

НА ПОЧАТКУ ТВОРЧОГО ШЛЯХУ

О. Уварова, аспірантка Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого

Загальні принципи права та їх роль у правозастосуванні з позицій природно-правового і позитивістського підходів до права

Питанню принципів права, за влучним виразом О. Кузнецової, пощастило в науці за кількістю й якістю присвяченої йому літератури, але не пощастило в частині загальноприйнятого його вирішення¹. Принципи права були спеціальним предметом дослідження Г. Борисова, О. Колодія, С. Погребняка, Л. Явича та ін. Зважаючи на те, яке місце в загальній теорії права посідає питання принципів та можливості їх розгляду як структурного елемента права, його не можуть оминати увагою всі вчені, що звертаються до загальноправових проблем. Так, вагомий внесок у дослідження принципів права зробили М. Алексєєв, С. Алексєєв, В. Бабаєв, М. Байтін, С. Братусь, А. Васильєв, Є. Васьковський, М. Вопленко, Ю. Гамбаров, С. Головатий, В. Горшенєв, В. Грибанов, Т. Ілларіонова, О. Іоффе, Ю. Калмиков, О. Красавчиков, В. Лазарєв, Р. Лівшиц, О. Лукашова, М. Марченко, М. Матузов, В. Нерсєянц, І. Покровський, М. Цвік, Г. Шершенєвич та ін.

Слід зазначити, що пошук відповіді на питання про нормативність принципів права та їх роль у правозастосуванні, як і багатовіковий пошук поняття права, відзначається великою різноманітністю точок зору. Це пояснюється, передусім, змінністю політичної ситуації, у контексті якої зазвичай розглядається питання про роль принципів у правовому регулюванні, а також тим, що участь у цьому пошуку беруть прихильники різних концепцій праворозуміння. Ураховуючи це, за «точку відліку» у вивченні природи принципів права і можливості безпосередньо-

¹ Див.: Кузнецова О. А. Нормы-принципы российского гражданского права. – М., 2006. – С. 9.

го звернення до них при вирішенні конкретних справ правозастосовчими органами автором статті взятий розгляд цього питання у площині двох типів праворозуміння — природно-правового і позитивістського.

Обмеження дослідження названими школами права обумовлено не тільки тим, що «серед всього багатоманіття шкіл і напрямів через століття проходить основне протистояння саме позицій природно-правової і позитивістської»¹. Головна причина такого вибору полягає в тому, що питання про роль принципів у праві й у правовому регулюванні є одним із тих питань, що становлять предмет дискусії між юснатуралістами і позитивістами. Крім того, на думку автора, одночасний розгляд положень правового позитивізму і природно-правової концепції поряд з іншими типами праворозуміння порушує єдність класифікаційних підходів: якщо основним критерієм поділу типів розуміння права на природно-правовий і позитивістський, «межевою лінією» між ними є питання про співвідношення права з мораллю, про необхідність оцінки права з точки зору надправових (або надпозитивних) цінностей, то для інших способів осмислення правової реальності ця проблема не є ключовою. Для правового об'єктивізму, правового суб'єктивізму та інтерсуб'єктивізму² головним питанням, на яке вони дають різні відповіді, є питання про місце суб'єкта у формуванні правової реальності. Це зауваження можна поширити й на інші пропоновані у літературі концепції праворозуміння, критерії класифікації яких недостатньо вивчені у сучасній науці³.

Спір між двома концепціями права, природно-правовою і позитивістською, Ф. А. Гайєк визначає як дискусію між тими, для кого право і свобода були нероздільні, й тими, для кого ці два поняття були несумісні⁴. Він вбачає головну причину протистояння позитивістів і прихильників природно-правової концепції стосовно цінностей, які не є власне правовими, але водночас, з точки зору природного права, є такими, порушення яких призводить до втрати правом його конститутив-

¹ Лукашева Е. А. К вопросу о правопонимании // Основные концепции права и государства в современной России (По материалам «круглого стола» в Центре теории и истории права и государства ИГП РАН) // Государство и право. – 2003. – № 5. – С. 10.

² Див. Максимов С. И. Правовая реальность: опыт философского осмысления: Монография. – Харьков, 2002. – 328 с.

³ Поляков А. В. Общая теория права: Курс лекций. – СПб., 2001. – С. 37.

⁴ Див.: Хайєк Ф. А. Право, законодавство та свобода: Нове викладення широким принципів справедливості та політичної економії: У 3 т.: Пер. з англ. – К. – Т. 1.: Правила та порядок. – 1999. – С. 80–81.

них ознак¹, «право стає неправим»². При цьому причиною «суперечки між правовим позитивізмом і теоріями природного права» вчений називає запропоновану давніми греками «облудну дихотомію всіх явищ на «природні» (*phusei*, що значить «за природою») й «штучні» (пото «за звичаєм») або *thesei* («за свідомим рішенням»)»³.

На тих же позиціях стоїть О. Поляков, який диференціює природно-правовий і позитивістський типи праворозуміння стосовно цінностей. Перший тип праворозуміння, зазначає вчений, заснований на думці, згідно з якою право є ціннісним явищем, з чого виникає теоретична спокуса все право звести до певних цінностей (рівності, свободи, прав людини, загального блага, справедливості тощо). Протилежна ж концепція намагається повністю виключити право зі сфери цінностей, обґрунтувавши його не органічно — як багатоедність (включаючи й цінносний аспект), а механістично — як сукупність певних однорідних елементів — норм належного або законів, установлених державою⁴, хоча й не заперечує власної цінності права. Головний критерій розмежування природно-правового і позитивістського способів обґрунтування правової реальності щодо цінностей вбачають й інші вчені⁵.

І. Покровський пояснював такий дуалізм у праворозумінні самою природою права. По-перше, писав учений, ми маємо в праві факт дійсності, певну силу, яка регулює суспільні відносини. По-друге, норми права є засобом досягнення тих чи інших соціальних цілей на шляху прагнення до досягнення того чи іншого соціального ідеала. Відповідно до цієї подвійної природи права і наше ставлення до нього є двояким. З одного боку, право постає перед нашою свідомістю як певне явище зі світу існуючого, і ми намагаємося його пізнати в такому вигляді. З другого боку, ми не можемо не оцінювати його з точки зору тих соціальних цілей, яким воно служить⁶.

¹ Див. *Кудрявцев В. Н.* О правопонимании и законности // Государство и право. – 1994. – № 3. – С. 4.

² *Поляков А. В.* Может ли право быть неправым? Некоторые аспекты дореволюционного российского правопонимания // Правоведение. – 1997. – № 4. – С. 94.

³ *Хайск Ф. А.* Вказ. праця. – С. 41–41.

⁴ *Поляков А. В.* Вказ. праця. – С. 24.

⁵ Див., зокрема, *Максимов С. И.* Вказ. праця. – С. 41; *Шевчук С.* Основи конституційної юриспруденції. – Харьков, 2002. – С. 18.

⁶ *Покровский И. А.* Естественнo-правовые течения в истории гражданского права. – СПб., 1909. – С. 38–39.

Різні погляди на природу права не могли не зумовити й протилежне ставлення до ролі принципів у правозастосуванні.

Загальне визнання отримала думка, що саме проявом ідеї природного права є визнання можливості безпосереднього застосування принципів права, які необов'язково мають бути записані у статтях нормативних актів¹. Так, якщо простежити за думкою І. Покровського як прихильника природно-правової концепції, звернення до загальнолюдських принципів притаманне процесу правозастосування за самою його природою. І саме в необхідності відповідності простого застосування юридичних норм до фактів дійсності почуттю справедливості вчений вбачає головну передумову виникнення ідеї природного права². Остання, знайшовши своє перше формулювання у вченні грецьких філософів, уже у римських юристів набула серйозного практичного значення: природне право і справедливість, *jus naturale* і *aequitas*, часто розглядалися ними як джерела цивільно-правових норм, визнавалися чинниками впливу на тлумачення цих останніх³.

Ідея можливості звернення до «велінь природи», «природного розуму» у разі несправедливості законів, створених людьми, була підтримана Арістотелем, який писав: «Якщо писаний закон проти нас, ми маємо звертатись до всезагального закону, апелюючи до його більшої чесності і справедливості. Ми повинні доводити, що принципи справедливості є вічними й незмінними і що всезагальний закон не змінюється, оскільки це природний закон, а писані закони змінюються»⁴.

Римські юристи виходили з того, що коли немає можливості послатися ні на природну необхідність, ні на загальноновизнаність норми, залишається ще один засіб — звернутись до *aequitas*, визначення якому поняттю не надавалось. Г. Шершеневич робить припущення, що під цим поняттям вони розуміли те, що безсвідомо підказувало, як слід вчиняти, щоб точним застосуванням позитивного права не вступити у суперечності з почуттям справедливості⁵.

У літературі можна також зустріти твердження про те, що давні римляни міцно поєднували саме поняття права (*jus*) із процесом судо-

¹ Хайек Ф. А. Вказ. праця. – С. 123.

² Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. – М., 1998. – С. 60–61.

³ Там само. – С. 61.

⁴ Моисеев С. В. Философия права. Курс лекций. – Новосибирск, 2003. – С. 15.

⁵ Шершеневич Г. Ф. История философии права. – СПб., 2001. – С. 116–117.

чинства (*justicia*). Суворе право протиставлялося праву справедливості, яке виникло на певному історичному етапі, коли давні позитивні норми виявили свою невідповідність новим вимогам часу. Історія римського права демонструє два основних способи свого оновлення: коригуюча преторська практика і доктринальна діяльність римських юристів. Прогалини в законодавстві усувалися не законодавчою практикою, а через застосування доктринально оформлених загальноправових принципів¹.

У середньовічній юриспруденції навіть ще більшої поширеності, ніж у римському праві, набула думка про те, що природне право є джерелом юридичних норм і що воно покликано заповнювати прогалини в позитивному праві, або навіть й виправляти його. Навіть як загальний принцип проголошувалося положення, сформульоване ще за часів Давнього Риму: *jus naturale potius, quam jus positivum* (природне право означає більше, ніж право позитивне), якщо позитивне право суперечить справедливості, вирішальною слід визнати останнє².

Д. Ллойд з цього приводу зазначає, що у часи Середньовіччя створене людиною право визнавалось як основний інструмент світського правління. Його авторитет досягався як через заповнення прогалин у природному праві, так і шляхом подальшого розвитку презюмованих природно-правових принципів, які стосуються багатьох сфер людських відносин, що не підлягали прямому регулюванню природним правом, але щодо яких воно містило лише деякі загальні вказівки³. Ще однією причиною звернення середньовічних юристів до принципів права (юридичних максим) був надзвичайно казуїстичний характер норм чинного на той час права, які мали такий мінімум змісту, що це викликало підстави для неоднозначного їх тлумачення⁴.

Найбільшого підйому ідея природного права дістала у XVII–XVIII ст. Одним із найяскравіших свідчень цього є спроби закріпити ідею пріоритетності природного права над позитивним на законодавчому рівні. Так, один з останніх проектів єдиного кодексу Франції починався фразою: «Існує право універсальне й незмінне, джерело всіх позитивних законів; існує тільки природний розум, який править усіма людьми»⁵.

¹ Шаркова Ірина. *Iudicia bonae fidei*: історичні витoki застосування аналогії права та звичаєвих норм у цивільному процесі // Юридична Україна. – 2007. – № 3. – С. 58–59.

² Покровский И. А. Вказ. праця. – С. 62.

³ Ллойд Д. *Идея права*. – М.: Югона, 2002. – С. 92.

⁴ Царьков И. И. *О правовых принципах в средневековой юриспруденции*. // Правоведение. – 2001. – № 4. – С. 201.

⁵ Покровский И. А. Вказ. праця. – С. 65–66.

Одним із найбільш яскравих прикладів прямого застосування загальних принципів, які «безпосередньо пов'язані з природно-правовими уявленнями про право»¹, у ХХ ст. став розгляд справ донощиків і військових злочинців західнонімецькими судами. Цей приклад, напевно, вже можна назвати класичним, але це не применшує його цінності. Тоді обвинувачені часто стверджували, що вони не винні, оскільки вчиняли відповідно до законів тих часів. Але суди заявляли, що ті закони є недійсними, оскільки суперечать фундаментальним принципам моралі або правам людини². У постановках деяких судів зазначалося, що закони нацистської Німеччини суперечать вищому закону і тому не є законами³. Ці справи демонструють, який прояв у практиці правозастосування знаходять суперечності між природно-правовим і позитивістським типами розуміння права.

Першість природного права перед позитивним, принципів права перед законодавством та іншими формалізованими джерелами права проявляється ще на стадії формування права. Так, Ф. А. Гайєк, відповідаючи на питання, як відбувалося формування права, наводить вислів римського юриста III ст. Юлія Павла: «Не справедливість виводиться з правила, а правило народжується з нашого уявлення про справедливе»⁴, таким чином обстоюючи думку, згідно з якою не принципи формуються на підставі узагальнення конкретних норм, а норми виникають на підставі принципів права, які не обов'язково мають бути включені до позитивного права.

Останньою стадією формування принципу права є його визнання учасниками суспільних відносин, що підлягають правовому регулюванню. Формами такого визнання, на погляд автора, може бути мовчазне дотримання такого принципу у процесі реалізації права, якщо його учасники визнають цей принцип юридично обов'язковим, закріплення його в тексті нормативно-правового акта. Крім того, форма визнання принципу права як остання стадія його формування може проявлятися

¹ *Мартышин О. В.* Совместимы ли основные типы понимания права? // Государство и право. – 2003. – № 6. – С. 13–21. С. 21.

² Справи, що розглядалися у кінці 40-х років ХХ ст. західнонімецькими судами, часто використовуються для проведення дебатів серед студентів юридичних факультетів для ілюстрації розбіжностей у поглядах на право позитивістського і природноправового типів праворозуміння (див. дебати, що проходили у колледжі Кембріджа: «Dean at Stake: the Separation of Law and Morality» <http://www.cai.cam.ac.uk/college/chapel/sermons/datslawmor.pdf>).

³ *Моисеев С. В.* Вказ. праця. – С. 9.

⁴ *Хайєк Ф. А.* Вказ. праця. – С. 105.

у безпосередньому застосуванні цього принципу права при вирішенні судової справи. Якщо таке рішення не оскаржується, це може бути свідченням визнання учасниками справи принципу права, на підставі якого вирішено спір між ними. Якщо має місце оскарження такого судового рішення до вищої судової інстанції, то остання фактично приймає рішення про те, чи є застосований принцип права визнаним у суспільстві. Адже «коли у визнаному праві існує прогалина, нова норма закріпиться лише за умови, що комусь буде доручено виявити норму, яку після її формулювання визнають за слушну»¹.

Категорія принципів права може бути визнана тим інтегруючим елементом позитивістського і природно-правового напрямів правового мислення, пошуки якого особливо активізувались у вітчизняній і західній юридичній науці з середини 90-х років ХХ ст.² Ідея про принципи права як точку єднання в дещо іншій формі була висловлена Ф. А. Гайском. Він вказав, що тенденція до інтеграції природно-правового і позитивістського типів праворозуміння сформувалася ще у XVI–XVII ст. з виникненням конструктивістського раціоналізму. Представники останнього пов'язували з розумом здатність відрізнити добро від зла, тобто те, що узгоджувалося з установленими правилами, від того, що їм не відповідало. При цьому Дж. Локк під розумом мав на увазі певні визначені принципи дій, від яких походять усі чесноти й усе, що потрібно для належного формування моральних засад. Розум скоріше шукає і виявляє цей закон природи, ніж установлює та проголошує його. На цій підставі виводиться спільність раціоналістичного природного права з концепцією опонентів-позитивістів, яка проявилася у визнанні того, що будь-яке

¹ Хайск Ф. А. Вказ. праця. – С. 141.

² Див.: Поляков А. В. Петербургская школа философии права и задачи современного правоведения // Правоведение. – 2000. – № 2. – С. 6; Оль П. А. Правопонимание: от плюрализма к двуединству: Монография. – СПб., 2005. – С. 67; Берман Дж. Западная традиция права: эпоха формирования: Пер. с англ. – М., 1998. – С. 17; Дудченко В. В. Традиция правового плюрализма: западная та східна інтерпретація: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук 2. 00. 01. – Одеса, 2007; Познер Ричард А. Проблемы юриспруденції / Пер. з англ. С. Савченка. – К., 2004. – С. 39; Мартышин О. В. Совместимы ли основные типы понимания права? // Государство и право. – 2003. – № 6. – С. 14; Козлихин И. Ю. Позитивизм и естественное право // Государство и право. – 2000. – № 3. Проте, не можна не зазначити, що можливість віднайти точку перетину позитивістської і природно-правової концепцій визнають не всі (Нерсисян В. С. Основные концепции права и государства в современной России (по материалам «круглого стола» в Центре теории и истории права и государства ИПП РАН) // Государство и право. – 2003. – № 5. – С. 6; Честнов И. Л. Правопонимание в эпоху постмодерна // Известия ВУЗов. Правоведение. – 2002. – № 2. – С. 7).

право створюється розумом або принаймні може бути за його допомогою цілком обґрунтоване; єдина розбіжність полягала в тому, що раціоналісти припускали можливість логічного виведення права з апріорних засновків, а позитивісти розглядали його як зважене тлумачення на підставі емпіричних знань про його вплив на досягнення жаданих людиною цілей¹.

Принципи природного права, як указує С. Шевчук, створюють той базис, на якому відбувається взаємодія позитивного права і моралі². Вирішення питання про визнання природного права джерелом права у цілому залежить від світогляду та ціннісного вибору осіб, які беруть безпосередню участь у правозастосуванні, насамперед — від суддів, оскільки здебільшого природне право знаходить своє застосування у судових рішеннях³.

Компромiс двох течiй у праворозумiннi знайшов утiлення у визнаннi на законодавчому рiвнi можливостi застосування загальних принципiв права при вирiшеннi конкретних справ. Так, ще в проєкті Іозефiнського кодексу 1786 р. Австрiї також зазначалося, що оскiльки вищим джерелом будь-якого права є природне право, для заповнення прогалин суддя може звертатися до останнього. Проте вже Австрiйське Уложення в параграфi 7 вказувало: «Якщо випадок не може бути вирiшений нi на пiдставi тексту, нi на пiдставi природного змісту закону, то слiд взяти до уваги подiбнi, вирiшенi в законах визначеним способом, випадки, а також пiдстави iнших спорiднених законiв. Якщо питання залишається сумнiвним, то воно має бути вирiшене на пiдставi природних принципiв права»⁴. Згодом цей iнститут пiд назвою аналогiї права увiйшов до законодавства багатьох держав свiту. Зокрема, вiн закрiплений у ч. 2 ст. 8 Цивiльного кодексу України. У Кодексі адміністративного судочинства України (ч. 4 ст. 8) знайшло закріплення правило, згідно з яким забороняється відмова в розгляді та вирішенні адміністративної справи з мотивів неповноти, неясності, суперечливості чи відсутності законодавства, яке регулює спірні відносини. Це правило є прямим визнанням необхідності звернення до принципів і норм права, не закріплених у позитивному праві, якщо останнє не врегулює відносини, з приводу яких суд має винести рішення.

Поєднання ідей природного та позитивного права дозволяє, з одного боку, відійти від надмірного формалізму у правовому регулюванні

¹ *Хайек Ф. А.* Вказ. праця. – С. 43–44.

² *Шевчук С.* Вказ. праця. – С. 43.

³ Там само. – С. 44.

⁴ *Покровський І. А.* Вказ. праця. – С. 92.

і визнати принципи права його джерелом¹, з другого — обмежити розсуд суддів, адже рішення судді, який дотримується загальноприйнятих поглядів на справедливість, навіть не підтриманих буквою закону, насправді можуть бути більш прогнозованими, ніж тоді, коли він змушений виводити їх лише з тих визнаних переконань, які знайшли відбиття у писаному праві².

Зближення двох типів підходів до праворозуміння дозволяє розглядати принципи права — як ті, що отримали закріплення у статтях нормативно-правових актів, так і ті, що такого закріплення не мають — як безпосередній регулятор суспільних відносин, самостійне джерело права, нормативну основу правозастосування. Цей висновок не повинен розглядатись як такий, що спрямований на розширення правозастосовного розсуду і створення загрози суддівського свавілля. Має місце зворотна тенденція — до процесу правозастосування висувається додаткова вимога, що полягає в необхідності звернення до принципів права, через які до змісту права включаються визнані в суспільстві цінності, як при вирішенні справ на підставі норм права, так і при застосуванні аналогії права.

¹ Див.: *Погребняк С.* Втілення принципів права в юридичних актах // Вісн. Акад. прав. наук України. — 2006. — № 2. — С. 30.

² Див.: *Хайєк Ф. А.* Вказ. праця. — С. 160–161; *Познер Ричард А.* Вказ. праця. — С. 29.