

ДМИТРИСНКО Ю.М. ПРЯМЫЕ ЭФФЕКТЫ ДЕВИАНТНОЙ ПРАВОСОЗНАНИЯ: ПЕРВАЯ ФОРМУЛА УКРАИНСКОЙ ПРАВОВОЙ ИДИОМЫ

Предлагается первая формула разноментальных составных украинской правовой идиомы как возможных начальных методологических коэффициентов корреляции содержания актуальной модели современной теории управления - следствия прямых синергетических эффектов посттоталитарного девиантного правосознания.

DMITRIENKO JU.M. DIRECT EFFECTS DEVIANT OF SENSE OF JUSTICE: THE FIRST FORMULA OF THE UKRAINIAN LEGAL IDIOM

The first formula of different mental compound the Ukrainian legal idiom as possible initial methodological factors of correlation of the maintenance of actual model of the modern theory of management - investigations direct synergetic effects posttotalitarian deviant sense of justice is offered.



Л.О. КОРЧЕВНА

канд. юрид. наук, доц.

Одеський національний університет ім. І.І. Мечникова

УДК 340.130

ОСНОВНІ ПОНЯТТЯ ПРАВА У ПОЗИТИВІЗМІ: КРИТИЧНИЙ ДОСВІД

Розкривається природа юридичного позитивізму як гетерогенної теорії.

Сьогодні загальновизнаною є думка про те, що здобувши політичну незалежність, ми отримали у спадок тоталітарну концепцію права, назва якої юридичний позитивізм. В зв'язку з цим виникає нагальна потреба з'ясувати сутність цієї теорії, виявити гносеологічні і буттєві чинники, що обумовили її виникнення, функціонування і вплив на практичну юриспруденцію. В сучасній українській юридичній літературі, на відміну від західної, відсутні фундаментальні критичні дослідження концепції юридичного позитивізму [1-3]. Більше того, проблема права зазвичай опрацьовується на підґрунті того ж позитивізму.

Завдання цієї статті полягає в тому, щоб дослідити теорію і практику юридичного позитивізму.

Юридичний позитивізм не є гомогенною теорією, а складається з великої групи державно-правових поглядів. Насамперед, розрізняють п'ять форм його існування: 1) позитивізм як етико-правовий релятивізм; 2) позитивізм як критика природного права; 3) позитивізм як теорія чистого автономного правознавства; 4) теоретико-правовий позитивізм і 5) позитивізм як соціально-історична теорія сучасності [4, с.19]. Систематично класифікувати і конкретизувати правові вчення допомагає трьохмірна дефініція права. Так, наївний чи радикальний позитивізм, з яким ми зустрічаємося, наприклад, в теорії імперативів, визнає лише перший вимір - волю і владу; пом'якшений варіант позитивізму, представлений, скажімо Г. Кельзенном, пов'язує владу з моментом повноважень; нарешті, залиш-

ковий позитивізм акцентує увагу на моменті визнання, але витлумачує його, як це має місце у Харта, суто емпірично.

Ранній теоретико-правовий позитивізм, представлений так званою теорією наказів чи імперативів, тлумачить право як накази вищої влади, яка вдається до погроз і залякування з метою схилити людей до виконання їх. "Право є наказом суверена" говорять прибічники теорії імперативів (Гоббс, Бентам, Остін). Позбавлена згоди громадян і взагалі будь-якого вповноваження, теорія імперативів замикається в собі, стає за своїм змістом і характером теоретико-правовим волюнтаризмом.

Щодо поставленої теорією імперативів завдання - дати строге поняття права, тут вона зазнає очевидних складностей. Вони розпочинаються вже з затвердження наказної форми правової волі, другий і третій вимір права, взагалі, не беруться до уваги. Правова воля справді має характер наказу, про що свідчать конкретні правові вимоги, що висувуються чиновниками-виконавцями (збирачі податків, судові виконавці тощо). Однак, в багатьох інших сферах і аспектах наказова форма не придатна [4, с.85]. Існує і інша складність, а саме: наказ завжди спрямований на інших, тоді як правове зобов'язання поширюється і на того, від кого воно виходить. З цього приводу відомий американський критик позитивізму Лон Фуллер нотував: "Позитивіст-аналітик розглядає право як односторонню проекцію влади, що походить з якогось легалізованого джерела й нав'язує себе громадянинові. Він не вважає

істотним елементом створення правової системи те чи інше мовчазне співробітництво між законодавцем і громадянином; вважається, що закон просто впливає на громадянина... Позитивіст не визнає у функціонуванні правової системи нічого, що можна дійсно назвати соціальним виміром. Позитивіст розглядає закон у момент його прийняття законодавцем і потім у момент його впливу на суб'єкт права. Він не бачить законодавця та громадянина у взаємодії один з одним, а відтак неспроможний зрозуміти, що створення ефективної взаємодії між ними є істотною складовою самого закону... Я вважаю не випадковим, що елементи взаємодії, які створюють закон і надають йому значення, позитивіст-аналітик відсуває вбік і значною мірою ігнорує, бо інакше йому було б дуже важко зберегти основні пункти своєї віри" [5, с.180-183].

Тож критики теорії імперативів наголошують, що момент влади недостатній для визначення права. Створення його - не волевиявлення (законодавця, державної влади), а й обґрунтування; правотворча влада - це взаємопроникаюча єдність, поєднання волі й обґрунтування як основи позитивного права. Обґрунтування - справа філософська.

Пом'якшений варіант позитивізму представлений, скажімо, Кельзеном, на відміну від радикального позитивізму, пов'язує владу з моментом повноваження. Примус лише тоді має правовий статус, коли він започаткований деякою установою, яка вповноважена на вчинення певних дій, тобто від установ, чия влада видавати чи застосовувати приписи отримана із зовні. Чиновники, що висувають вам вимоги сплатити податки чи судові виконавці, що примусово здійснюють накладені на вас стягнення, діють від чужого імені - за дорученням більш високої правової установи. Конкретний правовий примус, що чинить представник виконавчої влади, свого підставою має надані йому повноваження. За допомогою категорії вповноваження Кельзен опрацьовує ту точку зору, що мала місце в гоббсівській "дії на підставі авторитету", але яка зникла в імперативній дефініції права у Остіна. Однак, повноваження, за допомогою якого Кельзен визначає право, не є допозитивною чи надпозитивною категорією; воно внутрішньо-правове і до того ж суто формальне поняття. Кельзен відмовляється редуциувати право до доправових і позаправових даностей. Дефініція права в нього повністю належить сфері позитивного. На думку сучасного німецького філософа права О. Хеффе, теоретико-правовому позитивізму необхідно ще довести, що визначення права задовільним чином можливо здійснити шляхом вказівки на наділену повноваженнями владу, що дозволяло б обійтися без залучення перспективи справедливості [4, с.93-94]. Хоча вповноваження на застосування примусу це і суттєвий складник права, але не єдина його сутність. Примус - це засіб відновлення порушеного права.

Таким чином, серед представників теоретико-правового позитивізму Кельзен є одним з найбільш відомих авторів, які визначали право не шляхом наказів, а шляхом правил і повноважень. Хоча теорія права отримувала тим самим принципово нову орієнтацію, все ж в одному

концепція Кельзен співпадає з традиційним правовим позитивізмом. Кельзен теж визнає поняття права, виходячи з поняття примусу чи санкції [6, с.7].

Залишковий позитивізм представлений, скажімо, Хартом, на відміну від радикального позитивізму, акцентує увагу на моменті визнання. Визнаючи право як єдність двох типів правил - пов'язаних з санкціями основних і надаючих правові повноваження другорядних - Харт пропонує лише другий варіант позиції Кельзена, яка проголошує, що правовий характер має не будь-який примусовий припис, але лише той, котрий започаткований владною установою, яка має повноваження [7, с.15-25]. За Хартом, слово законодавця викликає у переважної більшості громадян не просто звичну слухняність, а й добровільне визнання, подібно визнанню деяких правил гри. Вводячи в свою дефініцію психологічний елемент, Харт виходить за межі кельзенівської критики теорії імперативів і вже свідомо, на відміну від Кельзена, вводить в правовий емпіризм до того часу відсутній в ньому третій вимір, суть якого можна коротко визначити як "визнання" - саме цей третій вимір дозволяє мати надію, що, врешті, будуть надолужені усі прогалини дефініції, які ще залишилися після введення понять "влада" і "повноваження". Визнання наділяє і позитивно-правове зобов'язання, і відповідне йому підкорення, деякою новою рисою. Теорія імперативів тлумачить правову зобов'язаність як абсолютну необхідність; правова лояльність є прямим наслідком погрози влади. Кельзен тлумачить право як наділене повноваженнями належне і залишає водночас відкритим питання про те, до чого ж, врешті, все-таки зводиться право: до обов'язку, до абсолютної необхідності чи до вільного волевиявлення. Харт долає кельзенівську двозначність, надаючи перевагу вільному волевиявленню.

Що, власне, Харт розуміє під "визнанням" і, відповідно, волінням? Харт, залишаючись в традиції емпіризму, визначає визнання з емпірично-психологічної точки зору, що пов'язано з виникненням цілої низки складностей. Бо згода, взята виключно під кутом зору фактичної своєї сторони, не залежить від причин, які її зумовили. Наведемо максимально радикальний приклад; дехто можливо погодиться визнати навіть і такий порядок примусу, який корисний виключно суб'єктам, а не об'єктам примусу; порядок, який несе в собі лише зовнішню, а не внутрішню користь. Подібний порядок був би водночас не просто справедливим; в цьому випадку взагалі не можна говорити про якесь правове відношення, перед нами була б просто злочинна організація. З іншого боку, може трапитися і таке, що не дивлячись на те, що, як правило, подібний примусовий порядок відповідає загальним інтересам (зокрема, здійснює захисні функції), згода все ж таки відсутня. В цьому випадку доречно говорити про правовий характер даного порядку, пояснюючи відсутність загального добровільного його визнання тим, що він занадто безцеремонне - як це властиво багатьом диктаторським режимам - втручається в індивідуальне і групове існування. Тож, суто емпірично-психологічного поняття визнання і,

відповідно, волі, будучи в одному відношенні занадто широким, а другому - занадто вузьким, не здатне надолужити прогалини запропонованої Хартом дефініції. В сучасних дискусіях, пов'язаних з теорією модернізації, правовий позитивізм представляє соціолог Ніклас Луман.

Запропоновану Луманом теорію права, нотує О. Хеффе, вважаємо позитивістською не тому, що у Лумана повністю відсутній інтерес до критики суспільства (луманівський підхід сам по собі, його теза про необхідність дослідження суспільства таким, яким воно є, ще не означає затвердження існуючих відносин). Луман розцінюється як позитивіст скоріше тому, що він виставляє названу теорію як позитивне право сучасності і, окрім того, тому, що він відстоює дію на підставі прийнятого рішення, уточнюючи це положення як "легітимацію шляхом процедури".

У книзі Лумана "Легітимація шляхом процедури" ми зіштовхуємося, спершу, лише з самою темою і зовсім не з явним теоретико-правовим ствердженням, яке в контексті теорії права можна було б обговорювати (засуджувати) як позитивістське. На прикладі судочинства, політичного вибору і законодавчої діяльності, а також процедури прийняття рішень в адміністративній сфері Луман, досліджує фундаментальні процеси, в яких репрезентується правовий устрій, вносячи тим самим внесок в прояснення того, яким чином процедури породжують "узагальнену готовність" "приймати в певних межах толерантності ще змістовно не визначені рішення" [8, с. 112].

Луман, говорячи про легітимаційну силу судових, законодавчих і адміністративних процедур, жодного разу серйозно не поставив питання - чи дійсно процедури самі по собі здатні забезпечити легітимацію. Враження таке, що Луман вважає тезу про легітимацію шляхом процедур такою, яка не потребує ні емпіричної, ні теоретичної корекції. Ідею легітимації шляхом процедури Луман вважає не своїм відкриттям, а фундаментальним положенням ліберального мислення як такого. Але для політичного лібералізму процедури це є лише необхідним, але не достатнім моментом. Їх легітимація не здійснюється без нормативних попередніх умов, які виступають певною мірою інваріантними, не підпадаючими під перегляд величинами. Ці попередні умови починаються з принципів, як, наприклад, принцип демократії, принцип більшості чи як принцип розподілу влади і чесного судочинства, які "нормують" процедури і відмежовують справедливі процедури від несправедливих. Але першочергове значення, згідно з кредо політичного лібералізму, мають правові процедури, які конкретизують відомі субстанційні принципи, такі, як, наприклад, ідея людської гідності і невідчужуваних прав людини (свобода особистості, право на участь у прийнятті рішень, соціальні зобов'язання держави), які затверджуються в значенні нормативних засад, що не потребують перегляду. Не визнаючи цих процедурних і процесуальних приписів в значенні умов застосування і меж легітимності процедур, Луман надає лібералізму занадто звуженого тлумачення. Стосовно нього, але зовсім не до політичного лібералізму як такого, можна вести мову про по-

зитивістську концепцію права. "Луман ставить питання: за яких умов право є не лише позитивним ("легальним"), але і виправданим, справедливим ("легітимним"). Однак, досліджуючи другорядну чи допоміжну легітимацію (легітимацію шляхом процедур), він виявляється не здатним теоретично справитися зі своїм предметом - легітимацією права" [4, с.108]. Водночас це означає, що ключова тези позитивізму як соціально-історичної теорії про зайвість справедливості для сфери права як розпізнавальної риси сучасного права, не витримує критики.

Здійснений аналіз позитивізму під кутом зору трьохмірної дефініції права не є самоціллю, а має важливе значення для досліджень у сфері українського права. Нам необхідно подолати хибну думку стосовно виключної ролі юридичного позитивізму у теорії та практиці права. Слід визнати справедливість дефінітивним елементом поняття права, а це означає, що у своєму визначенні права сучасна теорія має поєднати позитивне і природне або різноджерельне право. Під кутом зору різноджерельного права закон не є виключним джерелом права, а має смисл лише в єдності зі звичаєвим, договірним, доктринальним і судовим правом. Йдеться про традиційну для Заходу тенденцію "антиформалізму у праві", коли закон поступається місцем іншим правовим джерелам.

До перспектив подальшого опрацювання обраної проблеми можна віднести: а) дослідження позитивно-аналітичної теорії права; б) осмислення легітимаційно-договірної природи права; в) трансцендентність і іманентність права; г) гетерогенність і компліментарність джерел права. Відокремлені перспективи подальшого опрацювання проблеми досліджуються в європейському правознавстві. У нас же вони чекають на своє осмислення.

ЛІТЕРАТУРА

1. Селіванов В.М. Право і влада суверенної України: методологічні аспекти: Монографія. -К.: Видавничий Дім "Ін Юре", 2002. -724 с.
2. Оніщенко Н.М. Правова система: проблеми теорії: Монографія. -К.: Інститут держави і права ім. В.М. Корещького НАН України, 2002. -352 с.
3. Луць Л.А. Європейські міждержавні правові системи та проблеми інтеграції з ними правової системи України (теоретичні аспекти): Монографія. -К.: Ін-т держави і права ім. В.М. Корещького НАН України, 2003. -304 с.
4. Хеффе О. Политика. Право. Справедливость. Основположения критической философии права и государства. -М.: Гнозис, 1994. -328 с.
5. Фуллер Л. Мораль права. -К.: Сфера, 1999. -232 с.
6. Кельзен Г. Чистое учение о праве. -М.: Юридлит, 1987. -Вып.1. -290 с.
7. Харт Х.Л.А. Концепция права. -К.: Сфера, 1999. -236с.
8. Luhman N. Legitimation durch Verfahren, Neuwied a. Rh. -Berlin, 1983. -330 p.

Надійшла до редколегії 26.11.2003

КОРЧЕВНАЯ Л.А. ОСНОВНЫЕ ПОНЯТИЯ ПРАВА В ПОЗИТИВИЗМЕ: КРИТИЧЕСКИЙ ОПЫТ
Раскрывается природа юридического позитивизма как гетерогенной теории.

KORCHEVNAJA L.A. THE BASIC CONCEPTS OF THE LAW OF POSITIVISM: CRITICAL EXPERIENCE
The nature of legal positivism as heterogeneous theory is opened.

УДК 342.34

О.Ю. ТОДИКА, канд. юрид. наук, доц.

Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого

ПРОБЛЕМИ СТАНОВЛЕННЯ НАРОДОВЛАДДЯ: ТЕОРЕТИЧНИЙ ТА КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТИ

Розглядається взаємозв'язок народовладдя та конституціоналізму, аналізуються теоретичні та конституційно-правові проблеми реалізації народовладдя, що постають перед Україною в умовах сучасної конституційної реформи. Визначається комплекс чинників, що негативно впливають на становлення народовладдя на пострадянському просторі.

Народовладдя - визначальний принцип конституційного ладу. Актуальність його конституційно-правового закріплення безперечна, особливо для пострадянських держав. Ця проблема вельми актуальна в світлі конституційної реформи, що проводиться в Україні, і, передусім в аспекті того, що згідно із законопроектом № 4105 (варіант В. Медведчука - П. Симоненка), за який 23.12.2003 року проголосувало 276 народних депутатів, передбачається, що з 2006 року Президент України буде обиратися не народом безпосередньо, а Верховною Радою. При цьому нова редакція ст.103 Основного Закону буде зобов'язувати парламентаріїв протягом трьох місяців обрати нового главу держави. Для цього він повинен отримати підтримку не менш ніж двох третин від конституційного складу Верховної Ради.

Проблема народовладдя на сучасному етапі досліджена явно недостатньо, тим більше, що трансформаційний період розвитку держави і суспільства на пострадянському просторі ставить низку питань, які необхідно вирішувати з урахуванням нових політико-правових реалій. Досить широко з марксистсько-ленінських позицій дана проблема досліджувалася в радянський період [1-9]. Але проблема демократії, народовладдя стає предметом аналізу і в теперішній час [10-17].

Разом із тим, вона далеко не повністю досліджена як в загальнотеоретичному, так і конституційно-правовому аспектах. Передусім, з точки зору взаємозв'язку народовладдя і конституціоналізму, чинників, що впливають на становлення і розвиток народовладдя в Україні, в інших республіках СНД на сучасному етапі, впливу конституційно-правової реформи на механізм народовладдя. Все це свідчить, що проблема народовладдя була, є і буде завжди актуальною. Народ – першоджерело влади. Але далеко не завжди його воля є визначальною в конституційно-правових процесах. Багато що залежить від політичного режиму в країні, рівня політичної і правової культури на-

селення, якості конституційного регулювання суспільних відносин, особливо в політичній сфері. На ці проблеми народовладдя в даній статті ми і звертаємо, передусім, увагу.

В першу чергу, є необхідність підкреслити взаємозв'язок таких категорій як “конституціоналізм” і “народовладдя”. Між собою вони взаємопов'язані як в онтологічному, так і гносеологічному аспектах, і категорія “конституціоналізм” ширше за категорію “народовладдя”. Практика свідчить, що реальне народовладдя неможливе без розвиненого конституціоналізму, а він, в свою чергу, знаходить втілення в політико-правових принципах конституційного ладу, в тому числі в народовладді. Ідея народовладдя, закріплена в тексті конституції, визначає демократичний вектор розвитку суспільства, його концептуальні устої. Конституціоналізм і народовладдя пов'язані з конституцією як основним законом держави і суспільства, з напрямом модернізації політичної системи як суспільств з усталеними демократичними традиціями, так і суспільств, що знаходяться на перехідному етапі свого розвитку.

На сучасному етапі не можна розглядати процес становлення і розвитку конституціоналізму поза процесом втілення на практиці народовладдя на пострадянському просторі. Якість конституціоналізму, як важливого політико-правового явища, в значній мірі визначається втіленням народовладдя, оскільки народ – першоджерело влади. З цього виходять усі конституції демократичних держав в світі, в тому числі Конституція України (ст.5).

Разом із тим, закріплення на рівні Основного Закону принципу народовладдя ще не означає, що у відповідній країні є конституціоналізм, оскільки між нормативним його закріпленням на конституційному рівні і реальністю нерідко є великі відмінності, що визначається якістю законів про вибори, законодавства про референдуми, реалізацією на практиці правових приписів, іншими чинника-