

Андрій МЕЛЕШЕВИЧ\*,  
Тетяна ЯРЕМКО\*\*

*ПІДХОДИ ДО ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ ВЕРХОВЕНСТВА  
ПРАВА: В ПОШУКАХ КОНСЕНСУСУ?*

На сьогодні проблема визначення принципу верховенства права, який відповідно до ст. 8 Конституції діє в Україні, є однією з найбільш актуальних в українській юриспруденції. Тим паче, що єдиного погляду на це не існує ні в Україні, ні закордоном, про що можуть свідчити численні публікації з даної тематики та й, зрештою, суперечлива судова практика.

В Україні, для якої завжди був характерним позитивістський підхід до визначення верховенства права, що по суті зводив останній до принципу законності, дискусія в правничій літературі та події в судовій практиці кількох останніх років засвідчили деяке зміщення акцентів на користь права природного, а отже, визнання нетотожності права і закону.

Ця стаття має на меті: зробити критичний аналіз основних підходів, що склались у визначенні принципу верховенства права у світовій та українській правничій теорії, а також на конкретних прикладах продемонструвати сучасні тенденції, що, з одного боку, свідчать про відхід від позитивізму до природного права, а з іншого — не заперечують і цінності писаного закону; підтвердити тезу про те, що визнання в Україні верховенства права з позицій природно-правової доктрини є закономірним процесом, зумовленим, насамперед, світовими тенденціями розвитку цього принципу.

*Основні доктринальні підходи щодо  
визначення принципу верховенства права*

З-поміж численних підходів щодо визначення верховенства права, запропонованих західними та вітчизняними науковцями, можна вирізнити принаймні два напрями, сформовані відповідно школами природного і позитивного права.

Школа природного права (*jus naturalis*). Головна риса теорії природного права ґрунтується на твердженні, що між правом і мораллю існує нерозривний зв'язок. Щоб якийсь закон був легітимним, він обов'язково має відповідати певним засадам моралі та справедливості. Ще в XIII ст. Тома Аквінський сформулював базовий постулат природного права: несправедливий закон взагалі не є законом: сила закону залежить від його відповідності критеріям справедливості<sup>1</sup>.

\* Декан факультету правничих наук Національного університету «Києво-Могилянська академія».

\*\* Студент магістерської програми «Правознавство» Національного університету «Києво-Могилянська академія».

<sup>1</sup> St. Thomas Aquinas, «Summa Theologica», in William Ebenstein (ed.), *Great Political Thinkers: Plato to the Present*, New York: Holt, Rinehart and Winston, 1969. — P. 238.

Згідно зі школою природного права, критерії моральної справедливості й добра не залежать від позитивного права і є найвищим принципом, верховенством права (the Rule of Law). Зрозуміло, що для прихильників *jus naturalis* верховенство права має універсальний характер, і його базові стандарти є перманентними і незмінними для всіх часів і народів.

Судові органи Англії та Сполучених Штатів Америки активно застосовували засади природного права у своїй судовій практиці. Спираючись на принцип верховенства права, у Британії було обґрунтовано ідею, що і монархія, і виконавчі влада, і парламент є зв'язаними фундаментальними принципами справедливості загального права та історичними традиціями англійського народу<sup>2</sup>. У 1610 р. англійський суддя Едвард Коук сформулював доктрину юридичного верховенства (judicial supremacy): у багатьох судових справах загальне право, що вважається втіленням певних незмінних принципів природного розуму, повинно контролювати акти парламенту, і ті прийняті парламентом закони, що суперечать загальному праву, мають бути визнані недійсними<sup>3</sup>.

На Американському континенті принцип верховенства права на засадах школи природного права було закладено у двох найважливіших політико-правових документах, створених при формуванні Сполучених Штатів. Декларація про незалежність безпосередньо посилається на природні права людини, а конструкція негативних свобод у Біллі про права Конституції США підкреслює пасивну роль державного законодавця в їх встановленні та визначенні, віддаючи цим належне позапозитивним нормам. У відомому рішенні Мербері проти Медісон, яким, власне, було започатковано конституційну юстицію, Верховний суд США підкреслив, що в цій державі панує не воля окремих людей, а воля права<sup>4</sup>. Ще чіткіше Верховний суд висловився словами судді Міллера у справі Ощадної та позикової асоціації проти Топіки в 1875 р.: «Існують певні права в кожній вільній державі, що перебувають поза її контролем. Держава, яка не визнає, що такі права, а саме: право на життя, свободу і власність її громадян завжди є поза будь-яким розпорядженням або контролем з боку навіть найдемократичнішого депозитарію влади, є нічим іншим, як деспотизмом»<sup>5</sup>.

Підсумовуючи головні складові теорії природного права, можна погодитись із Берилом-Харольдом Леві, що природне право: 1) є ідеалом, згідно з яким усе наявне позитивне право має узгоджуватися. При цьому природне право є «вищим» правом, яке може анулювати позитивне право; 2) створює невід'ємні права кожної окремої особи; 3) поширюється на всіх людей і має універсальний характер<sup>6</sup>.

<sup>2</sup> John Reitz, «Constitutionalism and the Rule of Law: Theoretical Perspectives», in Robert D. Grey (ed.) *Democratic Theory and Post-Communist Change*, Upper Saddle River, New Jersey: Prentice Hall, 1997. - P. 113.

<sup>3</sup> Bodenheimer, Edgar, *Jurisprudence: The Philosophy and Method of the Law*, Cambridge: Harvard University Press, 1974; Dr. Bonham's Case, 77 Eng. Rep. 646 (1610). Після публікації «Коментарів до законів Англії» Вільямом Блекстоуном доктрина юридичного верховенства поступилася місцем доктрині парламентського верховенства, що є найважливішим принципом британської конституційної системи по сьогоднішній день (Див.: Bodenheimer, 1974, стор. 56-57).

<sup>4</sup> *Marbury v. Madison*, US Supreme Court, 5 U.S. 137, 1 Cranch 137, 2 L. Ed. 60 (1803).

<sup>5</sup> *Savings and Loan Association v. Topeka*, US Supreme Court, 87 U.S. 655, 20 Wall. 655 (1875).

<sup>6</sup> Levy, Beryl Harold, *Anglo-American Philosophy of Law: An Introduction to Its Development and Outcome*, New Brunswick (USA): Transaction Publishers, 1991. — P. 8.

Всі напрямки школи природного права засвідчують існування правил, що не є результатом діяльності жодного правотворця. Такі правила визначають критерії справедливості позитивного права і підстави дотримання їх людьми<sup>7</sup>, що й можна вважати в дещо спрощеному вигляді суттю верховенства права, згідно з класичною школою природного права.

**Школа позитивного права.** Від кінця XVIII ст. концепція природного права піддавала критиці з боку представників утилітаризму (Ієремія Бентам), історичної (Фрідріх-Карл фон Савіні) та еволюційної (марксистської) (Карл Маркс, Фрідріх Енгельс) шкіл права, а також теорії позитивного права. Протягом XIX і першої половини XX ст. природне право поступово втрачало свою популярність і поступалось іншим школам правової думки, передусім юридичному позитивізму. На початок першої світової війни було непросто знайти прихильника природного права, який зміг би належним чином відстояти головні засади цієї теорії<sup>8</sup>.

Популярність школи правового позитивізму пояснюється насамперед тим, що саме вона запропонувала найбільш послідовну та змістовну альтернативу *jus naturalis*. До найяскравіших філософів позитивістської школи права належать британські юристи Джон Остін, Герберт Харт і австрієць Ганс Кельзен. Хоча між філософами позитивізму є досить суттєві відмінності, різні варіації цієї доктрини об'єднують кілька спільних рис.

Згідно з теорією юридичного позитивізму, право — це сукупність певних суспільних правил, що визначаються специфічними критеріями їх походження або порядком їх прийняття й розвитку і не мають нічого спільного з їхнім змістом. Рональд Дворкін вважає, що саме особливий порядок створення правових норм відрізняє їх від усіх інших видів суспільних норм (що часто називаються узагальненою назвою «норми моралі»), яких суспільство дотримується, але для забезпечення виконання яких держава не може вжити заходів примусу<sup>9</sup>. Багато вчених вважають, що такий «тест на походження» («pedigree test»), який відрізняє правові норми від неправових, є найбільш принциповою та суттєвою рисою доктрини правового позитивізму<sup>10</sup>.

Позитивістська школа визнає правом лише позитивне законодавство або тільки ті правові норми, що були створені органами державної влади на певному етапі розвитку суспільства. Всі інші норми в суспільстві перебувають поза правовим колом.

Одним із визначальних елементів позитивізму є відмежування правових норм від будь-яких норм справедливості й моралі. Засновник позитивістської школи Джон Остін неодноразово підкреслював цю тезу у своїх творах: «Наука юриспруденції ...має справу з позитивними законами або, кажучи точніше, просто законами, не зважаючи, добрі вони чи погані»<sup>11</sup>, справедливі чи ні. Відокремити право

---

<sup>7</sup> Hayek, F.A. *The Constitution of Liberty*, Chicago: University of Chicago Press, 1960. — P. 237.

<sup>8</sup> Weston, Burns, «Human Rights», in *International Human Rights in Context: Law, Politics, Morals*, Henry I. Steiner and Philip Alston (eds.), Oxford: Oxford University Press, 2000. — P. 326.

<sup>9</sup> Dworkin, Ronald, *The Model of Rules*, University of Chicago Law Review, 35 (1967). — P. 17.

<sup>10</sup> Див., наприклад: Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Cambridge: Harvard University Press, 1977, - P. 17; Murphy, Jeffrie G., and Jules L. Coleman, *The Philosophy of Law: An Introduction to Jurisprudence*, Totowa, New Jersey: Rowman and Allanheld, 1984. — P. 26.

<sup>11</sup> Austin, John, *The Province of Jurisprudence Determined*, ed. by H. L. A. Hart, New York : Noonday Press, 1954. - P. 294.

від будь-яких ідеологічних, моральних та інших «іраціональних» критеріїв було головною метою теорії «чистого права» Ганса Кельзена. Він стверджував, що в своїй діяльності судді та інші юристи мають керуватися лише «правовою наукою», яка мусить бути вільною від політичних або ідеологічних впливів. Чистота права може бути досягнута тільки завдяки чіткому розмежуванню суто права, з одного боку, та елементів психології, соціології, етики та політичної теорії — з іншого<sup>12</sup>.

Оскільки доктрина юридичного позитивізму розвивалася на противагу праву природному, вона наголошувала більшою мірою на формальних, а не змістовних характеристиках принципу верховенства права. Так, наприклад, проголошувалося, що право має відповідати певним формальним вимогам, як-то: закони повинні бути промудовані; закони не мають зворотної дії в часі; закони не можуть суперечити один одному тощо<sup>13</sup>. Багато авторів пов'язують верховенство права в його позитивному значенні з німецькою доктриною правової держави (*Rechtsstaat*), яка набула розквіту в цій країні наприкінці ХІХ ст.

Як бачимо, згідно з доктриною юридичного позитивізму право, по суті, зводиться до закону, а його єдиним джерелом виступає воля законодавця. Правові норми та норми моралі й справедливості є окремими категоріями і не обов'язково мають бути пов'язані та впливати одне на одне. Забезпечення виконання правових норм, (1) прийнятих в установленому порядку державними інституціями в межах своєї компетенції та (2) незалежних від усіх інших видів суспільних норм, і складає принцип верховенства права за цією концепцією.

### *Принцип верховенства права та критика двох доктрин*

Розглянуті філософські підходи мають свої сильні риси, що забезпечують право на їх існування і привертають увагу нових прихильників. Водночас не можна не заперечувати і певних вразливих моментів, що є характерними і для доктрини *jus naturalis*, і для доктрини юридичного позитивізму. Детальний критичний аналіз теорій натурального і позитивного права виходить за межі цієї статті. Тому ми зосередимося лише на тих основних елементах обох теорій, що безпосередньо стосуються визначення концепції верховенства права. Але треба застерегти, що критика ця є дотичною до більш класичних інтерпретацій двох доктрин, поширених до середини ХХ ст.

Як відомо, одними з найголовніших характеристик права взагалі та принципу верховенства права зокрема мають бути зрозумілість, визначеність і ясність правових норм. Якщо правила не відповідають критеріям чіткості й визначеності, це може призводити до їх різної, а часом і взаємоне прийнятної інтерпретації. У таких випадках навіть законослухняні громадяни стикаються з проблемою додержання і виконання закону. Зрозуміло, що невизначеність права фактично анулює принцип його верховенства.

Оскільки доктрина природного права підкреслює нерозривний зв'язок між правом, мораллю та справедливістю, виникають легітимні питання, на які немає

<sup>12</sup> Kelsen, Hans, *The Pure Theory of Law*, Berkeley: University of California Press, 1967. — P. 1-4.

<sup>13</sup> Clark, David. *The Many Meanings of the Rule of Law*, Internet Edition, available at <http://www.lfip.org/lawe506/documents/lawe506davidclarke.pdf>, accessed 20/01/2006.

простих відповідей: Що таке мораль? Що таке справедливість? Саме неоднозначність цих чільних концепцій стала найбільш вразливим елементом класичної природно-правової школи, яку було піддано жорсткій критиці з боку її опонентів. Так, Ганс Кельзен уважав справедливість «ірраціональним ідеалом», який являє собою хіба що суб'єктивні ціннісні переваги окремих особистостей чи груп. Він писав, що теорія права не може відповісти на запитання, що таке справедливість, це запитання не існує наукової відповіді, бо сама концепція справедливості підлягає пізнанню<sup>14</sup>. Ще з більш нищівною критикою природного напрямку в праві виступив представник скандинавського правового реалізму Альф Росс: «Як повія, природниче право є в розпорядженні кожного. Не існує жодної ідеології, якої не можна було би захистити за допомоги права природи. І справді, як може бути інакше, якщо принципове виправдання кожного натурального права залежить від особистого безпосереднього розуміння, ... інтуїції. Чи не може моя інтуїція бути так само вірною, як і ваша? ... Абсолютно довільний характер [таких] метафізичних стверджень ... ставить їх поза будь-яким міжсуб'єктивним контролем і широко відчиняє двері необмеженим вигадкам і догматизмові»<sup>15</sup>. Так, прихильники заборони абортів та їх дозволу у США, Польщі, Канаді та інших країнах, тобто двох рухів, що обстоюють діаметрально протилежні погляди, використовують природно-правову аргументацію на підтримку своїх доводів. Хоча можна навести ще багато додаткових прикладів, які підтверджують слушність критики опонентів природного права, головна їх теза зрозуміла: невизначеність і суперечність засадничих концепцій доктрини природного права стоять на заваді реалізації принципу верховенства права.

Якщо зв'язок між правом і мораллю викликає критику опонентів *jus naturalis*, то саме відсутність такого зв'язку створює суттєві проблеми у площині верховенства права для прихильників класичної школи юридичного позитивізму. Позитивістська доктрина ототожнює державу і право, бо держава, передовсім, і є законом. Едгар Боденгаймер стверджує, що для Кельзена поняття «влада законів» («government of laws») є плеоназмом, надмірністю, тому що «держава є нічим іншим, як сукупністю норм примусу, і таким чином ідентифікується з правом»<sup>16</sup>. Кельзен уважав, що «будь-який зміст може бути законом. Не існує такої діяльності людини, яка не могла би стати змістом правової норми»<sup>17</sup>.

Хоча доктрина юридичного позитивізму зробила відчутний внесок у розвиток теорії демократії, деякі базові елементи цієї школи, наприклад, теза про ототожнення держави і права, були взяті на озброєння найбільш реакційними та одіозними політичними силами: фашизмом, сталінізмом, апартеїдом. На тлі майже повної відсутності ґрунтовних теоретичних праць, створених фашистськими теоретиками, стаття «Доктрина фашизму», що була видана 1933 р. за підписом Беніто Муссоліні, послідовно описала основні характеристики цієї ідеології. «Засадничою рисою фашистської доктрини є концепція держави, її суть, її завдання,

<sup>14</sup> Kelsen, Hans, *General Theory of Law and State*, Cambridge, Mass., 1949. — P. 13; Kelsen, «The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence», *55 Harvard Law Review* 44, 1941. — P. 48—49; Bodenheimer, Edgar, *Jurisprudence: The Philosophy and Method of the Law*, Cambridge: Harvard University Press, 1974. — P. 100.

<sup>15</sup> Ross, Alf, *On Law and Justice*, London: Stevens, 1958. — P. 261.

<sup>16</sup> Bodenheimer, Edgar, *Jurisprudence*. — P. 103.

<sup>17</sup> Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, Cambridge, Mass., 1949, *supra* n.5. — P. 198.

її мета. Для фашизму держава є абсолют, перед яким особистості й групи є відносними»<sup>18</sup>. Оскільки воля держави є пріоритетом, все, що заважає обстоювати її інтереси, мусить бути усунено. «Держава може висувати будь-які вимоги, давати будь-які накази, вимагати будь-яких пожертв, і всі мають коритися»<sup>19</sup>. Згідно з таким конструюванням принципу верховенства права, Італія за часів Муссоліні чи нацистська Німеччина були втіленням правової держави, або теорії *Rechtsstaat*: навіть найбільш реакційні дії цих режимів чинилися після ухвалення відповідних законів. Якщо хтось погоджується з такою інтерпретацією правової держави то, за словами Лона Фуллера, стає неможливим спростувати таке просте твердження: «за фашистів було право, навіть якщо це було й погане право»<sup>20</sup>.

### *Сучасні тенденції у світі*

Друга світова війна внесла важливі корективи як у теоретичні концепції обох шкіл права, так і в практику застосування їхніх базових принципів законодавчими й судовими органами. Хоча між двома доктринами залишаються суттєві відмінності, відбулося їх відчутне зближення, насамперед, на засадах верховенства права та конституціоналізму. Замість «чистого» позитивізму, що майже відійшов в історію разом із злочинами фашизму, головним напрямком цієї теорії став «м'який», «поміркуваний» позитивізм, який не відкидає тези певного впливу ідей справедливості й моралі на право. У післявоєнний час відродилася й доктрина природного права, яка намагається розв'язати проблемні питання визначеності й певності принципів справедливості й моралі у праві. З'явилися інтеграційні підходи зі спробами поєднання головних постулатів двох доктрин. Законодавчі й судові органи багатьох країн під час своєї діяльності з нормотворення або застосування правових актів часто намагаються поєднати принципи обох доктрин.

Філософською основою помітного зближення природної та позитивістської правничих шкіл стали ідеї конституціоналізму, головною рисою якого є принцип обмеження державної влади. Конституціоналізм визнає, що єдиним джерелом влади в суспільстві є його громадяни; державна влада має обов'язок поважати гідність людини і неухильно забезпечувати її права та свободи. Метою конституціоналізму є також створення ефективних політичних і правових механізмів, що унеможливають свавільні рішення державної влади. Сучасні версії обох шкіл уважають принципи демократичного конституціоналізму частиною своєї доктрини.

Післявоєнна Німеччина є очевидним прикладом трансформації позитивізму школи. Відразу по закінченні війни головний постулат позитивізму про відсутність будь-якого зв'язку між правом і мораллю було піддано жорсткій критиці німецьким правником і в минулому прихильником цієї течії Густавом Радбрухом: «Існують правові принципи, більш авторитетні за будь-який правовий припис, і закон, що їм суперечить, не має сили. Такі загальні принципи називають природ-

<sup>18</sup> Mussolini, «The Doctrine of Fascism», in William Ebenstein (ed.) *Great Political Thinkers: Plato to the Present*, New York: Holt, Rinehart and Winston, 1969. — P. 633.

<sup>19</sup> Baradat, Leon P. *Political Ideologies: Their Origin and Impact*, Upple Saddle River, New Jersey: Pearson Prentice Hall, 2006.

<sup>20</sup> Lon L. Fuller «Positivism and Fidelity to Law — A Reply to Professor Hart», in Joel Feinberg and Hyman Gross (eds.) *Philosophy of Law*, Belmont, California: Wadsworth, 1991. — P. 89.

ним правом»<sup>21</sup>. У своїх статтях, опублікованих у 1945—1946 роках, він запропонував «формулу Радбруха»: «Конфлікт між справедливістю і правопевністю міг би бути вирішений так, що позитивне й гарантоване приписами і силою право має пріоритет навіть тоді, коли воно за змістом несправедливе і недоцільне. Винятки складають лише ситуації, коли суперечність чинного закону щодо справедливості сягає настільки нестерпного масштабу, що закон як «несправедливе право» має поступитися справедливості»<sup>22</sup>.

«Формула Радбруха» не залишилася суто теоретичною концепцією. Її було неодноразово застосовано на практиці, і вона «посіла належне місце в сучасній німецькій юриспруденції»<sup>23</sup>. Найвідомішими прикладами застосування «формули Рад-бруха» стали кілька судових справ з обвинувачення деяких посадових осіб, котрі, обіймаючи керівні партійні посади в Німецькій Демократичній Республіці, віддавали накази стріляти в людей, які намагалися перетнути кордон Східної Німеччини в 1989 р., а також прикордонників, що безпосередньо виконували такі накази.

Основний Закон Федеративної Республіки Німеччини, прийнятий 1949 р., також побудований на засадах, що поєднують елементи як природного, так і позитивного права. Сучасний принцип верховенства права, сформований Основним Законом, підпорядковує позитивну законність гарантованим і реально діючим принципам і цінностям, серед яких — закріплена у ст. 1 Основного Закону ФРН людська гідність. У своїх численних рішеннях Федеральний конституційний суд визнав людську гідність як найвищу цінність суспільства<sup>24</sup>. Інші положення Основного Закону, наприклад ст. 20, зобов'язують судову й виконавчу гілки влади керуватися законом і правом. Це дає підстави деяким ученим стверджувати, що Основний Закон створює не лише правову державу в сенсі держави, що керується зафіксованими та загальними законами, а й правову державу в сенсі підкорення останньої принципу справедливості. До того ж, якщо взяти до уваги й інші фундаментальні принципи Основного Закону, зокрема конституційні гарантії людської гідності та соціальну державу, то проголошення справедливості як конституційної мети відображає свідоме заперечення юридичного позитивізму Веймарського періоду<sup>25</sup>. Отже, на прикладі ФРН можна спостерігати певний відхід як від позитивізму, так і від довоєнного визначення *Rechtsstaat*. Держава з класичним прикладом позитивного визначення верховенства права все ж таки визнала природно-правові тенденції як на етапі правотворення, так і, в деяких випадках, на етапі правозастосування.

Закріплення в конституціях, прийнятих багатьма державами другої та третьої хвиль демократизації, положень про гідність особи, політичні права і свободи людини, соціальну справедливість сприяли наданню головним принципам природ-

<sup>21</sup> Радбрух Г. П'ять хвилин філософії права // Проблеми філософії права. — 2004. — Т. 2. — С. 96.

<sup>22</sup> Радбрух Г. Законне неправо та надзаконне право // Проблеми філософії права. — 2004. — Т. 2. — С. 89.

<sup>23</sup> Rivers, Julian, «The interpretation and invalidity of Unjust Laws», in David Dyzenhaus (ed), *Recrafting the Rule of Law: The Limits of Legal Order*, Hart: Oxford, 1999. - P. 48.

<sup>24</sup> Michel Rosenfeld, «The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy», *South California Law Review*, 74, 2001. - P. 1318.

<sup>25</sup> Kommers, Donald. *The Federal Constitutional Court*, Washington, D.C.: American Institute for Contemporary German Studies, 1994. — P. 6.

ного права більшої конкретики і певності. Процесові втілення засад природного права в позитивному законодавстві також сприяють створення і розвиток системи міжнародного захисту прав людини та діяльність міжнародних судових органів із захисту таких прав.

Як уже згадувалося, в англо-американських країнах право ніколи не ототожнювалося з державою, а верховенство права ніколи не зводилося до верховенства закону. Водночас судові органи цих країн віддають належне цінності позитивного права і визнають, що верховенство права неможливе без писаного закону. Так, наприклад, найвпливовіший суддя Верховного суду США Антонін Скаля вважає, що верховенство права є, щонайперше, законом правил («The Rule of Law is a Law of Rules»). Він звертає увагу на необхідність певності правил, що застосовуються судовими органами. Скаля зазначає, що гнучкість правових приписів несумісна з принципом верховенства права, а правові норми мають бути чітко визначеними<sup>26</sup>. «Іноколи бувають ситуації, коли навіть поганий припис є кращою ситуацією, ніж відсутність будь-якого припису»<sup>27</sup>.

Наявність зв'язку між позитивним законодавством і верховенством права підкреслив і Верховний суд Канади в своєму рішенні 1985 р. у справі щодо конституційності положення Конституції провінції Манітоба, відповідно до якого все законодавство повинно прийматися та промультуватися як французькою, так і англійською мовами. Верховний суд протлумачив це положення таким чином, що все чинне законодавство Манітоби, яке здійснювалося тільки на англійській мові, прийняте після 1890 р., буде недійсним, а це означатиме, що у провінції діятиме лише законодавство, прийняте до 1890 р., а також загальне право. На думку суду, принцип верховенства права в такому випадку буде порушено, оскільки верховенство права передбачає створення та існування позитивного законодавства, Верховний суд наголосив, що верховенство права не може бути реалізованим у провінції, в якій немає позитивного права. Мало того, суд уважав, що застосування законодавства, прийнятого лише до 1890 р., та загального права призведе до панування в державі хаосу та анархії, що є несумісним із гарантією верховенства права, передбаченою преамбулою до Конституційного акта Канади 1982 р.<sup>28</sup>

Група вчених вважає, що постійний конфлікт між правовим позитивізмом *jus naturalis* є головною помилкою чинної правової науки. У спробі поєднати найкращі характеристики головних доктрин права та позбутися їхніх хиб такі автори запропонували різні варіації «третьої теорії права». Головним результатом інтегративного підходу стало створення різноманітних концепцій, що тією чи тією мірою поєднують різні елементи позитивізму, природного права, історизму та інших шкіл<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> Antonin Scalia, «The Rule of Law as a Law of Rules», 56 *University of Chicago Law Review*, 1989. - Pp. 1178, 1187.

<sup>27</sup> Ibid. - P. 1179.

<sup>28</sup> Re Language Rights Under the Manitoba Act, 1870 (1985) 19 D.L.R. (4th) 1. - Pp. 22-23, in Walker, Geoffrey de Q. *The Rule of Law: Foundation of Constitutional Democracy*, Melbourne: Melbourne University Press, 1988. - Pp. 3-4.

<sup>29</sup> Для аналізу теорій інтегративного підходу див., наприклад, Roger A. Shiner, *Norm and Nature: The Movement of Legal Thought*, Oxford: Clarendon Press; Bodenheimer, Edgar, *Jurisprudence: The Philosophy and Method of the Law*, Cambridge: Harvard University Press, 1974; Harold J. Berman, «The Foundations of Law: The Historical Foundations of Law», 54 *Emory Law Journal* 13, 2005.

### Основні підходи щодо визначення принципу верховенства права в Україні

Закріплення у ст. 1 Конституції України 1996 р. принципу правової держави — буквального перекладу німецького терміну *Rechtsstaat*, що часто трактується лише з позицій позитивізму, а в ст. 8 — принципу верховенства права — перекладу англійського Rule of Law, що має природно-правовий контекст, — зумовило різноманітність поглядів стосовно основних підходів у визначенні власне верховенства права в Україні, що дуже часто, однак, зводяться до дискусій з приводу співвідношення понять «право» та «закон». Тож, деякі вчені виснують, що розуміння явища верховенства права ніколи не було і не є однозначним, і що це явище в Україні й дотепер залишається практично неусвідомленим<sup>30</sup>.

Водночас хотілося б, звісно, досить умовно, вирізнити такі підходи у визначенні принципу верховенства права, що виробилися доктриною та судовою практикою в Україні на сьогодні: по-перше, традиційний позитивістський підхід; по-друге, природно-правовий підхід, що набув поширення зовсім недавно, але був визнаний Конституційним Судом України у тлумаченні останнім поняття верховенства права; зрештою, інтегративний підхід, що ґрунтується на визнанні діалектичної єдності та взаємодії позитивістського та природно-правового підходів.

У визначенні верховенства права найпоширенішою думкою в теорії є, як видається, позитивістський підхід, що передбачає ототожнення верховенства права і верховенства закону, а отже, тісну сполученість і змістову тотожність принципів правової держави та верховенства права<sup>31</sup>. При цьому стверджується, що саме принцип верховенства закону слугує побудові чіткої та логічної системи права і є чи не найважливішим з огляду на потреби здійснення контролю за конституційністю й законністю відповідних нормативно-правових актів, їх обліку і систематизації<sup>32</sup>.

У цілому ж ідеї верховенства права та правової держави трактуються прихильниками позитивістського підходу як спроба накинути депозитивність (конструкція примата права над державою) чи надпозитивність (*jus naturalis*) права, роз'єднання змісту і форми права<sup>33</sup>. Крім того, акцентується на тому, що сприйняття на конституційному рівні концептуальних підходів, які характеризують *jus naturalis*, не можна вважати своєрідною юридичною панацеєю, універсальним засобом вирішення бодай правових проблем. Необхідно врахувати те, що ідеологія природного права не тільки не сприймалася в умовах теорії та практики радянських часів, а й не мала глибинної історичної традиції на наших теренах<sup>34</sup>.

Незважаючи на висловлену критику, а також беручи до уваги негативний досвід тоталітарного режиму, коли проголошувалася диктатура закону, дедалі більшого поширення в Україні набувають природно-правові погляди. Про це, зокрема, свід-

<sup>30</sup> Головатий С. «Верховенство права» у розумінні українських вчених. // Українське право. — 2002. - № 1. - С. 26.

<sup>31</sup> Шаповал В. Верховенство закону як принцип Конституції України // Право України. — 1999. — 11 — С. 7.

<sup>32</sup> Там само.

<sup>33</sup> Там само. — С. 5.

<sup>34</sup> Шаповал В. Становлення конституціоналізму в Україні: проблеми теорії // Право України. — 1998. - № 5. - С. 25.

чить і Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень ст. 69 Кримінального кодексу України (справа про призначення судом більш м'якого покарання) від 2 листопада 2004 р. № 15-рп/2004, в якому, зокрема, було визнано, що «верховенство права — це панування права в суспільстві. ... Одним з проявів верховенства права є те, що право не обмежується лише законодавством як однією з його форм, а включає й інші соціальні регулятори... Всі ці елементи права об'єднуються якістю, що відповідає ідеології справедливості ідеї права, яка значною мірою дістала відображення в Конституції України. Таке розуміння права не дає підстав для його ототожнення із законом, який іноді може бути й несправедливим, у тому числі обмежувати свободу та рівність особи. Справедливість — одна з основних засад права — є вирішальною у визначенні його як регулятора суспільних відносин, одним із загальнолюдських вимірів права»<sup>35</sup>.

Водночас, як правильно зазначає професор М. Козюбра, який віддає належні надбанням доктрини природного права в утвердженні морально-правових цінностей, не можна не визнати, що природно-правові вимоги розуму, справедливості, свободи тощо не призначені для безпосереднього регулювання поведінки людей. Через абстрактність їх нерідко розуміють по-різному відповідно до ідеологічних уявлень і настроїв особи<sup>36</sup>. Тому автор, який все ж таки залишається на позиціях природного права, пропонує пов'язувати принцип верховенства права не тільки з абстрактною і досить суб'єктивною категорією справедливості та надто розпорошеним розумінням права, а, насамперед, з основними невідчужуваними правами людини, в яких матеріалізується ідея справедливості<sup>37</sup>.

Проявом застосування саме природно-правового підходу до визначення принципу верховенства права стало Рішення Верховного Суду України щодо справи за скаргою на рішення, дії та бездіяльність Центральної виборчої комісії з установаження результатів повторного голосування з виборів Президента України 21 листопада 2004 р. від 3 грудня 2004 р. Правовий аналіз цього акта судової влади, що насправду можна вважати переломним і в практиці, і в теорії, вимагає окремого дослідження, проте з упевненістю можна стверджувати, що саме це рішення засвідчило появу на пострадянському просторі, у майже класичній позитивістській державі альтернативного розуміння принципу верховенства права саме під природно-правовим кутом.

Отже, нинішній етап демократичної трансформації суспільних, серед них юридичних, відносин в Україні передбачає не відмову, не відмежування від перевірених історичним часом загальнолюдських цінностей, окремо права та закону, права та законотворення тощо, а вимагає наповнення їх новим змістом<sup>38</sup>.

<sup>35</sup> Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 69 Кримінального кодексу України (справа про призначення судом більш м'якого покарання) від 2 листопада 2004 року № 15-рп/2004 // Офіційний вісник України. - 2004. - № 45. - С. 41 - Ст. 2975.

<sup>36</sup> Козюбра М. Принцип верховенства права і конституційна юрисдикція // Вісник Конституційного Суду України. - 2000. - № 4. - С. 26.

<sup>37</sup> Верховенство права: Законодавчий бюлетень. — К.: IREX UMedia, 2005. — С. 7.

<sup>38</sup> Селиванов В. Нетотожність права і закону (методологічний аспект) // Право України. — 2005. - № 5. - С. 7.

З огляду на це можна говорити про інтегративний підхід щодо визначення принципу верховенства права. Селіванов вважає, що «сучасне розуміння поняття права не повинно вести як до заперечення нормативного характеру права, так і до розуміння його лише як юридичного аспекту права чи закону — однієї з форм цього аспекту. Воно (розуміння) не має підстав до жорстокого протиставлення права та закону, навпаки, воно вимагає визначення закону в його правовому вимірі. Інше розхитує правовий порядок, веде до волонтаризму, а потім і до свавілля»<sup>39</sup>.

Отже, на сьогодні в Україні у визначенні принципу верховенства права помітним є відхід від традиційного позитивізму (але не повне заперечення його цінності) в напрямку наближення розуміння цього засадничого принципу відповідно до доктрини природного права, що ми раніше спостерігали також на прикладі Німеччини.

Підсумовуючи, можна виснувати, що, зародившись як природне право, принцип верховенства права деякий час зводили тільки до верховенства закону, але сучасних умовах позначилися тенденції щодо зближення двох підходів. Якщо раніше природне право певною мірою відкидало позитивне, а позитивне, навпаки, не визнавало інших джерел права, крім закону, то сьогодні можна помітити деяке їх взаємопроникнення і взаємозв'язок, що яскраво демонструють численні праці вчених із цього питання та приклади закордонної судової практики. Сучасна «поміркована» доктрина юридичного позитивізму в цілому не заперечує певного зв'язку між мораллю та правом. Водночас школа природного права намагається надати своїм засадам більшої певності й визначеності через вираження цих принципів у писаному праві. При цьому саме концепція конституціоналізму, що передбачає, насамперед, обмеження державної влади, виступає тією основою, завдяки якій і можливе зближення двох доктрин.

Офіційне тлумачення принципу верховенства права Конституційним Судом України, а також успішне застосування принципу верховенства права Верховним Судом України свідчать, що попри нормативне закріплення принципу верховенства права, його суть і значення виводиться саме під кутом зору природного права, що в цілому відповідає сучасним тенденціям розвитку принципу верховенства права у світі.

<sup>39</sup> Там само. — С. 8.