прав і свобод, заборону звуження змісту й обсягу існуючих прав і свобод при прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів (ст. 22 Конституції), право на судовий захист прав і свобод, право на звернення за захистом своїх прав до Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини, міжнародних судових установ чи до відповідних органів міжнародних організацій, право на самозахист

¹ Ідею цього принципу, ґрунтовно розробленого християнським суспільним вченням, знаходять ще в античній філософії. Відзначимо, що він є засадничим принципом Європейського співтовариства. Його елементи можна знайти у згаданій вище ст. 7 СК (докладніше про принцип субсидіарності див.: Ґюфе О. Розум і право. Складові інтеркультурного правового дискурсу. — С. 186–203; Яковюк І. Субсидіарність як принцип взаємовідносин національних держав і Європейського Союзу // Вісн. Акад. прав. наук України. — 2004. — № 4 (39). — С. 22–30).

² Ґюфнер Й. Християнське суспільне вчення. — С. 62.

³ Шайо А. Самоограничення влади (краткий курс конституціоналізму). — С. 258.

⁴ Речицкий В. В. Политическая активность. Конституционные аспекты. — С. 267, 299.

¹ Изензее Й. Гражданская свобода и гражданская добродетель — важнейшие условия функционирования демократической общности // Политическая философия в Германии: Сб. ст.: Пер. с нем. / Изензее Й. и др. — М.: Соврем. тетради, 2005. — С. 44.

² Шайо А. Самоограничение власти (краткий курс конституционализма). — С. 245.

³ Речицкий В. В. Политическая активность. Конституционные аспекты. — С. 320.

⁴ Государственное право Германии: В 2 т. — Т. 1. — С. 8.

⁵ Гаск Ф. А. Конституция свободы. — С. 27.

⁶ Еллинек Г. Декларация прав человека и гражданина. — С. 66.

⁷ Государственное право Германии: В 2 т. — Т. 2. — С. 162.

своїх прав і свобод від порушень і протиправних посягань (ст. 55), право знати свої права і обов'язки (ст. 57), принцип «nullum crimen sine lege» (ст. 58), право на правову допомогу (ст. 59).

При цьому слід особливо зупинитися на *праві на судовий захист свободи*. В умовах правової держави суд виступає не лише основним інституційним інструментом захисту свободи, але й засобом її розширення. Свобода гарантується як загальними судовими процедурами, так і процедурою адміністративного і конституційного судочинства. У першому випадку йдеться про захист прав, свобод та інтересів особи від зазіхань з боку інших осіб, у другому — про захист у сфері публічно-правових відносин від порушень із боку органів державної влади, інших суб'єктів владних повноважень. У свою чергу судочинство захищає свободу від замахів при здійсненні нормотворчої діяльності, а також при тлумаченні норм конституції і законів.

До важливих засобів захисту свободи належать також *процесуальні гарантії* (приміром, конституційні гарантії права на свободу та особисту недоторканність, права на недоторканність житла, права на захист, презумпція невинуватості, поширення юрисдикції судів на всі правовідносини, що виникають у державі). Адже форма — «заклятий ворог сваволі», а упорядкована процедура — головна умова ясності, передбачуваності державних рішень¹. Цікаво, що в країнах англосаксонського права саме процесуальні гарантії (як, наприклад, habeas corpus, суд присяжних) для більшості людей символізують основні засади їхньої свободи². Класичним у цьому відношенні є часто цитоване твердження судді Верховного Суду США Ф. Франкфуртера у справі McNabb v. United States (1943): «Історія свободи здебільшого є історією дотримання процедурних гарантії»³.

Для забезпечення свободи особи в межах української системи права принципове значення має положення ч. 2 ст. 19 Конституції України, згідно з якою органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України. Крім того, окреслення меж державної влади відбувається шляхом закріплення позитивної і негативної компетенції органів державної влади і місцевого самоврядування, розумного обмеження можливостей застосування розсуду. Останній аспект є принциповим. За влучним зауваженням Ф. фон Гаска, законодавче обмеження адміністративної дискреції (свободи дій) — визначальна проблема сучаснос-

¹ Государственное право Германии: В 2 т. – Т. 1. – С. 58.

² Гаек Ф. А. Конституція свободи. – С. 224.

³ Цит. за: Джадда К., Берри Дж. М., Голдман Дж., Хула К. В. Трудным путем демократии: Процесс государственного управления в США. – С. 484.

ті; така дискреція — це шпарина, через яку може втекти свобода кожної людини¹. Аналогічну думку щодо адміністративного, законодавчого і судового розсуду висловлював суддя Верховного Суду США В. Дуглас у справі State of New York v. United States (1951): «Абсолютний розсуд, як корупція, означає початок кінця свободи»².

Забезпечення свободи особи вимагає існування у державі не тільки негативних, але й позитивних правових зобов'язань. Якщо негативні зобов'язання спрямовані насамперед на обмеження втручання влади у сферу індивідуальної свободи, то позитивні — охоплюють здійснення дій, що попереджають порушення, сприяють найповнішій реалізації існуючих можливостей (проведення належного розслідування скарг і звернень у зв'язку з порушеннями, вжиття заходів, пов'язаних із захистом прав і свобод із боку приватних осіб, сприяння реалізації прав шляхом усунення фактичних перешкод, здійснення необхідного правового регулювання, створення та функціонування спеціальних інституцій, сприяння здійсненню свободи через ресурсну допомогу в матеріальній і духовній сферах).

Отже, право 1) ґрунтується на визнанні свободи беззаперечною соціальною цінністю, 2) послідовно втілює її ідею в своїх принципах і інститутах, 3) закріплює легітимовану міру свободи, 4) за допомогою різноманітних юридичних засобів захищає її від будь-яких посягань. Усе це дає підстави розглядати право як головну інституцію, що забезпечує індивідуальну свободу, а свободу — як одну з основних ідей, що надихають право.

§ 4. Гуманізм

Гуманізм (від лат. humanitas — людяність) — світогляд, у центрі якого знаходиться ідея людини як найвищої цінності; ідеологія, що орієнтується насамперед на позитив людини при визнанні її негативу, який потребує контролю і обмежень.

Хоча вперше термін «гуманізм» у значенні певного погляду на життя, особистої філософії з'явився у датського філософа Габрієля Сібберна (Gabriel Sibbern, 1824–1903) в роботі «Про гуманізм» (1858)³,

¹ Гаек Ф. А. Конституція свободи. – С. 218.

² Цит. за: Барак А. Судейское усмотрение. – С. 31.

³ До середини XIX ст. у західній філософській і культурній традиції поняття «гуманізм» зазвичай асоціювалось або з гуманізмом епохи Відродження, або з окремими культурними течіями (Современный гуманизм: Обзор ИНИОН РАН [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://humanism.al.ru/ru/articles.phtml?num=000142>).

його ідейні витоки сягають ще часів давніх Греції і Риму. Історики розрізняють античний гуманізм¹ і середньовічний мусульманський гуманізм (XI–XIV ст.)², візантійський гуманізм (XIV–XV ст.)³ і гуманізм епохи європейського Відродження (XIV–XVI ст.)⁴ та ін.

У Новий час гуманізм змінив ідеали соціальної справедливості, надихнув демократичні реформи, сприяв формуванню нової етики, яка висунула на перший план цінності свободи і щастя, соціального прогресу, підкреслювала значення невід’ємних прав людини. Метою гуманізму було забезпечення кращого життя людини через розвиток самої людини і людяності в суспільстві. Його цінності отримали широке визнання в епоху Просвітництва, перетворившись із того часу — поряд із наукою, технологією та ідеєю прав людини — у *глибинний і постійно діючий фактор загальноєвропейської цивілізації*⁵.

Цю думку можна простежити в тексті преамбули проекту Договору про запровадження Конституції для Європи, у якій, зокрема, констатується, що «Європа є континентом, що його мешканці, від прадавніх часів поступово залюднюючи його терени, створили цивілізацію, виплекали впродовж століть вартості, що є підвалинами гуманізму: рівність людей, свободу, шанування розуму...»⁶.

¹ Так, римляни називали гуманізмом вищий культурний і моральний розвиток людських здібностей в естетично завершену форму в поєднанні з м’якістю і людяністю. Античний гуманізм асоціюється з роботами Арістотеля, Демокріта, Епікура, Лукреція, Перікла, Протагора, Сократа, Цицерона.

² Середньовічний мусульманський гуманізм прагнув зробити людину більш людяною, сприяв розкриттю її величі та існував у трьох основних формах (релігійний, адабний і філософський гуманізм).

³ Він віддзеркалив загальний інтерес до людини, до її особистості з усіма її виявами (емоціями, духовними і матеріальними потребами, творчою енергією тощо), але не відірвався від релігійних коренів середньовічної культури; визнавав особливий авторитет давньогрецької філософії та виявляв захоплення спадщиною античності.

⁴ Гуманізм епохи Відродження – рух засадничо культурний і освітній, перейнятий насамперед красномовством і літературою (*bonae litterae*) і лише побічно зачеплений питаннями філософії і політики. Крім того, він був спрямований на ідеал відродження християнства (*Christianismus renascens*) і встановлення миру в Європі. Знаменитим гаслом *ad fontes* (до джерел) гуманізм закликав повернутися не просто до античних джерел, а до найсуттєвіших реалій людського існування, як її виражали ці джерела (див. з цього приводу: Мак-Грат А. Інтелектуальні витоки європейської Реформації: Пер. з англ. – К.: Ніка-Центр, 2008. – С. 50, 55, 57–58).

⁵ Гинзбург В. Л., Кувакин В. А. Международное гуманистическое движение и «МАНИФЕСТ 2000» [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://atheismru.narod.ru/Ginzburg/Articles/09.htm>.

⁶ Конституційні акти Європейського Союзу / Упоряд. Г. Друзенко; За заг. ред. Т. Качки. – Ч. I. – С. 314.

З відомих усім причин *гуманістична ідея набуває особливого значення після Другої світової війни*, що підтверджується, наприклад, такими фактами, як розробка поняття «злочин проти людства (людяності)», створення Організації Об’єднаних Націй, прийняття Загальної декларації прав людини. Так, у минулому найтяжчим злочином, який люди не могли пробачити, було святотатство (злочин проти Бога чи богів), а також його аналоги — царевбивство і вбивство батька. Сьогодні ж найтяжчим злочином, для якого не існує строку давності, є саме злочин проти людства (людяності)¹.

Усе це підтверджує відому кантівську думку про те, що зміцнення і розвиток людяності є головною тенденцією в історії людства. Нагадаємо, що І. Кант виділяв дві основні складові людяності в суспільстві: людина робить сама себе людиною, по-перше, поважаючи в собі людину і, по-друге, поважаючи людину в іншій особі².

Стрижневими етичними ідеями сучасного гуманізму є:

– визнання гідності та незалежності особистості головною соціальною цінністю;

– максимізація свободи вибору людини (зокрема, свободи слова і совісті, права на особисту думку і незалежне дослідження, права кожної особистості на власний спосіб життя), яка має поширюватися настільки далеко, наскільки це не завдає шкоди іншим. У зв’язку з цим гуманістична етика схвалює багатоманітність моральних поглядів і людських цінностей;

– усвідомлення вільною людиною власної відповідальності й обов’язків щодо інших осіб і зовнішнього середовища; додержання принципу, згідно з яким кожна людина заслуговує на людське ставлення до себе; визнання давньої заповіді, що наказує приймати до свого середовища чужих, поважаючи їх відмінності;

– визнання інших загальнолюдських моральних стандартів, а саме: правдивості і дотримання обіцянок, чесності і відвертості, доброзичливості і надійності, вірності і вдячності, неупередженості і справедливості, добросовісності і прагнення до співробітництва тощо;

– шанування таких чеснот, як здатність до творчості, самостійного вибору, мислення і поведінки, прагнення до максимальної реалізації талантів і здібностей, отриманих людиною від природи, спрямованість на засвоєння раніше не відомих їй сфер діяльності;

– гармонійне поєднання етики й розуму; віра в те, що збільшення знання дозволяє людям бути мудрішими і людянішими, а моральні

¹ Манан П. Общедоступный курс политической философии. – С. 138, 198.

² Кант И. Антропология с прагматической точки зрения // Соч.: В 8 т. – М.: Чоро, 1994. – Т. 7. – С. 314.

норми сприяють прогресові розуму; розуміння того, що будь-які людські цінності та моральні принципи найбільш адекватно можуть бути обґрунтовані завдяки рефлексії; пошук злагодності при наявності суперечностей шляхом розумного діалогу¹.

Гуманізм як шляхетна ідея не міг не знайти своє втілення в праві. Можна із впевненістю стверджувати, що він є однією з найсуттєвіших, органічно властивих праву якостей², з якою пов'язаний так званий *другий вимір права як явища духовного життя суспільства*³. Право ніби переводить гуманістичні ідеали і принципи із суто соціально-етичної реальності в юридичну, внаслідок чого гуманність набуває статусу правового поняття⁴. З цих причин сучасне право іноді навіть афористично визначають як обіцянку людяності, надану однією частиною людей іншій частині та гарантовану законом⁵.

Вищі гуманітарні засади, обумовлені сутністю суспільства і прагненням людини до високого, гідного становища, реалізуються насамперед у цінностях природного права. Однак гуманізм поряд зі свободою, справедливістю і рівністю, поза всякими сумнівами, є також *однією з основних засад позитивного права*. Це категорично необхідно враховувати під час створення, застосування і тлумачення юридичних актів.

Посилання на принципи чи закони гуманності фігурують у преамбулах конвенцій, у резолюціях Генеральної Асамблеї ООН, а також у дипломатичній практиці. Класичним прикладом для міжнародного права є та частина рішення Міжнародного суду у справі про інцидент у протоці Корфу, де суд посилається на певні «загальні і твердо визнані принципи», що включають «елементарні міркування гуманності, ще більш нагально важливі під час миру, ніж під час війни»⁶.

Цілком зрозуміло, що позитивне право має існувати для блага людини, а не навпаки — людина для права⁷. І хоча ця ідея зустрічалась ще у римських юристів⁸, проте *лише сучасне право є гуманістичним і пер-*

¹ Гуманистический манифест 2000 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.futura.ru/index.php3?idart=76>.

² Юридична енциклопедія: В 6 т. / Редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. – К.: Укр. енцикл., 1998. – Т. 1: А–Г. – С. 660.

³ Алексеев С. С. Восхождение к праву. Поиски и решения. – С. 219–220.

⁴ Радбрух Г. Элементарный курс философии права. – С. 224.

⁵ Гарапон А. Хранитель обещаний: суд и демократия. – С. 201.

⁶ Броунли Я. Международное право: В 2 кн.: Пер. с англ. – М.: Прогресс, 1977. – Кн. 1. – С. 60.

⁷ Селіванов В. М. Право і влада суверенної України: методологічні аспекти. – С. 160.

⁸ Вони говорили: *omne jus hominum causa constitutum est* – будь-яке право служить лише людині (Гамбаров Ю. С. Гражданское право. Общая часть / Под ред. и с предисл. В. А. Томсинова. – М.: Зерцало, 2003. – С. 48).

*соноцентричним*¹: у своїх найкращих європейських зразках воно ніби концентрується навколо людини, її цінностей і інтересів², забезпечує їх юридичну захищеність, створює умови для реалізації потенціалу людини, утім не гарантуючи цю реалізацію без її власних зусиль³. Антропоцентричним стає також сучасне міжнародне право, що обумовлює суттєві зміни в його цілях, функціях і інститутах⁴. У принципі, саме в цьому напрямку має розвиватися українська правова система виходячи з наших євроінтеграційних сподівань.

Конституційно-правове регулювання

Гідність людини⁵ як провідний гуманістичний концепт — без всяких перебільшень «архімедова точка опори»⁶ сучасного західного права і сучасної конституційної держави. Починаючи із середини ХХ ст. *людська гідність* розглядається як *найвища і недоторканна цінність*, що знаходиться на вершині конституційного порядку⁷, а конституційне гарантування її недоторканності — «антропологічною передумовою» і відправним пунктом усіх дій держави. Така орієнтація вважається засадничим досягненням західноєвропейської конституційної культури⁸, однією з головних тенденцій загального європейського конституційно-

¹ Алексеев С. С. Восхождение к праву. Поиски и решения. – С. 480.

² Мабуть, із цим сьогодні пов'язується підвищена увага юридичної науки до антропології права – дисципліни, яка репрезентує «людський» вимір права, передбачає з'ясування людської складової в праві і правової якості в людині (Социальная антропология права современного общества / Под ред. И. Л. Честнова. – СПб.: ИВЭСЭП: Знание, 2006. – С. 17–18).

³ Максимов С. И. Правовая реальность: опыт философского осмысления. – С. 201.

⁴ Лукашук И. И. Глобализация, государство, право, XXI век. – М.: Спарк, 2000. – С. 162.

⁵ Гідність людини можна визначити як внутрішню оцінку людиною власної самоцінності, яка ґрунтується на об'єктивно існуючій цінності цієї людини для інших суб'єктів. Нагадаємо, що сам термін «гідність» походить від латинського *dignus* (цінний, відповідний) (Права людини: соціально-антропологічний вимір: Пр. Львів. лаб. прав людини і громадянина НДІ держ. буд-ва та місц. самоврядування Акад. прав. наук України. Серія І, Дослідження та реферати / Редкол.: П. М. Рабінович (голов. ред.) та ін. – Львів: Світ, 2006. – Вип. 13. – С. 174, 176).

⁶ Государственное право Германии: В 2 т. – Т. 1. – С. 18.

⁷ Ця формула міститься, наприклад, у відомому рішенні Конституційного Суду ФРН (BVerfGE 27, 1 (6) (Microcensus Case, 1969)) (див.: Шевчук С. Судовий захист прав людини: практика Європейського Суду з прав людини у контексті західної правової традиції. – С. 719).

⁸ Шульце-Филиц Х. Сравнительное конституционное право – улица с односторонним движением? На примере соблюдения принципа человеческого достоинства в биомедицинских исследованиях // Конституц. право: Восточноевроп. обозрение. – 2004. – № 4 (49). – С. 85.

го розвитку другої половини ХХ ст.¹ Відповідно до сучасної конституційної доктрини порушення людської гідності має місце тоді, коли людська цінність вочевидь ігнорується, а знецінена особистість перетворюється в «голе» знаряддя в руках держави².

Повага до свободи та гідності особи розглядається як базовий принцип права Ради Європи, як суть Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р.³ Про такий акцент також чітко заявлено в Загальній декларації прав людини 1948 р.⁴ і в проекті Договору про запровадження Конституції для Європи⁵, в яких гідність знаходиться навіть попереду прав і свобод людини.

Однією з причин для подібного піднесення гідності людини був досвід Другої світової війни і злочинів проти людства, вчинених нацистами. «Не можна було просто сказати, — зазначає П. Манан, — що табори являли собою заперечення прав людини: яким би вірним не було це визначення, воно все одно виглядало би слабким. Більш точним здавалось розглядати табори як систематичну діяльність із метою образити і знищити людську гідність. У світлі досвіду таборів людська гідність видається більш глибоким і цінним принципом, ніж навіть права людини»⁶. Це дає підстави для висновку, що саме гідність людини визнається сьогодні первинним «духовним легітиматором» тих можливостей, які складають інститут прав і свобод людини⁷.

За підрахунками Львівської лабораторії прав людини і громадянина, згадку про людську гідність містять 54 фундаментальних міжнародно-

¹ Райнер А. О Хартии Европейского Союза об основных правах // Конституц. право: Восточноевроп. обозрение. – 2002. – № 3 (40). – С. 13.

² Пушкаш В. Защита человеческого достоинства в практике Конституционного Суда // Конституционное правосудие: Вестн. органов конституц. контроля стран молодой демократии. – Ереван, 2005. – Вып. 2 (28). – С. 46.

³ Див., наприклад: Eur. Court H. R. S. W. v. The United Kingdom, Judgment of 22 November 1995. Series A. No 335-B.

⁴ Характерно, що Декларація починається словами: «Беручи до уваги, що визнання гідності, притаманної всім членам людської сім'ї, і рівних і невід'ємних прав їх є основою свободи, справедливості і загального миру...».

⁵ Так, відповідно до проекту серед цінностей, на яких засновано Європейський Союз, на першому місці знаходиться цінність шани до людської гідності (ст. 2 ч. І). Проект також підкреслює, що Союз робить людську особистість осердям своєї діяльності (преамбула Хартії засадничих прав Союзу). Принциповим є також той факт, що перша стаття Хартії засадничих прав Союзу присвячена саме людській гідності (ст. П-1 проголошує, що «людська гідність є непорушною. Її належить шанувати та захищати»).

⁶ Манан П. Общедоступный курс политической философии. – С. 308.

⁷ Добрянський С. Права людини як специфічна форма буття (існування) моралі // Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні: Матеріали Х регіон. наук.-практ. конф., м. Львів, 5–6 лют. 2004 р. – Львів, 2004. – С. 7.

правових акти¹. Серед них — Конвенція Ради Європи про захист прав та гідності людини у зв'язку з використанням досягнень біології та медицини: Конвенція про права людини та біомедицину (ETS № 164) від 4 квітня 1997 р., Конвенція ООН проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання від 10 грудня 1984 р.², Європейська Конвенція про запобігання тортурам та нелюдському або такому, що принижує гідність, поводженню чи покаранню (ETS № 126) від 26 листопада 1987 р.³ Наприклад, у Конвенції про права людини та біомедицину зазначається, що «сторони цієї Конвенції захищають гідність та самобутність людини і гарантують кожній особі — без дискримінації — дотримання її цілісності та інших прав і основних свобод у зв'язку з використанням біології та медицини» (ч. 1 ст. 1). Далі Конвенція в прямій формі встановлює пріоритет людини: «Інтереси та благополуччя окремої людини превалюють над інтересами суспільства або науки» (ст. 2).

Ідея надзвичайної важливості людської гідності має кілька обґрунтувань. Так, одне з найбільш поширених пояснень бере за основу кантівське вчення про моральну автономію особи. Нагадаємо, що на думку Канта, гідність і цінність людини полягає у здатності людини до морального самовизначення. Тому кожен має поважати автономію іншого. Автономія — це природне повноваження людини як особистості, яка формується, а визнання цього повноваження примусовою владою є справжнім, строгим правом. Права в точному значенні слова немає там, де відсутня попередня довіра до можливості кожної людини стати розвинутим, багатомірним паном собі самому. Іншими словами, справжнє право має місце лише там, де кожній людині кредитується гідність особи⁴. Ніхто не повинен розглядатись як інструмент для якихось цілей⁵.

¹ Права людини: соціально-антропологічний вимір. – С. 169.

² Международные акты о правах человека: Сб. док. – С. 226–237.

³ Офіційний вісник України. – 1998. – № 13.

⁴ Згідно з третьою формулою категоричного імперативу Канта (так званою «формулою автономії»), воля повинна бути не просто підкорена закону, але підкорена йому за власним рішенням, як така, що законодавствує самій собі (Кант И. Основы метафизики нравственности // Кант И. Критика практического разума. – Изд. 3-е, стереотип. – СПб.: Наука, 2007. – С. 94–95). Докладніше про автономію та її формулу див.: Соловьев Э. Ю. Категорический императив нравственности и права. – С. 72, 113–122.

⁵ Ця ідея втілена у другій формулі категоричного імперативу Канта (так званій «формулі персональності»): чини так, щоб ти ніколи не ставився до людства, як у твоїй особі, так і в особі будь-якого іншого, тільки як до засобу, але завжди водночас і як до мети (Кант И. Основы метафизики нравственности. – С. 90). Грунтовний аналіз цієї формули див.: Соловьев Э. Ю. Категорический императив нравственности и права. – С. 72, 89–113.

У цьому полягає першооснова права на шанування людської гідності та пов'язаних із ним вимог¹.

По-іншому мотивує цю ідею християнська доктрина. Так, католицьке соціальне вчення виходить із того, що право проголошує гідність людини, створеної на образ Божий (Бут. 1:26), якій підпорядковані певні блага як її власні, водночас право є вираженням несамодостатності людини, оскільки ці блага перебувають під загрозою і тому їм потрібен правовий захист². Сам Христос пояснює в Євангелії, що «суботу встановлено для людини, а не людину для суботи» (Мк. 2:27), і таким чином авторитетно утврджує вищу гідність людини, вказуючи на божественну за суттю основу її прав³. Православна традиція наголошує на двох аспектах гідності людини: 1) цінності людини як творіння Божого, про яку Господь сказав, що «це добре» (Бут. 1:25), і благословив її (Бут. 1:28), та 2) відповідності життя людини цій цінності⁴.

Отже, саме гідність людини є тим вирішальним фактором у формуванні та розвитку індивіда як вільної особистості, для якої і в ім'я якої створені державні інституції, що є необхідними передумовами для здійснення і захисту особистої гідності без шкоди для гідності інших⁵. Водночас гідність людини — альфа і омега народного суверенітету. Народ є не містичною величиною, а спільнотою людей, кожний із яких володіє власною гідністю. Народ, який перманентно не бажає визнавати гідність окремої людини і діє відповідним чином, урешті-решт не може бути організований на основі принципу поваги такої гідності навіть за допомогою юридичного інструментарію⁶.

Ці ідеї знаходяться і серед загальних засад Конституції України. Згідно зі ст. 3, людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю. Саме ця стаття розглядається як юридичний фундамент гуманістичного спрямування розвитку суспільного і державного життя в Україні⁷. Ось чому в межах права не можна формулювати жодної кінцевої мети,

жодного вищого блага, існування яких не було б людським¹. Визнаючи це, водночас не слід забувати, що практична реалізація даних ідей є досить складним і довготривалим процесом, який вимагає, зокрема, переосмислення основоположних засад правової системи України².

Досвід доводить, що оптимальною формою втілення і захисту гідності особистості, її індивідуальності та неповторності є *інститут невід'ємних і невідчужуваних прав людини*. Поважати гідність іншої людини — сьогодні це все більше означає поважати будь-який вибір, який здійснений нею у використанні своїх прав³. І навпаки: неминучим супутником, соціальною «тінню» будь-якого зазіхання на право є підрив, руйнація гідності людини: у таких випадках у потерпілого зазвичай виникають почуття приниженості, образи й інші негативні переживання, стан психічної пригніченості тощо⁴.

Права людини є найпереконливішим прикладом закріпленого у визначенні людської гідності зв'язку між етикою і правом, без якого неможливо побудувати гуманне суспільство⁵. Саме за першочерговою допомогою інституту прав людини право реалізує принцип гідності людини, перетворюючи громадян з об'єктів впливу в активно діючих суб'єктів. Не випадковим є те, що положення про права людини відкривають тексти багатьох сучасних конституцій. У них ніби стверджується: держава бере свій початок у людині та знаходить своє виправдання в тій мірі, у якій вона задовольняє існуючі потреби людей⁶. Будучи до-державними, до-конституційними, до-позитивними або радше над-(мета-)позитивними, права людини претендують на статус засадничих норм будь-якого позитивного законодавства⁷. Нехтування правами людини надто часто означає нехтування людиною як такою⁸.

Перед сучасним законодавством про права людини стоять чотири основних завдання: 1) вираження тих прав, які є основними правами людини; 2) вияв і засудження порушень і, коли і якщо це можливо, від-

¹ Государственное право Германии: В 2 т. — Т. 2. — С. 208.

² Бігун В. До питання про філософію та теорію прав людини: правове люднорозуміння (деякі концептуальні та термінологічні аспекти) [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.lawyer.org.ua/?w=r&i=21&d=408>.

³ Манан П. Общедоступный курс политической философии. — С. 309.

⁴ Права людини: соціально-антропологічний вимір. — С. 175.

⁵ Губер В. Права людини і біблійна правова думка. — С. 94.

⁶ Государственное право Германии: В 2 т. — Т. 1. — С. 15; Там само. — Т. 2. — С. 175.

⁷ Баумейстер А. Філософія права. — С. 179.

⁸ Маринович М. До проблеми сприйняття релігійної свободи і прав людини сучасною українською думкою // Релігійна свобода і права людини: Богословські аспекти: У 2 т. — Львів: Свічадо, 2000. — Т. 1. — С. 13.

¹ Докладніше про це див.: Ципеліус Р. Філософія права. — С. 123.

² Гьофнер Й. Християнське суспільне вчення. — С. 81.

³ Іван Павло II. Пам'ять та ідентичність. Бесіди на зламі тисячоліть. — С. 113.

⁴ Митрополит Смоленский и Калининградский Кирилл. Права человека и нравственная ответственность [Электронный ресурс]. — Режим доступа: http://www.portal-slovo.ru/rus/history/48/7040/Sprint_text/?part=1.

⁵ Пушкеш В. Защита человеческого достоинства в практике Конституционного Суда. — С. 48.

⁶ Государственное право Германии: В 2 т. — Т. 1. — С. 19, 23.

⁷ Конституція України: Наук.-практ. комент. / Редкол.: В. Я. Тацій, Ю. П. Битяк, Ю. М. Грошевий та ін. — Х.: Право; К.: Ін Юре, 2003. — С. 19.

новлення порушеного права; 3) прагнення до створення умов, за яких можлива найповніша реалізація прав людини, попередження їх порушень; 4) ознайомлення людей з їх правами через навчання і відкрите обговорення¹.

Конституція України послідовно закріплює на правовому рівні важливі гуманістичні постулати, зокрема: багатоманітність (ст. 15); право людини на вільний розвиток своєї особистості, якщо при цьому не порушуються права і свободи інших людей (ст. 23); свободу літературної, художньої, наукової і технічної творчості (ст. 54); інші різноманітні свободи (ст. 27–35 та ін.); право на достатній життєвий рівень (ст. 48); існування обов'язків перед суспільством, в якому забезпечується вільний і всебічний розвиток людської особистості (ст. 23); обов'язок не посягати на права і свободи, честь і гідність інших людей (ст. 68).

Усе це дає підстави вважати гуманізм *невід'ємним конституційним принципом*. До таких самих висновків дійшов і Конституційний Суд України, чие праворозуміння взагалі є гуманістичним, людиномірним². Так, у рішенні у справі про призначення судом більш м'якого покарання від 2 листопада 2004 р. № 15-рп/2004³ Суд прямо посилається на конституційний принцип додержання гуманізму, а в рішенні у справі про рівень пенсії і щомісячного довічного грошового утримання від 11 жовтня 2005 р. № 8-рп/2005⁴ він підкреслює, що діяльність правотворчих і правозастосовчих органів має здійснюватися, зокрема, за принципом гуманізму.

Конституція пропонує нам певний «гуманістично насичений» образ людини: первинної, не похідної від суспільства істоти, визначальними якостями якої є розум (здоровий глузд) і свобода⁵, особистості, наділеної відчуттям власної гідності та можливістю вільного розвитку, проте одночасно залежної від багатоманітності міжособистісних відносин, що визначають таку особистість в її конкретній індивідуальності, особи, покликаної до відповідальної участі у формуванні людської спільноти⁶. Це — образ особистості з наголосом на «Я»⁷, а не «жмутку

¹ Хайнце Э. Сексуальная ориентация: право человека. Эссе о международном законодательстве о правах человека. — С. 10–11.

² Рабинович П. Верховенство права (за матеріалами практики Страсбурзького Суду та Конституційного Суду України). — С. 15.

³ Офіційний вісник України. — 2004. — № 45. — Ст. 2975.

⁴ Там само. — 2005. — № 42. — Ст. 2662.

⁵ Арановский К. В. Конституционная традиция в российской среде. — СПб.: Юрид. центр Пресс, 2003. — С. 243.

⁶ Хессе К. Основы конституционного права ФРГ. — С. 68.

⁷ Арановский К. В. Конституционная традиция в российской среде. — С. 245.

суспільних відносин», «інструменту або молекули суспільного організму»¹. Він має максимально послідовно втілюватись в юридичних актах інших галузей права, які повинні створюватись у тональності висхідної довіри до людини, а не відштовхуватись від гіпотези про «погану людину», тобто про неспроможного контрагента, негідного сина або нечемного працівника².

Цивільно-правове регулювання

На наш погляд, принцип гуманізму знаходить своє втілення в цивільному праві *насамперед у його загальних засадах*. Немає сумнівів у тому, що вимоги неприпустимості свавільного втручання у сферу особистого життя людини, неприпустимості незаконного позбавлення права власності, свободи договору, розумності і добросовісності³ є гуманістичними за своїм ідейним підґрунтям (див. ст. 3 ЦК).

Зрозуміло, що існують й інші аспекти реалізації принципу гуманізму в цивільному праві. Так, під впливом цього принципу в новому ЦК суттєво змінені умови відшкодування моральної шкоди (див. статті 23, 1167, 1168 та ін.). Нині набуває все більшої популярності позов про відшкодування моральної шкоди, який виконує гуманістичну місію оберігання гідності людини⁴. На думку Міністерства юстиції, ця популярність свідчить про зростання правосвідомості, правової культури громадян, про ще один крок до правової держави, у центрі уваги якої перебуває кожна окрема особа⁵.

Існують також приклади безпосереднього посилення норм цивільного права на цей принцип. Їх можна знайти в законах у сфері інтелектуальної власності. Так, умовами надання правової охорони для деяких об'єктів інтелектуальної власності (знак для товарів і послуг⁶, вина-

¹ Гьофнер Й. Християнське суспільне вчення. — С. 57.

² Гарапон А. Хранитель обещаний: суд и демократия. — С. 183.

³ Наприклад, справедливо вважається, що презумпція добросовісності і розумності поведінки особи (ч. 5 ст. 12 ЦК) базується на нормі Конституції, яка проголошує гідність людини найвищою цінністю (див.: Гаджиев Г. А. Конституционные принципы рыночной экономики (развитие основ гражданского права в решениях Конституционного Суда Российской Федерации). — С. 90–91).

⁴ Рабинович П., Гришук О. Гідність людини як фундамент її природного права на компенсацію моральної шкоди // Вісн. Акад. прав. наук України. — 2002. — № 2 (29). — С. 23.

⁵ Відшкодування моральної шкоди: Метод. рекомендації: Доведено Листом М-ва юстиції України від 13.05.2004 р. № 35-13/797 // Юрид. вісн. України. — 2004. — № 44.

⁶ Див. ст. 5 Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» від 15 грудня 1993 р. № 3689-ХІІ.

ходи і корисні моделі¹, промисловий зразок², зазначення походження товарів³) є їх несуперечність принципу гуманності.

Правове регулювання соціальних і гуманітарних питань

Як відомо, гуманізм проявляється в поважанні людини, у піклуванні про неї, зокрема в забезпеченні соціального захисту певним категоріям людей. Принципи гуманізму і соціальної держави обумовлюють існування обов'язків держави дбати про добробут і гармонічний розвиток власних громадян, гарантувати їм достатній життєвий рівень і соціальну захищеність.

Тому не випадково, що утвердження гуманістичних ідей є принципом культурної політики⁴, а гуманістична спрямованість — принципом охорони здоров'я⁵. На принципі (засаді) гуманізму ґрунтується освіта⁶, кінематографія⁷, державна політика в галузі театру і театральної справи⁸. Гуманність є засадою благодійництва та благодійної діяльності⁹, захисту тварин від жорстокого поводження¹⁰, принципом надання соціальних послуг¹¹, психіатричної допомоги¹².

Гуманістичну спрямованість, поза всяким сумнівом, має Закон «Про захист суспільної моралі» від 20 листопада 2003 р. № 1296-IV. Він забороняє виробництво та розповсюдження продукції порнографічного характеру, продукції, яка принижує особистість, є проявом знуцання з приводу фізичних вад (каліцтва), з душевнохворих, літніх людей,

¹ Див. ст. 6 Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» від 15 грудня 1993 р. № 3687-XII.

² Див. ст. 5 Закону України «Про охорону прав на промислові зразки» від 15 грудня 1993 р. № 3688-XII.

³ Див. ст. 8 Закону України «Про охорону прав на зазначення походження товарів» від 16 червня 1999 р. № 752-XIV.

⁴ Див. ст. 2 Основ законодавства України про культуру від 14 лютого 1992 р. № 2117-XII.

⁵ Див. ст. 4 Основ законодавства України про охорону здоров'я від 19 листопада 1992 р. № 2801-XII.

⁶ Див. преамбулу і ст. 6 Закону України «Про освіту» від 23 травня 1991 р. № 1060-XII.

⁷ Див. ст. 5 Закону України «Про кінематографію» від 13 січня 1998 р. № 9/98-ВР.

⁸ Див. ст. 3 Закону України «Про театри і театральну справу» від 31 травня 2005 р. № 2605-IV.

⁹ Див. ст. 2 Закону України «Про благодійництво та благодійні організації» від 16 вересня 1997 р. № 531/97-ВР.

¹⁰ Див. ст. 4 Закону України «Про захист тварин від жорстокого поводження» від 21 лютого 2006 р. № 3447-IV.

¹¹ Див. ст. 3 Закону України «Про соціальні послуги» від 19 червня 2003 р. № 966-IV.

¹² Див. ст. 4 Закону України «Про психіатричну допомогу» від 22 лютого 2000 р. № 1489-III.

принижує або ображає націю чи особистість за національною ознакою та ін. (ст. 2 Закону).

Адміністративно-правове регулювання

Реформування адміністративного права, що відбувається протягом останніх років, пов'язується з необхідністю впровадження у вітчизняну правову систему нових стандартів, пріоритетом яких є захист прав людини від свавілля держави. Норми й інститути адміністративного права мають бути спрямовані на створення ефективних юридичних механізмів і процедур, що забезпечують реалізацію та захист прав і законних інтересів громадян у сфері публічного права, формування системи державного управління, яка стане близькою до потреб і запитів людей¹.

Природно, що в таких умовах сучасні закони, які присвячені публічній службі, містять численні приклади безпосереднього посилання на принцип гуманізму. Так, принцип гуманізму прямо згадується як основний принцип державної служби², служби в органах місцевого самоврядування³, дипломатичної служби⁴. Він покладений в основу діяльності міліції⁵, Державної кримінально-виконавчої служби України⁶, Збройних Сил України⁷, внутрішніх військ⁸, військ Цивільної оборони України⁹ тощо.

Кримінально-правове регулювання

На нашу думку, гуманізм є невід'ємною засадою кримінального права.

¹ Про це йдеться, зокрема, в Концепції адміністративної реформи в Україні, що затверджена Указом Президента України від 22 липня 1998 р. № 810/98. Вона наголошує на необхідності запровадження нової ідеології функціонування виконавчої влади і місцевого самоврядування як діяльності щодо забезпечення реалізації прав і свобод громадян, на спрямованості при наданні послуг із боку виконавчої влади на задоволення потреб особи та суспільства.

² Див. ст. 3 Закону України «Про державну службу» від 16 грудня 1993 р. № 3723-XII.

³ Див. ст. 4 Закону України «Про службу в органах місцевого самоврядування» від 7 червня 2001 р. № 2493-III.

⁴ Див. ст. 3 Закону України «Про дипломатичну службу» від 20 вересня 2001 р. № 2728-III.

⁵ Див. ст. 3 Закону України «Про міліцію» від 20 грудня 1990 р. № 565-XII.

⁶ Див. ст. 2 Закону України «Про Державну кримінально-виконавчу службу України» від 23 червня 2005 р. № 2713-IV.

⁷ Див. ст. 11 Закону України «Про Збройні Сили України» від 6 грудня 1991 р. № 1934-XII.

⁸ Див. ст. 3 Закону України «Про внутрішні війська Міністерства внутрішніх справ України» від 26 березня 1992 р. № 2235-XII.

⁹ Див. ст. 3 Закону України «Про війська Цивільної оборони України» від 24 березня 1999 р. № 556-XIV.

Так, у рішенні у справі про призначення судом більш м'якого покарання Конституційний Суд України відзначив, що безпосереднім втіленням конституційних принципів додержання гуманізму, справедливості й законності є реалізована в нормах КК можливість особи, яка вперше вчинила злочин невеликої тяжкості, бути звільненою від кримінальної відповідальності у зв'язку з дійовим каяттям (ст. 45), з примиренням винного з потерпілим та відшкодуванням завданих ним збитків або усуненням заподіяної шкоди (ст. 46), з передачею особи на поруки (ст. 47), зі зміною обстановки (ст. 48). Крім того, особа може бути звільнена від покарання, якщо на час розгляду справи в суді її не можна вважати суспільно небезпечною (ч. 4 ст. 74) тощо.

Ураховуючи російський досвід¹, у принципі гуманізму можна виокремити два основних кримінально-правових аспекти: 1) кримінальне законодавство в пріоритетному порядку забезпечує безпеку людини, її прав і свобод від злочинних посягань; 2) кримінальне законодавство проявляє людське, гуманне ставлення до злочинця².

Кримінально-виконавче регулювання

На відміну від права кримінального в нормах кримінально-виконавчого права безпосередньо згадується про принцип гуманізму³.

Можна навести лише деякі приклади прояву людського, гуманного ставлення до засуджених. Так, згідно з КВК засуджені мають право на гуманне ставлення до себе і на повагу гідності, властивої людській особистості, на особисту безпеку, охорону здоров'я, соціальне забезпечення, отримання інформації про свої права і обов'язки, порядок і умови виконання та відбування призначеного судом покарання, на звернення з пропозиціями, заявами і скаргами тощо⁴. Мабуть, найбільш яскравим прикладом застосування принципу гуманізму в даній сфері є інститут амністії⁵.

¹ Нормативне викладення сутності принципу гуманізму в кримінальному праві визначене в ст. 7 Кримінального кодексу Російської Федерації.

² Так, покарання й інші міри кримінально-правового характеру не можуть мати за мету завдання фізичних страждань чи приниження людської гідності. Крім того, реалізація принципу гуманізму в КК вирішується за допомогою низки інститутів, які забезпечують диференціацію кримінальної відповідальності або звільнення від неї (докладніше про це див.: Мальцев В. В. Принципы уголовного права и их реализация в правоприменительной деятельности. — СПб.: Юрид. центр Пресс, 2004. — С. 161–179).

³ Так, згідно зі ст. 5 КВК кримінально-виконавче законодавство, виконання і відбування покарань ґрунтуються на принципі гуманізму.

⁴ Докладніше про реалізацію принципу гуманізму в кримінально-виконавчому праві див.: Ведяхин В. М. Гуманизм как нравственно-этический принцип российского права // Право и политика. — 2002. — № 12. — С. 10–11.

⁵ Див., наприклад, преамбулу Закону України «Про амністію» від 31 травня 2005 р. № 2591-IV: «У зв'язку із 60-ю річницею Перемоги у Великій Вітчизняній війні, керуючись принципом гуманізму...».

Процесуально-правове регулювання

Самостійність, власна відповідальність і свобода рішень особистості не тільки утворюють підґрунтя інститутів матеріального права, але й вимагають їх послідовного втілення в процесуальному праві. Вони обґрунтовують необхідність діалогу між адміністрацією і громадянами, перешкоджають перетворенню людей у беззахисний об'єкт державної діяльності, яким розпоряджуються як предметом, чи то з добрими, чи то зі злими намірами¹.

Слід погодитись з тим, що гуманізація — одна з основних сучасних тенденцій розвитку всієї системи процесуального права², яка досить чітко проявилася при розробці і прийнятті нового ЦПК, КАС, суттєвій модернізації КПК.

Не випадковим є те, що захист (охорона) прав, свобод та інтересів фізичних осіб проголошені першочерговими завданнями кримінального та адміністративного судочинства і метою цивільного судочинства (див. відповідно ст. 2 КПК, КАС і ст. 1 ЦПК). Так, у кримінальному процесі це обумовлює як особливу увагу до прав і інтересів потерпілого від злочину, поновлення його гідності, так і акцент на охороні прав і законних інтересів особи, яка притягується до відповідальності. «Якщо права людини — це умова правосуддя, чи не є гідність усіх людей попереднім начерком цієї умови?» — ставить питання А. Гарапон³.

Ідея гуманізму, поза всякими сумнівами, лежить в основі правил так званої елементарної процесуальної справедливості, що втілюються в принципах змагальності, диспозитивності, рівності перед законом і судом, незалежності суду, всебічності, повноти й об'єктивності дослідження обставин справи, у праві бути вислуханим, праві на інформацію, на правову допомогу, праві на розумні строки розгляду справи, праві на оскарження тощо.

Наше дослідження можна було б продовжувати на прикладах інших галузей права (сімейного, екологічного, трудового тощо), проте великої необхідності в цьому, мабуть, немає. Навряд чи воно може спростувати висновок про те, що гуманізм є однією з основних засад українського права. Тому неухильне добросовісне втілення принципу гуманізму в юридичних актах слід розглядати як обов'язкову вимогу їх правового характеру.

¹ Государственное право Германии: В 2 т. — Т. 2. — С. 201–202.

² Лукьянова Е. Г. Теория процессуального права. — М.: Норма, 2003. — С. 140–141.

³ Гарапон А. Хранитель обещаний: суд и демократия. — С. 250.

Розділ 3

Принцип верховенства права та принципи, що забезпечують його дію

§ 1. Принцип верховенства права

Принцип верховенства права є одним із провідних елементів загальних засад конституційного ладу будь-якої сучасної демократичної, правової держави. Він являє собою похідну всіх загальних засад права; як ціннісний сплав ідей справедливості, рівності, свободи і гуманізму верховенство права формує відповідний образ правової системи і визначає ті умови, що дозволяють перетворити цей образ на реальність. Відданість принципу верховенства права — загальноприйнята в усьому світі міра легітимності уряду¹. Тому дослідження цього принципу, поза всяким сумнівом, належить до найважливіших завдань юридичної науки. Незважаючи на відносно велику кількість робіт, присвячених верховенству права, його трактування й дотепер, на жаль, неоднозначне. Таке становище не є задовільним.

По-перше, це створює значні проблеми у внутрішньодержавній юридичній практиці. Як слушно зауважує М. Козюбра, із закріпленням принципу верховенства права в Конституції України² ця проблема із «кабінетно-академічної» перетворилася на прикладну, оскільки перейшла в площину реалізації Конституції України³. Для її вирішення ми повинні правильно розуміти сутність даного принципу, чітко уявляти основні вимоги до юридичних актів, що впливають із нього. Проте ця проблема, перефразуючи відомий вислів, є навіть більш складною, ніж «капітальний ремонт корабля

¹ Таманага Б. Верховенство права: історія, політика, теорія. — С. 10.

² Нагадаємо, що відповідно до ч. 1 ст. 8 Конституції «в Україні визнається і діє принцип верховенства права».

³ Козюбра М. Правовий закон: проблема критеріїв. — С. 85.

у відкритому морі», оскільки корабель української державності до цього часу ніколи не виходив у море під прапором верховенства права¹.

По-друге, це заважає сприйняттю принципу верховенства права українським суспільством, що є не менш важливим, ніж будь-яке конституційне закріплення прихильності до нього. Слід погодитись із тим, що верховенство права не встановлено доти, доки воно не стане складовою моральних традицій спільноти, загальним ідеалом, який приймає і поділяє більшість. Якщо цей ідеал стане стійким елементом громадської думки, то законодавство і виконавча влада все більше наблизяться до нього². Проте для формування позитивного ставлення людей до цього відносно нового для правової системи України принципу необхідно, щоб така юридична абстракція була наповнена реальним, конкретним змістом. Без створення відповідної загальнотеоретичної моделі сподіватися на це немає підстав.

По-третє, це може призвести до порушення міжнародно-правових зобов'язань України й одночасно створює об'єктивну перешкоду на шляху до європеїзації українського суспільства і українського правового порядку, що конче потрібно як для загальної, так і для правничої культури³. Дійсно, верховенство права належить до засадничих європейських цінностей: на ньому будують свою діяльність Рада Європи⁴, Європейський Союз⁵,

¹ Кан Дж. Исполнение Россией ст. 5 и 6 ЕКПЧ как показатель соблюдения прав человека [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://www.hrights.ru/text/b17/chapter5.htm#5>.

² Гаск Ф. А. Конституція свободи. — С. 212.

³ Головатий С. «Верховенство закону» *versus* «верховенство права»: філологічна помилка, професійна недбалість чи науковий догматизм? // Вісн. Акад. прав. наук України. — 2003. — № 2–3 (33–34). — С. 113.

⁴ У преамбулі Статуту Ради Європи від 05.05.1949 р. згадується про верховенство права як про один із принципів, що становлять підвалини кожної справжньої демократії. А згідно зі ст. 3 Статуту Ради Європи від 05.05.1949 р. «кожний член Ради Європи обов'язково повинен визнавати принципи верховенства права...» (Офіційний вісник України. — 2004. — № 26. — Ст. 1733).

У преамбулі Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. підкреслюється, що верховенство права утворює спільну спадщину європейських країн (Офіційний вісник України. — 1998. — № 13).

⁵ Держави — члени ЄС підтвердили «свою відданість принципам свободи, демократії, верховенства права, шани до прав людини та засадничих свобод» у преамбулі Договору про Європейський Союз від 07.02.1992 р. Важливе значення для ЄС має також п. 1 ст. 6 Договору, який проголошує, що «засадничими принципами Союзу є спільні принципи всіх держав-членів — свобода, демократія, шанування прав людини та засадничих свобод, верховенство права» (Основи права Європейського Союзу: Нормат. матеріали / За заг. ред. М. В. Буроменського. — Х.: Яшма, 2005. — С. 8, 11).

Про шану до верховенства права також ідеться у преамбулі Хартії засадничих прав Союзу. Ст. III-193 проекту Договору про запровадження Конституції для Європи відносить верховенство права до принципів, що є підвалинами створення, розвитку та розширення Європейського Союзу та які він (Союз) має намір поширювати в інший світ (Конституційні акти Європейського Союзу. — Ч. I. — С. 346, 439).

ОБСЄ¹ і НАТО². Принаймні ці три обставини зумовлюють необхідність подальших наукових досліджень даного принципу.

Принцип верховенства права (англ. — rule of law) сформувався в XVII–XIX ст. в умовах європейського культурно-правового простору, у лоні доктрини природного права. За своїм історичним походженням він, безперечно, є англійською концепцією і характеризує конституційну систему Великої Британії після закінчення королівського абсолютизму та поразки Кромвелевої революції у XVII ст.³ Сам термін «верховенство права», за досить поширеною версією, увів у науковий обіг англійський вчений і політичний діяч Дж. Гаррінгтон у 1656 р.⁴ Останній, характеризуючи республіку як форму врядування, вважає, що вона є «імперією законів, а не людей» (imperia of law, not of men)⁵.

Природно, що ідея верховенства права виникла у Великій Британії не на рівному місці. Її витоки можна знайти як у загальноєвропейській політико-правовій традиції, так і в специфічній історії англійського права.

Ще з часів давньогрецьких філософів до поняття «право» зверталися як до основної засоби, що допомагає контролювати здійснення державної влади⁶. Особливо помітним в обґрунтуванні цієї ідеї був внесок Платона й Арістотеля.

Так, Платон наполягав на тому, що державна влада має обмежуватися законом. Там, де закон підкоряється якійсь іншій владі, не маючи своєї власної, там, на думку Платона, недалеко до падіння держави; але коли закон є господарем уряду, а уряд — його рабом, тоді становище

¹ На важливості забезпечення верховенства права наголошується, наприклад, у пп. 5 і 27 Документа Копенгагенської наради Конференції з людського виміру НБСЄ від 29.06.1990 р. (Международные акты о правах человека: Сб. док. — С. 654, 660).

² У преамбулі Північноатлантичного договору від 04.04.1949 р. зазначається, що його сторони «сповнені рішучості захистити свободу, спільну спадщину своїх народів і їхню цивілізацію, засновану на принципах демократії, свободи особистості і верховенства права...» (Вибрані основоположні документи НАТО та Україна-НАТО. — К.: ТОВ «Інсайт-плюс», 2006. — С. 5).

Визнання верховенства права є одним із провідних принципів розвитку відносин між Україною та НАТО відповідно до п. 2 Хартії про особливе партнерство між Україною та Організацією Північноатлантичного договору від 09.07.1997 р. (Офіційний вісник України. — 2006. — № 34. — Ст. 2453).

³ Козюбра М. Принцип верховенства права і конституційна юрисдикція // Вісн. Конституц. Суду України. — 2000. — № 4. — С. 24.

⁴ Див., наприклад: Шевчук С. Формальна та органічна характеристика принципу верховенства права: до нових методів тлумачення Конституції // Укр. право. — 1998. — Чис. 2 (10). — С. 57.

⁵ Себайн Дж. Г., Торсон Т. Л. Історія політичної думки: Пер. з англ. — К.: Основи, 1997. — С. 447.

⁶ Лукаидес Л. Г. Принцип верховенства права і права человека [Електронний ресурс]. — Режим доступа: http://www.legalworld.ru/inc/main_st.php?products_id=67.

дозволяє очікувати доброго, а люди мають усі блага, якими боги осипають державу¹.

Арістотель стверджував, що панування законів має перевагу над пануванням когось із громадян, і бачив користь від того, що люди, наділені владою, будуть призначені охоронцями закону та його слугами². Великий вплив на західну політико-правову традицію мали такі слова Арістотеля: «Отже, хто вимагає, аби панував закон, очевидно, хоче, щоб панували божество і розум, а хто вимагає, аби панувала людина, проявляє (у своїй вимозі) певне дикунство; бо пристрасть саме і є таким (чимось тваринячим), до того ж вона зводить навіть найкращих правителів з істинного шляху; навпаки, закон — це розум поза пристрастями і бажаннями»³.

Вимога, згідно з якою держава має ґрунтуватися на праві, у подальшому була розвинута римськими юристами. «Отож призначення магістрату, — підкреслював Цицерон, — як ви бачите, в тому, щоб керувати і віддавати розпорядження правильні, корисні й закономірні. Бо подібно до того, як магістратами керують закони, так народом керують магістрати, і можна на цілком достатній підставі сказати, що магістрати — це закон, що промовляє, а закон — це безмовний магістрат»⁴. Проте римляни зробили і негативний внесок у розвиток традиції верховенства права, про що свідчать такі положення Кодексу Юстиніана, як: «Quod principi placuit, legis habet vigorem» — «Те, що вирішив принцепс, має силу закону» (Дигести, I.4.1 pr.) і «Principes legibus solutus est» — «Принцепс вільний від (дотримання) законів» (Дигести, I.3.31)⁵. Хоча заради справедливості слід відзначити, що вплив цих положень був частково нейтралізований іншим фрагментом Кодексу: «Гідно величності правителя государеві проголосити, що сам він підкоряється законам: до такого ступеня наш авторитет залежить від авторитету права. І насправді більше, ніж влада, є підкорення посади государя законам» (Кодекс Юстиніана, I.14.4). Тому в літературі зазвичай вказують на проблему дихотомії «свободи імператора від законів — зв'язаності імператора законами» (princeps legibus solutus — princeps legibus alligatus), що існувала в посткласичний і юстиніанівський періоди римського права⁶.

Інше важливе традиційне уявлення, яке сприяло формуванню принципу верховенства права, — віра в закон як щось дане незалежно від людської волі, як правила, що мають бути відкриті, а не встановлені.

¹ Платон. Законы. — С. 204.

² Арістотель. Політика. — С. 95.

³ Там само. — С. 96.

⁴ Цицерон Марк Туллий. О законах // Цицерон Марк Туллий. Диалоги: О государстве; О законах: Пер. с лат. — М.: Наука, 1966. — С. 133.

⁵ Дигесты Юстиниана. — С. 115–116, 112–113.

⁶ Сильвестрова Е. В. Lex generalis. Императорская конституция в системе источников греко-римского права V–X вв. н. э. — М.: Индик, 2007. — С. 51.

Ідея, що закон можна свідомо створювати чи змінювати, здавалася майже блюзнірською. Історики права одностайні в тому, що в цьому розумінні всі відомі давні законодавці від Ур-Намму і Хаммурапі до Солона, Лікурга і авторів римських «Дванадцяти таблиць» не передбачали створення нового закону, а просто фіксували закон таким, яким він був завжди. Згідно із середньовічними уявленнями, прийняття нового закону взагалі є неможливим, тому вся законодавча діяльність і будь-яка правова реформа сприймалися як відновлення доброго старого закону, що був спотворений. Думка про свідому правотворчу діяльність людей існувала в класичній Греції, але відносно недовго, а потім знову з'явилася лише наприкінці Середніх віків¹. Таке становище не є дивним, оскільки в досучасних суспільствах нормативний порядок в основному заданий традицією або одкровенням, а законодавча функція, що здійснюється на постійній основі, є характерною рисою сучасного розвитку². Її поширення пов'язується з процесом посилення королівської влади і стає особливо помітним в європейських кодифікаціях Нового часу.

Слід також підкреслити, що благодатним підґрунтям концепції верховенства права була *традиція природного права*. Як відомо, протягом століть європейська правова думка розвивалась внаслідок зіставлення і протиставлення природного права і права позитивного. Прихильники природного права відстоювали ідею існування правових зобов'язань, вільних від будь-якого людського авторитету, визнавати які перед своїми громадянами повинне будь-яке суспільство і відверта неповага до яких обумовлює право на опір³. Критична оцінка позитивного права з боку права природного, безумовно, деяким чином стримувала державну владу в її бажанні надати статус права приписам довільного характеру.

Ідеї захисту особистості за допомогою права від свавільного здійснення державою своєї влади, природного права та незалежності закону від людської волі, поза всяким сумнівом, існували і в Середні віки. Так, Б. Таманага умовно виділяє *три середньовічних загальноєвропейських джерела* принципу верховенства права:

1) *практику присягань монархів виконувати божественні, природні, звичаєві та чинні закони*. Цими своїми діями монархи визнавали і недвозначно проголошували, що неухильне виконання закону є тією мірою, якою слід оцінювати діяльність короля. Унаслідок повторення цих процедур виникає загальне очікування того, що монархія має підкорятися закону. «Що стосується законів божественних і природних, — зазначав

¹ Хайек Ф. А. фон. Право, законодательство и свобода: Современное понимание либеральных принципов справедливости и политики. — С. 92, 100, 102.

² Парсонс Т. Система современных обществ. — С. 34.

³ Хейфе О. Справедливость: Философское введение. — С. 56–57.

у XVI ст. ідеолог «суверенної і вічної влади» Ж. Боден, — то їм підкорені всі государі землі, і не в їх владі порушувати ці закони, якщо вони не хочуть виявитися винними в образі божественної величності, оголосивши війну Богу... Усі государі на землі підкорені законам Бога і природи й багатьом людським законам, загальним для усіх народів»¹;

2) *традицію германського звичаєвого права*, яка підтримувала дуже поширене переконання, що *вимоги права пов'язують усіх* (у тому числі королів, князів і призначених ними посадовців, місцевих баронів та інших представників аристократії, які головували в місцевих судах) і *ніхто не є вищим від закону*. У свідомості, породженій звичаєвим правом, закон розглядався як річ священна і недоторканна. Король у свою чергу був охоронцем закону, який не мав влади проголошувати новий закон на свій розсуд, що розцінювалося б як богохульство стосовно закону. Показовим у цьому відношенні є початок однієї з найвідоміших правових пам'яток германського звичаєвого права — Саксонського зеркала: «...І право те, що тут дано, не вигадане мною воно, а з давніх пір від предків перейшло»². Пізніше проникнення у звичаєве право християнських уявлень лише додатково посилювало відчуття того, що за своєю природою закон є більшим, ніж просто наказ, що він передбачає справедливість і право, яке ним визнається, однак ним не створюється;

3) *діяльність аристократії, спрямовану на обмеження влади короля*. Унаслідок цього королі добровільно чи вимушено визнавали, що вільні люди мають право бути захищеними від короля правовими процедурами. Найвідомішим документом, який закріплював подібні гарантії, була Велика хартія вольностей 1215 р. Особливу увагу в цьому контексті привертає ст. 39 Хартії: «Жодну вільну людину не буде заарештовано чи ув'язнено, чи позбавлено володіння, чи оголошено поза законом, чи вигнано, чи якимось іншим способом знедолено, і ми не підемо на неї і не пошлемо на неї інакше, як за законним вироком її рівних і за законом її країни»³. Це також сприяло утвердженню ідеї необхідності для королів, так само як і для їх підданих, виконувати закон⁴.

У період абсолютизму в XVI–XVII ст. верховенство права спостерігалось радше у вигляді його порушення, ніж у реальності, однак ідея підлеглості влади людини певному зовнішньому обмеженню продов-

¹ Боден Ж. Шесть книг о государстве // Антология мировой политической мысли: В 5 т. / Рук. проекта Г. Ю. Семигин. — М.: Мысль, 1997. — Т. 1: Зарубежная политическая мысль: истоки и эволюция. — С. 304–305.

² Саксонское зеркало // Антология мировой правовой мысли: В 5 т. / Рук. науч. проекта Г. Ю. Семигин. — М.: Мысль, 1999. — Т. 2: Европа: V–XVII вв. — С. 437.

³ Международные акты о правах человека: Сб. док. — С. 4.

⁴ Докладніше про ці три джерела принципу верховенства права див.: Таманага Б. Верховенство права: історія, політика, теорія. — С. 26–35.

жувала існувати: «Non sub homine sed sub Deo et lege» (не під людиною, але під Богом і законом)¹.

Отже, ідея того, що будь-яка влада підкорюється праву, є есенцією європейської політичної культури, точніше — це есенція двох тисяч років європейської конституційної культури, що має своє коріння в грецькому полісі та Римській республіці².

Давня історія англійського права створює додаткові передумови для появи доктрини верховенства права. Так, вимога підкорення влади короля праву, мабуть, найвиразніше звучить саме в середньовічній англійській правовій системі. Крім вищезгаданої Хартії вольностей, ідея верховенства права знаходить своє відображення в старовинній фразеології юридичних щорічників (Year Books, XIX. Henri VI): «La ley est le plus haute inhéristance que le roy ad; car par la ley, il même et toutes ses sujets sont rulés, et si la ley ne fuit, nul roi, et nul inhéristance sera»³ (Закон є найціннішою спадщиною, яку отримує король, оскільки він і всі його васали керуються законом, і коли б не було закону, не було б ні короля, ні спадкування королівської влади).

Нашу увагу також привертає відоме визначення верховенства права, яке наведено в роботі королівського судді Г. Бректона «Про закони і звичаї Англії» (приблизно 1239 р.): «Бо він має свій титул не тому, що владарює, а через те, що править добре, оскільки він король, поки править добре, але тиран, коли гнобить насильницьким пануванням людей, про який йому довірено піклуватися. Тому хай його влада буде обмеженою законом, який є шорами для короля; нехай він живе за законом, бо людський закон проголошує, що законодавець має виконувати власний закон, а в іншому місці те саме джерело проголошує, що гідно величності правителя, щоб князь визнавав себе зобов'язаним коритися закону. Ніщо так не відповідає суверенному самодержцю, як жити за законом, і він має належно розпоряджатися тим, що дарує йому закон, бо закон робить його королем»⁴.

Така ситуація для Англії не є дивною. Відповідно до панівних середньовічних поглядів державу розуміли як відносини за двосторонньою угодою між правителем і народом. Зміст цієї угоди склали закони, які встановлювали зобов'язальне право короля на законне підпорядкування і право народу вимагати дотримання законних меж влади.

¹ Гантінгтон С. Протистояння цивілізацій та зміна світового порядку. – С. 77.

² Киельмансегг П. Г. Квадратура круга. Размышления о характере репрезентативной демократии // Политическая философия в Германии: Сб. ст.: Пер. с нем. / Изензее Й. и др. – М.: Соврем. тетради, 2005. – С. 133.

³ Дайси А. В. Основы государственного права Англии. – С. 208.

⁴ Цит. за: Таманага Б. Верховенство права: історія, політика, теорія. – С. 34.

Таким чином, доводилось, що народ має право на виконання законів із боку короля¹.

Крім того, виникненню й утвердженню принципу верховенства права сприяла специфіка англійського права як загального права. Як відомо, у Середні віки королі та парламент не вважалися важливими учасниками процесу правоутворення в англійській правовій системі. За припущенням Г. Бермана, усе законодавство перших чотирьох англо-норманських королів з 1066 до 1154 р. могло бути вміщене на одній сторінці. Це пояснюється тим, що королі взагалі не вважали регулярне видання нових законів одним із своїх обов'язків². Не виявляв великої активності в правотворчості й англійський парламент. Аж до кінця XIX ст. його законодавча роль розглядалася лише як додаткова функція політичного органу. Наприклад, ще в XVIII ст. англійські юристи майже одноставно вважали, що прийняті парламентом статuti — це не що інше, як зміни до вже існуючого порядку речей.

У таких умовах основне правотворче навантаження припадає на суди. Ця ситуація є благотворною для обмеження свавілля влади.

По-перше, в еволюції загального права бере участь велика кількість людей, які зіштовхуються з новими обставинами і проблемами та ініціюють різноманітні позови, що вирішуються судами. Це зменшує можливість виникнення одноосібної деспотичної влади.

По-друге, загальне право стримує суддівську владу ще й тому, що суддя діє не за власною ініціативою, а лише тоді, коли на його розгляд передається певний спір.

По-третє, судді були вимушені встановлювати норми, виходячи з того, що ці правила поведінки відповідають давно існуючим звичаям суспільства. Як образно говорив Е. Дженкс, королівські судді прагнули скроїти з різноманітних звичаїв своєї країни єдину одяжину, а саме загальне право, яке б служило міркою для всієї нації³.

По-четверте, ще в Середні віки в англійських юристів з'являється впевненість у тому, що існують межі розвитку загального права, які окреслені фундаментальними принципами, що судді не можуть запроваджувати довільні умови й обмеження, а повинні ухвалювати рішення, які відповідають суспільним сподіванням. Завдання суддів — удосконалювати право, розвиваючи і застосовуючи його фундаментальні принципи. Ці думки можна простежити в роботах Бректона, Гленвіла, Коука, Хейла та ін. Як зауважив ще у XVIII ст. видатний англійський суддя лорд

¹ Еллинек Г. Декларация прав человека и гражданина. – С. 39–40.

² Берман Г. Дж. Западная традиция права: эпоха формирования. – С. 413.

³ Дженкс Э. Английское право: Пер. с англ. – М.: Юрид. изд-во М-ва юстиции СССР, 1947. – С. 29.

Менсфілд, загальне право складається не з окремих випадків, а із загальних принципів, які ілюструються і роз'яснюються цими випадками¹.

По-п'яте, судді визнавали обов'язок королівської влади підкорюватися загальному праву. Так, ще 1328 р. судді, які склали більшість у палаті обшин, прийняли Статут Нортгемптона, відповідно до якого жодне королівське розпорядження не повинне порушувати встановлений порядок загального права; якщо ж таке розпорядження буде ухвалене, то судді мають його ігнорувати².

Таким чином, загальне право традиційно сприймалось не як продукт чієїсь волі, а радше як бар'єр проти будь-якої влади, у тому числі королівської.

Урешті-решт усі ці ідеї призвели до виникнення *теорії деклараторного права*, яка наголошувала на неприпустимості свавільної правотворчості. Один з її основних авторів — В. Блекстон — забезпечив загальне право родоводом від права природного. При цьому він применшував творчу роль суддів, називаючи їх «оракулами» закону. Зображуючи суддів посередниками, передавачами наказів, що беруть свій початок у Божій волі, ця метафора накреслювала чітку межу між ними й політиками та державними діячами³.

Слід також підкреслити, що саме в Англії суд на момент посилення королівської влади являв собою автономну й авторитетну інституцію, яка захищала право і могла чинити опір королівському свавіллю (яскравим прикладом тут може бути відоме протистояння судді Коука та короля Якова I)⁴.

Новий час ставить античні й середньовічні уявлення про право як засіб, що допомагає контролювати здійснення державної влади, на службу надзвичайно могутній ідеї індивідуальної свободи⁵. У цей період західна цивілізація зрозуміла, що індивіди вільні настільки, наскільки представники влади зобов'язані діяти відповідно до чинного права. Тому вимога підкорення держави праву сприяє свободі, надаючи індивідам можливість передбачати, коли до них може бути застосовано примус із боку правового апарату держави, і дозволяє уникати втручання у їхні

справи з боку позитивного права, не порушуючи його¹. Громадяни підкорюються тільки праву, а не волі чи рішенню іншої людини, наділеної владою здійснювати примус. Це й робить громадян вільними. Найкраще цю думку сформулював Монтеск'є: «Свобода є правом робити все, що дозволяють закони»². Отже, можна зробити висновок, що саме *посідання античної та середньовічної правової традиції з ідеєю пріоритету індивідуальної свободи і створило фундамент сучасної концепції верховенства права*.

Загальноновизнано, що її *класичне обґрунтування* було здійснене відомим англійським юристом, професором Оксфордського університету *Альбертом Веном Дайсі* в роботі «Введення в дослідження права конституції» (1885). Основу принципу верховенства права³, на його погляд, складають *три положення*: 1) відсутність державного свавілля; 2) підпорядкування кожного звичайному закону, який застосовується звичайними судами; 3) загальні норми конституційного права утворюють результат загального права країни⁴.

Відсутність державного свавілля насамперед означає, що «ніхто не може бути покараний і поплатитися особисто чи власним статком інакше, як за визначене порушення, доведене звичайним законним способом перед звичайними судами країни. У цьому розумінні панування права являє контраст з усякою урядовою системою, заснованою на застосуванні урядовцями широкої і свавільної примусової влади»⁵. «Англіїці управляються законом і лише законом. У нас людина може бути покарана, але тільки за порушення закону, а не за щось інше»⁶.

За допомогою тези про *підпорядкування кожного звичайному закону, який застосовується звичайними судами*, «ми висловлюємо не лише те, що у нас немає нікого, хто був би вищим за закон, але й дещо зовсім інше — саме що у нас кожна людина, незалежно від її звання чи статусу, підпорядковується звичайним законам і підлягає юрисдикції звичайних судів»⁷. Верховенство права в цьому розумінні як ідея рівності перед законом «виключає думку про будь-яке звільнення посадових

¹ Таманага Б. Верховенство права: історія, політика, теорія. — С. 44.

² Монтеск'є Ш. Л. О духе законів. — С. 289.

³ Для позначення цього принципу А. Дайсі використовує як синоніми три терміни: rule of law, supremacy of law та predominance of law, тобто панування права, верховенство права та переважання права.

⁴ Дайсі А. В. Основы государственного права Англии. Введение в изучение английской конституции. — С. 212–231.

⁵ Там само. — С. 213.

⁶ Там само. — С. 230.

⁷ Там само. — С. 220.

¹ Хайек Ф. А. фон. Право, законодательство и свобода: Современное понимание либеральных принципов справедливости и политики. — С. 105.

² Берман Г. Дж. Вера и закон: примирение права и религии: Пер. с англ. — М.: Ad Marginem, 1999. — С. 84.

³ Познер Р. Проблемы юриспруденции. — С. 19.

⁴ Див. з цього приводу: Себайн Дж. Г., Торсон Т. Л. Історія політичної думки. — С. 403–405.

⁵ Докладніше про виникнення ідеї індивідуальної свободи див. с. 102–110 даної монографії.

осіб чи будь-кого іншого від обов'язку підпорядковуватися закону, якому підпорядковуються інші громадяни, чи від відповідальності перед звичайними судами; у нас немає нічого, що відповідає французькому «адміністративному праву» (*droit administratif*) чи адміністративним судам (*tribunaux administratifs*). Принцип, який лежить в основі «адміністративного права», що справи чи спори, які стосуються уряду чи його слуг, не є підвідомчими цивільним судам і мають вирішуватися спеціальними й більш-менш адміністративними установами... цілком несумісний із нашими традиціями і звичаями»¹.

В останньому значенні принцип верховенства права свідчить про те, що «загальні принципи конституції (так, наприклад, право свободи особи чи право публічних зібрань (мітингів)) є у нас результатом судових рішень, що визначають права приватних осіб в окремих випадках, які передаються на вирішення судів; однак за багатьма зарубіжними конституціями забезпечення прав приватних осіб (яким би воно не було) залежить, як здається, від загальних принципів конституції»². Це означає, що «конституційне право, тобто норми, які в інших державах природно входять до складу конституцій, у нас є не джерелом, але наслідком прав приватних осіб, що визначаються і захищаються судами; що, одним словом, у нас принципи громадянського права були настільки розвинуті судами і парламентом, що ними визначаються навіть становище країни і її слуг, так що конституція є результатом звичайного права країни»³.

Іншими словами, А. Дайсі вважав, що 1) державна влада не повинна мати широких дискреційних повноважень, що забезпечить відсутність свавілля з її боку; 2) має бути додержана юридична рівність усіх громадян перед законом у межах єдиної, загальної системи юрисдикції; 3) права людини мають забезпечуватися в судовому порядку, що утворює основу конституційного устрою громадянського суспільства, — тому головне, щоб система прав людини не лише декларувалася в конституції, але й існувала в реальному режимі завдяки ефективно діючому механізму судового забезпечення⁴.

Зазначимо, що основні ідеї класичного варіанта концепції верховенства права втілені в Конституції України. Так, вона передбачає, що 1) органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень

¹ Дайси А. В. Основы государственного права Англии. Введение въ изучение английской конституции. — С. 230–231.

² Там само. — С. 222.

³ Там само. — С. 231.

⁴ Каламкарян Р. А. Господство права (Rule of Law) в международных отношениях. — М.: Наука, 2004. — С. 17, 35.

та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України (ст. 19); 2) громадяни мають рівні конституційні права і свободи та є рівними перед законом (ст. 24); 3) права і свободи людини і громадянина захищаються судом, а юрисдикція судів поширюється на всі правовідносини, що виникають у державі (статті 55 і 124).

У ХХ ст. доктрина верховенства права вийшла за межі Великої Британії та США і була сприйнята правовими системами багатьох європейських держав і міжнародним правом. Така ситуація з перетворенням цього принципу в *загальноєвропейську правову цінність* не є дивною, адже ідея обмеження державної влади правовими засобами не є виключно англійським здобутком. Аналогічні концепції створюються у ХVІІІ–ХІХ ст. і в інших європейських державах. Так, у Німеччині формується теорія правової державності (*Rechtsstaatlichkeit*), яка починаючи з ХІХ ст. використовується для протиставлення правової держави (*Rechtsstaat*)¹ та поліцейської держави (*Polizeistaat*)². У Франції від часів Революції говорять про принцип законності та верховенства норми права (*Le Principe de Legalite et Suprematie de la Regle de Droit*), що протиставляється королівській сваволі. У другій половині ХХ ст. у Франції стає також популярною теорія правової держави (*l'Etat de droit*)³. Хоча ці концепції не є ідентичними, вони, безперечно, мають спільний ґрунт, передбачаючи *підкорення державної влади праву заради гарантування та захисту прав і свобод людини*⁴.

Відмінності між ними, на наш погляд, полягають у тому, що ці концепції роблять наголос на різних аспектах. Так, якщо верховенство права зосереджується на питанні, яким має бути право, для того щоб стримувати державу і забезпечувати свободу, то теорія правової держави радше прагне зрозуміти, якою має бути держава, що підкоряється праву. Аналогічну думку висловлює Р. Дарендорф, підкреслюючи, що правова держава є особливою німецькою правовою традицією, згідно з якою, так би мовити, на початку стоїть державне управління, а не

¹ Докладніше про розвиток концепції правової держави в Німеччині в ХІХ–ХХ ст. див.: Соколов А. Н. Правовое государство: от идеи до ее материализации. — Калининград: Янтар. сказ, 2002. — С. 29–127.

² Поліцейська держава — держава, у якій адміністративна влада може свавільно і з більш чи менш повною свободою прийняття рішень нав'язувати громадянам усі заходи, які вона вважає корисним здійснювати за власною ініціативою для того, щоб протистояти обставинам і в будь-який момент досягати цілей, які вона ставить перед собою (Рулан Н. Историческое введение в право. — С. 295).

³ Зіллер Ж. Політико-адміністративні системи країн ЄС. Порівняльний аналіз: Пер. з фр. — К.: Основи, 1996. — С. 231.

⁴ Козюбра М. Принцип верховенства права і конституційна юрисдикція. — С. 24.

Велика хартія вольностей (як у випадку з верховенством права)¹. Схожі акценти можна побачити також у роботах деяких вітчизняних вчених². Порівнюючи концепції верховенства права і законності, можна дійти висновку, що законність на відміну від верховенства права зосереджена на формальному аспекті — відповідності дій (актів) закону. Останнім часом вчені намагаються подолати цю однобокість законності за допомогою ідеї правозаконності³.

Зближення цих концепцій продовжувалося в другій половині ХХ ст., унаслідок чого сьогодні вони мають багато спільних базових рис. Це знайшло своє відображення навіть на термінологічному рівні: у сучасних умовах термінами «rule of law», «Rechtsstaatlichkeit» і «l'État de droit» відповідно в англійській, німецькій і французькій мовах досить часто позначаються ідентичні поняття. Наприклад, в англійському тексті п. 1 ст. 6 Договору про Європейський Союз для позначення спільного для держав — членів ЄС принципу верховенства права використовується термін «rule of law», у німецькому — «Rechtsstaatlichkeit», а у французькому — «l'État de droit»⁴. Ця ж термінологія притаманна і тексту ст. 1-2 проекту Договору про запровадження Конституції для Європи, викладеному англійською, німецькою і французькою мовами⁵. Водночас німецька і французька мови мають також інші терміни, які є перекладом «rule of law»: так, у преамбулах Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод та Статуту Ради Європи французькою мовою використовується термін «prééminence du droit»⁶, а у преамбулі Статуту Ради Європи німецькою мовою — «Herrschaft des Rechts»⁷.

¹ Дарендорф Р. У пошуках нового устрою. Лекції про політику свободи у ХХІ столітті. — С. 77.

² Див., наприклад: Шаповал В. Верховенство права: міфи і реалії пострадянського праворозуміння // Укр. право. — 2006. — Чис. 1 (19). — С. 30.

³ Так, зокрема, зазначається, що ідея правозаконності означає по своїй суті безумовний пріоритет права щодо влади, держави. Зрозуміло, що це зближує її з концепцією верховенства права (Алексеев С. С. Восхождение к праву. Поиски и решения. — С. 485).

⁴ Див. відповідно: Official Journal of the European Communities. — С. 325, 24.12.2002. — Р. 11; Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften. — С. 325, 24.12.2002. — S. 11; Journal officiel des Communautés européennes. — С. 325, 24.12.2002. — Р. 11.

⁵ Див. відповідно: Official Journal of the European Union. — С. 310, 16.12.2004. — Р. 11; Amtsblatt der Europäischen Union. — С. 310, 16.12.2004. — S. 11; Journal officiel de l'Union européenne. — С. 310, 16.12.2004. — Р. 11.

⁶ Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод; Статут Ради Європи (фр. мовою) [Електронний ресурс]. — <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Treaties/Html/005.htm>; <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Treaties/Html/001.htm>.

⁷ Статут Ради Європи (нім. мовою) [Електронний ресурс]. — <http://conventions.coe.int/Treaty/ger/Treaties/Html/001.htm>.

Характеризуючи даний принцип, насамперед слід з'ясувати, *над чим право панує і здійснює своє верховенство*. Не можна погодитись із спробами звести цю проблему до питання про першість права щодо інших суспільних регуляторів¹. Більш точним є зміщення акценту у визначенні змісту верховенства права на *проголошення його першості перед державою*². Унаслідок цього суверена, який проголошує право, заміщує чи має тенденцію заміщувати суверенне право³. Однак ще більш влучно характеризувати *право як явище, що має перевагу над будь-якими рішеннями і діями окремих суб'єктів*; усі подібні рішення і дії «проходять перевірку» правом. У такому випадку цей принцип буде звернений як до приватних осіб, так і до державних органів і посадових осіб (у тому числі до суб'єктів нормотворення), що дозволяє обґрунтувати безумовний обов'язок усіх суб'єктів поважати право, забезпечити ситуацію, за якої суспільство є вільним як від приватного, так і від державного свавілля. Іншими словами, це *«верховенство права, а не особи»*⁴. Яскрава альтернатива верховенству права — статут Василіска Семеновича Бородавкіна про «неперешкоджання градоначальникам законами», описаний в «Історії одного міста» М. Салтикова-Щедрина. Перший і єдиний параграф цього статуту проголошував: якщо відчуваєш, що закон стає тобі на заваді, то, знявши його зі столу, поклади під себе; і тоді все це, ставши непомітним, значно тебе в дії полегшить⁵.

«Підкорення нормам втрачає свій сенс, — зазначав Л. Фуллер, — якщо людина знає, що сам нормотворець не звертатиме ніякої уваги на власні нормативні акти. Треба пам'ятати також і про зворотний бік цього твердження, а саме: нормотворець не матиме жодного стимулу визнавати для себе обмеження принципу панування права, якщо знатиме, що його суб'єкти не схильні або не спроможні дотримуватися його норм; наприклад, невеликий сенс мала б спроба юридичного впорядкування стосунків між мешканцями притулку для душевнохворих. Саме в цьому сенсі функціонування правової системи залежить від

¹ Див., наприклад: Засць А. П. Правова держава в контексті новітнього українського досвіду. — С. 133.

² Цвік М. В. Верховенство права в контексті прав людини // Актуальні проблеми формування правової держави в Україні. До 50-ї річниці Конвенції про захист прав людини і основних свобод: Матеріали міжнар. наук.-практ. конф.: У 2 ч. — Х., 2000. — Ч. 1. — С. 51.

³ Манан П. Общедоступный курс политической философии. — С. 278.

⁴ Таманага Б. Верховенство права: історія, політика, теорія. — С. 141.

⁵ Салтыков-Щедрин М. Е. История одного города // Салтыков-Щедрин М. Е. История одного города. Господа Головлевы. Сказки. — Л.: Лениздат, 1972. — С. 117.

спільних зусиль, від ефективних та відповідальних взаємодій законодавця та підданого»¹.

У сучасній літературі існує багато різних конкуруючих визначень верховенства права. Утім усі вони можуть бути зведені до двох основних груп, відомих як «формальна» і «матеріальна» (змістовна) концепції. Такий поділ є стандартом у теорії права. Основну відмінність між ними можна визначити так: формальні теорії зосереджуються на належних джерелах і формі законності, тоді як матеріальні теорії включають також вимоги до змісту закону (зазвичай він має узгоджуватися з правовими або моральними принципами)².

Кожна з цих концепцій вкладається в три чіткі моделі, які ґрунтовно викладені в роботі Б. Таманаги «Верховенство права: історія, політика, теорія»³.

Так, до *формальних концепцій* належать визначення верховенства права як:

– *правління на основі закону*. У цьому найпростішому випадку закон розуміють як основний інструмент урядової дії (така ситуація характерна для кожної сучасної держави). Дане визначення піддається справедливій критиці, оскільки правління за допомогою закону не забезпечує достатніх обмежень державної влади, що є необхідною умовою традиції верховенства права;

– *формальної законності*. Ця найбільш поширена серед англо-американських теоретиків права версія пов'язує верховенство права з існуванням закону, який здатний спрямовувати дії тих, хто йому підкоряється. Для цього закон має бути загальним, передбачуваним, зрозумілим і чітким;

– *поєднання демократії та законності*. Ця концепція доповнює вимоги формальної законності демократичною ідеєю, тобто думкою про обов'язковість легітимації закону за допомогою демократичної процедури його прийняття (іншими словами, закон у даному випадку встановлюється за згодою громадян).

Усі *матеріальні концепції* містять елементи формального розуміння верховенства права, додаючи до них різні конкретні моменти змістовного характеру, а саме:

– *індивідуальні права*. Ця найпоширеніша матеріальна теорія визначає верховенство права як ідеал правління, яке гарантує додержання прав людини. Її прихильники наполягають на тому, що індивіди мають

¹ Фуллер Лон Л. Мораль права. – С. 204.

² Таманага Б. Верховенство права: історія, політика, теорія. – С. 106–107.

³ Там само. – С. 106–131.

права — як дар від Бога чи пов'язані зі статусом людських істот і членів моральної спільноти — незалежно від жодних безпосередніх положень конституцій чи законів. Отже, права людини мають визнаватися в законах, а у разі їх порушення — забезпечуватися судовою системою;

– *гідність людини*. Даний варіант є особливо популярним у Німеччині, де гідність людини і захист цієї гідності як центральний елемент усіх інших прав людини проголошений керівним принципом діяльності держави (абз. 3 ст. 79 Конституції ФРН навіть забороняє за будь-яких обставин внесення змін до Основного Закону, які б стосувалися недоторканності людської гідності¹);

– *право на соціальне забезпечення*. У цьому випадку класичне ліберальне розуміння верховенства права, спрямоване на встановлення обмежень державної влади, забезпечення негативної свободи індивідів, доповнюється ідеями реальної рівності, подолання бідності, гарантування гідних умов життя, соціального захисту, що впливають із концепції держави загального добробуту.

На нашу думку, більш обґрунтованими є саме матеріальні концепції верховенства права, оскільки формальні теорії доволі часто призводять до висновків, абсурдних із точки зору нашого праворозуміння (наприклад, у літературі слушно підкреслюється, що відповідно до формальних теорій закон може встановити рабство, жодним чином не порушуючи принцип верховенства права).

Спробуємо викласти наше розуміння принципу верховенства права, яке ґрунтується на ідеї виокремлення двох його аспектів: формального і матеріального (органічного)².

Формальний аспект верховенства права

З формальної точки зору верховенство права полягає в тому, що *в суспільстві мають існувати правові норми, яких дотримуються всі суб'єкти, у тому числі держава*. У цьому випадку право обмежує державу самим фактом існування правил і процедур. У свою чергу індивід знає, як себе поводити та якої поведінки він може очікувати від інших суб'єктів. У такому розумінні можна говорити про право як про альтернативу заснованому на пристрастях індивідуальному свавіллю та насильству. Основні цінності, які асоціюються з цим аспектом верховенства права, — порядок, передбачуваність, упевненість, законність, правова безпека.

¹ Основной Закон Федеративной Республики Германии // Конституции зарубежных государств / Сост. В. В. Маклаков. – 3-е изд., перераб. и доп. – М.: БЕК, 2000. – С. 92.

² Докладніше про ці два аспекти див., наприклад: Шевчук С. Основи конституційної юриспруденції. – С. 113–119.

Формальний аспект верховенства права *передбачає такі вимоги:*

1) у суспільстві *має взагалі існувати система права* як сукупність норм (правил, установлених для нескінченної кількості випадків певного виду і невідомої кількості осіб певної категорії). Для реалізації даної вимоги, яка, поза всяким сумнівом, «ґрунтується на трюїзмі» (Л. Фуллер), не є принциповим ані зміст подібних норм (тобто у цьому випадку правила не оцінюються на їх відповідність принципам справедливості, рівності, свободи і гуманізму), ані їх зовнішня форма (вони можуть бути закріплені в законах, правових прецедентах, правових звичаях тощо);

2) ці норми права повинні бути *зрозумілими (чіткими, ясними і не суперечливими)*. Слід зауважити, що ідея верховенства права в принципі є сумісною з певним рівнем невизначеності та суперечливості правил, оскільки вона враховує таку фундаментальну особливість права, як його «відкрита структура» (Г. Харт)¹. Тому зміст норми права нерідко піддається уточненню (деталізації і конкретизації) в процесі її застосування. Зрозуміло, що важливе значення тут мають правові позиції судових органів, за допомогою яких долається подібна правова невизначеність. Головне, щоб право не перетворилося в щось схоже на Дельфійського оракула, який видавав невизначені звуки і вимовляв темні слова, значення яких кожному належало тлумачити як йому заманеться, за формулою «розумій, як бажаєш»².

Вимога зрозумілості стосується не лише окремих правових норм; вона обумовлює *станданти щодо прозорості (транспарентності) всього правового порядку*. Це зачіпає низку фундаментальних правових проблем, як-от: проблему «нормативної інфляції» (як зазначав ще Тацит, найбільша кількість законів існує в найкорумпованішій державі), про-

¹ Основна ідея Г. Харта полягає в тому, що правові норми зазвичай складаються з твердого і незмінного ядра й аморфної сфери навколо нього, яку він іменує «відкритою структурою» (open texture). На його думку, вона немінуча завдяки двом обставинам: 1) особливостям мови, що завжди залишає певну невизначеність при використанні юридичної термінології (наприклад, зрозуміло, що автомобіль є транспортним засобом, проте існують сумніви щодо належності до транспортних засобів роликів ковзанів чи дитячого самоката); 2) особливостям правового регулювання, коли не всі реальні ситуації можна завчасно передбачити і точно врегулювати нормами (тому для деяких ситуацій, зокрема при встановленні обов'язку виявляти розумну чи належну обережність, неможливо заздалегідь створити чітке юридичне правило, яке б при його застосуванні не створювало можливості вибору кількох альтернативних варіантів). Усе це обумовлює появу в суді так званих «важких справ» (Харт Г. Концепція права. – С. 128–129).

² Верещагин А. Н. Судебное правотворчество в России. Сравнительно-правовые аспекты. – С. 19.

блему повного врегулювання суспільних відносин, відсутності проґа-лин, проблему кодифікації та ін.;

3) ці норми права повинні бути *доступними* (тобто оприлюдненими) і зазвичай *не мати зворотної дії*. Дані вимоги є природними, ураху-ючи той факт, що неможливо забезпечити додержання норм, які є невідомими. Сучасна правова система прагне зробити доступними не лише нормативно-правові, але й індивідуально-правові акти і акти офіційного тлумачення права. Тому вона запроваджує відповідні процедури доведення їх до відома зацікавлених осіб;

4) право має бути *розумно стабільним, а правотворчість послідовною*. У правовій системі повинен існувати оптимальний баланс між стабільністю та динамізмом. Суб'єктам права необхідно надавати достатній час для того, щоб вони могли пристосуватися до змін, викликаних прийняттям нового закону;

5) має існувати *усталена практика реалізації норм права*, яка підтримується гарантією їх *однакового застосування*. Іншими словами, має існувати «узгодженість між офіційними діями та проголошеною нормою» (Л. Фуллер). У правовій системі не повинно бути жодних правових «оазисів», тобто зон, у яких теоретично чинне право на практиці не є обов'язковим¹. Подібні зони підривають довіру до правових інститутів, а разом із нею ідею верховенства права. Суб'єкти права мають бути впевнені в можливості реалізації своїх прав і необхідності виконання правових обов'язків. Це переконання повинне бути забезпечене функціонуванням судової системи, чий рішення щодо застосування закону є остаточними, обов'язковими і підлягають ефективному виконанню.

Ці правила в найбільш яскравому вигляді втілені в так званій *процесуальній версії природного права Л. Фуллера*, яка пропонує вісім вимог внутрішньої моралі права². На думку відомого американського філософа права, внутрішня мораль права не є чимось доданим або встановленим для влади права, а є суттєвою умовою самої цієї влади, а кожний відступ від принципів внутрішньої моралі права є зневагою до гідності людини як відповідальної особи³.

Проте ситуація з додержанням цих формальних вимог сьогодні не є простою навіть у правових системах провідних західних держав. Наприклад, французькі юристи критично характеризують свою сучасну правову систему як «джунґлі правових норм» і образно зображують її

¹ Дарендорф Р. У пошуках нового устрою. Лекції про політику свободи у ХХІ столітті. – С. 35.

² Фуллер Лон Л. Мораль права. – С. 95.

³ Там само. – С. 148, 154.

як «розвалений пейзаж, де норми права вискакують хтозна-звідки, в будь-який момент і рухаються в усіх напрямках». Інша емоційна ілюстрація нинішнього французького права виглядає таким чином: «Фонтан правових актів, що б'є через край, які стають усе більш складними і зачіпають сфери все більш численні; нестабільність правил, котрі ми хочемо прив'язати до усіх ситуацій, до всіх можливих змін; деградація чистоти та якості законодавства; неясність поставлених цілей, а часом суперечливість між ними...»¹. Проблема «законодавчої інфляції» спостерігається навіть у правових системах загального права. Так, у США повне зібрання постанов федеральних регулюючих органів станом на 1994 р. складало 202 томи, які налічували 131 803 сторінки. Це в 14 разів більше, ніж в 1950 р., і майже в 4 рази більше, ніж в 1965 р.² При цьому в них містились навіть приписи, що стосувалися форми ванн у номерах готелів і висоти дверних косяків³.

Виконання вимог, що впливають з формального аспекту верховенства права, *забезпечується низкою юридичних інструментів та інституцій*, серед яких особливе значення мають:

1) *правила нормотворчої техніки*, тобто система вимог, спрямованих на створення найбільш доцільних за формою і досконалих за структурою, змістом та викладом нормативно-правових актів. Додержання цих правил є обов'язковим предметом перевірки під час проведення правової експертизи проекту нормативно-правового акта⁴;

2) *«технічне обслуговування» системи права (законодавства)*, тобто підтримання в належному порядку її внутрішньої логіки та зв'язку між нормами (статтями) в умовах постійно триваючих законодавчих реформ⁵;

3) *обов'язок оприлюднення нормативно-правових актів⁶ і загальна заборона зворотної дії законів⁷*;

¹ Цит. за: Кабрияк Р. Кодификации: Пер. с фр. – М.: Статут, 2007. – С. 121–122.

² Боуз Д. Либертарианство: История, принципы, политика: Пер. с англ. – Челябинск: Социум: Sato Institute, 2004. – С. 196.

³ Кревельд М. ван. Расцвет и упадок государства. – С. 503.

⁴ Див., наприклад: Справочник по нормотворческой технике: Пер. с нем. – 2-е изд., перераб. – М.: БЕК, 2002. – С. 4; Законодательная техника: Науч.-практ. пособие. – М.: Городец, 2000. – С. 66.

⁵ Кабрияк Р. Кодификации. – С. 200.

⁶ Згідно з ч. 3 ст. 57 Конституції України закони та інші нормативно-правові акти, що визначають права і обов'язки громадян, не доведені до відома населення у порядку, встановленому законом, є нечинними.

⁷ Відповідно до ч. 1 ст. 58 Конституції України закони та інші нормативно-правові акти не мають зворотної дії в часі, крім випадків, коли вони пом'якшують або скасовують відповідальність особи.

4) *принцип правової визначеності¹*, порушення якого при створенні нормативно-правових актів дає можливість визнання їх нечинними;

5) *принцип «економії закону»*, згідно з яким нормативно-правовий акт не повинен розроблятися і вводитися в дію за відсутності безумовних свідчень його необхідності, що ґрунтуються на об'єктивних критеріях²;

6) *принцип добросовісності³*, який є важливим при оцінці виконання вимог, що впливають з принципу верховенства права у формальному розумінні. Наприклад, Калігула, як кажуть, поважав традицію, за якою всі закони Рима вивішувалися в публічному місці, але стежив за тим, щоб його власні закони були написані так дрібно й висіли так високо, щоб їх ніхто не міг прочитати⁴. Інша (більш витончена) можливість — приховувати закони за вітійоватими формулюваннями вчених книг, збірників судових рішень, міркувань юристів, звичаїв тощо, та ще все це чужою мовою, так щоб знання чинного права було доступним лише тим, хто вивчає його спеціально⁵;

7) *ефективна судова система*, яка відповідає, зокрема, за узгодженість між юридичними діями та проголошеними нормами. Зрозуміло, що в цьому випадку йдеться про належне функціонування всіх різновидів судочинства (цивільного, господарського, кримінального та ін.). Проте, з огляду на важливість реалізації ідеї підкорення держави праву⁶, акцент має бути зроблено на адміністративному судочинстві, завданням якого є захист прав, свобод та інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб у сфері публічно-правових відносин від порушень з боку органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їхніх посадових і службових осіб, інших суб'єктів при здійсненні ними владних управлінських функцій на основі законодавства.

Матеріальний аспект верховенства права

Матеріальний аспект верховенства права полягає в тому, що *мають існувати доволі чіткі змістовні стандарти, які визначають суть позитивного права*. Таким чином, верховенство права — це панування

¹ Докладніше про цей принцип див. § 2 розд. 3 даної монографії.

² Бурлай С. Принцип «економії закону» як практична передумова реалізації принципу верховенства права // Укр. право. – 2006. – Чис. 1 (19). – С. 83.

³ Докладніше про цей принцип див. § 4 розд. 3 даної монографії.

⁴ Фуллер Лон Л. Мораль права. – С. 93.

⁵ Гегель Г. В. Ф. Философия права: Пер. с нем. – М.: Мысль, 1990. – С. 253.

⁶ У літературі слушно підкреслюється та надмірно велика зневажливість, те надто недбале ставлення представників влади до норм, яких вони самі зобов'язані дотримуватись. Коли у твоїх руках сила, значно зручніше примушувати інших, ніж підкорюватись самому. Протягом усієї історії людства практично кожний із правителів підтвердив це в більшій чи меншій мірі (див.: Сандеуар П. Введение в право [Электронный ресурс]).

права певного змісту. У цьому випадку право стримує державу не фактом існування правил і процедур; воно обмежує державу за змістом її юридичних актів. Для демонстрації цієї ідеї влучною є метафора «*верховенство права над законом*»¹. Основні цінності, які асоціюються з цим аспектом верховенства права, — гідність людини, поміркованість державної влади.

Матеріальний аспект верховенства права *передбачає такі вимоги*:

1) *норми права мають відповідати стандартам основоположних прав і свобод людини та громадянина*. Акцент на правах людини при характеристиці принципу верховенства права є не випадковим. Перш за все слід нагадати, що права людини становлять невід'ємний компонент права, його *raison d'être*; їхнє існування поза правом і без права неможливе, так само як і право немислиме без прав людини. Це явища однієї сутності². Можна погодитись із тим, що система норм не може претендувати на статус права, якщо вона не гарантує свободу і рівність за допомогою прав людини та громадянина³. За інших обставин говорити про верховенство права безглуздо — через відсутність самого права. Саме тому права людини традиційно розглядаються в юридичній літературі в контексті принципу верховенства права і правової держави. Отже, права людини і верховенство права можуть існувати та ефективно діяти тільки в поєднанні.

Ця ідея сприйнята також українською правовою системою. Не випадково в ч. 1 ст. 8 КАС верховенство права визначено як принцип, відповідно до якого людина, її права та свободи визнаються найвищими цінностями й визначають зміст і спрямованість діяльності держави⁴. Реалізацію принципу верховенства права насамперед через забезпечення та захист прав і свобод людини вбачає й Пленум Верховного Суду України в п. 1 постанови від 1 листопада 1996 р. № 9 «Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя»⁵.

Невід'ємні, невідчужувані права людини є найбільш предметним критерієм правового характеру законів та інших нормативних актів, правової

¹ Петришин О. Верховенство права як принцип дії права // Укр. право. — 2006. — Чис. 1 (19). — С. 49. Подібний наголос робить також Н. Рулан, пояснюючи різницю між правовою державою і державою законності. «Правова держава, — підкреслює французький вчений, — ставить право на місце закону: закони знаходяться під прискіпливим спостереженням і оцінюються відповідно до критеріїв вищої правової норми...» (Рулан Н. Историческое введение в право. — С. 301).

² Козюбра М. Принцип верховенства права і конституційна юрисдикція. — С. 28.

³ Хессе К. Основы конституционного права ФРГ. — С. 151.

⁴ Офіційний вісник України. — 2005. — № 32. — Ст. 1918.

⁵ Бюлетень Міністерства юстиції України. — 2000. — № 4.

організації і діяльності держави. Це той бар'єр, який у державі, що претендує іменуватися демократичною і правовою, не можна подолати на власний розсуд ні законодавчою, ні виконавчою, ні судовою владою¹;

2) *норми права мають відповідати загальним засадам права, іншим принципам природного права*. Як зауважує Конституційний Суд України в рішенні від 2 листопада 2004 р. № 15-рп/2004 у справі про призначення судом більш м'якого покарання, верховенство права вимагає від держави його втілення у правотворчу та правозастосовну діяльність, а саме у закони, які за своїм змістом мають бути проникнуті передусім ідеями соціальної справедливості, свободи, рівності тощо².

Виконання зазначених вимог, зокрема, забезпечується:

1) *уявленням про обмеженість впливу держави на зміст права*. Принцип верховенства права в жодному разі не можна розуміти як самообмеження держави правом³. Така ситуація є неприйнятною, оскільки в цих умовах держава повинна лише дотримуватися правил, які вона сама і виробляє, а тому, в принципі, може позбутися їх, додержуючись процедури, передбаченої для їх зміни чи скасування⁴. Навряд чи це можна вважати реальним, справжнім обмеженням держави правом, яке іманентно притаманне стану верховенства права. Нагадаємо, що саме ці аргументи висував проти верховенства права Т. Гоббс, коли доводив, що суверен не підкоряється законам. «І справді, маючи владу видавати і скасовувати закони, — зазначав англійський філософ, — суверен може, якщо забажає, не підкоритися їм, скасувавши закони, що заважають йому, і видавши нові, а отже, він уже наперед вільний. Бо той вільний, хто може стати вільним коли завгодно: людина не може бути зобов'язаною самій собі, оскільки той, хто зобов'язує, здатен і звільнити від свого зобов'язання, а тому мати зобов'язання тільки щодо самого себе означає не мати їх взагалі»⁵. Таким чином, втілення

¹ Козюбра М. Принцип верховенства права і конституційна юрисдикція. — С. 28.

² Офіційний вісник України. — 2004. — № 45. — Ст. 2975.

³ Такий підхід був досить поширеним в юридичній науці XIX ст. Наприклад, Р. фон Ієринг порівнював самообмеження державної влади законом із в'язанням рук самому собі (Ієринг Р. фон. Цель в праве. — С. 347). Про самообмеження державної влади правом див. також: Еллинек Г. Общее учение о государстве: Пер. с нем. — СПб.: Юрид. центр Пресс, 2004. — С. 376–377. Суть теорії самообмеження державної влади найвдаліше сформульована в постанові Судової палати Веймарської Республіки: «Законодавцеві належатиме вся повнота влади, він не зв'язаний ніякими обмеженнями — конституцією чи іншими законами — крім тих, які сам накладає на себе» (цит. за: Шевчук С. Основи конституційної юриспруденції. — С. 8).

⁴ Жакке Ж.-П. Конституционное право и политические институты: Пер. с фр. — М.: Юристъ, 2002. — С. 40.

⁵ Гоббс Т. Левіафан. — С. 255–256.

в життя цього принципу можливе лише за умови подолання позитивістських поглядів на право як на продукт суб'єктивної державної волі. Для цього, зокрема, необхідно ще раз звернути увагу на складну проблему *ролі держави в процесі правоутворення*.

У літературі з цього приводу висловлені різні точки зору: від жорсткого і однозначного ототожнення права з вольовим актом держави аж до повного відриву права від держави. Слід погодитися з представниками поміркованого підходу, які підкреслюють, що держава не може бути одноосібним «автором» права, проте і розчинення останнього у фактичних суспільних відносинах не в змозі аргументовано пояснити процес становлення правопорядку¹.

Трактуючи поняття права, варто виходити з того, що його витoki знаходяться в реальному житті, в існуючих потребах суспільного розвитку. Тому часто держава в процесі правоутворення лише «протоколює» правила, що склалися, викристалізувалися внаслідок повторення суспільних відносин, надає їм формальної визначеності, ставить на них печатку обов'язкового позитивного права, деталізує їх загальні положення.

Крім того, у багатьох випадках зміст права за великим рахунком є запрограмованим тими вищими гуманітарними засадами і цінностями, що утворюють його загальнолюдський вимір і обумовлені самою сутністю суспільства, природою людини. Існування права без них важко уявити. Ідеться, зокрема, про принципи добросовісності, заборони зловживання правом, дотримання договорів, принцип, який встановлює, що рівний над рівним не може мати влади, принцип, згідно з яким не можна бути суддею у власній справі².

Не ставлячи під сумнів сам факт обумовленості права фактичними відносинами, необхідно відзначити, що її ступінь може бути різним. На наш погляд, не можна не враховувати того, що позитивне право є також продуктом думки і волі людей. При всій істотності об'єктивних факторів, що детермінують його зміст, слід визнати, що право, перед тим як «з'явитися на світ», проходить фазу правотворчості, а правові відносини не є лише «правовим відбитком», «юридичною фотографією» даної ділянки життя суспільства, певних фактичних відносин³. Правотворча діяльність держави часто виступає одним із способів випереджаючого відображення, спрямованого на задоволення певних суспільних потреб, завдяки чому стає можливим цілеспрямоване нормативне регулювання

¹ Синюков В. Н. Российская правовая система: Введение в общую теорию. – Саратов: Полиграфист, 1994. – С. 257.

² Міжнародне право / За ред. М. В. Буруменського. – С. 48.

³ Алексеев С. С. Восхождение к праву. Поиски и решения. – С. 62.

суспільних відносин, передбачення умов їхнього майбутнього розвитку, тобто активно перетворюючий вплив на навколишній світ.

Таким чином, державу можна розглядати скоріше як одного із спів-авторів права, а не як звичайного стенографіста суспільства. Заперечуючи співавторство держави в процесі правоутворення, ми по суті повторюємо тези прихильників деклараторної теорії загального права, які ще кілька століть тому стверджували, що загальне право не створюється, а лише проголошується суддями — останні ніби виносять цей скарб на денне світло. Коментуючи ці забобони, А. Барак дотепно зауважує: «Ті, що люблять чарівні казки, здається, вважали, що в якійсь печері Аладдина знаходиться Загальне право у всій його пишноті і що при призначенні судді на нього сходять знання магічних слів: «Сезам, відчинись!» Погані рішення виносяться, коли суддя плутає пароль і відчиняються не ті двері. Проте ми більше не віримо в чарівні казки. Отже, нам треба прийняти той факт, що добре це або погано, але суддя творить право»¹.

Утім визнання значної ролі держави в процесі правоутворення не означає, що право є похідною від волі держави. У процесі правотворчості неминуче відбувається переломлення правил через існуючі правові джерела, принципи, цінності, а право відчужується від безпосередньої волі й свідомості людей, від державної влади, стає наявною дійсністю, об'єктивною реальністю. Це дозволяє забезпечити праву його власне «суверенне» буття і розвиток, сприяє тому, що право піднімається над державною владою і з цієї площини реалізує свій власний потенціал як соціального регулятора, своє споконвічне призначення².

Крім того, оцінюючи роль держави в процесі правоутворення, не слід забувати, що сьогодні чимала кількість норм права створюється недержавними суб'єктами, багато правил поведінки виникають і існують у надрах самого життя, а держава лише санкціонує їх. Існують також правові прецеденти, нормативно-правові договори, акти місцевого самоврядування, при створенні яких держава відходить на другий план. Урешті-решт, є норми Конституції, що мають засновницьку природу: вони виходять не від держави, а від народу — єдиного й абсолютного джерела влади³;

2) наявністю чітко викладеного кодексу прав людини. Ця вимога втілюється в житті насамперед завдяки конституціям. У сучасних лі-

¹ Барак А. Судейское усмотрение. – С. 143.

² Алексеев С. С. Восхождение к праву. Поиски и решения. – С. 117–120, 194.

³ Матузов Н. И. Актуальные проблемы теории права. – Саратов: Изд-во Саратов. гос. акад. права, 2004. – С. 355.

беральних демократіях обов'язкова для виконання конституція заміщує собою божественний чи природний закон, давній закон чи звичаєве право античних Греції і Риму та Середньовіччя, забезпечуючи правовий контроль над владою¹. Головне завдання конституції правової держави полягає в тому, щоб забезпечити свободу її громадян і зв'язаність державної влади правом. Основоположні права людини — це вихідна позиція, яку визнають сучасні конституції демократичних правових держав, так звані «козирні тузи конституцій»². При цьому історичні тексти конституцій зазвичай посилаються на «природжені» права і часто мають урочисту форму «деклараций»; і те і інше, без сумніву, покликане попередити, як ми б сьогодні сказали, позитивістські непорозуміння і продемонструвати, що права людини «не знаходяться в розпорядженні» відповідного законодавця³. Конституція ставить права людини над законодавчою та виконавчою владами і є головною зовнішньою формою закріплення прав людини всередині національної правової системи. Крім того, конституція окреслює межі державної влади, оберігаючи таким чином сферу свободи, й ставить бар'єри, що попереджають зловживання владою⁴. Тому зв'язаність держави правом знаходить свій найяскравіший прояв в її підкоренні конституційним положенням, а саму конституцію часто визначають як надбудову, що створюється для забезпечення збереження права⁵.

Така ситуація в цілому характерна і для правової системи України. Права і свободи людини та громадянина, закріплені у розд. II Конституції України, орієнтуються на сучасні міжнародні стандарти. Обов'язковість їх додержання і забезпечення державою є провідною ідеєю Конституції України (див. ст. 3). Гарантуванню прав людини в тій чи іншій формі присвячена майже половина статей Конституції України. Саме завдяки цьому Конституція є єдиним в Україні юридичним актом, правовий характер якого є аксіоматичним і не підлягає встановленню або перевірці з боку будь-якого державного органу. Належне відображення ідеї права в Конституції України визнає Конституційний Суд України⁶.

¹ Таманага Б. Верховенство права: історія, політика, теорія. — С. 66.

² Шайо А. Самоограничєние власти (краткий курс конституционализма). — С. 279.

³ Хабермас Ю. Вовлечение другого. Очерки политической теории. — С. 314.

⁴ Государственное право Германии: В 2 т. — Т. 1. — С. 8.

⁵ Хайек Ф. А. фон. Право, законодательство и свобода: Современное понимание либеральных принципов справедливости и политики. — С. 153.

⁶ Див. згадане вище рішення від 2 листопада 2004 р. № 15-рп/2004 у справі про призначення судом більш м'якого покарання.

Тому для нашої правової системи верховенство права є невідривним від верховенства Конституції. Це пояснює, чому конкретизація принципу верховенства права в ст. 8 Конституції України полягає в проголошенні найвищої юридичної сили Конституції і в характеристиці її норм як таких, що мають пряму дію. Ураховуючи зазначене, перевірка будь-яких норм чи дій щодо їх відповідності правам людини здійснюється шляхом їх порівняльного аналізу з положеннями Конституції, а пряма дія конституційних норм є підставою найдоступнішого для громадянина судового захисту своїх порушених прав¹. Проте верховенство Конституції є лише однією з вирішальних складових верховенства права, що не означає повної ідентичності цих принципів².

Сьогодні набуває все більшого визнання ідея, що *конституція не є актом держави в строго юридичному значенні*. Конституція має особливий характер; це безпосередній правовий акт реалізації суверенітету народу, що лише уповноважив певний державний орган на її прийняття. Конституція — акт, який приймається народом або від імені народу і тому має установчий характер. Неможливість зміни чи скасування певних положень Конституції гарантує повагу законодавцем волі засновника (народу), забезпечує обмеження держави правом через її обов'язок додержуватись Конституції.

Для розуміння особливої природи Конституції важливе значення має права позиція, викладена в рішенні Конституційного Суду України від 3 жовтня 1997 р. № 4-зп у справі про набуття чинності Конституцією України³. У зазначеному рішенні Суд підкреслив, що «Конституція України як Основний Закон держави за своєю юридичною природою є *актом установчої влади, що належить народу*», а «прийняття Конституції України Верховною Радою України означало, що у даному випадку установча влада була здійснена парламентом». Водночас, на думку Суду, «закони є актами встановленої Конституцією України законодавчої влади і, більше того, актами єдиного органу законодавчої влади — Верховної Ради України».

Аналогічні висновки містяться в рішенні Конституційного Суду України від 11 липня 1997 р. № 3-зп у справі щодо конституційності тлумачення Верховною Радою України ст. 98 Конституції України⁴. Суд зауважив, що «прийняття Конституції України Верховною Радою України було безпосереднім актом реалізації суверенітету народу, який

¹ Цвік М. В. Верховенство права в контексті прав людини. — С. 52.

² Козюбра М. Принцип верховенства права та вітчизняна теорія і практика // Укр. право. — 2006. — Чис. 1 (19). — С. 20–21.

³ Офіційний вісник України. — 1997. — Чис. 42. — С. 59.

⁴ Там само. — Чис. 29. — С. 85.

тільки одноразово уповноважив Верховну Раду України на її прийняття. Це підтверджується пунктом 1 статті 85 Конституції України, яка не передбачає права Верховної Ради України на прийняття Конституції України, а також статтею 156 Конституції України, згідно з якою законопроект про внесення змін до розділів, які встановлюють засади конституційного ладу в Україні, після його прийняття у Верховній Раді України має затверджуватись всеукраїнським референдумом».

Ця позиція знайшла свій логічний розвиток у рішенні Конституційного Суду України від 5 жовтня 2005 р. № 6-рп/2005 у справі про здійснення влади народом¹. На думку Конституційного Суду України, «положення частини третьої статті 5 Конституції України треба розуміти так, що народ як носій суверенітету і єдине джерело влади може реалізувати своє право визначати конституційний лад в Україні шляхом прийняття Конституції України на всеукраїнському референдумі». Це, зокрема, означає, що «народ має право приймати нову Конституцію України». Урешті-решт Суд дійшов висновку, що положення ч. 3 ст. 5 Конституції України треба розуміти так, що «тільки народ має право безпосередньо шляхом всеукраїнського референдуму визначати конституційний лад в Україні, який закріплюється Конституцією України, а також змінювати конституційний лад внесенням змін до Основного Закону України в порядку, встановленому його розділом XIII»;

3) наявністю судової системи, за допомогою якої будуть усуватися відхилення від стандартів прав людини, загальних принципів права та інших стандартів природного права. Суд — це своєрідний лакмусовий папірець принципу верховенства права², одна з рук влади, чия роль полягає в забезпеченні того, щоб її інші руки діяли в межах права, що й забезпечить панування права над державною владою³. Тільки завдяки суду права людини із гучних конституційних гасел можуть бути перетворені в дійсні правові норми⁴.

Наявність ефективної судової системи розглядалась нами як гарантія «формального» верховенства права. Поза всяким сумнівом, вона є важливою також для втілення матеріального аспекту верховенства права. Проте тут існують деякі нюанси. Так, для верховенства права у формальному розумінні насамперед необхідні зусилля судової системи, спрямовані на усунення розбіжностей між нормами та індивідуальними діями суб'єктів права (у тому числі представників державної влади). Водночас матеріаль-

не розуміння верховенства права обумовлює потребу радше в усуненні розбіжностей між позитивним правом і його змістовними стандартами. Особливу роль у вирішенні цього завдання відіграють конституційні суди, які здійснюють судовий контроль за законодавством.

У зв'язку зі значними контрольними повноваженнями, якими наділена судова влада, у сучасній західній літературі звертається увага на ризик перетворення верховенства права на правління суддів. Це ставить на порядок денний відому проблему «хто стереже сторожів?».

Одним із можливих механізмів подолання даної небезпеки є *підвищення вимог до критеріїв добору на посади в суддівському корпусі*. Варто погодитись із тим, що суддів слід обирати надзвичайно ретельно, беручи до уваги не тільки їхні знання та інтелектуальні здібності, але і з не меншою увагою ставлячись до їхньої вірності праву (несхильності до маніпулювання його природною багатозначністю), до їхньої готовності до самообмеження, до їхнього соціального походження (судді мають представляти суспільство, а не його окрему групу), до їхніх чесності й послідовності (судді мають бути неупередженими і не піддаватися корупції), до їхнього доброго характеру та розважливої поведінки (для гарантування коректності) і до їхньої доведеної здібності приймати розумні рішення¹.

Інший суттєвий стримуючий чинник — *вплив професійних норм та критики з боку колег*. Переконавання, що суддів обмежує закон і що ними рухають закони, а не бажання влади, глибоко вросло в сучасну правову культуру західного суспільства і це до певної міри дає можливість плекати надію на те, що судді будуть поводитися відповідно до цього переконавання. Суддя, який не виправдовує такого очікування, імовірно, почуватиметься некомфортно та наражатиметься на професійну критику, що лише посилить його почуття дискомфорту². Тому дуже важливим для утвердження верховенства права в системі національного судочинства є розвиток суддівського самоврядування;

4) *міжнародними угодами з прав людини* (насамперед — Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р.). Принцип верховенства права з 1945 р. пов'язується із зусиллями щодо сприяння міжнародному захисту прав людини. З того часу він був переведений у сферу дії міжнародного права і поступово — через практичні дії в галузі захисту прав людини — набув автономного значення в контексті норм міжнародного права, що стосуються прав людини.

По-перше, міжнародні угоди, подібно до конституції, проголошують низку фундаментальних змістовних принципів, гарантувати які повинна

¹ Офіційний вісник України. — 2005. — № 41. — Ст. 2605.

² Козюбра М. Принцип верховенства права та вітчизняна теорія і практика. — С. 22.

³ Барак А. Судейское усмотрение. — С. 304.

⁴ Ллойд Д. Идея права. — С. 190–191.

¹ Таманага Б. Верховенство права: історія, політика, теорія. — С. 144.

² Познер Р. Проблеми юриспруденції. — С. 194.

національна правова система. За ними визнається юридична сила, що переважає силу закону.

По-друге, ці угоди засновують субсидіарні правові механізми реалізації їхніх вимог. Найбільш ефективним у цьому аспекті є *Європейський суд з прав людини*, створений як постійно функціонуючий орган для забезпечення виконання державами — членами Ради Європи їхніх зобов'язань за Конвенцією та протоколами до неї, у тому числі й зобов'язань щодо утвердження принципу верховенства права. Європейський суд з прав людини у своїй прецедентній практиці неодноразово зіштовхувався з поняттям верховенства права і широко застосовував його для тлумачення, розширення і посилення значення прав людини, зафіксованих у Конвенції, з метою охорони особистості від небезпек свавілля і з метою підвищення ефективності захисту прав людини на основі принципів справедливості та правосуддя¹;

5) *належною процесуальною правовою процедурою*, яка підвищує ймовірність прийняття нормативно-правових та індивідуально-правових актів, що є правовими за своїм змістом;

6) *принципом пропорційності*², за допомогою якого можуть визнаватися нечинними нормативно-правові та індивідуально-правові акти, що не відповідають стандартам прав людини і порушують принципи свободи, рівності і справедливості;

7) *принципом добросовісності*³, який у випадку з матеріальним аспектом верховенства права має на меті попередження штучного протиставлення права і закону, зловживання абстрактними змістовними стандартами права;

8) *сильною конституційною традицією та відповідною загальнокультурною ситуацією*⁴. Як слушно підкреслює Б. Таманага, верховенство права існує завдяки поширеній і незаперечній переконаності у верховенстві права, у непорушності певних фундаментальних обмежень, накладених правом на державну владу, а не тільки через функціонування конкретних правових механізмів; межі покладає не закон, а ставлення до закону. Саме загальна прихильність суспільства до верховенства права і є тією таємничою властивістю, яка приводить верховенство права у дію⁵. Інакше цей принцип, користуючись по-

¹ Лукадес Л. Г. Принцип верховенства права и права человека.

² Докладніше про цей принцип див. § 3 розд. 3 даної монографії.

³ Докладніше про цей принцип див. § 4 розд. 3 даної монографії.

⁴ Хайек Ф. А. фон. Право, законодательство и свобода: Современное понимание либеральных принципов справедливости и политики. — С. 429.

⁵ Таманага Б. Верховенство права: історія, політика, теорія. — С. 69.

рівнянням А. Шайо, нагадує парасольку, залишену дома в день, коли дощить¹.

Неодмінною передумовою верховенства права є формування в населення відповідного юридичного світогляду. Верховенство права утверджується в суспільстві зовсім не «по щучому велінню» і навіть не через прийняття легітимних рішень; для цього необхідний певний рівень правосвідомості значної частини суспільства. Право існує як форма взаємодії вільних (автономних) індивідів і стає справжнім (реальним) засобом соціальної регуляції саме там, де накопичується критична маса таких індивідів².

Важливість цієї гарантії легко простежити на прикладах держав, які в минулому не мали уявлення про верховенство права, а сьогодні впроваджують у свою правову систему її елементи. Ці держави не мають культурного фундаменту, цінностей і переконань, які необхідні для їх здійснення, що суттєво ускладнює ситуацію з верховенством права. Деякі високі посадовці в таких державах, підтримуючи на словах верховенство права, насправді займаються лише цинічним лицемірством, а своїми діями фактично нагадують Калігулу. Тому низка принципів, що приймаються в європейських державах за неписаною домовленістю, у державах, які лише стають на шлях верховенства права, повинні перетворитися в недоторканні статті конституцій. Надзвичайно важливим завданням для таких держав є формування незалежної судової системи, що демонструє реальну відданість верховенству права. Позитивний вплив тут може мати прискіпливий моніторинг авторитетних міжнародних організацій³.

Отже, принцип верховенства права є *фундаментом*, на якому базуються більш специфічні й детальні правила та принципи. Важливими складовими верховенства права, його необхідними наслідками й умовами реалізації є *принципи правової визначеності, пропорційності та добросовісності*.

¹ Шайо А. Самоограничение власти (краткий курс конституционализма). — С. 19.

² Лаптева Л. Е. Юридическое мировоззрение и законодательство в России // Наш трудный путь к праву: Материалы филос.-правовых чтений памяти акад. В. С. Нерсесянца / Сост. В. Г. Графский. — М.: Норма, 2006. — С. 368.

³ Важливість подібного контролю розуміють також самі міжнародні організації. Так, Генеральний директор з питань політичної діяльності Ради Європи Ж.-Л. Лоран характеризує роль своєї організації в процесі забезпечення верховенства права в Україні як «собаки-вартового» (Лоран Ж.-Л. Роль Ради Європи у процесах демократизації та забезпеченні верховенства права [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://usps.parliament.org.ua/uploads/docs/Loran.pdf>).

§ 2. Принцип правової визначеності

Утілення в життя принципу верховенства права неможливе без удосконалення системи права і системи законодавства. У зв'язку з цим перед нами постає завдання щодо визначення переліку вимог, яким мають відповідати норми права в умовах режиму верховенства права. На наш погляд, частина цих вимог ґрунтується на принципі правової визначеності.

Вимога визначеності правових норм — одна з перших і найсуттєвіших вимог, що пред'являються людиною до права. «Індивід, залишений віч-на-віч із суспільством, державою, — підкреслював Й. Покровський, — має право вимагати, щоб йому було останньою точно вказано, чого від нього хочуть і які межі йому ставлять. Логічно це право на визначеність правових норм є одним із найбільш невід'ємних прав людської особистості, яке тільки собі можна уявити; без нього, по суті, взагалі не про яке «право» не може йтися»¹.

Крім того, принцип правової визначеності традиційно розглядається як одна із головних складових верховенства права, його необхідний наслідок і умова реалізації². Найяскравіше ця думка була висловлена Ф. Гаєком, який у своїй роботі «Шлях до рабства» зазначав, що верховенство права — це вимога того, «щоб державна влада в усіх своїх діях була зв'язана правилами, які зафіксовані й оголошені заздалегідь, — такими правилами, які роблять можливим передбачувати з усією вірогідністю й явною визначеністю те, як влада буде використовувати свої примусові засоби за певних обставин»³.

Отже, в умовах верховенства права правові норми та їх джерела (нормативно-правові акти та ін.) повинні відповідати принципу правової визначеності, або певності (англ. — legal certainty). Цей принцип, який іноді іменують юридичною безпекою (англ. — legal security), або правовою стабільністю (нім. — Rechtssicherheit), — широка концепція, стрижнем якої є *передбачуваність*.

Згідно з цим принципом люди повинні мати змогу планувати свої дії з упевненістю, що знають про їх правові наслідки. Він вимагає, зокрема, щоб правові акти заздалегідь оприлюднювалися, діяли на майбутнє, були ясними, простими, точними, чіткими і несуперечливими.

¹ Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. — М.: Статут, 1998. — С. 89.

² Варламова Н. Принцип правовой определенности в практике Европейского Суда по правам человека // Конституц. право: Восточноевроп. обозрение. — 2002. — № 4 (41). — С. 94.

³ Цит. за: Политико-правовые ценности: история и современность. — С. 85–86.

Застосування актів повинне бути передбачуваним для індивідів. По-перше, така передбачуваність збільшує автономію особи щодо держави і врешті-решт забезпечує її свободу. По-друге, вона є раціональною засадою організації будь-якої нормативної системи. На цьому аспекті особливо наголошував М. Вебер¹. На думку багатьох юристів, саме принцип правової визначеності «утворює альфу і омегу формальної раціоналізації права»².

Принцип правової визначеності *знайшов найповніше відображення в праві Ради Європи і праві Європейського Союзу*. Ураховуючи, що Україна є членом Ради Європи, і беручи до уваги курс України на інтеграцію з Європейським Союзом, вважаємо за доцільне зупинитися на втіленні даного принципу в зазначених системах права.

Хоча принцип правової визначеності прямо не закріплений у Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, на думку Європейського Суду з прав людини, він невід'ємно притаманний праву Конвенції³. З практики Суду випливає, що критерієм доступності закону є *усвідомлення особою того, які саме дії або бездіяльність карає або дозволяє норма*, тобто її суб'єктивна оцінка закону⁴. Утім при формуванні своєї суб'єктивної оцінки особа не повинна проявляти недбалість і має докласти належних зусиль для усвідомлення змісту закону: зокрема, отримати в разі необхідності юридичну консультацію, ознайомитися з відповідною судовою практикою. Іншими словами, особа має бути розсудливою та обачною. При цьому особлива завбачливість очікується від осіб, які виконують закони, що стосуються їх професійної діяльності.

Проте Суд вважає, що для правової визначеності людині недостатньо бути чітко обізнаною щодо конкретних правових наслідків своїх дій. Вона повинна бути впевненою в їх неминучому настанні. Отже, ще одне важливе завдання держави — *гарантувати реалізацію* правових приписів за допомогою необхідних процесуальних механізмів, унеможливити свавілля з боку державних органів при застосуванні права. Лише поєднання зрозумілості закону з його ефективною реалізацією забезпечує правову визначеність, яка є гарантією правової безпеки особи в умовах демократичної правової держави.

¹ Докладніше з цього приводу див.: Бусова Н. А. Модернізація, раціональність і право. — Харьков: Прометей-Прес, 2004. — С. 30–31.

² Кабриак Р. Кодифікації. — С. 114.

³ Див., наприклад: *Brumarescu v. Romania*, Judgment of 28 October 1999. Reports. 1999-VII.

⁴ Хорольський Р. Застосування закону з нечітким змістом (досвід США та європейських судів і можливість його застосування в Україні) // Укр. прав. часопис. — 2004. — Вип. 6 (11). — С. 45.

Правова визначеність прямо не фігурує в установчих договорах Європейського Союзу, однак визнана Судом ЄС як загальний принцип права ЄС. Це є природним, ураховуючи той факт, що даний принцип притаманний більшості правових систем держав — членів ЄС. Слід зазначити, що Суд ЄС, розробляючи концепцію правової визначеності, зупинився на її німецькій моделі¹.

Правова визначеність розглядається в праві ЄС як зобов'язання державних владних органів забезпечити особам *легкість з'ясування права* і *можливість скористатися цим правом у разі необхідності*.

Легкість з'ясування права забезпечується завдяки вимозі зрозумілості та точності законодавства ЄС. Крім того, правова визначеність вимагає, щоб застосування законодавства було передбачуваним для індивідів. У праві ЄС це завдання вирішується за допомогою різних концепцій, найважливішими з яких є відсутність у законів зворотної сили (*non-retroactivity*), закріплені (надані) права (*vested rights*)² і законні (правомірні) очікування (*legitimate expectations*).

Найбільш цікавим для сприйняття українською правовою системою є принцип законних очікувань. Він означає, що правові заходи ЄС не повинні вводити в оману особу, яка переконана, що досягне певного результату, якщо буде діяти відповідно до правових норм. Однак принцип законних очікувань підлягає певним обмеженням. Перше з них — критерій доцільності: право захищає очікування лише розсудливих і обачних осіб. Друге — критерій законності. Тому на цей принцип можна посилалися лише у випадку, коли очікування мають законний характер³.

Тепер розглянемо проблеми, пов'язані із застосуванням принципу правової визначеності в *правовій системі України*. Насамперед зазначимо, що в законах він у прямій формі не закріплений. Проте у нас є всі підстави стверджувати, що цей принцип все ж таки сприйнятий Конституцією України і національним правом. Про це свідчить відповідна практика Конституційного Суду України, а також факти нормативно-правового закріплення основних вимог, що складають зміст принципу правової визначеності (зокрема, у тексті Конституції України).

¹ Кернз В. Вступ до права Європейського Союзу: Пер. з англ. — К.: Знання: КОО, 2002. — С. 105.

² Цей принцип є доповненням до правила про закон, що не має зворотної сили, і стосується таких прав, які надані фізичним особам і які наступне законодавство не може зменшувати або скасовувати. Певний аналог указанного принципу закріплений у ст. 22 Конституції України.

³ Докладніше про принцип законних очікувань та практику Суду ЄС щодо його застосування див.: Хартли Т. К. Основы права Европейского сообщества. — С. 158–161; Кернз В. Вступ до права Європейського Союзу. — С. 107.

Так, досліджуючи акти Конституційного Суду України, можна знайти непрямі посилання на принцип правової визначеності. Наприклад, у рішенні від 22 вересня 2005 р. № 5-рп/2005 у справі про постійне користування земельними ділянками Суд зауважує, що із конституційних принципів рівності і справедливості випливає *вимога визначеності, ясності та недвозначності правової норми*, оскільки інше не може забезпечити її однакове застосування, не виключає необмеженості трактування в правозастосовній практиці й неминуче призводить до сваволі¹. У рішенні від 24 березня 2005 р. № 2-рп/2005 у справі про податкову заставу² і у висновку від 2 червня 1999 р. № 2-в/99 у справі про внесення змін до ст. 46 Конституції України³ Суд наголошує на важливості визначеності відносин між людиною і державою. У рішенні від 13 травня 1997 р. № 1-зп у справі щодо несумісності депутатського мандата⁴ зазначається, що закріплення заборони зворотної дії законів у часі є гарантією стабільності суспільних відносин, породжуючи у громадян впевненість у тому, що їхнє існуюче становище не буде погіршене прийняттям більш пізнього закону. А в рішенні від 5 квітня 2001 р. № 3-рп/2001 у справі про податки⁵ Суд розглядає закріплення принципу незворотності дії законів у часі як гарантію безпеки людини і громадянина, довіри до держави. Принцип довіри особи до держави згадується також у рішенні від 9 липня 2007 р. № 6-рп/2007 у справі про соціальні гарантії громадян⁶.

Проаналізуємо основні вимоги, що складають зміст принципу правової визначеності. На нашу думку, вони впливають з ідей передбачуваності права, легкого з'ясування і користування правом. Оскільки згадані ідеї мають втілюватися як у процесі правотворчості, так і в процесі реалізації права (правозастосування), це логічно обумовлює *дві групи відповідних вимог*: вимоги до норм права (нормативно-правових актів) і вимоги до їх застосування.

Вимоги до норм права (нормативно-правових актів) можуть бути розподілені на вимоги змістовні та процедурні.

1. *Вимоги до змісту норм права (нормативно-правових актів)*

Серед цих вимог насамперед слід виділити такі: норми (акти) мають бути зрозумілими (доступними), несуперечливими і повинні пропонувати повне врегулювання суспільних відносин, не допускаючи іс-

¹ Офіційний вісник України. — 2005. — № 39. — Ст. 2490.

² Там само. — 2005. — № 13. — Ст. 674.

³ Там само. — 1999. — № 24. — Ст. 1121.

⁴ Там само. — 1997. — Чис. 20. — С. 117.

⁵ Там само. — 2001. — № 43. — Ст. 1933.

⁶ Там само. — 2007. — № 52. — Ст. 2132.

нування прогалин. Крім того, додаткові вимоги щодо заборони широких дискреційних повноважень стосуються норм, які визначають компетенцію державних органів.

Ці вимоги тісно переплетені між собою, мають єдине ідеологічне обґрунтування. Порушення хоча б однієї з них може призвести до невизначеності змісту правової норми. Зазначимо, що вони впливають із конституційного принципу рівності всіх перед законом і судом, оскільки така рівність може бути забезпечена лише за умови однакового розуміння та тлумачення норми всіма правозастосовувачами. Незрозумілість, неповнота норми права або її суперечність щодо іншої норми, навпаки, допускають можливість необмеженого розсуду в процесі правозастосування і можуть призвести до свавілля, а значить — до порушення принципів рівності, справедливості та верховенства права. Усе це, підкреслює Конституційний Суд України в рішенні від 30 жовтня 1997 р. № 5-зп у справі К. Г. Устименка¹, негативно позначається на стані забезпечення конституційних прав і свобод людини і громадянина.

1.1. *Тексти нормативно-правових актів*, наскільки це можливо, повинні бути зрозумілими (доступними) кожному. Це означає, що вони мають бути максимально простими, стислими і ясними (точними і однозначними), системними і послідовними. Ще з часів Давньої Греції ідея визначеності закону була еквівалентна ідеї точного письмового формулювання, що утворює так звану короткострокову визначеність права — визначеність щодо змісту закону в будь-який момент часу². Необхідність дотримання цих вимог була також усвідомлена римськими юристами, які стверджували: коли закон є невизначеним — закону немає (*ubi jus incertum, ubi nullum*). Окремі прояви цих вимог можна знайти і у вітчизняному законодавстві. Так, у Законі України «Про систему оподаткування» серед принципів оподаткування задекларовано принцип доступності — забезпечення дохідливості норм податкового законодавства для платників податків і зборів (обов'язкових платежів).

Для того щоб виключити появу норми, текст якої залишиться незрозумілим для її адресата, при створенні актів потрібно додержуватися правил юридичної техніки. Наприклад, зрозумілість і доступність породжує певні вимоги до юридичної термінології, до побудови нормативних речень, до структури тексту нормативного акта тощо³.

¹ Офіційний вісник України. – 1997. – Чис. 46. – С. 126.

² Леони Б. Свобода и закон. – С. 91–92, 99.

³ З цього приводу див. наприклад: Справочник по нормотворческой технике. – С. 24–47.

Необхідний мінімум визначеності правової норми часто дуже важко встановити. А. Соколов на підставі німецького правового досвіду пропонує таку формулу: законодавець повинен формулювати норму так точно, як це тільки гранично можливо у світлі проблеми, що потребує регулювання¹. Наприклад, підвищені вимоги до точності пред'являються до норм законів, що регламентують питання позбавлення волі. А от положення Конституції через їх найбільш загальний характер можуть бути менш точними, ніж положення інших законів.

Можливість визнання тієї чи іншої норми недійсною (неконституційною) внаслідок її невизначеності пов'язана із з'ясуванням того, чи вона сама по собі або в системі правового регулювання є настільки неясною для суб'єктів права, що на її основі об'єктивно неможливе формування однакової правозастосовної практики, а правозастосовні органи отримують у межах цієї норми надмірну свободу розсуду щодо її тлумачення та застосування; саме така невизначеність неминуче створює загрозу владного свавілля і порушення принципу рівності всіх перед законом². Тому зазвичай лише суттєве порушення вимог правової визначеності приводить до визнання недійсності (неконституційності) норм права.

У практиці Конституційного Суду України ми знайшли лише дві справи, в яких норма закону була визнана неконституційною через її невизначеність. Так, рішенням від 10 жовтня 2001 р. № 13-рп/2001 у справі про заощадження громадян³ Суд, зокрема, визнав таким, що не відповідає Конституції України, положення ст. 7 Закону України «Про державні гарантії відновлення заощаджень громадян України». Обґрунтовуючи власне рішення, Суд зазначив, що словосполучення «інших обставин» як одна з умов повернення відновлених вкладів допускає його довільне тлумачення у процесі застосування Закону, що може призвести до порушення рівності власників відновлених і проіндексованих вкладів у їх правообмеженні на повернення цих вкладів.

Рішенням від 22 вересня 2005 р. № 5-рп/2005 у справі про постійне користування земельними ділянками Суд визнав неконституційними положення п. 6 розд. X «Перехідні положення» ЗК щодо зобов'язання переоформити право постійного користування земельною ділянкою на право власності або право оренди без відповідного законодавчого, організаційного та фінансового забезпечення. Суд пояснив це невизначеністю словосполучення «переоформити у встановленому порядку»,

¹ Соколов А. Н. Правовое государство: от идеи до ее материализации. – С. 168.

² Див. з цього приводу: Крусс В. И. Теория конституционного правопользования. – М.: Норма, 2007. – С. 445.

³ Офіційний вісник України. – 2001. – № 42. – Ст. 1895.

яке було використано без посилання на відповідні норми Кодексу або інших законів, і відсутністю в законодавстві спеціальних норм щодо такого порядку переоформлення. На думку Суду, таке нормативне рішення ускладнює переоформлення і призводить до його довільної реалізації на практиці.

Багатшою в цьому аспекті є практика Конституційного Суду Російської Федерації. Він неодноразово визнавав неконституційними приписи актів з мотивів їх невизначеності за змістом: зокрема, були скасовані положення закону, які передбачали відповідальність за різні склади правопорушень, що недостатньо розмежовані між собою; норми, диспозиції яких не встановлювали заздалегідь точні умови, за яких може мати місце відповідальність; норми, в яких використані невизначені поняття, що не мають юридичного змісту і неоднаково тлумачаться при застосуванні¹.

Одним із засобів усунення недостатньої визначеності норми права може бути застосування найбільш сприятливого для особи тлумачення цієї норми. На сьогодні правило про так званий конфлікт інтересів на законодавчому рівні закріплено лише в податковому і господарському праві (щодо перевірок суб'єктів господарської діяльності).

Так, згідно з підп. 4.4.1 п. 4.4 ст. 4 Закону України «Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами та державними цільовими фондами» в разі, коли норма закону чи іншого нормативно-правового акта або норми різних законів чи різних нормативно-правових актів припускають неоднозначне (множинне) трактування прав та обов'язків платників податків або контролюючих органів, рішення приймається на користь платника податків, а не контролюючого органу.

Аналогічне правило містить ч. 7 ст. 4 Закону України «Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності», що встановлює обов'язок прийняття рішення на користь суб'єкта господарювання у разі, якщо норма закону чи іншого нормативно-правового акта, виданого відповідно до закону, припускає неоднозначне тлумачення прав і обов'язків суб'єкта господарювання або органу державного нагляду (контролю) та його посадових осіб.

1.2. *Нормативно-правові акти повинні бути несуперечливими.* Ця вимога з давніх часів тлумачиться як важлива умова забезпечення визначеності права. Так, відповідно до конституції «Cordi» метою ство-

¹ Див., наприклад: постанови Конституційного Суду РФ від 8 жовтня 1997 р. № 13-П, від 11 березня 1998 р. № 8-П, від 15 липня 1999 р. № 11-П, від 30 січня 2001 р. № 2-П.

рення кодексу імператорських конституцій імператора Юстиніана було подолання неузгодженостей у праві¹. В українській правовій системі суперечливість законів не розглядається як підстава для визнання їх неконституційними. Одним із засобів усунення суперечності в даному випадку може бути застосування вищезгаданого правила про конфлікт інтересів. На нашу думку, подібне правило є справедливим: якщо держава не здатна забезпечити видання зрозумілих правил, то саме вона і повинна розплачуватися за свої недоліки, потерпаючи від негативних наслідків, зокрема у вигляді недонадходження коштів до бюджету. Вважаємо, що, керуючись принципом верховенства права, аналогічне правило доцільно поширити й на інші галузі публічного права.

1.3. *Нормативно-правові акти повинні пропонувати повне врегулювання суспільних відносин, не допускаючи існування прогалін.* Конституційний Суд України в рішенні від 30 травня 2001 р. № 7-рп/2001 у справі про відповідальність юридичних осіб² підкреслює небезпеку практики неповного правового регулювання суспільних відносин. Так, Суд вважає неповним і таким, що не відповідає конституційному визначенню України як правової держави, стан регулювання притягнення юридичних осіб до відповідальності за порушення законодавства в публічних сферах (зокрема, відсутність норм щодо строків застосування заходів впливу, порядку оскарження рішень про накладення стягнення).

А в уже згаданому рішенні у справі про заощадження громадян Суд, зазначає, що відсутність саме в законі конкретних етапів, термінів повернення заощаджень та обсягів бюджетних асигнувань може призвести до повної втрати громадянами своїх вкладів, тобто до порушення їх конституційного права власності. Схожі претензії до законодавця були висловлені в рішенні у справі про постійне користування земельними ділянками. Суд констатував відсутність чітких матеріально-правових і процесуальних гарантій зміни громадянами юридичного титулу права постійного користування земельною ділянкою на право власності чи право оренди, зауваживши, що порядок переоформлення права користування земельною ділянкою має бути врегульований у ЗК або інших законах шляхом визначення об'єктів, суб'єктів та основних стадій набуття прав на земельні ділянки.

1.4. *Норми не повинні наділяти державні органи широкими дискреційними повноваженнями.* Як вже зазначалося, законодавче обмеження адміністративної дискреції (свободи дій) — визначальна проблема

¹ Сильвестрова Е. В. Lex generalis. Императорская конституция в системе источников греко-римского права V–X вв. н. э. – С. 19.

² Офіційний вісник України. – 2001. – № 24. – Ст. 1076.

сучасності; така дискреція — це шпарина, через яку може втекти свобода кожної людини¹. Надання державним органам широких дискреційних повноважень у їх відносинах з громадянином призводить до підвищення рівня свавілля в діяльності цих органів і до зменшення здатності особи передбачити їх дії. Через це, поза всяким сумнівом, потерпає правова визначеність.

З практики Європейського суду з прав людини випливає, що один із способів законодавчого обмеження свободи розсуду органів виконавчої влади — чітко визначення підстав, меж і способів здійснення компетентним органом владних повноважень. Зокрема, несумісними з визначеністю права є надання повноважень без встановлення обов'язковості їх здійснення, відсутність конкретних життєвих обставин, за наявності яких можливе застосування певних повноважень, надання повноважень за допомогою невизначених правових понять. Заради обмеження свавілля при використанні розсуду державний орган зобов'язаний використовувати право розсуду відповідно до мети повноваження: застосовуючи дискреційну норму, орган повинен вивчити значення і мету надання йому певних повноважень і враховуючи це підходити до вирішення окремих випадків². Зрозуміло, що для цього мета повноваження має бути чітко сформульована в законі. Інший важливий шлях обмеження свободи розсуду — зробити дискреційні дії органів державної влади предметом судового нагляду, тому що саме суд надає найкращі гарантії незалежності, неупередженості та належної процедури³.

Певні кроки в напрямку обмеження свободи розсуду державних органів зроблені також Україною. Так, у ст. 19 Конституції щодо державних органів закріплено спеціально дозвільний правовий режим: органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України. Стаття 22 Конституції підкреслює, що конституційні права і свободи гарантуються і не можуть бути скасовані, забороняючи при прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод. Стаття 92 Конституції встановлює коло питань, які через свою особливу важливість можуть бути визначені виключно законами (наприклад, це права і свободи людини і громадянина, гаран-

¹ Гаек Ф. А. Конституція свободи. — С. 218.

² Демпе Й. Некоторые вопросы административного производства в ФРГ [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://www.cis-legal-reform.org/publication/voprosy-administrativnogo-proisvodstvo.ru.htm>.

³ Про зазначені способи обмеження свавілля див., наприклад: Klass and Others v. Federal Republic of Germany, Judgment of 6 October 1978. Series A. No 28.

тії цих прав і свобод; основні обов'язки громадянина). Таким чином, Конституція прямо забороняє нормативне втручання в зазначені сфери з боку органів виконавчої влади. Стаття 55 Конституції гарантує право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб, а ст. 124 поширює юрисдикцію судів на всі правовідносини, що виникають у державі. Згідно з п. 2 ч. 3 ст. 2 КАС у справах щодо оскарження рішень, дій чи бездіяльності суб'єктів владних повноважень адміністративні суди перевіряють, чи прийняті (вчинені) вони з використанням повноваження з метою, з якою це повноваження надано.

2. Процедурні вимоги до нормативно-правових актів

Для того щоб особа мала можливість покластися на норми права, її слід заздалегідь проінформувати про них. Інакше зусилля щодо формулювання змісту актів зводяться нанівець. Вимоги, що супроводжують створення й оприлюднення нормативно-правових актів та спрямовані на забезпечення своєчасного інформування осіб про зміст актів, можна умовно іменувати процедурними. Їх порушення зазвичай підриває сталість правовідносин, позбавляє громадян впевненості в стабільності свого правового становища, не дозволяє планувати свою поведінку. Таким чином, загальним підґрунтям цієї групи вимог є принцип законних (правомірних) очікувань.

Перелічимо найважливіші процедурні вимоги, з дотриманням яких пов'язується правова визначеність:

2.1. *Вимога про обов'язкове оприлюднення актів.* Продовжуючи думку Л. Фуллера, підкреслимо, що правова система з неоприлюдненими законами могла б існувати лише як гротеск, гідний фантазії Льюїса Керола і Франца Кафки¹. Ця вимога знайшла своє відображення в ст. 57 Конституції України, згідно з якою закони та інші нормативно-правові акти, що визначають права і обов'язки громадян, мають бути доведені до відома населення у порядку, встановленому законом. Якщо ж ці акти не доведені до відома населення, вони є нечинними.

2.2. *Вимога, що забороняє зворотну силу актів.* За образним висловом Л. Фуллера, запитувати, як треба оцінювати якусь уявну правову систему, що складається лише із законів зі зворотною силою, — це все одно що запитувати, який рівень атмосферного тиску є в повному вакуумі². Зазначена вимога закріплена в ст. 58 Конституції України: закони та інші нормативно-правові акти не мають зворотної дії в часі, крім випадків, коли вони пом'якшують або скасовують відповідальність

¹ Фуллер Лон Л. Мораль права. — С. 75.

² Там само. — С. 56.

особи. Надання законам зворотної сили неприпустиме не тільки шляхом прямої вказівки про це в самому законі, але й через прийняття законів, які за своїм змістом мають таку силу, хоча б і без спеціальної вказівки про це в тексті закону. Неприпустимим є також надання законам зворотної сили в актах офіційного тлумачення чи правозастосовною практикою.

2.3. *Вимога розумної стабільності права*, що забезпечує незмінність правових приписів протягом певного періоду й обумовлює заборону їх частих змін. Ще Арістотель попереджав, що легковажна заміна чинних законів іншими послаблює силу закону, і пропонував підходити до цієї справи з якнайбільшою обачністю¹. Ця ідея покладена в основу так званої довгострокової концепції визначеності закону, розробленої римлянами, відповідно до якої закон не може бути змінено раптово чи непередбаченим чином². Дана вимога знайшла своє втілення в законодавстві України. Зокрема, у Законі України «Про систему оподаткування» задекларовано принцип стабільності, який передбачає забезпечення незмінності податків і зборів (обов'язкових платежів) і їх ставок, а також податкових пільг протягом бюджетного року. Проте, на жаль, ми вимушені констатувати непоодинокі порушення цієї вимоги на практиці. Наприклад, за десять років існування (1997–2007) Закону «Про оподаткування прибутку підприємств» (у редакції від 22 травня 1997 р. № 283/97-ВР) було прийнято 98 законів, що вносили зміни та доповнення до нього. За той же час Закон «Про податок на додану вартість» від 22 травня 1997 р. № 168/97-ВР змінювався 128 разів.

2.4. *Вимога послідовності правотворчості*, що включає насамперед заборону необґрунтованих змін. В Україні зроблені спроби закріпити цю вимогу в поточному законодавстві. Так, Закон України «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності» від 11 вересня 2003 р. № 1160-IV проголошує принцип передбачуваності, який означає послідовність регуляторної діяльності, відповідність її цілям державної політики, а також планам із підготовки проектів регуляторних актів, що дозволяє суб'єктам господарювання здійснювати планування їхньої діяльності. Однак на практиці цієї вимоги також не завжди дотримуються.

2.5. *Вимога надання достатнього часу для змін у системі правовідносин, викликаних прийняттям нового закону*. Зміну норм права доцільно проводити за умови завчасного попередження про неї: вона не повинна набувати чинності настільки швидко, щоб для пристосуван-

¹ Арістотель. Політика. – С. 53–54.

² Леони Б. Свобода и закон. – С. 103.

ня до нового стану права залишилось занадто мало часу. Крім того, закон має містити перехідні положення, які б спрощували зміну старих правил на нові та дозволяли особі адаптуватися до змін. У конкретній ситуації слід знайти оптимальний баланс між принципом правомірних очікувань і зацікавленістю держави в негайній реалізації вимог нового закону. У випадках, коли негайна дія акта може спричинити значну шкоду майновим інтересам особи і потребуватиме суттєвих зусиль для швидкої перебудови відносин, яка не обумовлена адекватним публічним інтересом, законодавець повинен вдаватися до надання законам переживаючої дії.

На нашу думку, принципу правомірних очікувань у багатьох ситуаціях не відповідає поширена практика набуття чинності законами з моменту їх опублікування. У такому разі адресат закону позбавлений можливості вчасно з ним ознайомитися і перебудувати свою діяльність відповідно до нього.

Вимоги до застосування нормативно-правових актів

Оскільки існування права пов'язується не з правилами, а з їх ефективною реалізацією, принцип правової визначеності обумовлює цілу низку вимог до застосування нормативно-правових актів:

1. *Нормативно-правові акти повинні виконуватися*. Закону притаманна вимога його регулярного дотримання, оскільки без цього атрибуту він навряд чи буде мати право взагалі іменуватися законом¹. Закон, що є «мертвою літерою», має нульовий внесок у справу формування правової визначеності та безпеки. На жаль, в Україні зустрічаються випадки прийняття законів, виконання яких практично не забезпечується. Так, Закон України «Про обов'язкове страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів» набув чинності з 1 січня 2005 р., проте більшість власників транспортних засобів, беручи до уваги відмову держави від застосування механізму примусу, і дотепер не виконали свій обов'язок щодо страхування.

Важливо підкреслити, що вимога виконання законів стосується не тільки громадян, але й самої держави. На думку Г. Радбруха, гарантія дії законів була б пустим звуком, якщо б сама держава звільнялася від підкорення цим законам².

2. *Повинна існувати практика уточнення (конкретизації) змісту нормативно-правових актів*. Норма права, як відомо, не регламентує деталі, оскільки правотворець не може точно передбачити всього розмаїття конкретних справ, що виникають у практиці й у майбутньому

¹ Ллойд Д. Идея права. – С. 110.

² Радбрух Г. Философия права. – С. 202–203.

будуть підпадати під її регулювання. Більше того, таке передбачення в деяких ситуаціях взагалі є недоцільним. Позитивна норма — ригідна, формальна, попередньо встановлена, ураховуюча а ргіогі всі можливі ситуації — віджила своє¹. Право сучасного суспільства, як ніколи, має потребу в гнучких нормах, не переходячи при цьому, звичайно, межу розумного. Саме такі норми є гарантією та інструментом розвитку права, оскільки, характеризуючись свідомою невизначеністю, вони заздалегідь здатні до того, щоб адаптуватися в майбутньому до неминучих змін у житті суспільства². В іншому випадку норми будуть «занадто закам'янілими і казуїстичними» (Конституційний Суд ФРН³). Тому в наданні закону додаткової ясності та чіткості важлива роль належить судам, які тлумачать і застосовують його положення щодо конкретних життєвих ситуацій.

3. *Повинна існувати практика однакового застосування закону.* Природно, що право не можна тлумачити та застосовувати сьогодні і тут так, а завтра і в іншому місці — інакше. Державна влада зобов'язана дотримуватись обраної правової позиції та не відхилятися від неї доти, доки не з'являться вагомі й виправдані підстави змінити її і звернутися до нового розуміння тієї чи іншої норми⁴. Тільки так можна досягти тієї необхідної сталості та впевненості, які нерозривно пов'язані із самим поняттям права.

Проте ми вимушені констатувати наявність порушень цієї вимоги як у діяльності суду, так і в діяльності виконавчих органів. Свою стурбованість щодо різних і часто суперечливих підходів до застосування та тлумачення внутрішнього законодавства українськими судовими органами висловлював навіть Європейський суд з прав людини⁵. Яскравим прикладом такого порушення є стан розгляду справ, пов'язаних з оподаткуванням на додану вартість операцій із передавання векселів

¹ Гарпон А. Хранитель обещаний: суд и демократия. – С. 306.

² Познер Р. Проблемы юриспруденции. – С. 188.

³ Шевчук С. Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні. – С. 323.

⁴ Циппеліус Р. Юридична методологія. – С. 119.

⁵ Так, у п. 79 рішення у справі Совтрансавто-Холдинг проти України від 25 липня 2002 р. зазначалося: «...Суд не може не висловити свою стурбованість щодо різних та часто суперечливих підходів до застосування та тлумачення внутрішнього законодавства українськими судовими органами: Вищий арбітражний суд двічі скасовував рішення судів нижчої ланки у зв'язку з тим, що останні не застосували відповідним чином законодавство, не розглянули належним чином та глибоко факти у справі та аргументи заявника і що висновки, зроблені ними, були передчасними і суперечливими (§ 17 і § 36)» (Рішення у справі Совтрансавто-Холдинг проти України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.nau.kiev.ua/nau10/ukr/getcent.php?uid=1014.2222.1&nobreak>).

за індосаментом, господарськими судами першої, апеляційної і касаційної інстанцій¹. Концепція вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів розглядає забезпечення однаковості судової практики як один із важливих заходів, спрямованих на утвердження верховенства права. У Концепції підкреслюється, що судові рішення мають відповідати критеріям юридичної визначеності й однаковості практики і цього необхідно досягати незалежно від якості законодавства, яке, не виключено, може бути нечітким, суперечливим або таким, що містить прогалини².

4. *Рішення судів щодо застосування закону повинні бути остаточними й обов'язковими та підлягати виконанню.* Принцип правової визначеності вимагає, щоб судові рішення, у якому певне питання одержало остаточне вирішення, не ставилося під сумнів³. Реалізація даної вимоги пов'язана, зокрема, із упровадженням у національну правову систему принципу *res judicata*⁴. Однак на практиці ця вимога все ж таки порушується. Так, факт її порушення відзначався в рішенні Європейського суду з прав людини у справі Совтрансавто-Холдинг проти України⁵.

¹ Докладніше про це див.: Погребняк С. Темный лес векселей и такая же темная судебная практика // Бухгалтер. – 2005. – № 22. – С. 40–42.

² Офіційний вісник України. – 2006. – № 19. – Ст. 1376.

³ Обов'язковість цієї вимоги як складової принципу правової певності для національної правової системи підкреслюється в рішенні Європейського суду з прав людини у вищезгаданій справі *Brumarescu v. Romania* (Брумареску проти Румунії).

⁴ *Res judicata* (лат.) – правовий принцип, згідно з яким неприпустимо повторно розглядати справу, щодо якої вже винесено судові рішення. Сам термін походить від давньоримської максими «*Res judicata pro veritate accipitur*» (розглянута справа приймається за істинно вирішену) (Покровский И. А. История римского права. – СПб.: Изд.-торговый дом «Летний Сад»: Журн. «Нева», 1999. – С. 160).

На обов'язковості цього принципу для національної правової системи наголошується в рішенні Європейського суду з прав людини у вищезгаданій справі *Brumarescu v. Romania* (Брумареску проти Румунії). Нагадаємо, що в цій справі Суд констатував порушення права заявника на справедливий судовий розгляд у зв'язку з тим, що Верховний суд на основі скарги, поданої Генеральним прокурором, закрит провадження у справі, у результаті чого було винесено остаточне рішення суду, і скасував це рішення.

⁵ Суд зауважив (див. пп. 72–74), що одним з основних елементів верховенства права є принцип правової певності, який серед іншого передбачає, що в будь-якому спорі рішення суду, яке набрало сили закону, не може бути поставлено під сумнів (Брумареску проти Румунії, § 61). Суд відзначив, що у зв'язку з тим, що в період, який стосується цієї справи, Голова Вишого арбітражного суду, Генеральний прокурор чи їх заступники, відповідно до ст. 97 Арбітражного процесуального кодексу України, мали повноваження оскаржувати остаточні рішення суду шляхом внесення протесту. Таке повноваження мало дискреційний характер, унаслідок чого остаточні рішення суду могли бути в будь-який час скасовані.

Ще одна складова правової визначеності — право на виконання судового рішення, яке є ніби продовженням права на судовий захист. На цей аспект звертав увагу ще Арістотель. «Не було б ніякої користі у правосудді, — вважав Стагірит, — якби присуди, ухвалені судом, не виконувалися»¹. Як зазначає з того самого приводу більш ніж через дві тисячі років Європейський суд з прав людини, право на суд було б ілюзорним, якщо б правова система держави дозволяла остаточному, обов'язковому судовому рішенню не діяти². Порушення цієї вимоги, на жаль, зустрічається на практиці. Наприклад, виконання рішення суду без невинуватених затримок зафіксовано Європейським судом з прав людини в рішенні у справі Войтенко проти України від 29 червня 2004 р.³ Тому в Концепції вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів спеціально наголошується на необхідності забезпечення ефективного судового захисту, який несумісний із невиконанням або неналежним виконанням судових рішень і відсутністю контролю суду за їх виконанням.

Отже, усе вищевикладене підтверджує наше припущення про сприйняття принципу правової визначеності українською правовою системою. Він ґрунтується на конституційних принципах правової держави, верховенства права і рівності (статті 1, 8 і 24 Конституції України), а вимоги, що випливають з цього принципу, втілені у статтях 19, 22, 55, 57, 58, 92 і 124 Конституції України, в положеннях поточного законодавства, в актах Конституційного Суду України.

§ 3. Принцип пропорційності

В умовах правової держави заборона надмірного державного втручання у свободу особи розглядається як аксіоматична вимога: держава має право обмежувати права людини тільки тоді, коли це дійсно необ-

¹ Арістотель. Політика. — С. 177.

² Hornsby v. Greece, Judgment of 19 March 1997. Reports. 1997-II.

³ У п. 39 рішення Суду нагадав, що ефективний доступ до суду включає право на те, щоб рішення суду було виконане без невинуватених затримок. Проте затримка виконання судового рішення на період, необхідний для вирішення проблем публічного порядку, може у виняткових випадках бути виправдана. Виходячи з припущення, що потреба в бюджетному асигнуванні на виплату державних боргів може спричинити певні затримки у виконанні рішень, Суд, однак, вирішив, що, не передбачивши таких асигнувань протягом трьох років підряд, держава-відповідач не виконала своїх зобов'язань за ст. 6-1 Конвенції (п. 42 рішення) (Рішення у справі Войтенко проти України [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.nau.kiev.ua/nau10/ukr/getcent.php?uid=1014.3463.1⟨#x27E9;>

хідно, і тільки в такому обсязі, в якому її заходи будуть співмірними з поставленою метою. Іншими словами, у цій сфері проголошується і діє принцип пропорційності (розмірності, або адекватності). Розумне співвідношення між цілями державного впливу і засобами їх досягнення повинне забезпечуватися при прийнятті та реалізації нормативно-правових актів.

На думку деяких дослідників, ідея пропорційності та елементи її змісту були відомі вже в античності та європейському середньовіччі¹. Проте як принцип вона бере початок у праві Німеччини. Дослідники знаходять її витоки в положеннях законів, що були впроваджені Фрідріхом Великим (зокрема, у Кодексі публічного права). Ці положення обмежували розсуд органів держави при здійсненні поліцейських функцій, уповноважуючи їх застосовувати тільки необхідні засоби для забезпечення громадського порядку, спокою та безпеки². Цей принцип можна знайти також у різних формулюваннях багатьох інших європейських правових систем. Наприклад, він деякою мірою схожий на англійську концепцію обґрунтованості (reasonableness)³.

Пропорційність — один із загальних принципів *права Європейського співтовариства*. Спочатку він був визнаний Судом ЄС, а згодом закріплений як загальний принцип в Угодах про утворення ЄС (зокрема, в ст. 5 Договору про заснування Європейського співтовариства).

У найзагальнішому вигляді принцип пропорційності в праві ЄС означає, що заходи Співтовариства не повинні виходити за межі того, що потрібно для досягнення цілей Договору про заснування Європейського співтовариства⁴. У більш розгорнутому формулюванні він звучить так: для досягнення певної мети органи влади не можуть накладати на громадян зобов'язання, які перевищують установлені межі необхідності, що випливають з публічного інтересу. Якщо встановлені зобов'язання явно непропорційні цілям, такий захід може бути визнаний

¹ Шлоер Б. Принцип адекватності в європейському та українському публічному праві // Укр. прав. часопис. — 2003. — № 3 (8). — С. 3.

² Гаджиев Г. А. Конституционные принципы рыночной экономики (развитие основ гражданского права в решениях Конституционного Суда Российской Федерации). — С. 71–72; Шевчук С. Значення загальноправового принципу пропорційності для визначення конституційності обмежень щодо реалізації конституційних прав і свобод (зарубіжний досвід) // Вісн. Акад. прав. наук України. — 2000. — № 1 (20). — С. 70.

³ Хартли Т. К. Основы права Европейского сообщества. — С. 161–162.

⁴ Протокол про застосування принципів субсидіарності та пропорційності // Конституційні акти Європейського Союзу / Упоряд. Г. Друзенко; За заг. ред. Т. Качки. — К.: Юстиніан, 2005. — Ч. I. — С. 294.

недійсним, оскільки збиток для тих, чий інтереси зачіпаються, перевищує позитивний результат, отриманий у публічних інтересах¹.

У Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, на відміну від права ЄС, принцип пропорційності прямо не закріплений. Незважаючи на це, він є одним із найважливіших принципів, який, мабуть, найбільш часто застосовується в практиці Європейського суду з прав людини². Аналіз практики Суду свідчить про те, що цей принцип пов'язаний насамперед із проблемою правомірності обмежень прав людини³. Наприклад, у рішенні у справі Жовнер проти України від 29 червня 2004 р. Європейський суд з прав людини підкреслив, що при оцінці втручання державної влади у використання права власності необхідно з'ясувати, чи дотримується справедлива рівновага між вимогами загального інтересу і вимогами захисту основних прав громадян. На думку Суду, повинно існувати пропорційно обґрунтоване співвідношення між метою обмеження певного права, зазначеною в Конвенції, і засобами, що використовуються державою для такого обмеження⁴. Питання про дотримання пропорційності досліджується Судом і при вирішенні інших категорій справ⁵.

Завдяки діяльності Суду в праві Конвенції щодо кожного з прав людини склалися критерії припустимого втручання держави, засновані на принципі пропорційності, унаслідок чого він набуває універсального значення. При цьому такі критерії стосуються як нормативно-правових, так і індивідуально-правових заходів. Так, незалежно від конкретних формулювань обмежень прав людини, при оцінці їхньої правомірності та виправданості Суд послідовно вирішує чотири групи питань: 1) чи було передбачене законом те обмеження (втручання), що заперечується; 2) чи переслідувало воно одну з легітимних цілей, зазначених у Конвенції; 3) чи було воно необхідним у демократичному

¹ Хартлі Т. К. Основы права Европейского сообщества. – С. 161.

² Старженецкий В. В. Россия и Совет Европы: право собственности. – М.: Городец, 2004. – С. 68–69.

³ Рабінович П. Європейські стандарти прав людини: онтологічні, гносеологічні та праксеологічні стандарти // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2003. – № 2–3 (33–34). – С. 115–119.

⁴ Офіційний вісник України. – 2004. – № 42. – Ст. 2820.

⁵ Докладніше про справи, при розгляді яких Європейський суд звертався до принципу пропорційності, див., наприклад: Гомьен Д., Харрис Д., Зваак Л. Европейская Конвенция о правах человека и Европейская социальная хартия: право и практика: Пер. с англ. – М.: МНИМП, 1998. – С. 281–284; Рабінович П. М. Європейські стандарти прав людини: онтологічні, гносеологічні та праксеологічні стандарти. – С. 115–119.

суспільстві; 4) чи було воно розмірним до тієї правомірної мети, яка досягалась¹.

Тепер розглянемо проблеми, пов'язані із застосуванням принципу пропорційності в правовій системі України. Насамперед зауважимо, що він не закріплений у прямій формі в Конституції України². Проте, на нашу думку, можна говорити про сприйняття цього принципу правовою системою України³. Про це, зокрема, свідчить відповідна практика Конституційного Суду України, а також положення українського законодавства, які визнають існування принципу пропорційності та закріплюють його вимоги. Крім того, можна згадати і певні історичні традиції⁴.

Так, досліджуючи акти Конституційного Суду України, можна знайти прямі й непрямі посилання на цей принцип. Наприклад, Конститу-

¹ Варламова Н. Верховенство права – базовий принцип европейской системы защиты прав человека // Конституц. право: Восточноевроп. обозрение. – 2002. – № 3 (41). – С. 161.

² Слід нагадати, що проект Конституції України (в редакції від 26 жовтня 1993 р.) містив розгорнуте формулювання принципу пропорційності, яке, на жаль, не попало в остаточний варіант Конституції. Так, частини 1 і 2 ст. 59 проекту передбачали:

«Конституційні права і свободи особи не можуть бути обмежені, крім випадків, передбачених цією Конституцією і прийнятими на її основі законами, з метою захисту прав і свобод інших осіб, охорони здоров'я та громадської безпеки.

Такі обмеження мають бути мінімальними і відповідати засадам демократичної держави» (Конституція незалежної України: У 3 кн. – Кн. I: Документи, коментарі, статті. – С. 279).

³ На жаль, проблема сприйняття Україною принципу пропорційності не отримала належної уваги. Так, А. Заєць зазначає, що на дотримання принципу пропорційності зорієнтована концепція Конституції України 1996 р. (Заєць А. П. Правова держава в контексті новітнього українського досвіду. – С. 109). У свою чергу Б. Шлоер зауважує, що українське право має всі необхідні елементи для застосування цього принципу (Шлоер Б. Принцип адекватності в європейському та українському публічному праві. – С. 25), а С. Шевчук вважає, що вже настав час для обговорення проблем дії цього принципу в Україні (Шевчук С. Значення загальноправового принципу пропорційності для визначення конституційності обмежень щодо реалізації конституційних прав і свобод (зарубіжний досвід). – С. 76). Це фактично всі дослідження з цього приводу.

⁴ На думку С. Шевчука, ідеї, близькі до принципу пропорційності, втілені ще в тексті першої української конституції Пилипа Орлика 1710 р. Вона встановлює: «Подібно до того, як Ясновельможному Гетьману з обов'язку його уряду належить керувати й наглядати за порядком щодо всього Війська Запорізького, так саме він повинен пильно дбати про те, щоб на рядовий і простий народ не покладати надмірних тягарів, утисків і надмірних вимог, бо підштовхнуті ними (люди), залишивши свої домівки, відходять, як правило, до чужих країв за межі рідної землі, або полешити подібні тягарі і шукати життя кращого, спокійнішого і легшого». «Надмірні тягарі, утиски та вимоги», про що йдеться у цій конституції, можна назвати також непропорційними обмеженнями на основні права та свободи (Шевчук С. Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні. – С. 319).

ційний Суд України прямо згадує про *принцип пропорційності* в рішенні від 2 листопада 2004 р. № 15-рп/2004 у справі про призначення судом більш м'якого покарання¹. У рішеннях від 24 березня 2005 р. № 2-рп/2005 у справі про податкову заставу² та від 12 червня 2007 р. № 2-рп/2007 у справі про утворення політичних партій в Україні³ йдеться про тісно пов'язану з пропорційністю конституційну *вимогу розмірності*. А в рішенні від 20 червня 2007 р. № 5-рп/2007 у справі щодо кредиторів підприємств комунальної форми власності⁴ Суд посилається на *розмірність (пропорційність)*. Вимоги, що випливають із принципу пропорційності, згадуються Конституційним Судом України в рішеннях від 7 липня 2004 р. № 14-рп/2004 у справі про граничний вік кандидата на посаду керівника вищого навчального закладу⁵, від 19 квітня 2001 р. № 4-рп/2001 у справі щодо завчасного сповіщення про мирні зібрання⁶, від 30 січня 2002 р. № 2-рп/2002 у справі про виборчу заставу⁷, від 29 грудня 1999 р. № 11-рп/99 у справі про смертну кару⁸ та ін.

Досліджуючи втілення цього принципу в поточному законодавстві України, слід звернути увагу, наприклад, на КАС від 6 липня 2005 р. № 2747-IV, що набрав чинності з 1 вересня 2005 р. Так, відповідно до п. 8 ч. 3 ст. 2 цього Кодексу адміністративні суди у справах щодо оскарження рішень, дій чи бездіяльності суб'єктів владних повноважень перевіряють, чи прийняті (вчинені) вони *пропорційно*, зокрема з дотриманням необхідного балансу між будь-якими несприятливими наслідками для прав, свобод та інтересів особи і цілями, на досягнення яких спрямоване це рішення (дія). Крім того, можна згадати про ч. 2 ст. 12 Закону України «Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності» від 5 квітня 2007 р. № 877-V, згідно з якою в разі застосування санкцій за порушення вимог законодавства, зокрема якщо законом передбачаються мінімальні та максимальні розміри санкцій, враховується принцип пропорційності порушення і покарання.

Характеризуючи принцип пропорційності, варто зазначити, що він, як і вся правова система, *ґрунтується на ідеї справедливості*. Відомо, що у праві реалізуються два аспекти справедливості: формальна і зміс-

товна справедливість¹. Принцип пропорційності тісно пов'язаний із змістовною справедливістю, яка вимагає, зокрема, пропорційності юридичної відповідальності вчиненому правопорушенню, відповідності цілей законодавця і засобів, що обираються для їх досягнення, встановлення і диференціювання публічно-правових обмежень залежно від конкретних обставин, які обумовлюють їх запровадження (див. вищезгадані рішення Конституційного Суду України про призначення судом більш м'якого покарання та про податкову заставу). Тільки так можна віддати кожному йому належне, а отже, досягти справедливості в правовому регулюванні.

Слід також звернути увагу на те, що принцип пропорційності має *фундаментальне значення для визначення обсягу дії основоположних прав і свобод людини та громадянина*. Як відомо, обмеження основоположних прав необхідні і можливі, проте вони ніколи не повинні порушувати певні межі, окреслені з обов'язковим урахуванням принципу пропорційності. Таким чином, цей принцип розглядається як важлива правова гарантія забезпечення прав і свобод².

Розглянемо основні вимоги, що складають зміст принципу пропорційності.

Мета встановлення певних правових обмежень повинна бути легітимною й істотною. Ця вимога сформульована Конституційним Судом України в рішенні від 7 липня 2004 р. № 14-рп/2004 у справі про граничний вік кандидата на посаду керівника вищого навчального закладу.

Для уникнення дискусій із цього приводу *законодавство досить часто встановлює ті цілі*, для досягнення яких можуть запроваджуватися певні обмеження. Наприклад, Конвенція визнає легітимними такі цілі: захист інтересів національної (державної) безпеки, територіальної цілісності, громадського порядку, громадського спокою, економічного добробуту країни; запобігання безладдю і злочинам; охорона здоров'я і моральності; захист прав і свобод інших осіб, приватного життя або репутації; дотримання інтересів дітей і неповнолітніх; забезпечення загального або публічного інтересу, інтересів правосуддя, його авторитету і неупередженості, а також сплати податків, інших зборів або штрафів; запобігання розголошенню інформації, отриманої конфіденційно. Схожий перелік цілей закріплює Конституція України.

Цілі можливих обмежень можуть конкретизуватися в поточному законодавстві. Так, згідно зі ст. 6 ГК державне регулювання економічних

¹ Офіційний вісник України. – 2004. – № 45. – Ст. 2975.

² Там само. – 2005. – № 13. – Ст. 674.

³ Там само. – 2007. – № 54. – Ст. 2183.

⁴ Там само. – № 48. – Ст. 1991.

⁵ Там само. – 2004. – № 28, ч. 1. – Ст. 1909.

⁶ Там само. – 2003. – № 28. – Ст. 1379.

⁷ Там само. – 2002. – № 6. – Ст. 245.

⁸ Там само. – 2000. – № 4. – Ст. 126.

¹ Докладніше про ці аспекти див. § 1 розд. 2 даної монографії.

² Шевчук С. Значення загальноправового принципу пропорційності для визначення конституційності обмежень щодо реалізації конституційних прав і свобод (зарубіжний досвід). – С. 70.

процесів обмежене такими цілями: необхідністю забезпечення соціальної спрямованості економіки, добросовісної конкуренції у підприємстві, екологічного захисту населення, захисту прав споживачів та безпеки суспільства і держави.

Природно, що закон, яким запроваджуються певні обмеження, повинен давати змогу визначити мету їх встановлення. У законі мета може бути виражена текстуально або ж втілена неявно, імпліцитно. Так, у преамбулі Закону України «Про особливості застосування Закону України «Про вибори Президента України» при повторному голосуванні 26 грудня 2004 року» від 8 грудня 2004 р. № 2221-IV прямо зазначається, що його норми (зокрема, ті, що встановлюють додаткові обмеження при виготовленні та видачі відкріплених посвідчень та при голосуванні за межами приміщення для голосування) прийняті з метою забезпечення реалізації громадянами України їх конституційних виборчих прав, дотримання засад загальних, рівних, вільних і справедливих виборів, законності, прозорості та відкритості виборчого процесу.

Проте часто мета запровадження певних обмежень виражена в неявній формі¹ й тому встановлюється при тлумаченні закону. Наприклад, Конституційний Суд України, досліджуючи питання про конституційність інституту грошової (виборчої) застави, установив, що метою цієї застави є обмеження чи усунення зловживання громадянином виборчим правом (передусім за рахунок платників податків), і визнав таку мету істотною і правомірною (див. рішення від 30 січня 2002 р. № 2-рп/2002 у справі про виборчу заставу). Судом була визнана істотною також мета встановлення інституту податкової застави. Суд зазначив, що цей спосіб забезпечення сплати податків спрямований на захист загальних інтересів і при його запровадженні законодавець діяв у межах Конституції України (див. рішення від 24 березня 2005 р. № 2-рп/2005 у справі про податкову заставу). Суд підкреслив, що обмеження у фінансуванні політичної діяльності іноземними державами, їх громадянами, підприємствами, установами, організаціями було введено п. 3 ст. 15 Закону «Про політичні партії в Україні» в інтересах національної безпеки (див. рішення від 12 червня 2007 р. № 2-рп/2007 у справі про утворення політичних партій в Україні).

Неможливість встановлення мети обмежень розглядається Конституційним Судом України як суттєвий недолік закону і в сукупності з іншими обставинами може призвести до визнання неконституційни-

¹ На нашу думку, така практика не є задовільною в умовах верховенства права. Відсутність вказівки на мету акта ускладнює оцінку його обґрунтованості та пропорційності, зменшує суспільну довіру до права.

ми положень закону, які запроваджують ці обмеження. Так, у рішенні у справі про граничний вік кандидата на посаду керівника вищого навчального закладу Суд зауважив, що ні положення Закону, ні позиції органів державної влади щодо встановленого граничного (шістдесятип'ятирічного) віку для кандидата на посаду керівника вищого навчального закладу третього або четвертого рівня акредитації не дають змоги визначити мету встановлення такого обмеження і визнав його неконституційним. Так само в рішенні Конституційного Суду України від 29 грудня 1999 р. № 11-рп/99 у справі про смертну кару наголошується, що мета призначення смертної кари за вироком суду залишилась юридично не визначеною.

Обмеження, що переслідують істотну мету, мають бути об'єктивно виправданими, обґрунтованими. Ця вимога також сформульована Конституційним Судом України в рішенні у справі про граничний вік кандидата на посаду керівника вищого навчального закладу і знайшла своє відображення у низці інших справ (див., зокрема, справу про утворення політичних партій в Україні та справу щодо кредиторів підприємств комунальної форми власності).

Аналогічний підхід використовує і Європейський суд з прав людини. Так, у справі Хохліч проти України від 29 квітня 2003 р. він розглядав правомірність обмеження кількості візитів родичів і посилок та бандеролей, які було дозволено отримувати ув'язненим. Таке втручання було розцінене як таке, що переслідує законну мету попередження безпорядків або злочинності, а самі заходи були визнані пропорційними цій меті¹.

Наприклад, у справі про виборчу заставу Конституційний Суд України на підставі світового досвіду зазначив, що її розмір повинен встановлюватися парламентом залежно від майнової спроможності переважної більшості населення країни. Порушення цієї вимоги може суттєво обмежити кількість претендентів на місця в парламенті, особливо від фінансово малозабезпечених партій (блоків) та кандидатів у депутати.

А в справі про податкову заставу Суд, не заперечуючи проти принципової можливості запровадження податкової застави для захисту суспільних інтересів, визнав таким, що не відповідає Конституції України, положення абзацу другого підп. 8.2.1 Закону України «Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами і державними цільовими фондами» від 21 грудня 2000 р. № 2181-III, згідно

¹ Рішення у справі Хохліч проти України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.coe.kiev.ua/hr/case/ua/ua06.html>.

з яким підставою виникнення такої застави є неподання або несвоєчасне подання платником податків податкової декларації. На його думку, податкова застава не може бути введена через неподання декларації, оскільки подібне обмеження права власності не є адекватним допущеному порушенню. Конституційний Суд також визнав неконституційним правило підп. 8.2.2 того ж Закону, яке поширювало право податкової застави на будь-які види активів платника податків. Це мотивоване тим, що Закон не виключав ситуації, за якої вартість заставлених активів могла перевищувала суму податкового зобов'язання чи податкового боргу. Це у свою чергу могло призвести до не виправданих і необґрунтованих обмежень прав платника.

Оцінюючи співвідношення цілей державної політики з питань банкрутства щодо комунальних унітарних підприємств та обмеження державою прав кредиторів названих підприємств на справедливий судовий розгляд, що закріплене у ч. 8 ст. 5 Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом», Конституційний Суд України дійшов висновку, що це обмеження є розмірним (пропорційним) та суспільно необхідним для задоволення нагальних потреб жителів територіальних громад, які можуть отримувати відповідні комунальні послуги виключно від таких категорій підприємств (див. рішення від 20 червня 2007 р. № 5-рп/2007 у справі щодо кредиторів підприємств комунальної форми власності). Цією нормою, на думку Суду, оптимально врівноважено права і законні інтереси жителів територіальних громад на отримання життєво необхідних послуг від комунальних унітарних підприємств, з одного боку, та права і законні інтереси кредиторів цих суб'єктів господарювання — з другого. Водночас Суд підкреслив, що аналогічне обмеження права на справедливий судовий розгляд не може вважатися розмірним (пропорційним) щодо кредиторів господарських товариств, у яких органи місцевого самоврядування є власниками корпоративних прав.

Вимога обґрунтованості заходів втілена і в законодавстві України. Зокрема, Закон України «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності» від 11 вересня 2003 р. № 1160-IV закріплює принцип доцільності — обґрунтованої необхідності державного регулювання господарських відносин з метою вирішення існуючої проблеми.

Окремим випадком *необґрунтованості* обмежень є положення нормативно-правових актів, що *покладають обов'язки, які неможливо виконати*. Ця вимога базується на відомому давньоримському принципі: *nemo ultra posse obligatus est* або *impossibilium nulla obligatio est*

(Цельс, Дигести, 50.17.185), тобто «нікого не можна зобов'язати до того, що він (або ніхто) не в змозі виконати»¹. На думку Б. Шлоера, критерієм оцінки щодо цієї вимоги є принцип можливості, тобто здатність адресата виконати те, що вимагається законом. При цьому йдеться як про юридичну можливість (можливість виконати законними шляхами), так і про фактичну можливість (об'єктивна можливість виконати певний обов'язок)².

Логічним розвитком вимоги про об'єктивну виправданість заходів є правило, згідно з яким *якщо існують менш обтяжливі шляхи досягнення цих цілей, вони мають бути використані* (див. рішення Конституційного Суду України у справі про граничний вік кандидата на посаду керівника вищого навчального закладу). Ту саму логіку можна побачити і в рішенні у справі про смертну кару, в якому Конституційний Суд України посилається на світовий і вітчизняний досвід, що доводить не виправданість смертної кари як ефективного засобу в боротьбі із злочинністю, і констатує, що ця міра покарання не належить до факторів, які стримують злочинність.

Ця вимога є природною в умовах правової держави, яка уособлює собою поміркованість здійснення публічної влади. У деяких країнах дослідження можливих альтернатив навіть є обов'язковою складовою юридичної експертизи проектів нормативних актів. Так, відповідно до абз. 2 § 85а Загального регламенту федеральних міністерств ФРН під час експертизи повинне вивчатися питання про наявність альтернативних рішень і даватися оцінка їх обсягу й інтенсивності у порівнянні з пропонованими заходами³. Якщо в розпорядженні держави є кілька приблизно однаково ефективних заходів, перевагу слід віддати найбільш м'якому, економному.

Правило про поміркованість знайшло своє відображення і в поточному законодавстві. Так, згідно зі ст. 5 Закону України «Про міліцію» від 20 грудня 1990 р. № 565-ХІІ міліція тимчасово, в межах чинного законодавства, обмежує права і свободи громадян, якщо без цього не можуть бути виконані покладені на неї обов'язки, й зобов'язана дати їм пояснення з цього приводу.

Закон України «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності» закріплює принципи адекватності й ефек-

¹ Вважається, що цей принцип втілено, зокрема, у ст. 607 ЦК, згідно з якою зобов'язання припиняється неможливістю його виконання у зв'язку з обставиною, за яку жодна із сторін не відповідає.

² Шлоер Б. Принцип адекватності в європейському та українському публічному праві. – С. 11–12.

³ Справочник по нормотворческой технике. – С. 104.

тивності. Перший визначається як відповідність форм і рівня державного регулювання потребі у вирішенні існуючої проблеми та ринковим вимогам з урахуванням усіх прийнятних альтернатив, а другий — як забезпечення досягнення внаслідок дії регуляторного акта максимально можливих позитивних результатів за рахунок мінімально необхідних витрат ресурсів суб'єктів господарювання, громадян і держави.

Вимога об'єктивної виправданості, обґрунтованості правових обмежень означає також, що *розмір (обсяг) самого публічно-правового обмеження має бути диференційований* залежно від конкретних обставин (див. рішення Конституційного Суду України про податкову заставу і про призначення судом більш м'якого покарання).

Наприклад, на думку Суду, розмір податкової застави виходячи із загальних принципів права повинен відповідати сумі податкового зобов'язання. Тому публічно-правове обмеження розпорядження активами платника податків, встановлене за несплату чи несвоєчасну сплату податкового зобов'язання, має бути диференційоване залежно від розміру несплати платником податкового боргу. З огляду на викладене положення підп. 8.2.2 Закону України «Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами і державними цільовими фондами», яке передбачало можливість поширення права податкової застави на будь-які види активів платника податків незалежно від суми податкового боргу, було визнане неконституційним.

У деяких випадках ця вимога закріплюється в законодавстві. Так, згідно із ст. 9 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» від 18 лютого 1992 р. № 2135-ХІІ при застосуванні оперативно-розшукових заходів працівники оперативних підрозділів зобов'язані враховувати їх відповідність ступеню суспільної небезпеки злочинних посягань та загрози інтересам суспільства і держави.

Для того щоб виключити можливість непропорційного обмеження прав особи в конкретній правозастосовній ситуації, нормативно-правовий акт має відповідати принципу правової визначеності, тобто бути ясним, простим, точним, чітким, несуперечливим тощо. Саме в такому разі, на думку Конституційного Суду Російської Федерації, акт не допускає розширювального тлумачення встановлених обмежень і, як наслідок, свавільного їх застосування (див. постанову від 30 жовтня 2003 р. № 15-П)¹.

Унаслідок дотримання перелічених вище вимог при введенні обмежень *забезпечується розумний баланс приватних і публічних інте-*

¹ Лазарев Л. В. Правовые позиции Конституционного Суда России. – М.: Городец: Формула права, 2003. – С. 169.

ресів. Цей баланс можна вважати оптимальним лише за умови, що обмеження, яке запроваджується, не посягає на саму сутність того чи іншого права і не призводить до втрати його реального змісту¹.

Таку спрямованість принципу пропорційності можна вивести з рішення Конституційного Суду України від 19 квітня 2001 р. № 4-рп/2001 у справі щодо завчасного сповіщення про мирні зібрання. Як зазначив Суд, положення ч. 1 ст. 39 Конституції України щодо завчасного сповіщення органів виконавчої влади чи органів місцевого самоврядування про проведення зборів, мітингів, походів і демонстрацій треба розуміти так, що організатори таких мирних зібрань мають сповістити відповідні органи про проведення цих заходів заздалегідь, тобто у прийнятні строки, що передують даті їх проведення. Ці строки не повинні обмежувати право громадян, а мають служити його гарантією і водночас надавати можливість відповідним органам вжити заходів щодо безперешкодного проведення громадянами зібрань, забезпечення громадського порядку, прав і свобод інших людей. Отже, тривалість строків завчасного сповіщення має бути в розумних межах.

Прояви цього правила можна знайти і в поточному законодавстві. Так, Закон України «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності» декларує принцип збалансованості, який полягає в забезпеченні в регуляторній діяльності балансу інтересів суб'єктів господарювання, громадян та держави.

Слід зауважити, що принцип пропорційності містить вимоги, адресовані насамперед законодавцеві. Проте цей принцип адресований також суддям, що, застосовуючи закон, виступають у ролі оцінювачів обмежувальних дій законодавця. Використовуючи цей принцип, судді поступово (від рішення до рішення) розробляють систему критеріїв про межі правомірного втручання законодавця в те чи інше право. Крім того, судді використовують як оцінно-регулятивний орієнтир відповідні правові позиції Європейського суду з прав людини, ураховують практику зарубіжних судів. На нашу думку, певний корисний досвід

¹ Нагадаємо, що правило, відповідно до якого сутність змісту основного права в жодному разі не може бути порушена, вважають загальноновизнаним Європейський суд з прав людини і Конституційний Суд України. Так, Європейський суд з прав людини неодноразово наголошував, що обмеження прав і свобод людини і громадянина визнаються допустимими, якщо вони здійснені згідно з чинним законодавством і відповідають правилу «збереження основного змісту прав і свобод» (рішення від 20 травня 1999 р. у справі Реквені проти Угорщини, рішення Великої палати від 13 лютого 2003 р. у справі Партія добробуту та інші проти Туреччини).

Конституційний Суд України посилався на це правило в рішеннях від 22 вересня 2005 р. № 5-рп/2005 у справі про постійне користування земельними ділянками та від 12 червня 2007 р. № 2-рп/2007 у справі про утворення політичних партій в Україні.

при оцінці розмірності обмежень, що вводяться державою, може бути запозичений із кримінального права, у якому проводиться плідне дослідження проблеми перевищення меж необхідної оборони¹.

У цілому принцип пропорційності, поза всякими сумнівами, залишає за судами досить широкий розсуд при вирішенні питань про адекватність законів. У той же час суди не схильні зловживати правом розсуду та виробили низку концепцій, спрямованих на регламентацію своїх повноважень у цій сфері, — насамперед концепцію самообмежень судів і концепцію їх «нейтралітету» при оцінці розумності економічної політики².

Так, Європейський суд з прав людини визнає за державою певну свободу розсуду як для вибору способів упровадження, так і для вирішення, чи їх наслідки є виправданими та відповідають загальному інтересу в спробі досягти зазначеної мети закону (див., наприклад, вищезгадане рішення у справі Жовнер проти України від 29 червня 2004 р.). Схильність до цього підходу демонструє і Конституційний Суд України (див. рішення у справі про виборчу заставу, в якому Суд охарактеризував визначення соціально орієнтованого розміру грошової застави як питання політичної доцільності).

Отже, усе вищевикладене підтверджує припущення про сприйняття принципу пропорційності українською правовою системою. Він ґрунтується на конституційних принципах правової держави і верховенства права (статті 1 і 8 Конституції України) та може бути визначений як *основоположний принцип права, спрямований на забезпечення у правовому регулюванні розумного балансу приватних і публічних інтересів, відповідно до якого цілі обмежень прав повинні бути істотними, а засоби їх досягнення — обґрунтованими і мінімально обтяжливими для осіб, чії права обмежуються*.

§ 4. Принцип добросовісності

Юридична наука протягом кількох століть займається питаннями, пов'язаними з реалізацією в правовій системі принципу добросовісності. Інтерес до даної теми ще більше підсилюється, якщо врахувати, що

¹ Нагадаємо, що згідно зі ст. 36 КК перевищенням меж необхідної оборони визнається умисне заподіяння тому, хто посягає, тяжкої шкоди, яка явно не відповідає небезпечності посягання або обстановці захисту. По суті перевищення меж необхідної оборони є порушенням принципу адекватності з боку приватних осіб.

² Гаджиев Г. А. Конституционные принципы рыночной экономики (развитие основ гражданского права в решениях Конституционного Суда Российской Федерации). — С. 73–74.

посилання на цей принцип містять багато юридичних актів, прийнятих останніми роками в Україні. Так, у рішенні Конституційного Суду України від 1 грудня 2004 р. № 18-рп/2004 у справі про охоронюваний законом інтерес¹ зазначається, що *добросовісність є однією із загальноправових засад*. ЦК відносить добросовісність до загальних засад цивільного законодавства (див. п. 6 ч. 1 ст. 3), а КАС — до принципів оцінки рішень, дій чи бездіяльності суб'єктів владних повноважень (див. п. 3 ст. 2). Українське законодавство забороняє недобросовісну конкуренцію (ч. 3 ст. 42 Конституції України), недобросовісну рекламу (ст. 10 Закону України «Про рекламу») та ін.

Спробуємо з'ясувати сутність принципу добросовісності, сформулювати основні вимоги, що випливають із нього, дослідити рівень сприйняття цих вимог українським правом.

Насамперед слід нагадати, що цей принцип має багатовікову історію: він ґрунтується на відомій ще римському праву доктрині добросовісності (*bona fides*), що протиставлена злomu умислу (*dolus malus*). Ідея добросовісності набула поширення в римському праві завдяки спеціальній клаузулі *exceptio doli* (посилання на умисел). Якщо спочатку основною ідеєю концепції *bona fides* була охорона справжнього змісту договору перед його буквою, то пізніше клаузула *exceptio doli* почала використовуватися також для запровадження претором ідеї справедливості². У римському праві учасникам цивільного обороту рекомендувалося визначати і будувати свої взаємовідносини так, як це прийнято серед чесних, добропорядних людей (*ut inter bonos agier oportet*)³. Крім того, категорія *bona fides* застосовувалася римськими юристами для позначення суду, який розбирався «по добрій совісті» (*ex fides bona*), а не по «суворому праву» (*stricti iuris*), а також добросовісного набувача речі (*bona fide possessor*) — набувача, який вважав, що він отримує її від особи, котра має право на її відчуження⁴. На думку М. Бартошека, відповідно до давньоримської юридичної термінології, *bona fides* — це власна чесність і довіра до чужої чесності, вірність слову, яке було надане, моральний обов'язок усіх людей виконувати власні зобов'язання, у чому б вони не втілювались⁵. Ідея добросовіс-

¹ Офіційний вісник України. — 2004. — № 50. — Ст. 3288.

² Мережко А. А. Договор в частном праве. — Киев: Юстиниан, 2003. — С. 62–63.

³ Новицкий И. Б. Принцип доброй совести в проекте обязательственного права // Вестн. граждан. права. — 2006. — № 1 (Том 6). — С. 125.

⁴ Савсерис С. В. Категория «недобросовестность» в налоговом праве. — М.: Статут, 2007. — С. 19–20.

⁵ Бартошек М. Римское право: (Понятия, термины, определения): Пер. с чеш. — М.: Юрид. лит., 1989. — С. 131.

ності знайшла своє втілення у сформульованих Ульпіяном (Дигести, I.1.10.1) трьох основних приписах права: *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere* (чесно жити, не завдавати шкоди іншому, віддавати кожному належне)¹. Отже, як основа справедливості, преторської законотворчості *fides* часто розглядається як головна цінність, основний елемент римської правової культури².

У Середні віки цей принцип застосовувався переважно в договірному праві. Середньовічні юристи розуміли добросовісність як необхідність тримати слово, уникати обману і хитрості, поважати зобов'язання; вона належала до вимог природного права, її підґрунтям було моральне правило про неприпустимість збагачення за чужий рахунок³. У подальшому вона набула значення однієї із засад приватного права європейських держав і права міжнародних комерційних договорів (*lex mercatoria*), проникла до публічного права та міжнародного права. На сьогодні принцип добросовісності визнаний правовими системами більшості розвинутих держав. Зокрема, він лежить в основі німецької концепції «*Treu und Glauben*» (вірність і довіра), американської доктрини «*Good faith*» (добра совість), французької теорії «*abus de droit*» (зловживання правом). Характерним винятком із цієї загальної тенденції є лише англійське право: згідно з його нормами не існує загального зобов'язання добросовісної і чесною поведінки суб'єктів правовідносин⁴.

Категорія «добросовісність», поза всяким сумнівом, має моральну природу. Вона являє собою стан чесності, сумління⁵, порядності, перед-

¹ Дигести Юстиніана. – С. 86–87.

² Історія європейської ментальності / За ред. П. Дінцельбахера. – С. 550.

³ Попова А. В. Принцип добросовестности в международном коммерческом обороте: Законодательство и судебная практика Российской Федерации и стран – членов Европейского Союза: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Рос. акад. гос. службы при Президенте РФ. – М., 2005. – С. 16–17.

⁴ В Англії місце цього принципу займає принцип автономії волі; у межах його застосування вважається достатнім захищати правову впевненість як загальний правовий принцип (див.: Галев Г., Дабович-Анастасовска Я. Принцип добросовестности и честности // Актуальные вопросы государства и права в Российской Федерации и Республике Македонии: Сб. науч. ст. / Отв. ред. А. Е. Шерстобитов. – М.: Статус, 2006. – Вып. 1. – С. 208).

⁵ Термін «сумління» («совість») уперше зустрічається у Демокріта, який використовує його в специфічному моральному значенні як усвідомлення здійсненого злочинства, як критичну оцінку власних вчинків, у першу чергу відразливих, «злих справ, оскільки їх легше помітити і визначити» (Ярославцев В. Г. Нравственное правосудие и судебное правотворчество. – С. 42).

Сьогодні під совістю розуміють усвідомлення наявності в людині внутрішнього трибуналу, за допомогою якого думки взаємно звинувачують або виправдовують одна одну. Інакше кажучи, «совість – це практична свідомість, яка керує почуттям обов'язку людей» (Циппеліус Р. Філософія права. – С. 127).

бачає переконаність у необхідності ретельного виконання соціальних обов'язків, повагу до інших, нездатність до низьких вчинків.

Тому добросовісність у праві традиційно пояснюють, виходячи саме з моральних стандартів: наприклад як чесність, відсутність суперечності між тим, що людина думає і що вона говорить, прагнення виконати кожну справу найкращим чином¹. Вона також передбачає вірність зобов'язанням, повагу прав інших суб'єктів, обов'язок порівняння власних та чужих інтересів, унеможливлення заподіяння шкоди третім особам²; добросовісність несе в собі певну доброзичливість, елемент довіри, упевненість, що моральні засади обороту беруться до уваги, що кожний враховує їх у своїй поведінці³; вона припускає єдність позитивних помислів і прагнень особи з її поведінкою, тобто бездоганність поведінки особи з точки зору моральних норм, органічно пов'язаних із нормами юридичними⁴.

Отже, принцип добросовісності як *своєрідний етичний корелят позитивного права* слушно розглядається як певне стримування егоїзму в юридичних відносинах⁵. За образним висловом, завдяки запровадженню в право вимог добросовісності на плечі всіх суб'єктів права «впав» моральний закон Канта⁶.

Слід погодитись із тим, що категорію «добросовісність» можна розглядати в суб'єктивному і об'єктивному значеннях⁷. *Добросовісність у суб'єктивному значенні* розуміється як усвідомлення суб'єктом власної сумлінності та чесності при здійсненні ним прав і виконанні обов'язків. *Добросовісність в об'єктивному значенні* є загальноправовим принципом, який передбачає необхідність сумлінної та чесною поведінки суб'єктів при виконанні своїх юридичних обов'язків і здійсненні своїх суб'єктивних прав.

¹ Перетерский И. С. Толкование международных договоров. – М.: Госюриздат, 1959. – С. 152–155.

² Попова А. В. Принцип добросовестности в международном коммерческом обороте: Законодательство и судебная практика Российской Федерации и стран – членов Европейского Союза. – С. 8.

³ Новицкий И. Б. Принцип доброй совести в проекте обязательственного права. – С. 131.

⁴ Юдин А. В. Злоупотребление процессуальными правами в гражданском судопроизводстве. – СПб.: Изд. дом С.-Петербур. гос. ун-та, 2005. – С. 17.

⁵ Гаджиев Г. А. Конституционные принципы рыночной экономики (развитие основ гражданского права в решениях Конституционного Суда Российской Федерации). – С. 96, 104.

⁶ Там само. – С. 103.

⁷ Дроздова Т. Ю. Добросовестность в российском гражданском праве: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Моск. акад. экономики и права. – М., 2005. – С. 8.

У літературі справедливо звертається увага на те, що визначення точного юридичного змісту категорії добросовісності в реальних ситуаціях може викликати труднощі¹. Це пов'язано насамперед із тим, що вона, як будь-який правовий принцип, являє собою правило найбільш загального характеру. Ми вже зазначали, що через цю властивість принципи зазвичай не прив'язують жодний визначений деталізований результат ні до якого визначеного деталізованого фактичного стану², не пропонують остаточного рішення в конкретному випадку, нерідко виконують функцію розкриття проблеми; вони змальовують її, підштовхуючи дискусію³. Крім того, труднощі виникають через специфіку самої категорії добросовісності. У літературі влучно підкреслюється, що *bona fides* несе в собі багато того, що не визначається, того, що більше відчувається й угадується, ніж піддається логічному розчленуванню⁴.

Отже, добросовісність — це «відкрита» норма абстрактного характеру, що наповнюється конкретним змістом унаслідок її застосування в певних обставинах; як правило, вона не може бути визначена поза контекстом конкретних відносин⁵. Природно, що за таких обставин концепція добросовісності зазвичай формується через систему судових рішень завдяки застосуванню судового розсуду. Ця давня римська традиція сьогодні характерна як для континентальних правових систем, так і для систем загального права. Зрозуміло, що застосування цього принципу вимагає від суду великих знань і професіоналізму. За слушним зауваженням Г. Галева і Я. Дабович-Анастасовської, суд може не лише «вдихнути» життя в цей принцип, а й відняти його в нього⁶. Разом із тим у праві в окремих випадках можуть бути виписані конкретні сталі склади явно недобросовісних дій⁷ (наприклад, у статтях 4–19 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» закріплені дії, що визнаються недобросовісною конкуренцією⁸).

¹ Международное право / Отв. ред. Ю. М. Колосов, В. И. Кузнецов. – М.: Междунар. отношения, 1995. – С. 54.

² Барак А. Судейское усмотрение. – С. 69.

³ Циппеліус Р. Юридична методологія. – С. 26.

⁴ Новицкий И. Б. Принцип доброй совести в проекте обязательственного права. – С. 126.

⁵ Мережка А. А. Договор в частном праве. – С. 71.

⁶ Галев Г., Дабович-Анастасовска Я. Принцип добросовестности и честности. – С. 237.

⁷ Гражданское право: В 2 т. / Отв. ред. Е. А. Суханов. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: БЕК, 2002. – Т. 1. – С. 387.

⁸ Це, зокрема, неправомірне використання чужих позначень, рекламних матеріалів, упаковки; копіювання зовнішнього вигляду виробу; дискредитація господарюючого суб'єкта (підприємця); купівля-продаж товарів, виконання робіт, надання послуг із примусовим асортиментом; схилення постачальника до дискримінації покупця (замовника); підкуп працівника постачальника або покупця (замовника); неправомірне збирання інформації, що є комерційною таємницею.

Проте слід зазначити, що застосування цього принципу українськими судами порівняно з європейською практикою є дуже стриманим. Це обумовлюється кількома історичними причинами — відсутністю традицій справедливого і неупередженого судочинства, недовірою до судового розсуду як потенційної загрози законності, багатолітнім пануванням юридичного позитивізму, відсутністю законодавчого закріплення добросовісності як загальної засади упродовж багатьох років та ін.

Утім треба визнати, що приклади посилення на конкретні випадки недобросовісної поведінки в українській судовій практиці все ж таки існують. Так, під час розгляду у Верховному Суді України скарги кандидата в президенти України В. Януковича на дії та бездіяльність Центральної виборчої комісії було постановлено ухвалу від 18 січня 2005 р. З неї випливає, що за характером і змістом заявлених клопотань суд може дійти висновку про недобросовісне користування стороною цим процесуальним правом, що дає можливість суду припинити їх заслуховування та перейти до розгляду справи по суті¹. Можна висловити сподівання, що в майбутньому українські суди будуть активніше брати участь у формуванні вимог, що випливають зі змісту принципу добросовісності.

Категорія «добросовісність» має важливе значення в правовому регулюванні.

По-перше, добросовісність є, на нашу думку, тією загальною людською цінністю, без якої право (так само як і будь-який інший соціальний регулятор) не може ефективно функціонувати. Якщо люди починають очікувати, що інші при реалізації норм права поводитимуться чесно і надійно, то вони починають довіряти один одному, що сприяє їх взаємодії. Це саме стосується і відносин між громадянами (юридичними особами) і державними органами. Довіра подібна до мастила, яке робить діяльність будь-якої групи чи організації ефективнішою².

Принцип добросовісності містить вимоги, які допомагають зняти або пом'якшити недоліки абстрактної та формальної природи права, наблизити його до ідеалів справедливості, рівності, свободи і гуманізму. Не випадково в юридичній науці (насамперед у науці міжнародного права) існує протиставлення між діями добросовісного характеру

¹ Докладніше про це див.: Павленко Д. Добросовісність сторін як принцип господарського процесуального права [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.justinian.com.ua/article.php?id=1734>.

² Фукуяма Ф. Великий крах. Людська природа і відновлення соціального порядку. – С. 23.

(actiones bona fidei) та діями формально-юридичного характеру (actiones stricti juris)¹.

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 має місце порушення духу права при відповідності його букві². Отже, добросовісність — це реалізація прав і дотримання обов'язків не лише відповідно до букви права, але й відповідно до його духу.

По-друге, як принцип права вона виконує в системі права традиційні функції. Наприклад, добросовісність може використовуватися для посилення аргументації при обґрунтуванні судового рішення. Добросовісність виступає також як безпосередній регулятор прав і обов'язків суб'єктів права. Це відбувається як за наявності прогалин у праві (договорі), так і в інших складних випадках (зокрема, при колізійності законодавства). Крім того, цей принцип виконує коригуючу (виправну) функцію і може бути підставою для настання несприятливих наслідків (визнання нормативно-правового чи індивідуально-правового акта нечинним, а правочину — недійсним, відмова в захисті права, притягнення до відповідальності тощо).

По-третє, добросовісність виступає як принцип тлумачення. Наприклад, вона є одним із принципів тлумачення міжнародних договорів (див. п. 1 ст. 31 Віденської конвенції про право міжнародних договорів 1969 р.). Необхідність добросовісного тлумачення прямо впливає з принципу pacta sunt servanda, тому що добросовісне виконання міжнародного договору можливе тільки, якщо воно здійснюється відповідно до його істинного змісту³.

Приклади спотвореного, зловмисного тлумачення права, що є правопорушеннями, можна знайти ще в Цицерона: полководець, уклавши з ворогом перемир'я на тридцять днів, уночі спустошував ворожі поля, ніби перемир'я стосувалося тільки днів, а не ночей⁴.

Сутність цього принципу при тлумаченні — це прояв духу лояльності, поваги до права, вірності власним зобов'язанням. Тлумачення юридичного акта на основі принципу добросовісності означає суворо об'єктивний, без ознак свавілля, зловживань правом і спроб отримати

¹ Костикова А. В. Толкование юридических текстов и основные подходы к толкованию [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.kadis.ru/daily/dayprof.phtml?id=36362>.

² Бергель Ж.-Л. Общая теория права. – С. 447–448.

³ Венская конвенция о праве международных договоров: Комментарий. – М.: Юрид. лит., 1997. – С. 82.

⁴ Цицерон Марк Туллий. Об обязанностях. – С. 66.

незаконні переваги, підхід до з'ясування й уточнення намірів його авторів із метою забезпечення найповнішого та беззаперечного виконання всіх його приписів¹.

По-четверте, добросовісність виступає як одна з основних вимог (принципів) до застосування права². Слід звернути увагу на те, що ця вимога є важливою складовою принципу верховенства права. На думку Л. Фуллера, сама суть принципу верховенства права полягає в тому, що, впливаючи на громадянина (наприклад, ув'язнюючи його чи оголошуючи нечинним документ, за яким він претендує на право власності), державна влада добросовісно застосовуватиме норми, оголошені раніше правилами, яких має дотримуватися громадянин і які визначають його права й обов'язки. Якщо принцип верховенства права не означає цього, то він не означає нічого³.

Недобросовісне застосування може нейтралізувати корисний ефект дії майже будь-якої норми права. Часто найабсурднішими відхиленнями від звичайного розуміння сенсу права є саме ті, які суб'єкт правотворення, швидше за все, залишить поза увагою. Якби в Римській імперії існувала писана конституція, то її автори навряд чи змогли б передбачити, що імператор Калігула призначить свого коня консулом або що він перехитрує вимогу публічно вивішувати закони, пишучи свої власні таким дрібним шрифтом і вішаючи їх так високо, що прочитати їх буде неможливо. Якби автори проектів правових актів намагалися наперед запобігти всім можливим відхиленням, то їхні акти нагадували б зібрання потвор і страховиськ⁴.

Особливо важливе значення вимога добросовісності має в судовій діяльності. Справедливо вважається, що при вирішенні кожної справи суддя звертається до неписаного — морального — закону, голосу своєї совісті. На думку А. Ф. Коні, совість є тією силою, що підтримує суддю і вносить особливий, піднесений зміст у його роботу. Суддя не є простим знаряддям зовнішніх правил, який діє з байдужою регулярністю годинникового механізму. Суддя має вкладати у справу всю свою душу і поряд із приписами позитивного закону керуватися беззаперечними та вічними вимогами людського духу⁵. Отже, добросовісність є однією

¹ Каламкарян Р. А. Господство права (Rule of Law) в международных отношениях. – С. 160.

² Шикин Е. П. Основные условия эффективного применения права: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 710. – Свердловск, 1971. – С. 13, 16.

³ Фуллер Лон Л. Мораль права. – С. 195–196.

⁴ Він же. Анатомія права: Пер. з англ. – К.: Сфера, 1999. – С. 76–77.

⁵ Коні А. Ф. Нравственные начала в уголовном процессе (Общие черты судебной этики) // Избранные произведения. Статьи и заметки. Судебные речи. Воспоминания. – М.: Госюрлитиздат, 1956. – С. 33–34.

із складових соціальних стандартів професійної суддівської діяльності й поведінки¹.

Сьогодні ця вимога закріплена на законодавчому рівні: відповідно до п. 5 ч. 3 ст. 2 КАС адміністративні суди перевіряють, чи прийняті (вчинені) рішення (дії чи бездіяльність) суб'єктів владних повноважень добросовісно.

По-п'яте, вона лежить в основі важливих правових презумпцій. Так, у приватному праві існує презумпція добросовісності поведінки особи: згідно з ч. 5 ст. 12 ЦК, якщо законом встановлені правові наслідки недобросовісного здійснення особою свого права, вважається, що поведінка особи є добросовісною, якщо інше не встановлено судом. У літературі слушно зазначається, що ця презумпція базується на нормі Конституції, яка проголошує гідність людини найвищою цінністю² (у випадку з Україною — це ст. 3 Конституції).

У публічному праві існує презумпція добросовісності законодавця (презумпція конституційності закону), яка ґрунтується на конституційному принципі правової держави. При її встановленні береться до уваги висока вірогідність того, що створюючи норму права законодавець прагнув, щоб вона не суперечила Конституції. Подібна довіра до законодавця є природною в умовах правової держави: державні органи знають, якого роду чесної гри очікують від них, і зазвичай діють відповідно до цього³. Керуючись цією презумпцією, Конституційний Суд має використати всі можливі варіанти тлумачення норми, навіть такі, які супроводжуються її вдосконаленням з урахуванням «занурення» норми, що перевіряється, у систему конституційних норм і принципів⁴. У Німеччині подібний підхід привів до появи принципу конституційно-реформеного тлумачення, згідно з яким закон не можна оголосити недійсним, якщо його можна інтерпретувати у відповідності до конституції⁵.

Іншим прикладом може бути презумпція добросовісності платника податків⁶, яка покладає обов'язок доведення недобросовісності плат-

¹ Докладніше про соціальні стандарти суддівської діяльності та поведінки див.: Подкопаєв С. В. Дисциплінарна відповідальність суддів: сутність, механізм реалізації. — Х.: ВД «Інжек», 2003. — С. 16–38.

² Гаджиев Г. А. Конституционные принципы рыночной экономики (развитие основ гражданского права в решениях Конституционного Суда Российской Федерации). — С. 90–91.

³ Шайо А. Самоограничение власти (краткий курс конституционализма). — С. 22.

⁴ Гаджиев Г. Самостоятельная и сильная судебная власть [Электронный ресурс]. — Режим доступа: http://www.concourt.am/new/armenian/con_right/3.21-2003/G.%20Hajiev.htm.

⁵ Хессе К. Основы конституционного права ФРГ. — С. 54.

⁶ Гаджиев Г. А. Принцип добросовестности и социальной ответственности бизнеса заложен в Конституции РФ [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://www.delo-press.ru/interview/dobrosovest.html>.

ника податків при відображенні операцій у податковому обліку на органі податкової служби. У літературі обґрунтовується також існування презумпції процесуальної добросовісності — вважається, поки не доведено інше, що особи, які беруть участь у справі, користуються процесуальними правами добросовісно¹.

По-шосте, ідея добросовісності втілюється в низці інститутів права. Наприклад, англо-американській системі права і міжнародному праву відомий інститут естопелю (від англ. estoppel — відхилення, позбавлення права заперечувати). В англійському праві естопель означає заперечення такої поведінки сторони в процесі, якою вона перекреслює те, що попередньо було нею визнано². У міжнародному праві, згідно з правилом естопелю, суб'єкт не може вчиняти дії, що несумісні з його позицією, яка впливає з попередньої поведінки чи відповідних заяв³. Зрозуміло, що ці заборони встановлені виходячи з недобросовісності подібної поведінки.

На нашу думку, у принципі добросовісності можна виділити два аспекти: 1) добросовісність при реалізації прав і повноважень і 2) добросовісність при виконанні юридичних обов'язків.

Розглянемо кожний із цих аспектів докладніше.

Добросовісність при реалізації прав і повноважень втілюється в кількох різних концепціях: а) неприпустимості зловживання правом; б) заборони обходу закону; в) добросовісної помилки.

Заборона зловживання правом має давню історію. Ще в римському праві були сформульовані кілька вимог щодо здійснення цивільних прав, спрямованих на обмеження зловживання правом: вимога реалізації деяких суб'єктивних прав з обачливістю, з «пощадою» для того, кого вони обмежують або зачіпають, з тим, щоб їх здійснення по можливості не шкодило здійсненню прав інших осіб; заборона здійснення права без будь-якої зацікавленості в ньому, що спричинює незручності та завдає шкоди іншим (особливо якщо дії суб'єкта мають на меті до-

¹ Суриков Ю. А. Презумпции в гражданском судопроизводстве. — М.: Волтерс Клувер, 2006. — С. 131–132.

² Юридична енциклопедія: В 6 т. / Редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. — К.: Укр. енцикл., 1998. — Т. 2: Д–Й. — 1999. — С. 366–367.

³ Прикладом застосування правила естопелю є ст. 45 Віденської конвенції про право міжнародних договорів 1969 р.: держава не має більше права посилається на підставу недійсності або припинення договору, виходу з нього або зупинення його дії, якщо, після того як їй стало відомо про відповідні факти, вона напевне погодилась, що договір, залежно від випадку, є дійсним, зберігає чинність або й далі діє; або вона повинна з огляду на її поведінку вважатись такою, що мовчазно погодилась із тим, що договір, залежно від випадку, є дійсним, зберігає чинність або й далі діє.

садити та заподіяти шкоду) та ін.¹ Афоризмом став латинський вислів «Malitii non est indulgendum» — «Зловживання не може бути вибачено».

Посилання на неприпустимість зловживання правом містить низка законодавчих актів різних держав, прийнятих у XVIII–XX ст. (наприклад, Пруське земське уложення, Німецьке цивільне уложення, Швейцарський цивільний кодекс). У деяких державах (зокрема, у Франції) подібна норма була вироблена судовою практикою.

Сьогодні принцип неприпустимості зловживання правом є складовою права Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. (див. ст. 17 і п. 3 ст. 35 Конвенції)² і є втіленням відомої з часів Французької революції ідеї «немає свободи для ворогів свободи»³.

Принцип неприпустимості зловживання правом зазвичай виводять із конституційних положень, згідно з якими здійснення прав і свобод людини не повинне порушувати права і свободи інших осіб⁴. Тому він, поза всяким сумнівом, знаходить свій прояв в українській системі права, впливаючи, зокрема, із статей 23, 41, 42 і 68 Конституції України. У практиці Конституційного Суду України зустрічається лише одне посилання на неприпустимість зловживання правом: у рішенні від 30 січня 2002 р. № 2-рп/2002 у справі про виборчу заставу⁵ Суд зауважив, що метою грошової (виборчої) застави є обмеження чи усунення зловживання громадянином виборчим правом.

За образним висловом, зловживання правом — це свого роду *створення прав*⁶. У цьому випадку особа надає своїм діям повної видимості юридичної правильності, використовуючи насправді свої права, окремі норми й інститути права в цілях, протилежних тим, які переслідує позитивне право. Зловживання правом — це своєрідне пере-

¹ Порошикова О. А. Проблема злоупотребления субъективным гражданским правом. — М.: Волтерс Клувер, 2007. — С. 107.

² Однак слід зазначити, що випадки звернення Європейського суду з прав людини до цього принципу є достатньо рідкими. Огляд відповідної судової практики див., наприклад: Де Сальвіа М. Прецеденты Европейского Суда по правам человека. Руководящие принципы судебной практики, относящейся к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод. Судебная практика с 1960 по 2002 г. — С. 766–768; Туманов В. А. Европейский Суд по правам человека. Очерк организации и деятельности. — М.: Норма, 2001. — С. 23–25.

³ Туманов В. А. Европейский Суд по правам человека. — С. 23.

⁴ Гаджиев Г. А. Конституционные принципы рыночной экономики (развитие основ гражданского права в решениях Конституционного Суда Российской Федерации). — С. 104.

⁵ Офіційний вісник України. — 2002. — № 6. — Ст. 245.

⁶ Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. — С. 115.

фарбування незаконних дій у дії, що зовнішньо є законними. У такій ситуації особа має на своєму боці певне право, користується його підтримкою та одночасно має проти себе всю правову систему в цілому¹.

Сфера використання зловживань правом є дуже різноманітною: вона охоплює цивільне і сімейне право, господарське і трудове право, адміністративне і конституційне право, цивільне процесуальне і кримінально-процесуальне право та ін. Особливим різновидом зловживання правом є зловживання повноваженнями (владою)². У цьому разі влада використовується суб'єктом владних повноважень у цілях, відмінних від тих, заради яких йому ця влада була надана.

Отже, давньоримська максима «Qui jure suo utitur neminem laedit» («Хто використовує власне право, не шкодить нікому») сьогодні завдяки принципу неприпустимості зловживання правом трансформується у формулу: «Хто використовує власне право добросовісно і розумно, не шкодить нікому»³.

Принцип добросовісності у використанні прав передбачає також *заборону обходу закону* (fraus lege), тобто ухилення від застосування обов'язкового правила шляхом використання легального засобу, але з явно шахрайськими намірами. Ці відомі ще римському праву недобросовісні дії полягають у використанні певного юридичного правила як прикриття для порушення іншого юридичного правила. Заборона щодо здійснення таких дій втілюється в максимі «Fraus omnia corrumpit» (обман знищує все)⁴.

Обхід закону відрізняється від зловживання правом тим, що зловживання передбачає використання заздалегідь передбачених прерогатив, у той час як обхід втілюється не у використанні вже визнаного права, а в ухиленні від юридичного правила з метою отримати право, яким цей суб'єкт не володіє⁵.

Обхід закону набув особливої популярності в міжнародному приватному праві та проявляється в ньому насамперед у формі ухилення від застосування національного закону⁶. Ці дії зазвичай визнаються

¹ Бергель Ж.-Л. Общая теория права. — С. 441, 443.

² У Німеччині для боротьби з цим явищем навіть розроблена спеціальна концепція — так звана «поліцейська шикана» (докладніше з цього приводу див.: Гаджиев Г. А. Принцип добросовестности и социальной ответственности бизнеса заложен в Конституции РФ [Электронный ресурс]).

³ Демин А. Принцип добросовестности налогоплательщика [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://www.ukra.ru/data/newspaper/archive/2007/64/20>.

⁴ Бергель Ж.-Л. Общая теория права. — С. 447–448.

⁵ Там само. — С. 448.

⁶ Пункт 9 ст. 1 Закону України «Про міжнародне приватне право» від 23 червня 2005 р. № 2709-IV визначає обхід закону як застосування до правовідносин з іноземним елементом права іншого, ніж право, передбачене відповідним законодавством.

неправомірними. Наприклад, відповідно до ч. 1 ст. 10 Закону України «Про міжнародне приватне право», «правочин та інші дії учасників приватноправових відносин, спрямовані на підпорядкування цих відносин праву іншому, ніж те, що визначається згідно із цим Законом, в обхід його положень, є нікчемними. У цьому разі застосовується право, яке підлягає застосуванню відповідно до норм цього Закону».

Приклади заборони обходу закону можна знайти й у внутрішньодержавному праві. Так, українське право забороняє фіктивне підприємництво¹, фіктивне банкрутство² та ін. У першому випадку суб'єкт ухиляється від правила, що забороняє здійснення незаконної діяльності, у другому — від правила, що вимагає задоволення вимог кредиторів. Цей обхід відбувається завдяки шахрайському вчиненню зовнішньо легальних дій — створенню (придбанню) суб'єктів підприємницької діяльності або оголошенню про власну фінансову неспроможність.

Принципове значення для права має також *добросовісність помилки*, яка має місце тоді, коли суб'єкт безневинно помиляється при оцінці своєї поведінки як правомірної. Наприклад, ця обставина є суттєвою для визнання особи добросовісним набувачем права власності (статті 330 і 388–390 ЦК), що надає їй переваги у порівнянні з іншими (недобросовісними) набувачами. У даному аспекті добросовісність визначається радше не чесним ходом думок, а знанням чи незнанням фактів при реалізації своїх прав. В основі тут лежить помилка: незнання певних фактів, що впливають на правовідносини, чи помилкова впевненість в їх існуванні³. Іншими словами, особа є добросовісною, коли не знає і не може знати, що її поведінка є протиправною (скажімо, добросовісний набувач не знає і не може знати про те, що він здійснює придбання майна в особи, яка не мала права його відчужувати); у свою чергу недобросовісність передбачає знання про протиправність власних дій або таке незнання, яке не може бути вибачено⁴.

Важливе значення для сучасного права має *вимога добросовісності при виконанні юридичних обов'язків*. Так, одним із принципів міжнародного права є добросовісне виконання державами зобов'язань

¹ Стаття 205 КК визначає його як створення або придбання суб'єктів підприємницької діяльності з метою прикриття незаконної діяльності або здійснення заборонених видів діяльності.

² Стаття 218 КК визначає його як завідомо неправдиву офіційну заяву про фінансову неспроможність виконання вимог із боку кредиторів і зобов'язань перед бюджетом.

³ Новицький І. Б. Принцип доброї совести в проекті обов'язкового права. — С. 70.

⁴ Дроздова Т. Ю. Добросовестность в российском гражданском праве. — С. 14.

(див., наприклад, п. 2 ст. 2 Статуту Організації Об'єднаних Націй і Декларацію про принципи міжнародного права, що стосуються дружніх відносин та співробітництва між державами у відповідності до Статуту Організації Об'єднаних Націй 1970 р.). Протягом ХХ ст. було укладено сотні міжнародних договорів, які апелювали до вказаного принципу¹; посилання на нього зустрічаються також у практиці міжнародних судових органів². Природно, що вимога добросовісності стосується і зобов'язань суб'єктів внутрішньодержавного права (див., зокрема, ч. 3 ст. 509 ЦК³, ст. 10 Закону України «Про статус суддів»⁴).

Добросовісність — центральний елемент відомого принципу *pacta sunt servanda* (договори повинні дотримуватися), який визначався ще Гуго Гроцієм як одне з базових правил природного права: «адже було необхідно, щоб між людьми існував будь-який порядок взаємних зобов'язань, іншого ж способу, більш узгодженого з природою, неможливо вигадати»⁵. Це правило виводиться вченими із загальновизнаного правила, виробленого ще Цицероном: «Fides, id est dictorum conventorumque constantia et veritas» (добросовісність як міра належної поведінки передбачає відповідність заявленим словам і послідовність)⁶. Принцип *pacta sunt servanda* знайшов своє нормативне закріплення як в міжнародному праві⁷ (згідно зі ст. 26 Віденської конвенції про право міжнародних договорів кожен чинний договір є обов'язковим для його учасників і повинен ними добросовісно виконуватися⁸), так і в національному праві (див., наприклад, ст. 526 ЦК чи ст. 139 КЗпП). Без нього, підкреслюється в рішенні Міжнародного арбітражу 1903 р. у справі Рудлова між США і Венесуелою, і міжнародне, і цивільне право були б просто посміховиськом⁹.

¹ Буткевич В. Г., Мисик В. В., Задорожній О. В. Міжнародне право. Основи теорії / За ред. В. Г. Буткевича. — К.: Либідь, 2002. — С. 241.

² Відповідні приклади див.: Каламкарян Р. А. Господство права (Rule of Law) в международных отношениях. — С. 138–139, 142–144, 146.

³ Передбачає, що зобов'язання має ґрунтуватися на засадах добросовісності, розумності та справедливості.

⁴ Уперше призначений суддя приймає присягу такого змісту: «Урочисто присягаю чесно і сумлінно виконувати обов'язки судді...».

⁵ Гроцій Г. О праве войны и мира. Три книги, в которых объясняются естественное право и право народов, а также принципы публичного права: Пер. с лат. — М.: Госюрлитиздат, 1956. — С. 47.

⁶ Каламкарян Р. А. Философия международного права. — С. 14.

⁷ Він вважається, мабуть, першим основним принципом міжнародного права, нормою *ius cogens* (Лукашук І. І. Современное право международных договоров: В 2 т. — М.: Волтерс Клувер, 2006. — Т. 2. — С. 2).

⁸ Венская конвенция о праве международных договоров: Комментарий. — С. 64.

⁹ Каламкарян Р. А. Философия международного права. — С. 52.

Принцип *pacta sunt servanda* ґрунтується на ідеях автономії та захисту довіри. Автономія означає, що гідність того, хто обіцяє, повага до нього як до самостійного дієздатного суб'єкта вимагає, щоб він виконував зобов'язання, які взяв на себе у вільному самовиявленні. Ідея захисту довіри виходить із того, що впорядковане суспільне життя може функціонувати лише тоді, коли на певні речі (у тому числі на договір) можна покластися¹.

Значення цього принципу визнається не тільки західною правовою доктриною, але й іншими основними світоглядами (зокрема, мусульманським правом і африканським звичаєвим правом)².

Добросовісність при виконанні договору обумовлює існування таких вимог: 1) виконання договору не повинно порушувати прав і обов'язків іншої сторони і третіх осіб; 2) дії сторін мають виключати обман, скритність, намагання ввести в оману, скористатися залежним становищем іншої сторони; 3) угода має бути виконана відповідно до її мети і об'єкта; 4) сторони повинні утримуватися від дій, які позбавили б договір його об'єкта і мети до набрання ним чинності; 5) сторони мають прагнути максимально точно виконати зміст зобов'язань, дотримуючись умов щодо строків, якості, місця виконання тощо; 6) не дозволяється одностороння відмова від договору; 7) не дозволяється лише формальне виконання зобов'язання та ін.³ Крім того, принцип добросовісності підлягає застосуванню на етапі укладання договору (наприклад, особа не повинна починати чи продовжувати переговори без справжнього наміру укласти договір з іншою стороною, не має права вводити іншу сторону в оману), а також на постдоговірному етапі (наприклад, особа повинна зберігати після розірвання договору товар, який належить іншій стороні)⁴.

Значення добросовісності при виконанні своїх зобов'язань зростає ще більше, якщо врахувати результати соціально-психологічних досліджень відносин кредиторів і боржників. На їх підставі можна зробити припущення, що для добросовісного виконання договору вольова установка сплатити часто є більш значущою, ніж економічна платоспроможність⁵.

¹ З цього приводу див.: Циппеліус Р. Філософія права. – С. 223.

² Лукашук И. И. Современное право международных договоров: В 2 т. – Т. 2. – С. 6–7.

³ Попова А. В. Принцип добросовестности в международном коммерческом обороте. – С. 19–20; Венская конвенция о праве международных договоров: Комментарий. – С. 67.

⁴ Галев Г., Дабович-Анастасовска Я. Принцип добросовестности и честности. – С. 230–236.

⁵ Карбонье Ж. Юридическая социология. – С. 307.

Слід підкреслити, що сьогодні принцип *pacta sunt servanda* розуміється не тільки у вузькому значенні (договорів необхідно дотримуватись), але й у широкому значенні — повинні додержуватись всі зобов'язання¹.

Отже, добросовісність щодо юридичних обов'язків повинна мати місце як *при виконанні договору*, так і виконанні *інших (недоговірних) обов'язків*.

¹ Венская конвенция о праве международных договоров: Комментарий. – С. 65.

Перелік використаної літератури

1. Аберкромби Н., Хилл С., Тернер Б. С. Социологический словарь: Пер. с англ. — 2-е изд., перераб. и доп. — М.: Экономика, 2004. — 620 с.
2. Абросимова Е. Судебная власть в Российской Федерации: система и принципы. — М.: Ин-т права и публич. политики, 2002. — 160 с.
3. Аквинский Фома. Сумма теологии // Антология мировой правовой мысли: В 5 т. / Рук. науч. проекта Г. Ю. Семигин. — М.: Мысль, 1999. — Т. 2: Европа: V–XVII вв. — С. 581–595.
4. Алексеев С. В. Восхождение к праву. Поиски и решения. — М.: Норма, 2001. — 752 с.
5. Алексеев С. С. Право на пороге нового тысячелетия. Некоторые тенденции мирового правового развития — надежда и драма современной эпохи. — М.: Статут, 2000. — 256 с.
6. Арановский К. В. Конституционная традиция в российской среде. — СПб.: Юрид. центр Пресс, 2003. — 658 с.
7. Аристотель. Никомахова этика // Соч.: В 4 т.: Пер. с древнегреч. — М.: Мысль, 1983. — Т. 4. — С. 53–293.
8. Арістотель. Політика: Пер. з давньогрец. — К.: Основи, 2003. — 239 с.
9. Байтин М. И. Сущность права (современное нормативное правопонимание на грани двух веков). — Изд. 2-е, доп. — М.: Право и государство, 2005. — 544 с.
10. Барак А. Судейское усмотрение: Пер. с англ. — М.: Норма, 1999. — 376 с.
11. Бартошек М. Римское право: (Понятия, термины, определения): Пер. с чеш. — М.: Юрид. лит., 1989. — 448 с.
12. Бауман З. Свобода: Пер. с англ. — М.: Новое изд-во, 2006. — 132 с.
13. Баумгартнер Х. М. Свобода и человеческое достоинство как цели государства // Политическая философия в Германии: Сб. ст.: Пер. с нем. / Изензее Й. и др. — М.: Соврем. тетради, 2005. — С. 15–21.
14. Баумейстер А. Філософія права. — Вінниця: О. Власюк, 2007. — 224 с.
15. Бержель Ж.-Л. Общая теория права: Пер. с фр. — М.: Nota bene, 2000. — 576 с.
16. Берлин И. Стремление к идеалу // Вопр. философии. — 2000. — № 5. — С. 51–62.
17. Берлін І. Дві концепції свободи // Сучасна політична філософія: Антологія: Пер. з англ. / Упоряд. Я. Кіш. — К.: Основи, 1998. — С. 56–113.
18. Берман Г. Дж. Вера и закон: примирение права и религии: Пер. с англ. — М.: Ad Marginem, 1999. — 432 с.
19. Берман Г. Дж. Западная традиция права: эпоха формирования: Пер. с англ. — 2-е изд. — М.: Изд-во МГУ: ИНФРА-М-НОРМА, 1998. — 624 с.
20. Бігун В. До питання про філософію та теорію прав людини: правове людинорозуміння (деякі концептуальні та термінологічні аспекти) [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.lawyer.org.ua/?w=r&i=21&d=408>.
21. Бікс Б. Теорія природного права // Філософія права: Пер. з англ. / За ред. Дж. Фейнберга, Дж. Коулмена. — К.: Основи, 2007. — С. 20–36.
22. Блаженный Августин. Творения. — СПб.: Алетейя; Киев: УЦИММ-Пресс, 1998. — Т. 3: О Граде Божием. — Кн. I–XIII. — 586 с.
23. Боден Ж. Шесть книг о государстве // Антология мировой политической мысли: В 5 т. / Рук. проекта Г. Ю. Семигин. — М.: Мысль, 1997. — Т. 1: Зарубежная политическая мысль: истоки и эволюция. — С. 303–306.
24. Большой толковый словарь русского языка / Сост. и гл. ред. С. А. Кузнецов. — СПб.: Норинт, 1998. — 1536 с.
25. Бондарь Н. С. Власть и свобода на весах конституционного правосудия: защита прав человека Конституционным Судом Российской Федерации. — М.: Юстицинформ, 2005. — 592 с.
26. Боуз Д. Либертарианство: История, принципы, политика: Пер. с англ. — Челябинск: Социум: Sato Institute, 2004. — 392 с.
27. Броунли Я. Международное право: В 2 кн.: Пер. с англ. — М.: Прогресс, 1977. — Кн. 1. — 535 с.
28. Бурдые П. Социальное пространство: поля и практики: Пер. с фр. — М.: Ин-т эксперимент. социологии; СПб.: Алетейя, 2007. — 576 с.
29. Бурлай Є. До питання про функції права // Вісн. Акад. прав. наук України. — 2005. — № 3 (42). — С. 31–42.
30. Бурлай Є. Принцип «економії закону» як практична передумова реалізації принципу верховенства права // Укр. право. — 2006. — Чис. 1 (19). — С. 80–84.
31. Бусова Н. А. Модернизация, рациональность и право. — Харьков: Прометей-Прес, 2004. — 352 с.
32. Буткевич В. Г., Мисик В. В., Задорожній О. В. Міжнародне право. Основи теорії / За ред. В. Г. Буткевича. — К.: Либідь, 2002. — 608 с.
33. Бэкон Ф. Опытты или наставления нравственные и политические // Соч.: В 2 т. — Изд. 2-е, испр. и доп. — М.: Мысль, 1978. — Т. 2. — С. 349–482.
34. Валадес Д. Контроль над властью: Пер. с исп. — М.: Идея-Пресс, 2006. — 248 с.
35. Варламова Н. Верховенство права — базовый принцип европейской системы защиты прав человека // Конституц. право: Восточноевроп. обозрение. — 2002. — № 3 (40). — С. 151–178.

36. Варламова Н. Принцип правовой определенности в практике Европейского Суда по правам человека // Конституц. право: Восточноевроп. обозрение. — 2002. — № 4 (41). — С. 94–109.
37. Ведяхин В. М. Гуманизм как нравственно-этический принцип российского права // Право и политика. — 2002. — № 12. — С. 4–13.
38. Великий тлумачний словник сучасної української мови / Уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел. — К.; Ірпінь: ВТФ «Перун», 2001. — 1440 с.
39. Венская конвенция о праве международных договоров: Комментарий. — М.: Юрид. лит., 1997. — 336 с.
40. Верещагин А. Н. Судебное правотворчество в России. Сравнительно-правовые аспекты. — М.: Междунар. отношения, 2004. — 344 с.
41. Вибрані основоположні документи НАТО та Україна-НАТО. — К.: ТОВ «Інсайт-плюс», 2006. — 95 с.
42. Вильдхабер Л. Европейская конвенция о правах человека и беспристрастность судей [Электронный ресурс]. — Режим доступа: http://www.concourt.am/hr/ccl/vestnik/2.12-2001/wildhaber_rus.htm.
43. Виноградов П. Очерки теории права. — М.: Скл. изд.: т-во А. А. Левенсон, 1915. — 155 с.
44. Вітті Дж. (мол.). Християнство і демократія у глобальному контексті // Релігійна свобода і права людини: Богословські аспекти: У 2 т. — Львів: Свічадо, 2000. — Т. 1. — С. 40–54.
45. Гаджиев Г. А. Конституционные принципы рыночной экономики (развитие основ гражданского права в решениях Конституционного Суда Российской Федерации). — М.: Юристъ, 2002. — 286 с.
46. Гаджиев Г. А. Принцип добросовестности и социальной ответственности бизнеса заложен в Конституции РФ [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://www.delo-press.ru/interview/dobrosovest.html>.
47. Гаджиев Г. Самостоятельная и сильная судебная власть [Электронный ресурс]. — Режим доступа: http://www.concourt.am/armenian/con_right/3.21-2003/G.%20Hajiev.htm.
48. Гаек Ф. А. Индивидуализм та економічний порядок: Пер. з англ. — Х.: Акта, 2002. — 418 с.
49. Гаек Ф. А. Конституція свободи: Пер. з англ. — Львів: Літопис, 2004. — 556 с.
50. Галев Г., Дабович-Анастасовска Я. Принцип добросовестности и честности // Актуальные вопросы государства и права в Российской Федерации и Республике Македонии: Сб. науч. ст. / Отв. ред. А. Е. Шерстобитов. — М.: Статут, 2006. — Вып. 1. — С. 205–237.
51. Галлиган Д., Полянский В. В., Стариков Ю. Н. Административное право: история развития и основные современные концепции. — М.: Юристъ, 2002. — 410 с.
52. Гамбаров Ю. С. Гражданское право. Общая часть / Под ред. и с предисл. В. А. Томсинова. — М.: Зерцало, 2003. — 816 с.
53. Гантингтон С. Протистояння цивілізацій та зміна світового порядку: Пер. з англ. — Львів: Кальварія, 2006. — 474 с.

54. Гарapon А. Хранитель обещаний: суд и демократия: Пер. с фр. — М.: Nota bene, 2004. — 328 с.
55. Гарсиа Гарридо М. Х. Римское частное право: Казусы, иски, институты: Пер. с исп. — М.: Статут, 2005. — 812 с.
56. Гегель Г. В. Ф. Философия права: Пер. с нем. — М.: Мысль, 1990. — 524 с.
57. Гелд В. Права // Антологія феміністичної філософії: Пер. з англ. / За ред. Е. М. Драгер та А. М. Янг. — К.: Основи, 2006. — С. 594–605.
58. Гинзбург В. Л., Кувакин В. А. Международное гуманистическое движение и «МАНИФЕСТ 2000» [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://atheismru.narod.ru/Ginzburg/Articles/09.htm>.
59. Гіл Т. Е. (мол.). Ідея позитивної дискримінації // Філософія права: Пер. з англ. / За ред. Дж. Фейнберга, Дж. Коулмена. — К.: Основи, 2007. — С. 616–636.
60. Гоббс Т. Левіафан: Пер. з англ. — К.: Дух і Літера, 2000. — 606 с.
61. Гобгауз Л. Т. Апологія свободи // Лібералізм: Антологія / Упоряд. О. Проценко, В. Лісовий. — К.: Смолоскип, 2002. — С. 458–475.
62. Головатий С. «Верховенство закону» *versus* «верховенство права»: філологічна помилка, професійна недбалість чи науковий догматизм? // Вісн. Акад. прав. наук України. — 2003. — № 2–3 (33–34). — С. 96–113.
63. Гомьен Д., Харрис Д., Зваак Л. Европейская Конвенция о правах человека и Европейская социальная хартия: право и практика: Пер. с англ. — М.: МНИМП, 1998. — 600 с.
64. Государственное право Германии: В 2 т. / Сокр. пер. нем. семитом. изд. — М.: Ин-т государства и права РАН, 1994. — Т. 1. — 311 с.
65. Государственное право Германии: В 2 т. / Сокр. пер. нем. семитом. изд. — М.: Ин-т государства и права РАН, 1994. — Т. 2. — 318 с.
66. Гражданское право: В 2 т. / Отв. ред. Е. А. Суханов. — 2-е изд., перераб. и доп. — М.: БЕК, 2002. — Т. 1. — 816 с.
67. Громадянські права. Рішення Верховного Суду США. XX століття: Пер. з англ. / Під ред. М. Гаррісон і С. Гілберта. — К.: Оптима, 2005. — 304 с.
68. Гроций Г. О праве войны и мира. Три книги, в которых объясняются естественное право и право народов, а также принципы публичного права: Пер. с лат. — М.: Госюрлитиздат, 1956. — 868 с.
69. Губер В. Права людини і біблійна правова думка // Релігійна свобода і права людини: Богословські аспекти: У 2 т. — Львів: Свічадо, 2000. — Т. 1. — С. 85–101.
70. Гуманистический манифест 2000 [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://www.futura.ru/index.php3?idart=76>.
71. Гумбольдт В. фон. О пределах государственной деятельности: Пер. с нем. — М.: Социум: Три квадрата, 2003. — 200 с.
72. Гьофе О. Демократія в епоху глобалізації: Пер. з нім. — К.: ППС-2002, 2007. — 436 с.
73. Гьофе О. Розум і право. Складові інтеркультурного правового дискурсу: Пер. з нім. — К.: Альтерпрес, 2003. — 264 с.

74. Гьофе О. Справедливість і субсидіарність. Виступи в Україні: Пер. з нім. — К.: Альтерпрес, 2004. — 144 с.
75. Гьофнер Й. Християнське суспільне вчення: Пер. з нім. — Львів: Свічадо, 2002. — 304 с.
76. Г'юм Д. Трактат про людську природу: Спроба запровадження експериментального методу міркувань про об'єкти моралі: Пер. з англ. / За ред. та з передм. Е. К. Моснера. — К.: Вид. дім «Всесвіт», 2003. — 552 с.
77. Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности: Пер. с фр. — М.: Междунар. отношения, 1996. — 400 с.
78. Дай Т. Р. Основы державної політики: Пер. з англ. — Одеса: АО Бахва, 2005. — 468 с.
79. Дайси А. В. Основы государственного права Англии. Введение въ изучение английской конституции: Пер., доп. по 6-му англ. изд. — Изд. 2-е. — М.: Тип. Т-ва И. Д. Сытина, 1907. — 707 с.
80. Дарендорф Р. После 1989. Мораль, революция и гражданское общество. Размышление о революции в Европе: Пер. с англ. — М.: Ad Marginem, 1998. — 272 с.
81. Дарендорф Р. У пошуках нового устрою. Лекції про політику свободи у ХХІ столітті: Пер. з нім. — К.: Вид. дім «Киево-Могилян. акад.», 2006. — 112 с.
82. Дашковська О. Р. Жінка як суб'єкт права в аспекті гендерної рівності. — Х.: Право, 2005. — 224 с.
83. Дворкін Дж. Патерналізм // Філософія права: Пер. з англ. / За ред. Дж. Фейнберга, Дж. Коулмена. — К.: Основы, 2007. — С. 411–424.
84. Дворкін Р. Серйозний погляд на права: Пер. з англ. — К.: Основы, 2000. — 519 с.
85. Де Сальвиа М. Прецеденты Европейского Суда по правам человека. Руководящие принципы судебной практики, относящейся к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод. Судебная практика с 1960 по 2002 г.: Пер. с фр. — СПб.: Юрид. центр Пресс, 2004. — 1072 с.
86. Демин А. Принцип добросовестности налогоплательщика [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://www.uckpa.ru/data/magazine/archive/2007/64/20>.
87. Демпе Й. Некоторые вопросы административного производства в ФРГ [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://www.cis-legal-reform.org/publication/german-law-russian/voprosy-administrativnogo-proisvodstvo.ru.html>.
88. Джадда К., Берри Дж. М., Голдман Дж., Хула К. В. Трудным путем демократии: Процесс государственного управления в США: Пер. с англ. — М.: РОССПЭН, 2006. — 656 с.
89. Дженкс Э. Английское право: Пер. с англ. — М.: Юрид. изд-во М-ва юстиции СССР, 1947. — 378 с.
90. Дигесты Юстиниана: Пер. с лат. / Отв. ред. Л. Л. Кофанов. — М.: Статут, 2002. — Т. 1, кн. I–IV. — 584 с.

91. Добрянський С. Права людини як специфічна форма буття (існування) моралі // Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні: Матеріали Х регіон. наук.-практ. конф., м. Львів, 5–6 лют. 2004 р. — Львів, 2004. — С. 6–7.
92. Дроздова Т. Ю. Добросовестность в российском гражданском праве: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Моск. акад. экономики и права. — М., 2005. — 25 с.
93. Дюркгейм Э. О разделении общественного труда // Дюркгейм Э. О разделении общественного труда. Метод социологии: Пер. с фр. — М.: Наука, 1990. — С. 3–390.
94. Европейское право / Под общ. ред. Л. М. Энтина. — М.: Норма, 2000. — 720 с.
95. Еллинек Г. Декларация прав человека и гражданина: Репр. воспр. изд. 1906 г. — Одесса: Юрид. л-ра, 2006. — 136 с.
96. Еллинек Г. Общее учение о государстве: Пер. с нем. — СПб.: Юрид. центр Пресс, 2004. — 752 с.
97. Емельянов В. И. Разумность, добросовестность, незлоупотребление гражданскими правами. — М.: Лекс-Книга, 2002. — 160 с.
98. Енциклопедія політичної думки: Пер. з англ. — К.: Дух і Літера, 2000. — 472 с.
99. Енциклопедія постмодернізму: Пер. з англ. / За ред. Ч. Е. Вінквіста та В. Е. Тейлора. — К.: Основы, 2003. — 503 с.
100. Жакке Ж.-П. Конституционное право и политические институты: Пер. с фр. — М.: Юристъ, 2002. — 365 с.
101. Засєц А. П. Правова держава в контексті новітнього українського досвіду. — К.: Парламент. вид-во, 1999. — 247 с.
102. Закариа Ф. Будущее свободы: нелиберальная демократия в США и за их пределами: Пер. с англ. — М.: Ладомир, 2004. — 383 с.
103. Заковряшина Е. Принцип недискриминации в праве Совета Европы // Конституц. право: Восточноевроп. обозрение. — 2002. — № 2 (39). — С. 113–134.
104. Законодательная техника: Науч.-практ. пособие. — М.: Городец, 2000. — 272 с.
105. Зіллер Ж. Політико-адміністративні системи країн ЄС: Порівняльний аналіз: Пер. з фр. — К.: Основы, 1996. — 420 с.
106. Иеринг Р. фон. Цель в праве // Избр. тр.: В 2 т.: Пер. с нем. — СПб.: Юрид. центр Пресс, 2006. — Т. 1. — С. 87–436.
107. Изензее Й. Гражданская свобода и гражданская добродетель — важнейшие условия функционирования демократической общности // Политическая философия в Германии: Сб. ст.: Пер. с нем. / Изензее Й. и др. — М.: Соврем. тетради, 2005. — С. 43–52.
108. Ильинская С. Г. Толерантность как принцип политического действия: история, теория, практика. — М.: Праксис, 2007. — 288 с.
109. История этических учений / Под ред. А. А. Гусейнова. — М.: Гардарики, 2003. — 911 с.

110. Іван Павло II. Пам'ять та ідентичність. Бесіди на зламі тисячоліть: Пер. з італ. — Львів: Літопис, 2005. — 168 с.
111. Історія європейської ментальності: Пер. з нім. / За ред. П. Дінцельбахера. — Львів: Літопис, 2004. — 720 с.
112. Кабріяк Р. Кодифікації: Пер. с фр. — М.: Статут, 2007. — 476 с.
113. Каламкарян Р. А. Господство права (Rule of Law) в міжнародних отношениях. — М.: Наука, 2004. — 494 с.
114. Каламкарян Р. А. Філософія міжнародного права. — М.: Наука, 2006. — 207 с.
115. Кан Дж. Исполнение Россией ст. 5 и 6 ЕКПЧ как показатель соблюдения прав человека [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://www.hrights.ru/text/b17/chapter5.htm#5>.
116. Кант И. Антропология с прагматической точки зрения // Соч.: В 8 т. — М.: Чоро, 1994. — Т. 7. — С. 137–376.
117. Кант И. Метафізика нравов // Кант И. Критика практического разума. — Изд. 3-е, стереотип. — СПб.: Наука, 2007. — С. 259–505.
118. Кант И. Основы метафизики нравственности // Кант И. Критика практического разума. — Изд. 3-е, стереотип. — СПб.: Наука, 2007. — С. 51–119.
119. Кант И. Приложение к «Наблюдениям над чувством прекрасного и возвышенного» // Соч.: В 6 т. — М.: Мысль, 1964. — Т. 2. — С. 185–224.
120. Капустин Б. Г. Моральный выбор в политике. — М.: КДУ: Изд-во МГУ, 2004. — 496 с.
121. Карбонье Ж. Юридическая социология: Пер. с фр. — М.: Прогресс, 1986. — 352 с.
122. Катехизис Католической церкви: Компендиум: Пер. с лат. — М.: Культур. центр «Духов. б-ка», 2007. — 216 с.
123. Кафка Ф. Процес: Пер. з нім. — Х.: Фоліо, 2005. — 239 с.
124. Кашников Б. Н. Либеральные теории справедливости и политическая практика России / НовГУ им. Я. Мудрого. — Великий Новгород, 2004. — 260 с.
125. Кейнс Дж. Кінець laissez-faire // Лібералізм: Антологія / Упоряд. О. Проценко, В. Лісовий. — К.: Смолоскип, 2002. — С. 724–738.
126. Кекес Дж. Засадничі цінності лібералізму // Лібералізм: Антологія / Упоряд. О. Проценко, В. Лісовий. — К.: Смолоскип, 2002. — С. 107–128.
127. Кельзен Г. Чисте правознавство: 3 дод.: Проблема справедливості: Пер. з нім. — К.: Юніверс, 2004. — 496 с.
128. Кернз В. Вступ до права Європейського Союзу: Пер. з англ. — К.: Знання: КОО, 2002. — 381 с.
129. Кießльмансегг П. Г. Квадратура круга. Размышления о характере репрезентативной демократии // Политическая философия в Германии: Сб. ст.: Пер. с нем. / Изензее Й. и др. — М.: Соврем. тетради, 2005. — С. 123–146.

130. Кіс Е. Справедливість // Антологія феміністичної філософії: Пер. з англ. / За ред. Е. М. Драгер та А. М. Янг. — К.: Основи, 2006. — С. 577–593.
131. Козеллек Р. Часові пласти. Дослідження з теорії історії: Пер. з нім. — К.: Дух і літера, 2006. — 436 с.
132. Козловски П. Общество и государство: неизбежный дуализм: Пер. с нем. — М.: Республика, 1998. — 368 с.
133. Козюбра М. Правовий закон: проблема критеріїв // Вісн. Акад. прав. наук України. — 2003. — № 2–3 (33–34). — С. 83–96.
134. Козюбра М. Принцип верховенства права і конституційна юрисдикція // Вісн. Конституц. Суду України. — 2000. — № 4. — С. 24–32.
135. Козюбра М. Принцип верховенства права та вітчизняна теорія і практика // Укр. право. — 2006. — Чис. 1 (19). — С. 15–23.
136. Колісник В. П. Національно-етнічні відносини в Україні: теоретичні засади та конституційно-правові аспекти. — Х.: Фоліо, 2003. — 240 с.
137. Колодій А. М. Принципи права України. — К.: Юрінком Інтер, 1998. — 208 с.
138. Кони А. Ф. Нравственные начала в уголовном процессе (Общие черты судебной этики) // Избр. произведения. Статьи и заметки. Судебные речи. Воспоминания. — М.: Госюрлитиздат, 1956. — С. 19–48.
139. Констан Б. Про свободу древніх у її порівнянні зі свободою сучасних людей // Лібералізм: Антологія / Упоряд. О. Проценко, В. Лісовий. — К.: Смолоскип, 2002. — С. 411–423.
140. Конституційні акти Європейського Союзу / Упоряд. Г. Друзенко; За заг. ред. Т. Качки. — К.: Юстиніан, 2005. — Ч. I. — 512 с.
141. Конституція незалежної України: У 3 кн. / За заг. ред. С. Головатого. — К.: Право. Укр. правн. фундація, 1995. — Кн. I: Документи, коментарі, статті. — 398 с.
142. Конституція України: Наук.-практ. комент. / В. Б. Авер'янов, О. В. Батанов, Ю. В. Баулін та ін.; Редкол.: В. Я. Тацій, Ю. П. Битяк, Ю. М. Грошевий та ін. — Х.: Право; К.: Ін Юре, 2003. — 808 с.
143. Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права. — СПб.: Юрид. центр Пресс, 2003. — 430 с.
144. Короткий оксфордський політичний словник: Пер. з англ. / За ред. І. Макліна і А. Макмілана. — К.: Основи, 2006. — 789 с.
145. Костикова А. В. Толкование юридических текстов и основные подходы к толкованию [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://www.kadis.ru/daily/dayprof.phtml?id=36362>.
146. Котляревский С. А. Конституционное государство. Юридические предпосылки русских Основных Законов / Под ред. и с предисл. В. А. Томсинова. — М.: Зерцало, 2004. — 392 с.
147. Коулмен Дж. Л., Лейтер Б. Юридичний позитивізм // Філософія права: Пер. з англ. / За ред. Дж. Фейнберга, Дж. Коулмена. — К.: Основи, 2007. — С. 154–171.

148. Кревельд М. ван. Расцвет и упадок государства: Пер. с англ. — М.: ИРИСЭН, 2006. — 544 с.
149. Криле М. Свобода и «освобождение». К вопросу о субординации прав человека // Политическая философия в Германии: Сб. ст.: Пер. с нем. / Изензее Й. и др. — М.: Соврем. тетради, 2005. — С. 72–94.
150. Крусс В. И. Теория конституционного правоупотребления. — М.: Норма, 2007. — 752 с.
151. Кудрявцев М. А. Конституционный принцип равноправия в правовом положении личности в Российской Федерации: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.02 / Моск. гос. ун-т им. М. В. Ломоносова. — М., 2004. — 25 с.
152. Кузнецова О. А. Нормы-принципы российского гражданского права. — М.: Статут, 2006. — 269 с.
153. Кунцман П., Буркард Ф.-П., Видман Ф. Філософія: dtv-Atlas: Пер. з 10-го нім. вид. — К.: Знання-Прес, 2002. — 270 с.
154. Лазарев Л. В. Правовые позиции Конституционного Суда России. — М.: Городец: Формула права, 2003. — 528 с.
155. Лал Д. Непреднамеренные последствия. Влияние обеспеченности факторами производства, культуры и политики на долгосрочные экономические результаты: Пер. с англ. — М.: ИРИСЭН, 2007. — 338 с.
156. Лаптева Л. Е. Юридическое мировоззрение и законодательство в России // Наш трудный путь к праву: Материалы философско-правовых чтений памяти акад. В. С. Нерсесянца / Сост. В. Г. Графский. — М.: Норма, 2006. — С. 355–370.
157. Леони Б. Свобода и закон: Пер. с англ. — М.: ИРИСЭН, 2008. — 308 с.
158. Летнянчин Л. І. Конституційні обов'язки людини і громадянина в Україні: проблеми теорії і практики. — Х.: СПД ФО Вапнярчук Н. М., 2006. — 256 с.
159. Лившиц Р. З. Теория права. — 2-е изд. — М.: БЕК, 2001. — 224 с.
160. Лившиц Р. З., Никитинский В. И. Принципы советского трудового права // Сов. государство и право. — 1974. — № 8. — С. 32–37.
161. Ллойд Д. Идея права: Пер. с англ. — М.: Югона, 2000. — 416 с.
162. Лок Дж. Два трактата про врядування: Пер. з англ. — К.: Основи, 2001. — 265 с.
163. Локк Дж. Опыт о веротерпимости // Соч.: В 3 т.: Пер. с англ. и лат. — М.: Мысль, 1988. — Т. 3. — С. 66–90.
164. Локк Дж. Послание о веротерпимости // Соч.: В 3 т.: Пер. с англ. и лат. — М.: Мысль, 1988. — Т. 3. — С. 91–134.
165. Лопухин А. П. Законодательство Моисея. Исследование о семейных, социально-экономических и государственных законах Моисея. Суд над Иисусом Христом, рассматриваемым с юридической точки зрения. Вавилонский царь правды Аммураби и его новоеоткрытое законодательство в сопоставлении с законодательством Моисеевым / Под ред. и с предисл. В. А. Томсинова. — М.: Зерцало, 2005. — 328 с.

166. Лоран Ж.-Л. Роль Ради Європи у процесах демократизації та забезпеченні верховенства права [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://usps.parliament.org.ua/uploads/docs/Loran.pdf>.
167. Лукаидес Л. Г. Принцип верховенства права и права человека [Электронный ресурс]. — Режим доступа: http://www.legalworld.ru/inc/main_st.php?products_id=67.
168. Лукашук И. И. Глобализация, государство, право, XXI век. — М.: Спарк, 2000. — 279 с.
169. Лукашук И. И. Современное право международных договоров: В 2 т. — М.: Волтерс Клувер, 2006. — Т. 2. — 672 с.
170. Лукьянова Е. Г. Глобализация и правовая система России (основные направления развития). — М.: Норма, 2006. — 112 с.
171. Лукьянова Е. Г. Теория процессуального права. — М.: Норма, 2003. — 240 с.
172. Лютер М. О светской власти. В какой мере ей следует повиноваться // Лютер М. Время молчания прошло: Избр. произведения 1520–1526 гг.: Пер. с нем. — 2-е изд. — Харьков, 1994. — С. 113–152.
173. Мак-Грат А. Інтелектуальні витоки європейської Реформації: Пер. з англ. — К.: Ніка-Центр, 2008. — 344 с.
174. Макинтаир А. После добродетели: Исследования теории морали: Пер. с англ. — М.: Акад. Проект; Екатеринбург: Деловая книга, 2000. — 384 с.
175. Маккелем Дж. К. Негативна і позитивна свобода // Лібералізм: Антологія / Упоряд. О. Проценко, В. Лісовий. — К.: Смолоскип, 2002. — С. 568–582.
176. Максимов С. И. Правовая реальность: опыт философского осмысления. — Харьков: Право, 2002. — 328 с.
177. Маланчук П. Вступ до міжнародного права за Ейкхерстом: Пер. з англ. — Х.: Консум, 2000. — 592 с.
178. Малахов В. П. Концепция философии права. — М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2007. — 751 с.
179. Малиновский А. А. Злоупотребление субъективным правом (теоретико-правовое исследование). — М.: Юрлитинформ, 2007. — 352 с.
180. Мальцев В. В. Принципы уголовного права и их реализация в правоприменительной деятельности. — СПб.: Юрид. центр Пресс, 2004. — 694 с.
181. Мальцев Г. В. Социальные основания права. — М.: Норма, 2007. — 800 с.
182. Манан П. Інтелектуальна історія лібералізму: Пер. з фр. — К.: Дух і літера, 2005. — 216 с.
183. Манан П. Общедоступный курс политической философии: Пер. с фр. — М.: Моск. шк. полит. исслед., 2004. — 336 с.
184. Маринович М. До проблеми сприйняття релігійної свободи і прав людини сучасною українською думкою // Релігійна свобода і права людини: Богословські аспекти: У 2 т. — Львів: Свічадо, 2000. — Т. 1. — С. 7–16.

185. Марксистско-ленинская общая теория государства и права. Социалистическое право. — М.: Юрид. лит., 1973. — 646 с.
186. Матузов Н. И. Актуальные проблемы теории права. — Саратов: Изд-во Саратов. гос. акад. права, 2004. — 510 с.
187. Международное право / Отв. ред. Ю. М. Колосов, В. И. Кузнецов. — М.: Междунар. отношения, 1995. — 608 с.
188. Международные акты о правах человека: Сб. док. — М.: Норма-Инфра-М, 1999. — 784 с.
189. Мережко А. А. Договор в частном праве. — Киев: Юстиниан, 2003. — 176 с.
190. Мизес Л. фон. Идея свободы родилась на Западе [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://sotsium.ru/books/69/59/mises50a.html>.
191. Миллер Д. Политические учения. Краткое введение: Пер. с англ. — М.: Астрель: АСТ, 2007. — 189 с.
192. Митрополит Смоленский и Калининградский Кирилл. Права человека и нравственная ответственность [Электронный ресурс]. — Режим доступа: [http://www.portal-slovo.ru/rus/history/48/7040/\\$print_text/?part=1](http://www.portal-slovo.ru/rus/history/48/7040/$print_text/?part=1).
193. Міжнародне право / За ред. М. В. Буроменського. — К.: Юрінком Інтер, 2005. — 336 с.
194. Міл Дж. Ст. Про свободу: Есе: Пер. з англ. — К.: Основи, 2001. — 463 с.
195. Моисеев С. В. «Понятие права» Герберта Харта // Харт Г. Л. А. Понятие права: Пер. с англ. — СПб.: Изд-во С.-Петерб. ун-та, 2007. — С. 269–295.
196. Моисеев С. В. Философия права: Курс лекций. — 2-е изд., испр. и доп. — Новосибирск: Сиб. унив. изд-во, 2004. — 262 с.
197. Монтескье Ш. Л. О духе законов // Избр. произведения: Пер. с фр. — М.: Госполитиздат, 1955. — С. 155–733.
198. Морщакова Т. Конституционная защита прав и свобод граждан судами Российской Федерации // Сравнит. конституц. обозрение. — 2004. — № 4 (49). — С. 124–128.
199. Нагель Т. Рівне ставлення і компенсаторна дискримінація // Філософія права: Пер. з англ. / За ред. Дж. Фейнберга, Дж. Коулмена. — К.: Основи, 2007. — С. 606–616.
200. Нгуен Куок Динь, Дайе П., Пелле А. Международное публичное право: В 2 т.: Пер. с фр. — Киев: Сфера, 2000. — Т. 1, кн. 1: Формирование международного права; кн. 2: Международное сообщество. — 440 с.
201. Нерсесянц В. С. Юриспруденция. Введение в курс общей теории права и государства. — М.: Норма, 2002. — 288 с.
202. Нешатаева Т. Е. Уроки судебной практики о правах человека: европейский и российский опыт. — М.: Городец, 2007. — 320 с.
203. Ницше Ф. Веселая наука // Соч.: В 2 т.: Пер. с нем. — М.: Мысль, 1990. — Т. 1. — С. 491–719.
204. Новицкий И. Б. Принцип доброй совести в проекте обязательственного права // Вестн. граждан. права. — 2006. — № 1 (Том 6). — С. 124–181.
205. Нозик Р. Анархия, государство и утопия: Пер. с англ. — М.: ИРИСЭН, 2008. — 424 с.

206. Общая теория государства и права. Академический курс: В 3 т. — Изд. 2-е, перераб. и доп. / Отв. ред. М. Н. Марченко. — М.: Зерцало-М, 2001. — Т. 2. — 528 с.
207. Общая теория прав человека / Отв. ред. Е. А. Лукашева. — М.: Норма, 1996. — 520 с.
208. Огурцов А. П. Идея // Новая философская энциклопедия: В 4 т. — М.: Мысль, 2001. — Т. 2. — С. 83.
209. Основы права Европейского Союзу: Нормат. матеріали / За заг. ред. М. В. Буроменського. — Х.: Яшма, 2005. — 236 с.
210. Основной Закон Федеративной Республики Германии // Конституции зарубежных государств / Сост. В. В. Маклаков. — 3-е изд., перераб. и доп. — М.: БЕК, 2000. — 592 с.
211. Остин Дж. Позитивістська концепція права // Філософія права: Пер. з англ. / За ред. Дж. Фейнберга, Дж. Коулмена. — К.: Основи, 2007. — С. 41–56.
212. Оукшот М. Политическая экономия свободы // Оукшот М. Рационализм в политике и другие статьи: Пер. с англ. — М.: Идея-Пресс, 2002. — С. 91–109.
213. Павленко Д. Добросовісність сторін як принцип господарського процесуального права [Електронний ресурс]. — Режим доступа: <http://www.justinian.com.ua/article.php?id=1734>.
214. Парсонс Т. Система современных обществ: Пер. с англ. — М.: Аспект Пресс, 1998. — 270 с.
215. Паскаль Б. Мысли: Пер. с фр. — СПб.: Азбука-классика, 2005. — 336 с.
216. Пейн Т. Права людини: Пер. з англ. — Львів: Літопис, 2000. — 288 с.
217. Перетерский И. С. Толкование международных договоров. — М.: Госюриздат, 1959. — 172 с.
218. Перікл. Афіньська демократія // Демократія: Антологія / Упоряд. О. Проценко. — К.: Смолоскип, 2005. — С. 215–219.
219. Петришин О. Верховенство права як принцип дії права // Укр. право. — 2006. — Чис. 1 (19). — С. 49–57.
220. Петришин О. В. Право як соціально-юридичне явище: до постановки питання // Вісн. Акад. прав. наук України. — 2007. — № 4 (51). — С. 3–18.
221. Платон. Горгий // Соч.: В 3 т.: Пер. с древнегреч. — М.: Мысль, 1968. — Т. 1. — С. 255–365.
222. Платон. Государство // Соч.: В 3 т.: Пер. с древнегреч. — М.: Мысль, 1971. — Т. 3, ч. 1. — С. 89–454.
223. Платон. Законы // Соч.: В 4 т.: Пер. с древнегреч. — СПб.: Изд-во С.-Петерб. ун-та: Изд-во Олега Абышко, 2007. — Т. 3, ч. 2. — С. 89–513.
224. Подкопаев С. В. Дисциплінарна відповідальність суддів: сутність, механізм реалізації. — Х.: ВД «Інжек», 2003. — 192 с.
225. Познер Р. А. Проблемы юриспруденції: Пер. з англ. — Х.: Акта, 2004. — 488 с.

226. Покровский И. А. История римского права. — СПб.: Изд.-торговый дом «Летний Сад»: Журн. «Нева», 1999. — 533 с.
227. Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. — М.: Статут, 1998. — 353 с.
228. Политико-правовые ценности: история и современность / Под ред. В. С. Нерсесянца. — М.: Эдиториал УРСС, 2000. — 256 с.
229. Поляков А. В. Общая теория права. — СПб.: Юрид. центр Пресс, 2001. — 642 с.
230. Поляков А. В. Российская теоретико-правовая мысль: опыт прошлого и перспективы на будущее // Наш трудный путь к праву: Материалы филос.-правовых чтений памяти акад. В. С. Нерсесянца / Сост. В. Г. Графский. — М.: Норма, 2006. — С. 86–121.
231. Попова А. В. Принцип добросовестности в международном коммерческом обороте: Законодательство и судебная практика Российской Федерации и стран — членов Европейского Союза: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Рос. акад. гос. службы при Президенте РФ. — М., 2005. — 31 с.
232. Поппер К. Відкрите суспільство та його вороги: В 2 т.: Пер. з англ. — К.: Основи, 1994. — Т. 1. — 444 с.
233. Поротикова О. А. Проблема злоупотребления субъективным гражданским правом. — М.: Волтерс Клувер, 2007. — 256 с.
234. Права людини: соціально-антропологічний вимір: Пр. Львів. лаб. прав людини і громадянина НДІ держ. буд-ва та місц. самоврядування Акад. прав. наук України. Серія I, Дослідження та реферати / Редкол.: П. М. Рабінович (голов. ред.) та ін. — Львів: Світ, 2006. — Вип. 13. — 280 с.
235. Прокофьев А. В. Мораль индивидуального совершенствования и общественная мораль: исследование неоднородности нравственных феноменов / НовГУ им. Я. Мудрого. — Великий Новгород, 2006. — 284 с.
236. Прокофьев А. В. Социальная справедливость: нормативное содержание и история становления понятия [Электронный ресурс]. — Режим доступа: http://ethics.iph.ras.ru/research/prokofiev_1.html.
237. Пушкаш В. Защита человеческого достоинства в практике Конституционного Суда // Конституционное правосудие: Вестн. органов конституц. контроля стран молодой демократии. — Ереван, 2005. — Вып. 2 (28). — С. 43–48.
238. Рабінович П. Верховенство права (за матеріалами практики Страсбурзького Суду та Конституційного Суду України) // Вісн. Акад. прав. наук України. — 2006. — № 2 (45). — С. 3–16.
239. Рабінович П. Європейські стандарти прав людини: онтологічні, гносеологічні та праксеологічні стандарти // Вісн. Акад. прав. наук України. — 2003. — № 2–3 (33–34). — С. 114–132.
240. Рабінович П., Гришук О. Гідність людини як фундамент її природного права на компенсацію моральної шкоди // Вісн. Акад. прав. наук України. — 2002. — № 2 (29). — С. 14–23.

241. Рабцевич О. И. Право на справедливое судебное разбирательство: международное и внутригосударственное правовое регулирование. — М.: Лекс-Книга, 2005. — 318 с.
242. Равенство полов // Словарь гендерных терминов [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://www.owl.ru/gender/270.htm>.
243. Радбрух Г. Элементарный курс філософії права // Радбрух Г. Філософія права: Пер. з нім. — К.: Тандем, 2006. — С. 137–247.
244. Радбрух Г. Філософія права: Пер. с нем. — М.: Междунар. отношения, 2004. — 240 с.
245. Раз Д. Моральні засади свободи: Пер. з англ. — К.: Веселка, 2001. — 431 с.
246. Райнер А. О Хартии Европейского Союза об основных правах // Конституц. право: Восточноевроп. обозрение. — 2002. — № 3 (40). — С. 12–20.
247. Ратцингер Й. (Бенедикт XVI). Вера — Истина — Толерантность. Христианство и мировые религии: Пер. с нем. — М.: Библиейско-богослов. ин-т св. апостола Андрея, 2007. — 367 с.
248. Ратцингер Й. (Бенедикт XVI). Ценности в эпоху перемен. О соответствии вызовам времени: Пер. с нем. — М.: Библиейско-богослов. ин-т св. апостола Андрея, 2007. — 163 с.
249. Речицкий В. В. Политическая активность. Конституционные аспекты. — Киев: Сфера, 1999. — 496 с.
250. Речицкий В. Свобода и государство. — Харьков: Фолио, 1998. — 144 с.
251. Речицкий В. Символическая реальность и право. — Львов: ВНТЛ-Классика, 2007. — 730 с.
252. Речицкий В. Відповідь Всеволода Речицького Мирославу Мариневичу // Права людини (ХПГ-інформ). — 2007. — № 11 (447). — С. 11–12.
253. Рикер П. Справедливое: Пер. с фр. — М.: Гнозис: Логос, 2005. — 304 с.
254. Рікер П. Інтелектуальна автобіографія. Любов і справедливість: Пер. з фр. — К.: Дух і літера, 2002. — 114 с.
255. Розанваллон П. Утопический капитализм. История идеи рынка: Пер. с фр. — М.: Новое лит. обозрение, 2007. — 256 с.
256. Ролз Дж. Політичний лібералізм: Пер. з англ. — К.: Основи, 2000. — 382 с.
257. Ролз Дж. Теорія справедливості: Пер. з англ. — К.: Основи, 2001. — 822 с.
258. Рулан Н. Историческое введение в право: Пер. с фр. — М.: Nota bene, 2005. — 672 с.
259. Руссо Ж.-Ж. Политические сочинения: Трактаты: Пер. с фр. — Киев: Дух і Літера, 2000. — 344 с.
260. Ручкин Е. Б. К вопросу о нормативности права // Проблемы законности: Республік. міжвід. наук. зб. — Х.: Нац. юрид. акад. України, 2001. — Вип. 46. — С. 3–9.
261. Савсерис С. В. Категория «недобросовестность» в налоговом праве. — М.: Статут, 2007. — 191 с.

262. Салтыков-Щедрин М. Е. История одного города // Салтыков-Щедрин М. Е. История одного города. Господа Головлевы. Сказки. — Л.: Лениздат, 1972. — С. 31–226.
263. Самостоятельность и независимость судебной власти Российской Федерации / Под ред. В. В. Ершова. — М.: Юристъ, 2006. — 493 с.
264. Свобода: сучасні виміри та альтернативи / В. В. Лях, В. С. Пазенок, К. Ю. Райда та ін. — К.: Укр. Центр духов. культури, 2006. — 486 с.
265. Себайн Дж. Г., Торсон Т. Л. Історія політичної думки: Пер. з англ. — К.: Основи, 1997. — 838 с.
266. Селіванов В. М. Право і влада суверенної України: методологічні аспекти. — К.: Ін Юре, 2002. — 724 с.
267. Семинар для НПО, занимающихся борьбой с дискриминацией: [Электронный ресурс]: Материалы для тренеров. — Режим доступа: http://www.lichr.ee/new/useful_info/discrimination/PDF/handbook-rus.pdf.
268. Сериков Ю. А. Презумпции в гражданском судопроизводстве. — М.: Волтерс Клувер, 2006. — 184 с.
269. Сильвестрова Е. В. Lex generalis. Императорская конституция в системе источников греко-римского права V–X вв. н. э. — М.: Индрик, 2007. — 248 с.
270. Синюков В. Н. Российская правовая система: Введение в общую теорию. — Саратов: Полиграфист, 1994. — 494 с.
271. Скиннер К. Свобода до либерализма: Пер. с англ. — СПб.: Изд-во Европ. ун-та в С.-Петербурге, 2006. — 120 с.
272. Скурко Е. В. Принципы права в современном нормативном правопонимании. — М.: Юрлитинформ, 2008. — 200 с.
273. Словник синонімів української мови: В 2 т. / А. А. Бурячок, Г. М. Гнатюк, С. І. Головашук та ін. — К.: Наук. думка, 1999–2000. — Т. 1. — 1999. — 1040 с.; Т. 2. — 2000. — 960 с.
274. Словник української мови: В 11 т. / Редкол.: І. К. Білодід (голова) та ін. — К.: Наук. думка, 1974. — Т. 5: Н–О. — 840 с.
275. Современный гуманизм: Обзор ИНИОН РАН [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://humanism.al.ru/ru/articles.phtml?num=000142>.
276. Соколов А. Н. Правовое государство: от идеи до ее материализации. — Калининград: Янтар. сказ, 2002. — 456 с.
277. Соловьев Э. Ю. Категорический императив нравственности и права. — М.: Прогресс-Традиция, 2005. — 416 с.
278. Софокл. Антигона: Пер. з давньогрец. // Давньогрецька трагедія. — К.: Дніпро, 1981. — С. 119–166.
279. Социальная антропология права современного общества / И. Л. Честнов, Н. В. Разуваев, Л. А. Харитонов, А. Э. Черноков; Под ред. И. Л. Честнова. — СПб.: ИВЭСЭП: Знание, 2006. — 248 с.
280. Справочник по нормотворческой технике: Пер. с нем. — 2-е изд., перераб. — М.: БЕК, 2002. — 296 с.
281. Стандарты Совета Европы в области прав человека применительно к положениям Конституции Российской Федерации: Избранные права. — М.: Ин-т права и публич. политики, 2002. — 604 с.

282. Старженецкий В. В. Россия и Совет Европы: право собственности. — М.: Городец, 2004. — 208 с.
283. Суриков Ю. А. Презумпции в гражданском судопроизводстве. — М.: Волтерс Клувер, 2006. — 184 с.
284. Сэндел М. Либерализм и пределы справедливости // Современный либерализм: Ролз, Берлин, Дворкин, Кимлика, Сэндел, Тейлор, Уолдрон: Пер. с англ. — М.: Дом интеллектуал. книги: Прогресс-Традиция, 1998. — С. 191–218.
285. Таманага Б. Верховенство права: історія, політика, теорія: Пер. з англ. — К.: Вид. дім «Киево-Могилян. акад.», 2007. — 208 с.
286. Тарновский Е. Четыре свободы. — СПб.: Макет, 1995. — 192 с.
287. Ташнет М. Соотношение судебного контроля над нормотворчеством и толкования законов применительно к «горизонтальному эффекту» // Сравнит. конституц. обозрение. — 2006. — № 2 (55). — С. 28–36.
288. Теория государства и права / Под ред. В. К. Бабаева. — М.: Юристъ, 1999. — 592 с.
289. Теория государства и права: Курс лекций / Под ред. Н. И. Матузова и А. В. Малько. — М.: Юристъ, 1997. — 672 с.
290. Тірні Б. Релігійні права: історичний огляд // Релігійна свобода і права людини: Богословські аспекти: У 2 т. — Львів: Свічадо, 2000. — Т. 1. — С. 55–84.
291. Токвіль А. де. Про демократію в Америці: Пер. з фр. — К.: Вид. дім «Всесвіт», 1999. — 590 с.
292. Толстик В. А. Иерархия российского и международного права. — М.: Юрайт-М, 2001. — 128 с.
293. Трудове право України: Академічний курс / П. Д. Пилипенко, В. Я. Буряк, З. Я. Козак та ін.; За ред. П. Д. Пилипенка. — 2-ге вид., перероб. і доп. — К.: Ін Юре, 2006. — 544 с.
294. Туманов В. А. Европейский Суд по правам человека. Очерк организации и деятельности. — М.: Норма, 2001. — 304 с.
295. Тур М. Г. Некласичні моделі легітимації соціальних інститутів. — К.: ПАРАПАН, 2006. — 396 с.
296. Тускоз Ж. Міжнародне право: Пер. з фр. — К.: АртЕк, 1998. — 416 с.
297. Тьоніс Ф. Спільнота та суспільство. Основні поняття чистої соціології: Пер. з нім. — К.: Дух і літера, 2005. — 262 с.
298. Уайтхед А. Избранные работы по философии: Пер. с англ. — М.: Прогресс, 1990. — 718 с.
299. Уолдрон Дж. Теоретические основания либерализма // Современный либерализм: Ролз, Берлин, Дворкин, Кимлика, Сэндел, Тейлор, Уолдрон: Пер. с англ. — М.: Дом интеллектуал. книги: Прогресс-Традиция, 1998. — С. 108–137.
300. Уржинский К. П. К вопросу о принципах правового регулирования общественных отношений // Правоведение. — 1968. — № 3. — С. 123–126.

301. Фергюсон А. Опыт истории гражданского общества: Пер. с англ. — М.: РОССПЭН, 2000. — 392 с.
302. Філософія права: Пер. з англ. / За ред. Дж. Фейнберга, Дж. Коулмена. — К.: Основи, 2007. — 1256 с.
303. Фукуяма Ф. Великий крах. Людська природа і відновлення соціального порядку: Пер. з англ. — Львів: Кальварія, 2005. — 380 с.
304. Фулей Т. І. Сучасні загальнолюдські принципи права та проблеми їх впровадження в Україні: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Київ. нац. ун-т ім. Т. Шевченка. — К., 2003. — 20 с.
305. Фуллер Лон Л. Анатомія права: Пер. з англ. — К.: Сфера, 1999. — 144 с.
306. Фуллер Лон Л. Мораль права: Пер. з англ. — К.: Сфера, 1999. — 232 с.
307. Хабермас Ю. Вовлечение другого. Очерки политической теории: Пер. с нем. — СПб.: Наука, 2001. — 417 с.
308. Хабриева Т. Я., Чиркин В. Е. Теория современной конституции. — М.: Норма, 2005. — 320 с.
309. Хайек Ф. А. фон. Право, законодательство и свобода: Современное понимание либеральных принципов справедливости и политики: Пер. с англ. — М.: ИРИСЭН, 2006. — 644 с.
310. Хайнце Э. Сексуальная ориентация: право человека. Эссе о международном законодательстве о правах человека: Пер. с англ. — М.: Идея-Пресс, 2004. — 366 с.
311. Харт Х. Л. А. Концепція права: Пер. з англ. — К.: Сфера, 1998. — 236 с.
312. Хартли Т. К. Основы права Европейского сообщества: Пер. с англ. — М.: Закон и право: ЮНИТИ, 1998. — 703 с.
313. Хейзинга Й. Homo ludens = Человек играющий: Пер. с нидерл. — СПб.: Азбука-классика, 2007. — 384 с.
314. Хессе К. Основы конституционного права ФРГ: Пер. с нем. — М.: Юрид. лит., 1981. — 368 с.
315. Хеффе О. Справедливость: Философское введение: Пер. с нем. — М.: Праксис, 2007. — 192 с.
316. Хорольський Р. Застосування закону з нечітким змістом (досвід США та європейських судів і можливість його застосування в Україні) // Укр. прав. часопис. — 2004. — Вип. 6 (11). — С. 43–47.
317. Хофмайстер Х. Что значит мыслить философски: Пер. с нем. — СПб.: Изд-во С.-Петербур. ун-та, 2006. — 448 с.
318. Хубер Э. Р. Правовое и социальное государство в современном индустриальном обществе // Политическая философия в Германии: Сб. ст.: Пер. с нем. / Изензее Й. и др. — М.: Соврем. тетради, 2005. — С. 166–189.
319. Цвік М. В. Верховенство права в контексті прав людини // Актуальні проблеми формування правової держави в Україні. До 50-ї річниці Конвенції про захист прав людини і основних свобод: Матеріали міжнар. наук.-практ. конф.: У 2 ч. — Х., 2000. — Ч. 1. — С. 49–53.
320. Цвік М. Про сучасне праворозуміння // Вісн. Акад. прав. наук України. — 2001. — № 4 (27). — С. 3–13.

321. Циппеліус Р. Філософія права: Пер. з нім. — К.: Тандем, 2000. — 300 с.
322. Циппеліус Р. Юридична методологія: Пер. з нім. — К.: Реферат, 2004. — 176 с.
323. Цицерон Марк Туллий. О государстве // Цицерон Марк Туллий. Диалоги: О государстве; О законах: Пер. с лат. — М.: Наука, 1966. — С. 7–88.
324. Цицерон Марк Туллий. О законах // Цицерон Марк Туллий. Диалоги: О государстве; О законах: Пер. с лат. — М.: Наука, 1966. — С. 89–215.
325. Цицерон Марк Туллий. Об обязанностях // Цицерон Марк Туллий. О старости. О дружбе. Об обязанностях: Пер. с лат. — М.: Наука, 1975. — С. 58–156.
326. Шайо А. Самоограничение власти (краткий курс конституционализма): Пер. с венг. — М.: Юрист, 2001. — 292 с.
327. Шапиро И. Моральные основания политики: Пер. с англ. — М.: КДУ, 2004. — 304 с.
328. Шаповал В. Верховенство права: міфи і реалії пострадянського праворозуміння // Укр. право. — 2006. — Чис. 1 (19). — С. 30–32.
329. Шевчук С. Значення загальноправового принципу пропорційності для визначення конституційності обмежень щодо реалізації конституційних прав і свобод (зарубіжний досвід) // Вісн. Акад. прав. наук України. — 2000. — № 1 (20). — С. 69–76.
330. Шевчук С. Основы конституційної юриспруденції. — К.: Укр. центр правн. студій, 2001. — 302 с.
331. Шевчук С. Принцип рівності у європейському та порівняльному конституційному праві (до рішення Конституційного Суду України у справі про граничний вік кандидата на посаду керівника вищого навчального закладу) // Вісн. Акад. прав. наук України. — 2005. — № 4 (43). — С. 124–134.
332. Шевчук С. Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні. — К.: Реферат, 2007. — 640 с.
333. Шевчук С. Судовий захист прав людини: практика Європейського Суду з прав людини у контексті західної правової традиції. — К.: Реферат, 2006. — 848 с.
334. Шевчук С. Формальна та органічна характеристика принципу верховенства права: до нових методів тлумачення Конституції // Укр. право. — 1998. — Чис. 2 (10). — С. 56–68.
335. Шикин Е. П. Основные условия эффективного применения права: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 710. — Свердловск, 1971. — 18 с.
336. Шкода В. В. Вступ до правової філософії. — Х.: Фоліо, 1997. — 223 с.
337. Шлоер Б. Принцип адекватності в європейському та українському публічному праві // Укр. прав. часопис. — 2003. — № 3 (8). — С. 3–27.
338. Шнакенбург Р. Етичне послання Нового Завіту: Пер. з нім. — К.: Дух і літера, 2005. — 340 с.
339. Шпрагенс Т. А. Реконструюючи ліберальну теорію: розум і ліберальна культура // Лібералізм: Антологія / Упоряд. О. Проценко, В. Лісовий. — К.: Смолоскип, 2002. — С. 352–367.

340. Шраг Л. Рівні можливості // Антологія феміністичної філософії: Пер. з англ. / За ред. Е. М. Драгер та А. М. Янг. — К.: Основи, 2006. — С. 664–676.
341. Шульце-Филиц Х. Сравнительное конституционное право — улица с односторонним движением? На примере соблюдения принципа человеческого достоинства в биомедицинских исследованиях // Конституц. право: Восточноевроп. обозрение. — 2004. — № 4 (49). — С. 84–94.
342. Эктон Дж. Происхождение современного государства // Эктон Дж. Очерки становления свободы [Электронный ресурс]. — Режим доступа: http://www.krotov.info/library/01_a/act/on5.html.
343. Эктон Дж. Свобода в христианскую эпоху // Эктон Дж. Очерки становления свободы [Электронный ресурс]. — Режим доступа: http://www.krotov.info/library/01_a/act/on3.html.
344. Элиас Н. Общество индивидов: Пер. с нем. — М.: Практис, 2001. — 336 с.
345. Энтин М. Справедливое разбирательство по праву Совета Европы и Европейского Союза // Конституц. право: Восточноевроп. обозрение. — 2003. — № 3 (44). — С. 85–97.
346. Юдин А. В. Злоупотребление процессуальными правами в гражданском судопроизводстве. — СПб.: Изд. дом С.-Петербур. гос. ун-та, 2005. — 360 с.
347. Юридична енциклопедія: В 6 т. / Редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. — К.: Укр. енцикл., 1998. — Т. 1: А–Г. — 672 с.
348. Юридична енциклопедія: В 6 т. / Редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. — К.: Укр. енцикл., 1998. — Т. 2: Д–Й. — 1999. — 744 с.
349. Юркевич П. Історія філософії права (1868) // Юркевич П. Історія філософії права. Філософія права. Філософський щоденник: Пер. з рос. та нім. — К.: Ред. журн. «Укр. Світ», 1999. — С. 13–230.
350. Яковюк І. Субсидіарність як принцип взаємовідносин національних держав і Європейського Союзу // Вісн. Акад. прав. наук України. — 2004. — № 4 (39). — С. 22–30.
351. Ярославцев В. Г. Нравственное правосудие и судебское правотворчество. — М.: ЗАО Юстицинформ, 2007. — 304 с.
352. Яценко Т. С. Категория шиканы в гражданском праве: история и современность. — М.: Статут, 2003. — 157 с.
353. Bell J., Boyron S., Whittaker S. Principles of French law. — Oxford University Press, 1998. — 584 p.
354. Hart H. L. A. The Concept of Law. — 2nd ed. — Oxford: Clarendon Press, 1994. — 315 p.

Зміст

Список скорочень	3
Передмова	4
Розділ 1. Основоположні принципи як елемент права	6
§ 1. Поняття права.....	6
§ 2. Поняття основоположних принципів права та їх система	24
Розділ 2. Основоположні принципи — засади права.....	39
§ 1. Справедливість	39
§ 2. Рівність	74
§ 3. Свобода	102
§ 4. Гуманізм	133
Розділ 3. Принцип верховенства права та принципи, що забезпечують його дію.....	148
§ 1. Принцип верховенства права.....	148
§ 2. Принцип правової визначеності	178
§ 3. Принцип пропорційності	192
§ 4. Принцип добросовісності	204
Перелік використаної літератури	220

Наукове видання

**Погребняк
Станіслав Петрович**

**Основоположні принципи права
(змістовна характеристика)**

Монографія

Редактор-коректор *М. М. Поточняк*
Комп'ютерна верстка *В. М. Зеленька*

Підписано до друку з оригінал-макета 12.06.2008 р.
Формат 60×90 1/16. Папір офсетний. Гарнітура Times.
Ум. друк. арк. 15. Обл.-вид. арк. 15,4. Вид. № 354.
Тираж 500 прим.

Видавництво «Право» Академії правових наук України
Україна, 61002, Харків, вул. Чернишевська, 80

Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи
до Державного реєстру видавців, виготівників і розповсюджувачів
видавничої продукції — серія ДК № 559 від 09.08.2001 р.

Виготовлено у друкарні СПДФО Білетченко
8 (057) 758-35-98