

УДК 342.1(477):340.12.001

## «ФОРМАЛЬНІ» КОНЦЕПЦІЇ ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА У СУЧАСНІЙ НАУКОВІЙ ЛІТЕРАТУРІ

*О. Луців*

*Львівський національний університет імені Івана Франка  
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна  
e-mail: lutsivoleh@gmail.com*

Розглянуто класифікацію концепцій верховенства права, що ґрунтуються на «інтегральному» підході, проаналізовано основні засади «формальних» концепцій як окремих різновидів цього підходу, а також подано характеристику їхніх переваг і недоліків. Зроблено висновок про низьку придатність цих концепцій для обґрунтування самостійності принципу верховенства права.

Ключові слова: принцип верховенства права, «формальні» концепції верховенства права.

Розуміння принципу верховенства права є, мабуть, однією з найактуальніших і дискусійних проблем у вітчизняному правознавстві та в зарубіжній юридичній науці. Виступаючи в ролі своєрідного мірила взаємовідносин людини та держави, цей принцип вже понад п'ятнадцять років привертає до себе пильну увагу українських вчених. У його дослідження значний внесок зробили А. Георгіца, С. Головатий, А. Заєць, М. Козюбра, В. Лемак, М. Орзіх, О. Петришин, В. Погорілко, А. Пухтецька, П. Рабінович, Ю. Тодика, В. Шаповал, С. Шевчук, Ю. Шемшученко та ін. Та втім, незважаючи на неабияку кількість публікацій з цієї проблеми, зміст такого принципу все ще залишається не до кінця з'ясованим.

Висвітлити деякі питання, пов'язані із інтерпретацією досліджуваного принципу, довелося й автору цих рядків. Звівши сучасні концепції верховенства права до двох основних підходів – так званих «поелементного» та «інтегрального», ми розглянули суть, переваги й недоліки кожного з них. І якщо різновидам першого ми вже приділили певну увагу [8, с. 3–16], то типологія концепцій верховенства права, заснованих на «інтегральному» підході, залишилася, як то кажуть, поза кадром. Пропонована стаття має на меті частково надолужити це упущення.

Для початку варто пригадати основні засади «інтегрального» підходу до з'ясування сутності верховенства права. До них належать такі: 1) твердження про інтегральний, стрижневий характер принципу верховенства права; 2) намагання розкрити його зміст шляхом вказівки на так звані «важливі елементи» цього принципу, перелік яких є відкритим; 3) заперечення можливості дати загальне визначення терміно-поняття «верховенство права».

В юридичній літературі запропоновано різні класифікації концепцій верховенства права за критерієм характеру його «важливих елементів». Зокрема, наприклад, А. Пухтецька, узагальнивши сучасні інтерпретації верховенства права, розроблені зарубіжними вченими, робить висновок про можливість зведення їх до трьох основних підходів: а) «формального» (його ще називають «процедурним»); б) «матеріально-правового» (або ж «субстанційного», «сутнісного»); в) «функціонального». На її думку, в основу такого поділу покладено тип критеріїв, які дають змогу оцінити стан законодавчого закріплення та можливості практичної реалізації принципу верховенства права. При цьому формальний підхід пов'язує дотримання вимог цього

принципу з такими критеріями: незалежність і безсторонність судової гілки влади; існування офіційно встановленого порядку прийняття законів; відсутність законів, які застосовуються до окремих осіб або соціальних груп; заборона зворотної дії законів; наявність судового нагляду за виконавчою владою. З погляду підходу матеріально-правового досягнення верховенства права що вимірюється забезпеченням певних моральних цінностей (наприклад, захист особи від анархії чи від свавілля чиновників). Що ж до функціонального підходу, то він, як вважає науковець, зосереджується головню на тому, наскільки ефективно право виконує свої функції. Такими функціями є, зокрема, обмеження дискреційних повноважень уряду, забезпечення передбачуваності адміністративних рішень [7, с. 54–55].

Як видається, виокремлення функціонального підходу є не зовсім виправданим, адже вимоги (або ж «функції»), які він приписує верховенству права, за своєю природою є вимогами формального, абсолютно визначеного характеру. Тут зазначає, що деякі автори виділяють лише перші два з наведених підходів до інтерпретації принципу верховенства права. Зокрема, професор Університету святого Іоанна (Нью-Йорк, США) Браян Таманага (Brian Tamanaha) пропонує всі концепції верховенства права поділити на дві основні групи: а) «формальні»; б) «матеріальні». Як він зазначає, такий поділ є стандартним для теорії права. При цьому формальні концепції акцентують свою увагу на способі, яким було запроваджено закон (чи був він прийнятий компетентним суб'єктом), на характері його положень (чи є вони достатньо зрозумілими для того, щоб спрямовувати поведінку адресатів і надати особі можливість планувати своє життя) та їх темпоральних властивостях (чи є ці положення перспективними). Проте зазначені концепції не мають на меті конструювання суджень щодо фактичного змісту закону. Для них немає значення, яким є закон (добрим чи поганим), якщо формальні вимоги верховенства права були дотримані. Прихильники ж матеріальних концепцій (останні ще називають «змістовними») прагнуть вийти за ці рамки. Визнаючи існування формальної сторони верховенства права, вони намагаються розширити його зміст за рахунок певних змістовних елементів, чільне місце серед яких посідають права людини. Так, саме права людини ґрунтуються на верховенстві права, є його природним продовженням, а згодом використовуються для того, щоб розрізнити «добрі» закони, які відповідають цим правам, і «погані» закони, що їм не відповідають [9, с. 106–107].

Загалом погоджуючись із можливістю такої класифікації, вважаємо за доцільне зробити невелике застереження: оскільки матеріальні концепції верховенства права не заперечують існування формального аспекту досліджуваного принципу, то було б правильніше називати їх «формально-матеріальними». З урахуванням цього твердження наведену вище класифікацію можна успішно застосовувати з метою аналізу й тих концепцій верховенства права, які розроблені українськими науковцями – прихильниками «інтегрального» підходу. Можна зазначити, що кожна з виділених Б. Таманагою груп може бути вкладена у три чіткі моделі. При цьому вчений розглядає їх у напрямку від простіших до складніших, здійснюючи таким чином рух від інтерпретацій верховенства права з меншою кількістю вимог до інтерпретацій з більшою їх кількістю. Також кожна наступна модель, зазвичай, охоплює основні аспекти попередніх [9, с. 106–131].

Зважаючи на допустимий обсяг статті, для початку спробуємо розглянути «формальні» концепції верховенства права. Що ж до «формально-матеріальних» концепцій, то їм буде присвячене окреме дослідження.

Ознайомлення з **«Формальними» концепціями верховенства права** варто розпочати з найпростішої моделі, суть якої полягає в тому, що закон – це єдино

можливий засіб, за допомогою якого має діяти держава. Тобто все, що робить уряд, має здійснюватися через закони. При цьому одна з найрадикальніших версій такої інтерпретації стверджує: що проголошує монарх, те є законним, бо це проголошує монарх. Б. Таманага пропонує називати цю концепцію «*правлінням за допомогою закону*» [9, с. 107].

У сучасному світі таке розуміння принципу верховенства права сповідується лише кількома далекосхідними політичними режимами. Що ж до вітчизняної юридичної науки, то серед українських вчених, мабуть, не залишилося прихильників розглянутого підходу. Вимога, щоб уряд діяв через закони, справді вважається одним із основних аспектів принципу верховенства права, але жоден дослідник не обмежує його зміст тільки нею. Концепція «*правління за допомогою закону*» не створює достатніх обмежень діяльності уряду, що є необхідною умовою реалізації цього принципу.

Так, наведена інтерпретація принципу верховенства права позбавлена самостійного сенсу, адже зводить його лише до панування держави. Тут закон існує не стільки для того, щоб обмежувати державу, скільки для того, аби слугувати їй зручним інструментом. Якщо уряд за своїм походженням є законним, то верховенство права перетворюється на, так би мовити, порожній вираз. За такого його розуміння доведеться визнати, що у кожній сучасній державі діє цей принцип.

Більшість західних правознавців (у тому числі Ф. Гаєк, Д. Раз, Л. Фуллер та інші) підтримують іншу формальну концепцію верховенства права – так звану «*формальну законність*». Розкриваючи її суть, Ф. Гаєк підкреслював, що верховенство права – це вимога того, щоб державна влада в усіх своїх діях була зв'язана зафіксованими та заздалегідь оголошеними правилами, які дають змогу передбачити з усією вірогідністю і явною визначеністю те, як вона використовуватиме засоби примусу за певних обставин [3, с. 85–86]. Звісно, про жодні вимоги до власне змісту цих правил тут не йдеться.

Як зазначав один із найвидатніших прихильників цього підходу Д. Раз, «*верховенство права виходить з того, що закон має бути здатним спрямовувати поведінку тих, кому його адресовано*». Відштовхуючись від цієї фундаментальної ідеї, він визначив ті принципи (їх ще можна називати критеріями), застосування яких дає змогу перевірити будь-який закон на відповідність принципу верховенства права. Так, по-перше, всі закони мають бути загальними, зрозумілими, перспективними та публічними. По-друге, повинна існувати відносна стабільність законодавства. І, по-третє, під час запровадження спеціальних законів необхідно керуватися відкритим, загальним, ustalеним і чітким порядком. Саме ці вимоги, на думку вченого, забезпечують людям «*можливість обирати стиль і види поведінки, ставити перед собою довгострокові завдання та ефективно планувати своє життя на шляху до їх виконання*». На них спираються й інші елементи принципу верховенства права, необхідні для реалізації таких вимог: незалежність судової гілки влади; відкритість і неупередженість судового розгляду; відсутність адміністративного нагляду за судами; обмеженість повноважень поліції тощо [4, с. 195–211].

Своє бачення вимог досліджуваного принципу запропонував і Л. Фуллер, виділивши серед них такі: загальний характер, чіткість та публічність закону, його стабільність протягом певного періоду, відповідність поведінки учасників суспільних відносин встановленим правилам, заборона зворотної дії закону, відсутність суперечностей між його окремими положеннями, заборона вимоги неможливого [1, с. 153].

Той факт, що «формальна законність» не висуває жодних вимог до змісту закону, робить її привабливою для великого кола науковців. На думку Л. Фуллера, ця концепція «байдужа до реальної мети закону і готова однаково ефективно обслуговувати різні цілі». У такій нейтральності західні юристи вбачають перевагу «формальної законності» над формально-матеріальними концепціями верховенства права. Крім того, Л. Фуллер стверджував, що верховенство права за такої інтерпретації є спорідненим із добром, адже правові системи з формальними, абсолютно визначеними вимогами створюватимуть, найімовірніше, закони зі справедливим змістом. Ці вимоги, як мінімум, не дають урядові змоги діяти довільно й випадково [1, с. 209–210].

В українському правознавстві розглянута концепція не набула значного поширення. І цьому є своє пояснення. Річ у тому, що при такому тлумаченні зміст принципу верховенства права повністю збігається з сучасним розумінням принципу правової визначеності. Мабуть, найбільш повно зміст останнього розкрив С. Погребняк, який виділив у зв'язку з цим дві групи відповідних вимог: вимоги до нормативно-правових актів і вимоги до їх застосування. При цьому перші з них він запропонував поділяти на процедурні та змістовні. Так, найважливішими процедурними вимогами до нормативно-правових актів науковець вважає такі: обов'язковість оприлюднення актів; заборона їх зворотної дії; існування розумної стабільності права; послідовність правотворчості; вимога щодо надання достатнього часу для внесення у суспільні відносини змін, спричинених прийняттям нового закону. Серед змістовних же вимог С. Погребняк називає такі: акти мають бути доступними (зрозумілими), несуперечливими та мають забезпечувати повне врегулювання суспільних відносин, не допускаючи наявності прогалин. Крім того, додаткові вимоги щодо заборони широких дискреційних повноважень стосуються правових норм, які визначають компетенцію державних органів. Принцип правової визначеності зумовлює також низку вимог до застосування нормативно-правових актів: останні мають виконуватися; практика застосування закону має бути однаковою; повинна бути практика конкретизації (уточнення) його змісту; рішення судів щодо застосування закону мають бути остаточними та обов'язковими до виконання [6, с. 36].

Як бачимо, більшість із наведених С. Погребняком вимог принципу правової визначеності тотожні тим складовим верховенства права, які виводяться зі змісту останнього прихильниками «формальної законності». І навіть ті з них, які науковець називає змістовними вимогами до нормативно-правових актів, за своїм характером є формальними, абсолютно визначеними правилами. Внаслідок того, що українські вчені, зазвичай, розглядають принцип правової визначеності лише як один із «важливих елементів» верховенства права, позиції прихильників «формальної законності» у вітчизняному правознавстві є досить слабкими.

Даючи людям змогу планувати свою діяльність і передбачати її юридичні наслідки, «формальна законність» справді сприяє індивідуальній автономії та утвердженню людської гідності. Водночас ця концепція нічого не говорить про те, ким і як повинен створюватися закон: тираном, демократичною більшістю чи якимось іншим способом. Зв'язуючи уряд лише процедурними вимогами та обмеженнями щодо форми, якої має набувати законодавство, вона також нічого не каже про права людини, рівність чи правосуддя.

За такого розуміння принцип верховенства права цілком узгоджується з авторитарними політичними режимами. На цьому наголошував і Д. Раз: «Недемократична правова система, яка ґрунтується на запереченні прав людини, масовій бідності, расовій сегрегації, статевої нерівності та переслідуваннях за

расовою ознакою, може відповідати вимогам верховенства права навіть краще, ніж будь-яка із правових систем найпрогресивніших західних демократій. Це може бути найгірша правова система, але вона переважатиме усі інші в одному – у своїй відповідності принципу верховенства права» [4, с. 225–226]. Тобто закон може встановити рабство, не порушуючи при цьому вимог інтерпретованого у такий спосіб принципу. Тут варто пригадати, що США визнавали верховенство права навіть тоді, коли рабство і расова сегрегація були складовою частиною внутрішньої політики держави. Відсутність будь-яких чітких критеріїв блага чи справедливості, які можна було б застосовувати до змісту закону, може зробити верховенство права в такій інтерпретації сумісним зі злом.

Крім того, концепція «формальної законності» суперечить й історичній традиції верховенства права, рушієм якої було прагнення до обмеження влади монарха. З вимоги щодо впровадження та дотримання законів ця ідея розвинулася до розуміння того, що є певні речі, яких навіть ані монарх, ані уряд не мають права робити. Такі обмеження якраз і мали вже матеріальний, змістовний характер, ґрунтувалися на природному праві, суспільних традиціях, християнській етиці, уявленнях про суспільне благо. «Формальна законність» відкидає такий підхід. Згідно з нею уряд може робити все, що завгодно, якщо він здатний досягати своїх цілей, дотримуючись при цьому загальних, чітких, обов'язкових до виконання і публічних законів, встановлених заздалегідь. Якщо ж уряд має намір зробити щось незаконне, він просто може спочатку змінити відповідний закон, забезпечивши у такий спосіб виконання формальних вимог принципу верховенства права. Звідси випливає висновок, що «формальна законність» має більше спільного з концепцією «правління за допомогою закону», ніж з історичною традицією верховенства права.

Ще одним недоліком концепції «формальної законності» є те, що за такої інтерпретації зміст принципу верховенства права зводиться до комплексу загальних ознак правової норми. Ланцюжок відповідних міркувань виглядає наступним чином. Закон по своїй суті складається з норм права, які є формою існування останнього. Призначення правової норми – слугувати загальним мірилом правомірної поведінки учасників суспільних відносин, а такі властивості, як загальність, зрозумілість, передбачуваність та перспективність, нерозривно пов'язані з природою норми. Так, загальність – це одна з тих, притаманних нормі права ознак, які відрізняють її від індивідуального правового припису. Неоднозначні та нечіткі правові норми є малоприслужними для регулювання суспільного життя. Норма права, що має зворотну дію в часі, – це самозаперечення, оскільки її повне виконання стає неможливим. Правові норми можуть мати будь-який зміст. Принцип верховенства права з позицій «формальної законності» також відкритий для будь-якого змісту. Норми права є формальними, абсолютно визначеними за своїм характером. Верховенство права при такому тлумаченні теж є формальною, абсолютно визначеною категорією.

Так, складові принципу верховенства права, розроблені прихильниками концепції «формальної законності», повністю збігаються з ознаками, властивими будь-якій правовій нормі. Вимоги щодо створення і застосування норм права мають той самий зміст, що й формальні «важливі елементи» досліджуваного принципу. Зрештою, ця концепція не передбачає нічого такого, що давало б підстави розглядати верховенство права як самостійний ідеал.

Третя, й остання, формальна концепція верховенства права додає до вимог «формальної законності» ще *демократію*. Оскільки поняття демократії є «порожнім» у тому сенсі, що воно не висуває жодних вимог до змісту закону, остільки ця концепція має багато спільного з попередніми. Але тут авторитет закону

ґрунтується на загальній згоді тих, хто йому підпорядкований. Так, посадові особи, судді та громадяни зобов'язані застосовувати і виконувати закони, прийняті та введені у дію народом (як безпосередньо, так і через своїх представників). У зв'язку з цим вимоги «формальної законності» (особливо щодо загальності та чіткості закону) забезпечуються демократією і слугують їй: за їх відсутності демократію можна обійти (оскільки посадові особи зможуть застосовувати і виконувати закон на свій розсуд); без демократії режим «формальної законності» втрачає свою легітимність (оскільки зміст закону формуватиметься неправовими засобами).

Натомість Ю. Хабермас вважав таке поєднання чи не єдиним легітимним устроєм, можливим за сучасного стану суспільної правосвідомості. На його думку, втрата віри у природне право, а також існування ідеологічного плюралізму не залишають суспільству жодної альтернативи. «Демократичне походження, а не апріорні принципи, яким відповідає зміст закону, робить закон справедливим: справедливість закону забезпечується спеціальною процедурою його створення і набуття ним чинності». У тому зв'язку, як наголошував дослідник, легітимність позитивного права означає процедурну раціональність. Якщо немає вищих стандартів, які дають змогу оцінити моральну сторону закону, останній може вважатися «добрим» за умови, що він був створений за допомогою «добрих» процедур. Раціональні демократичні механізми мають гарантувати кожному, на кого поширюється відповідне законодавство, рівні можливості брати участь в процесі його створення. Ці механізми також мають забезпечувати виконання вимоги щодо досягнення загальної згоди в разі прийняття закону [2, с. 449].

В українській юридичній науці погляди Ю. Хабермаса поділяє, наприклад, В. Лемак, який запропонував верховенство права пов'язувати не тільки і не стільки з вимогами до змісту закону, скільки з процедурою його прийняття. На думку цього автора, прийнятий за демократичними процедурами закон не може суперечити верховенству права. З огляду на це не доводиться протиставляти досліджуваній принцип і верховенство закону. Свій підхід В. Лемак зводить до такої формули: верховенство права – це верховенство закону плюс демократичний режим. Інакше кажучи, «в умовах демократичної політичної системи, коли суспільство має можливість легітимувати норму позитивного права, вимога верховенства останньої збігається з вимогою верховенства права» [5, с. 46–47].

Варто зазначити, що демократія як один із способів створення законодавства хвибує тою самою вадою, що й «формальна законність»: вона також може породжувати, як свідчить історія, «погані» закони. Правові системи, які з метою визначення, конституювання певного змісту закону використовують демократичні процедури, інколи продукують відверто несправедливе законодавство. Коли демократичні механізми застосовуються в суспільстві, яке не має стійких демократичних традицій та не докладає належних зусиль для їх створення, або коли антагоністичні соціальні групи змушені співіснувати в межах одного суспільства, тоді демократія може стати зручним інструментом, за допомогою якого певний суспільний прошарок (чи група людей) цілком демократично здобуває державну владу, а далі використовує закон для досягнення власних, суто групових цілей, претендуючи при цьому на демократичну легітимність.

Також варто розуміти, що верховенство права не є єдиним мірилом ступеня передбачуваності у конкретній політико-правовій системі. У демократичних системах можуть відбуватися значні коливання громадської думки. Отже, демократична система, що діє згідно з верховенством права, може бути менш прогнозованою і більш тиранічною, ніж усталений авторитарний режим навіть без

«матеріального» верховенства права. Внаслідок того, що демократична законодавча влада має змогу вносити поточні зміни до закону, коли вона вважає це необхідним, існує постійна загроза передбачуваності закону, яка не існувала в класичному або середньовічному розумінні, в якому верховенство права базувалося на певному традиційному праві (природному, звичасвому).

Отож, «формальні» концепції верховенства права, які є різновидами «інтегрального» підходу до його інтерпретації, мають як свої переваги, так і низку недоліків. При цьому останні зумовлюються головню тим, що за розглянутих тлумачень принцип верховенства права начебто втрачає власний самостійний зміст, ототожнюючись чи-то з пануванням держави (концепція «правління за допомогою закону»), чи-то з пануванням закону (концепція «формальної законності»), чи-то з демократичним політико-правовим режимом (концепція «формальної законності та демократії»). Як наслідок, за такого підходу, скажімо, положення частини першої ст. 8 Конституції України практично знецінюється, виглядає начебто зайвим. І тоді його вилучення з тексту Основного закону жодним чином не впливало б на визнання і дію в державі принципу верховенства права.

#### Список використаної літератури

1. *Fuller L. Lon. The Morality of Law*, 2nd revised edition / Lon L. Fuller. – New Haven : Yale University Press 1969.
2. *Habermas Jurgen. Beyond Facts and Norms*, translated by William Rehg / Jurgen Habermas. – Cambridge : MIT Press, 1996.
3. *Hayek F.A. The Political Idea of the Rule of Law* / F.A. Hayek. – Cairo : National Bank of Egypt, 1955.
4. *Raz Joseph. The Rule of Law and Its virtue / The Authority of Law* / Joseph Raz. – Oxford : Clarendon Press, 1979.
5. *Лемак В. Принцип верховенства права в Україні: основні загрози* / В. Лемак // *Право України*. – 2010. – № 3. – С. 44–51.
6. *Погребняк С. Принцип верховенства права: деякі теоретичні проблеми* / С. Погребняк // *Вісник Академії правових наук України*. – 2006. – № 1 (44). – С. 26–36.
7. *Пухтецька А.А. Європейський адміністративний простір і принцип верховенства права* : монографія / відп. ред. В.Б. Авер'янов / А.А. Пухтецька. – К. : Видавництво «Юридична думка», 2010. – 140 с.
8. *Рабінович П. Верховенство права: сучасні вітчизняні підходи до інтерпретації* // *Вісник Академії правових наук України* / П. Рабінович, О. Луців. – 2012. – № 2 (69). – С. 3–16.
9. *Таманага Браян. Верховенство права: історія, політика, теорія* / Браян Таманага / перекл. з англ. А. Іщенка. – К. : Вид. дім «Киево-Могилянська академія», 2007. – 208 с.

### «ФОРМАЛЬНЫЕ» КОНЦЕПЦИИ ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА В СОВРЕМЕННОЙ НАУЧНОЙ ЛИТЕРАТУРЕ

О. Луцив

*Львовский национальный университет имени Ивана Франко  
ул. Университетская, 1, 79000 Львов, Украина*

В статье рассматривается классификация концепций верховенства права, основанных на «интегральном» подходе, анализируются общие положения «формальных» концепций как отдельных разновидностей этого подхода, а также дается характеристика

их преимуществ и недостатков. Делается вывод о низкой пригодности этих концепций для обоснования самостоятельности принципа верховенства права.

Ключевые слова: принцип верховенства права, «формальные» концепции верховенства права.

## **«FORMAL» CONCEPTS OF THE RULE OF LAW IN MODERN SCIENTIFIC LITERATURE**

***O. Lutsiv***

*Ivan Franko National University of Lviv  
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine*

The article deals with the classification of the concepts of the rule of law based on the «integrative» approach. It also analyses the general principles of «formal» concepts as variations of this approach and describes the advantages and disadvantages of these concepts. The low availability of these concepts to support the independence of the rule of law is proven.

Key words: rule of law, «formal» concepts of the rule of law.

*Стаття: надійшла до редакції 20.09.2012  
прийнята до друку 09.11.2012*