



Валентина Дудченко,
доктор юридичних наук, професор,
заслужений юрист України,
професор кафедри загальнотеоретичної
юриспруденції Національного університету
«Одеська юридична академія»

УДК 340.342

Концептуальні засади основної норми в українському праві

Кожна правова норма черпає своє визнання і свою силу з деякої вищої правової цінності. Що це за вища норма – цінність, які її витoki, природа, особливості, призначення, функції? Надважливе те, що основна норма визначає критерії того, що є право. Вона є вихідним пунктом всього права і усієї процедури його створення. Вона легітиміє нормативний порядок.

З огляду на сказане, мета даної статті полягає у тому, щоб проаналізувати існуючі теорії основної норми, їх недоліки і переваги. Важливо з'ясувати розв'язання найважливішої проблеми будь-якої основної норми – перехід від суцього до належного. Окрім того, вкрай важливо висвітлити її проблему основної норми як норми – принципу, а також зв'язок основної норми з суспільними цінностями.

Без сумніву, потрібно з'ясувати й питання: якою є основна норма сучасного українського права і на чому ґрунтується зобов'язуюча сила самої цієї основної норми?

Тож, перед юристом, який розмірковує про право, постає головне питання: якою є підстава зобов'язуючої сили чинного права, в чому полягає

дієвість права і які критерії такої дієвості? Це і є проблема основної норми.

Для того, щоб дати відповідь на поставлені запитання, треба заглибитися в право і спробувати з'ясувати джерело, яке живить його зобов'язуючою силою. Необхідно виявити «джерела джерел», тобто первісні і значимі самі по собі джерела, на яких ґрунтується авторитет і ефективність вторинних джерел. Первісне джерело самим своїм існуванням втілює цінності, надає гарантію реальної ефективності правовій нормі.

Отже, кожна розвинута правова система мусить містити основну норму. В такій нормі вбачають найважливішу і найскладнішу проблему всієї юриспруденції. Зазначена проблема є універсальною, такою, що має стосунок до будь якого права без винятку. Ця проблема першочергова для всього юридичного знання; це головний об'єкт теорії права і держави, навколо якого зосереджуються всі інші теми даної дисципліни. По суті, про плідність чи слабкість будь-якої правової теорії, будь якого дослідницького методу у правознавстві говорять на підставі здат-

ності такої теорії вирішувати питання основної норми.

В європейській юриспруденції мають місце аналітична, нормативна і емпірична теорії основної норми.

Відомим прибічником аналітичної теорії є Ганс Кельзен. Як цей правник вирішує проблему суцього й належного в праві? Розв'язання цієї проблеми має головне значення для вчення про право, і, насамперед, для обґрунтування основної норми і визначення поняття права.

«Чисте вчення про право» Кельзена є теорією позитивного права, опрацьованою під кутом зору логіко-аналітичної юриспруденції. Він відзначає: «... Чисте вчення про право прагне відповісти на питання, чим є право і як воно є, але не на питання, як воно мусить бути чи створюватися ... Правознавство треба звільнити від усіх чужих йому елементів, бо воно некритично розширюється за рахунок психології, соціології, етики і політичної теорії... Необхідно проводити чітку відмінність між етикою і правом» [1, с. 7, 83].

Кельзен вилучає проблему справедливості з програми теорії права. Однак, він парадоксальним чином включає свою позицію до контексту традиції, закладеної філософом, який не тільки визнає етичне поняття права, а й всебічно опрацьовує його. Йдеться про Імануїла Канта. Ідучи за Кантом, Кельзен також прагне пізнати право не лише у його історично і суспільно різних формах, а й у його загальній сутності. Він теж, як і Кант, прагне виявити «незмінні принципи будь-якого позитивного законодавства». Але відшукуванні принципи розуміються Кельзенем інакше, ніж Кантом.

Кант заперечує етичний емпіризм і скептицизм. Він вважає можливою незалежну від досліду філософію, обґрунтовуючи ненормативні принципи права а рїогі. Йдеться спершу про апріорні основи принципів конституції, а потім про апріорні основи законів правового і державного устрою. Якщо кантівські «незмін-

ні принципи законодавства» зв'язані з легітимністю позитивного права, то увага Кельзена прикута до позитивної дії права. Кельзена цікавить наукова юриспруденція, а не етика права. Це зміщення уваги має глибоку підставу і далеко сягаючі наслідки.

Коли йдеться про легітимацію права, необхідно відокремлювати позитивно-дане («опис», легальне) і надпозитивно-задане («причина», легітимне). Нормативний елемент є, як це має місце в Арістотеля, Канта, Гегеля, не чимось іншим як справедливістю. У межах нормативних посилок, справедливість визнається як дещо само собою зрозуміле, як постулат.

Природня справедливість не має нічого спільного зі світом емпіричного, тобто з природою в дескриптивному розумінні. У Канта природне право виводиться з самої сутності людини, з її духу, з практичного розуму. Розум тут не лише знаряддя для знаходження принципів, а їх джерело. Він найбільш могутня природа людини.

Аналогічно й за Кельзенем, право відноситься не до сфери фактичності, а до належного і сенсу (значення). «Поняття «норми», пояснює Кельзен, передбачає, що дещо мусить бути чи здійснюватися. Норма при цьому постає як схема тлумачення фактичності і надання їй правового сенсу» [1, с. 11]. На цій підставі Кельзен, користуючись кантівською термінологією, називає основну норму «трансцендентально-логічною умовою цього витлумачення». Норма, яка надає факту значення правового (або неправового), сама утворюється шляхом правового акту, який, своєю чергою, отримує правове значення від іншої норми. У цій ієрархії норм наступна норма постає як «більш висока» норма, а вся система норм в цілому зводиться, врешті рещт, до основної норми. Основна норма є вихідним пунктом процедури створювання позитивного права. Вона визначає основний фактор правотворчості, тож її можна назвати конституцією в сенсі правової



логіки, на відміну від конституції в сенсі позитивного права [1, с. 74].

Оскільки Кельзен відхиляє точку зору справедливості як таку, то вважає що «будь який зміст в змозі мати характер права». Він не розрізняє теорію легітимації (правову етику) і свою власну теорію позитивного права. Як наслідок, Кельзен не з'ясовує вирішального для будь-якої теорії права питання про критерій відмінностей права від неправа. На його думку, «справедливість зовсім не стає елементом поняття права і тому не в змозі служити критерієм, який дозволяє відрізнити право від інших примусових порядків [1, с. 51-52]. Критерію абсолютної справедливості не існує. Справедливість Кельзен відносить до моралі і при цьому тримається уявлень про моральний релятивізм. Абсолютні цінності мають метафізичний і ідеологізований характер. Відтак, вчення Кельзана суперечить моральному етатизму Канта.

У «Чистому вченні про право» піддаються критиці прибічники природно-правової теорії, які відшукують останні перед позитивні (депозитивні) основи позитивного права за ради його обґрунтування. Кельзен вважає всі природно-правові концепції праворозуміння ідеологізованими (ненауковими). Він відзначає, що основна норма, яка в його вченні обґрунтовує дійсність позитивного права, виконує епістемологічну, а не етично-політичну функцію (як природне право). Обґрунтувати основну норму неможливо. Вона формальна, цілком нейтральна за змістом. При постулюванні основної норми не стверджується ніяких (трансцендентних) цінностей, які не належать позитивному праву. Будь-який довільний зміст в змозі бути правом.

З огляду на сказане, очевидно, що Кельзен не вирішує проблему сущого й належного, а від так його основна норма і поняття права повністю належать сфері позитивного.

Однак, правом не є виключно позитивне право. Основна норма не є нормою позитивістського типу і вона

не обґрунтовується емпірично. Тільки з сущого ніколи не випливає належне.

Тож, Кельзен не завершив осмислення ідеї передпозитивного обґрунтування позитивного права. Його структурний аналіз позитивного права ґрунтується на основній нормі як логічному началі, але не простує до основної норми як онтологічного начала. Основна норма, предметом якої є емпірично встановлені факти, не в змозі повністю ідентифікувати право. Правом є не тільки те, що встановлене і чинне. Потрібно обмежити позитивістську основну норму і доповнити її непозитивістськими елементами. Не можна погодитися з думкою Кельзена, що основну норму не в змозі обґрунтувати. Навпаки, вона вимагає обґрунтування, що веде до проблеми нормативної природи основної норми. Цю проблему і вирішує Кант.

Кантівська філософія вчить: неможливо з сущого пізнати, що є цінним, що є істинним, що є належним. Ніколи щось не є істинним тільки тому, що воно є, чи навіть буде. Звідси випливає заперечення позитивізму, який ґрунтується на сущому.

Принципи належного, ціннісні судження, оцінки в змозі виводитися, виходячи не з індуктивних міркувань про суще, а лише дедуктивно, на підставі інших принципів подібного характеру. Саме тому вищі принципи належного недоказовані. Вони аксіоматичні. Їх можна лише сприймати на віру [2, с. 280-285].

Вже наголошувалося, що Кант опрацьовує етичне поняття права. Як класичний філософ, під терміном «етика» він розуміє «практичну філософію» чи «практичний розум». Якщо в «теоретичній філософії» («теоретичному розумі») пізнають те, що має місце, то в «практичній філософії» - що має бути. Головне питання етики: що ми маємо робити? Етика вчить надбудовувати до фактично існуючого того, що має бути. Вчить оцінювати будь-яку ситуацію під кутом зору, що має бути.

Тож, етика – нормативне вчення про обов'язки. Кант поділяє усі

обов'язки на правові і моральні. Людську етику утворюють право і мораль. Етика – родове для західного права поняття. Етичний елемент завжди іманентний праву. На цій підставі стає можливе етичне поняття права. Його і опрацьовує Кант.

До правових обов'язків він відносить честь, гідність, совість, свободну волю, добру волю, обопільну волю, справедливість, згоду, безпеку. Ці обов'язки є нормативними принципами природного права а рїогі; вони мають стати основою і орієнтацією для позитивного права [2, с. 407-414]. Зазначені обов'язки не просто абстракції, вони аспекти реального добробуту індивідів.

Опрацювання Кантом поняття обов'язку внесло в західну духовну культуру здобуток величезної ваги. Квінтесенцією природного права є притаманне людині уявлення про належне, яке практично виявляється у прагненні змінити існуюче. Особистість у собі самій носить свої права і власні сили виборює і досягає їхнього здійснення. В кантівській метафізиці свобода укорінена в почутті обов'язку і відповідальності. Філософ доходить висновку, що поняття про свободу як автономію є поняттям про етичний ідеал і етичну норму (закон), а відтак, кантівське поняття свободи стає етичним. Свобода (безпричинність) є наслідком дії етичного закону, категоричного імперативу.

Основна норма Канта є нормою природного права. «... Можна мислити зовнішнє законодавство, яке містило б виключно позитивні закони, але у цьому випадку їм мусить передувати природний закон, який би обґрунтував авторитет законодавства» [2, с. 133]. І далі: «Свобода і є те єдине первісне право, властиве кожній людині на підставі належності до людського роду» [2, с. 147].

Отже, за Кантом, етичне і правове – суть синкретичні у витоці. Праву і етиці властива спільна риса – нормативний характер обох, оскільки і перше, і друге встановлюють правила поведінки, а не описують і констату-

ють факти, як в позитивній науці. Оскільки етика, як родове для права поняття, належить до сфери над емпіричного пізнання, то Кант цілком послідовний, коли зазначає: «Всезагальний критерій, за яким взагалі можна пізнати як право, так і неправу, стане очевидним лише тоді, коли ми зігноруємо емпіричні принципи ... Право – це сукупність умов, за яких свободна воля одного узгоджена з свободою другого, з точки зору всезагального закону свободи» [2, с. 285].

Згідно з іншою, емпіричною теорією, основною нормою є «правило визнання». Цю точку зору обстоює Герберт Харт. Він вважає, що правило визнання, як таке, містить критерії, відповідно до яких визначається підстава дійсності усіх інших правил ієрархічної правової системи. «... Правило визнання існує тільки як складна, але звично погоджена діяльність судів, офіційних і приватних осіб з ідентифікації закону через звернення до певних критеріїв. Його існування – це питання факту» [3, с. 114].

На цій підставі можна стверджувати, як основна норма Кельзена, так і основна норма Харта – норми позитивістського типу. Однак, у своєму вченні, Харт критикує теорію позитивізму, а, відтак, його основна норма не є суто емпіричною.

У позитивізмі справедливість ототожнюють з управлінською волею держави. Єдиним критерієм справедливості є сам закон; те, що приписує закон, те і справедливе. Однак, Харт вважає, що "ототожнювати справедливість із покорою закону є явна помилка" [3, с. 160]. Між правом і етикою існує "необхідний" зв'язок, і саме він заслуговує вважатися головним у будь якій спробі аналізу або висвітлення поняття права [3, с. 154].

Що таке етика? За Хартом, найрозуміліше тлумачення етики дає ... традиція природного права, а, відтак, і Арістотель [3, с. 155]. Харт, як і Арістотель, визнає розподільну і зрівнювальну справедливість. Справедливість є однією зі складників етики. Вона є найбільш громадською й най-



більш правовою з усіх чеснот [3, с. 166-178].

Визнавши зв'язок між правом і справедливістю, Харт вступив у суперечку з прибічниками позитивізму. Згідно з головним постулатом юридичного позитивізму, кожна сфера діяльності - як право, так і етика, є виключно автономними; жодна з них не має пріоритету над іншою, і кожна має справу з вирішенням своїх власних проблем.

Харт же аналізує співвідношення юридичної чинності і етичної цінності, і, на цій підставі, його основна норма не є суто позитивістською.

Відомим прихильником емпіричної теорії основної норми є Ніклас Луман. Свою основну норму він тлумачить як "легітимація через процедури".

Які аргументи Лумана? Шонайперше, він опрацьовує вчення про самореферентні чи самовідтворюючі системи і у контексті цього вчення аналізує основну норму права. Самореферентність приводить до автономності науки від світу, і, тим більше, від суспільства. Вона сама створює собі закони. Теорію самореферентних систем Луман опрацьовує у контексті - повернення до натуралістичної епістемології, тобто теорії пізнання реально суцього. Це, своєю чергою, вимагає відмови від будь-якої онтологічної метафізики і апіористики, від будь-яких граничних елементів і історично інваріантних закономірностей. Системи, як органічно рефлексивні, мусять відмовитися від абсолютів [4, с. 618-630]. Усе це засадниче суперечить Канту. Очевидно, що Луман не вирішує проблему суцього й належного, а вона, варто нагадати, є найважливішою проблемою будь-якої основної норми.

Луман опрацьовує поліцентричну або поліконтекстуальну теорію в умовах "ацентрично влаштованого світу і суспільства" (4, с. 21). Він обстоює "нову парадигму в теорії систем" і вбачає її у відмінності між "ідентичністю" і "різним" чи "іншим". Ось його міркування: "... Самореференція в

зможі реалізуватися в актуальних операціях системи лише в тому випадку, якщо самість (будь вона елементом, процесом чи системою) в зможі бути ідентифікована чи розпізнана від іншого завдяки собі самій... Відмінність ідентичності і різного чи іншого є керівним принципом, парадигмою для опрацювання теорій" [4, с. 34].

Відмову від "онтологічної метафізики", "апіористики", "абсолютів", "граничних елементів" Луман аналізує на прикладі самореферентності правової системи.

Свою теорію права Луман подає як позитивне право сучасності. Ключем до розуміння цього права є "легітимація через процедури" [4, с. 18-58]. Луман, говорячи про легітимаційну силу судових, законодавчих і адміністративних процедур, жодного разу не поставив питання про те, чи справді процедури самі по собі здатні забезпечити легітимацію. Ідею легітимації шляхом процедури Луман вважає фундаментальним положенням ліберального мислення як такого. Але для політичного лібералізму процедури є лише необхідним, однак недостатнім моментом. Їх легітимація не здійснюється без нормативних попередніх умов, які постають 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), котрі затверджуються в значенні нормативних засад, що не потребують перегляду. Не визнаючи цих процедурних і процесуальних приписів в значенні умов застосування і меж легітимності процедур, Лу-

ман занадто звужено тлумачить лібералізм.

Він ставить питання: за яких умов право є не лише позитивним ("легальним"), але і виправданим, справедливим ("легітимним"). Однак, досліджуючи другорядну чи допоміжну легітимацію (легітимація через процедури), Луман виявляється не здатним теоретично опрацювати окреслений предмет "легітимація права". Він тримається ключової тези позитивізму про зайвість справедливості для сфери права і у цьому вбачає розпізнавальну рису сучасного права. Проте, під кутом зору субстанційних принципів права, позитивістська концепція Лумана не витримує критики.

Тепер важливо з'ясувати, якою є основна норма сучасного українського права? На нашу думку, найбільш вваженою теорією основної норми є нормативна теорія. Згідно з цією теорією, основною нормою українського права є нормою природного права. Таке ствердження вочевидь впливає зі ст. ст. 3,8,21 і інших норм чинної

Конституції України. Визнання ж природного права основною нормою українського права обумовлює інший предмет національної теорії права і інші її цілі.

Підіб'ємо підсумки.

Основна норма є нормою природного права. Позитивному праву має передувати природний закон, який би обґрунтував авторитет законодавства. Свобода є те єдине первісне право, властиве кожній людині на підставі належності до людського роду. Свободу мислять як постулат, як "уроджене право" людини, захист якого є обов'язком держави.

Визнання природного права основною нормою українського права обумовлює інший предмет національної теорії права і держави і інші її цілі.

Перспективу подальшого опрацювання обраної проблеми утворюють новітні фундаментальні принципи і методологічні аспекти сучасного українського права.

Список використаних джерел

1. *Чистое* учение о праве Ганса Кельзена. – М., 1987. – Вып. 1. – 368 с.
2. *Кант И.* Метафизика нравов. Сочинение в 6 томах / И. Кант. – М., 1965. – Т.Ч.У.2. – 416 с.
3. *Харт Г.* Концепція права / Г. Харт. – К.: Сфера, 1998. – 238 с.
4. *Луман Н.* Социальные системы. Очерк общей теории / Н. Луман. – М.: Междунар. отношения, 2000. – 480 с.

Дудченко В. В. Концептуальні засади основної норми в українському праві

Дана стаття присвячена дослідженню теорій основної норми, які мають місце в європейській юриспруденції. Проаналізовано витоки, сутність, особливості, перспективи аналітичної, нормативної і емпіричної теорій основної норми. Висвітлено розв'язання кожної з теорій проблеми суцього й належного. Розкрито зв'язок основної норми з суспільними духовними цінностями в нормативній теорії, і ,навіпаки, заперечення ціннісної проблематики аналітичною теорією.

Обґрунтовано етичне поняття права. Доведено синонімічність основної норми і норми-принципу. Розкрито «легітимацію через процедури».

Ключові слова: аналітична, нормативна і емпірична теорії основної норми, суще й належне, духовні цінності, етичне поняття права, норма-принцип, легітимація через процедури.



Дудченко В. В. Концептуальные принципы основной нормы в украинском праве

Данная статья посвящена исследованию теорий основной нормы, которые имеют место в европейской юриспруденции. Проанализированы истоки, сущность, особенности, перспективы аналитической, нормативной и эмпирической теорий основной нормы. Отражено решение каждой из теорий проблемы сущего и надлежащего. Раскрыта связь основной нормы с общественными духовными ценностями в нормативной теории, и, наоборот, отрицание ценностной проблематики аналитической теорией.

Обосновано этическое понятие права. Доказана синонимичность основной нормы и нормы-принципа. Раскрыта "легитимация через процедуры".

Ключевые слова: аналитическая, нормативная и эмпирическая теории основной нормы, сущее и надлежащее, духовные ценности, этическое понятие права, норма-принцип, легитимация через процедуры.

Dudchenko V. Conceptual principles of basic norm in Ukrainian law

This article is dedicated to the research of the theories of the basic norm, which exist in European jurisprudence.

The sources, essence, peculiarities and prospects of analytical, normative and empirical theories of the basic norm have been analysed. The solution of the issues of the things existent and proper by each of the theories has been highlighted. The interrelation of the basic norm with the social spiritual values in the normative theory and, visa versa, the denial of values issues by the analytical theory has been revealed.

The ethical conception of law has been grounded. The synonymousness of the basic norm and norm-principle has been proved. "Legitimation via procedures" has been revealed.

Key words: analytical, normative and empirical theories of the basic norm, things existent and proper, spiritual values, ethical conception of law, norm-principle, legitimation via procedures.