



## Олександр Петришин

доктор юридичних наук, професор,  
академік НАПрН України,  
президент Національної академії правових наук України,  
(Харків, Україна)  
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-4320-4540>  
apynu@ukr.net

УДК 340.1

### ЗМІСТ І ФОРМА ПРАВА У КОНТЕКСТІ ЗАВДАНЬ ПРАВОТВОРЧОСТІ ТА ПРАВОЗАСТОСУВАННЯ: ОСНОВНІ КОНЦЕПЦІЇ ТА ПІДХОДИ

АНОТАЦІЯ. Нині правотворча діяльність, як одна з основних функцій органів публічної влади, потребує комплексної нормативної регламентації. Адже численні невдалі спроби ухвалення Закону про нормативно-правові акти не дали змоги врегулювати належним чином питання планування правотворчої діяльності, її ефективного здійснення. Хоча нині ухвалено проєкт Закону про правотворчу діяльність, яким визначаються зміст і процедури правотворчої діяльності, встановлюються її принципи, учасники та їх повноваження. Проте передумовою ефективності цього законопроєкту є розроблення однієї із ключових проблемних тем цієї тематики, а саме – форми та змісту права, їх специфіки й особливостей співвідношення з погляду основних концепцій праворозуміння.

Мета статті – розглянути основні концепції та підходи до змісту й форми права у контексті завдань правотворчості та правозастосування.

Встановлено, що інтегративне бачення права стало відповіддю на надмірну диференціацію правових знань, яке спричиняло критичну несумісність між основними напрямками правової думки – теорій природного та позитивного права, історичною та соціологічною школами права. Інтегративний підхід до права виходить із розуміння того, що жодна окрема концептуальна ідея не здатна повною мірою відобразити право як соціальне явище, а тому не може претендувати на беззаперечну істину чи абсолютну об'єктивність. Водночас кожна така теорія, відображаючи окремі значущі його характеристики, дає змогу поєднати їх й відобразити у такий спосіб складне та багатогранне явище, яким є право. Цей акцент передбачає оцінку права водночас і як справедливості (природне право), і як примусового впливу (позитивне право), і як способу подолання та попередження соціальних конфліктів (соціологічна школа права).

Зроблено висновок, що право має розглядатись як таке, що існує та функціонує принаймні у таких формах – свідомості, текстах і поведінці. Право у свідомості – це теорії та концепції, які виступають ідейними засадами правоутворення та правозастосування. Право у текстах об'єктивує його зміст, слугує його визначеності – однаковому розумінню та застосуванню правових норм. Право у діях означає реалізацію

права в практичному житті, що, власне, й слугує очікуваним результатом правового регулювання.

Ключові слова: правотворчість; право; позитивне право; закон; природне право; правовий реалізм; інтегративна юриспруденція.

Мета дослідження – розглянути основні концепції та підходи до змісту й форми права у контексті завдань правотворчості та правозастосування.

З часу набуття Україною незалежності правотворча діяльність, як одна з основних функцій органів публічної влади, потребувала комплексної нормативної регламентації. Натомість численні невдалі спроби ухвалити закон про нормативно-правові акти не дали змоги врегулювати належним чином питання планування правотворчої діяльності, її ефективного здійснення, фактично призвели до істотних прогалин у сфері законодавчого регулювання правотворчості.

Нині проектом Закону про правотворчу діяльність<sup>1</sup>, який був взятий за основу Верховною Радою України 16 листопада 2021 р., визначаються зміст і процедури правотворчої діяльності, встановлюються її принципи, учасники та їх повноваження. Важливим є визначення поняття законодавства як ієрархічної системи нормативно-правових актів і міжнародних договорів України, розкриття змісту основних понять, пов'язаних із правотворчою діяльністю – “закон”, “кодекс”, “підзаконний нормативно-правовий акт”, “модельний нормативно-правовий акт”, “програмний правовий акт”, “основний та похідний нормативно-правовий акт”.

Проте передумовою ефективності цього законопроекту є розроблення однієї із ключових проблемних тем цієї тематики, а саме – форми та змісту права, їх специфіки й особливостей співвідношення з погляду основних концепцій праворозуміння. Адже саме врахування позитивних напрацювань таких підходів забезпечить не лише наукову обґрунтованість і достовірність правотворчого процесу, а й досягнення його кінцевого результату – ефективності правового регулювання суспільних відносин, панування верховенства права, захист прав людини і громадянина.

Передовсім правова наука активно послуговується поняттям *позитивного права* як такого, що створюється “людьми для людей”, існує як фактичне явище у формі закону та інших правових актів. Головною особливістю цієї концепції є відмова від обов'язкового зв'язку між правом і мораллю, що давало б змогу оцінювати та критикувати норми позитивного права. За класичною формулою основоположника такого підходу, англійського юриста Дж. Остіна, право – це *наказ суверена*, який є нейтральним відносно своїх конкретних характеристик, і тому зводиться фактично до загрози застосування санкції у разі його невиконання.

<sup>1</sup> Проект Закону про правотворчу діяльність від 25 червня 2021 р. № 5707 <[http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/web2/webproc4\\_1?pf3511=72355](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/web2/webproc4_1?pf3511=72355)> (дата звернення: 16.12.2021).

З такого погляду навіть норми права, сформульовані у дозвільній формі вважалися такими, що містять наказ, оскільки інша їх сторона зобов'язувалася до виконання певних дій.

Показовою для тематики позитивізму стала назва найвідомішої праці видатного вченого-юриста ХХ ст. Г. Кельзена – “Чиста теорія права” (1934 р.), який, розширивши горизонт позитивного бачення права до соціологічного контексту, наполягає на першочерговій необхідності очищення права від будь-яких ідеологічних нашарувань. Методологічно це означало розкриття сутності права незалежно від політичних, соціологічних і психологічних факторів, які по суті визначають соціальні й історичні основи розвитку правової системи.

Відповідно, вся правова дійсність розглядається через призму інституційної структури (грунтовна норма, конституція, закони, підзаконні акти, правозастосовні акти), яка має забезпечувати “відносну справедливість”, на відміну від “абсолютної справедливості”, яка є предметом інтересу метафізично-релігійних методологій. Зміст та авторитет права як певного нормативного порядку відносин між людьми у межах такого бачення висновувався за допомогою поєднання та узгодження текстів усіх його формальних джерел.

Як результат, активною дійовою особою у правовій сфері вважався лише законодавець, який “творить право”, а основними її проблемами – обов'язковість правових норм і законність правозастосовної діяльності. Здатність правових норм до примусового виконання розглядалася практично незалежно від їхнього змісту, того, що саме ними дозволяється чи забороняється. Унаслідок цього державний примус практично оголошувався найважливішою ознакою права, а саме право – лише засобом його (примусу) “матеріалізації” за посередництва застосуванням зовнішнього впливу.

Закон за цих умов вважався таким, що не тільки закріплює певні можливості, а й фактично надає (дарує) людям права. Правознавство зводилося до “законознавства”, яке зосереджувалося навколо проблем законотворчості, системи законодавства та законності. Звичайно, увага до таких питань є важливою, оскільки акцентує на особливих для будь-якого напрямку розумінні права формальних (логічних) аспектах його творення та дії, але вони аж ніяк не можуть вичерпати всю складну та багатогранну правознавчу тематику. Натомість часто у такий спосіб на правове регулювання покладалися завдання щодо вирішення усіх можливих проблем, що спричиняло надмірне зростання кількості законів, проблеми ефективної дії яких вирішувалися через внесення багатьох змін і доповнень до них, які лише ускладнювали їх виконання та досягнення кінцевих результатів.

За межами правознавства виявлялася й тематика практичної реалізації законів та їх ефективності, яка розглядалась як похідна від проблем законотворчості й обов'язкової законності. Поза увагою залишалися й питання, без відповіді на які ставився під сумнів, власне, науковий статус знань про право: які чинники зумовлюють зміст правил поведінки? що має та може регулювати право? від яких факторів залежить досягнення результату правового регулювання? Відсутність таких відповідей порушувала цілісність сприйняття права, недооцінку його регулятивних можливостей, розуміння специфіки національних правових систем, процесу правонаступництва та напрямів розвитку права.

Натомість концепція *природного права* мала на меті укорінення права до основоположних засад буття (природи) людини: спочатку – вічних і незмінних, пізніше – зі змінним змістом відповідно до стану розвитку суспільства та людства. Ідея природного права має давню історію, починаючи з Античної доби, яскравими представниками цього підходу є Т. Аквінський, Г. Гроцій, Дж. Лок та ін. Природне право трактувалось як “вищий закон”, головні риси якого походять від розуму (божественного розуму) в тісному зв'язку з принципами етики та справедливості.

Право з цього погляду є невід'ємною складовою людського життя, а тому є більш значущим, аніж звичайна сукупність писаних (формальних) норм. Воно розглядається як ціннісне явище, яке має слугувати суспільству, створюючи умови для гідного існування людини. У цьому розумінні природне право покладалося у *фундамент позитивного права*, що надавало змогу оцінювати норми права з точки зору належного (ідеального) змісту, основоположних моральних засад. Так само моральність покладалась як необхідна умова та змістовна складова законності.

Рациональне природне право разом із християнським поглядом на особистість становили *основу концепції прав людини* (на життя, власність, вільний розвиток тощо), які визнаються невід'ємними від особи, окреслюють межі її автономного існування, є непорушними та слугують основним критерієм обмеження державної влади. Саме під гаслами боротьби за природні права відбувалися буржуазні революції в Європі та Північній Америці, які зумовили формування правових систем сучасних демократичних держав.

Ідеї природного права знайшли своє відображення у міжнародно-правових документах із прав людини, конституціях країн розвинутої демократії та держав, які стали на шлях демократичних перетворень. Так, Преамбула Конституції України передбачає, що ця Конституція приймається ‘дбаючи про *забезпечення (курсив наш. – О. П.)* прав і свобод людини та гідних умов її життя’<sup>2</sup>. Відповідно, другий розділ Основного

<sup>2</sup> Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>> (дата звернення: 16.12.2021).

Закону містить норми про права людини і громадянина, їх забезпечення та захист.

На хвилі критики абстрактності природно-правової концепції виникає *історична школа права*, яка досліджує його як складову історичного поступу народу, акцентує на особливих рисах і специфіці права тієї чи іншої країни (Г. Гуго, Ф. К. Савіньї, Г. Ф. Пухта). Кожна політична спільнота з цієї точки зору продукує свої власні (органічні) норми, які виникають переважно стихійно, подібно до звичаїв та норм звичаєвого права. Відповідно, звичаєве право визнається істинним джерелом права, до якого пізніше додаються правосвідомість юристів та закони. За такого бачення “місцезнаходженням” права вважається *народна правосвідомість*, яка формується під впливом безпосереднього сприйняття правових явищ. У межах його особливих рис і національної мови відбувається й еволюційний поступ права; з утворенням держави народний дух і воля набувають форми закону. Натомість історичний розвиток права розглядається як такий, що включає стадії “природного” та “вченого” права.

Особлива увага історичної школи до особливостей правових систем окремих країн, джерел і процесу їх виникнення та розвитку стала передумовою важливого висновку про те, що право, як і інші соціальні явища, має власні передумови та джерела, розвивається як соціальне явище. Водночас заглиблення до тематики історичної зумовленості та національної специфіки тієї чи іншої окремо взятої правової системи здатне створювати перешкоди на шляху сучасних тенденцій інтернаціоналізації та глобалізації права, створення умов для поваги та дотримання прав людини, дієвості міжнародних механізмів їх захисту. Натомість формування концепції національної правової системи у контексті різнобарвної правової карти світу та правової компаративістики як актуального напрямку правової науки, як у контексті загальної теорії права, так і певної галузі юриспруденції, покликано збагатити юридичні знання та забезпечити їхню значущість для вирішення конкретних проблем, що постають перед суспільством і державою.

*Соціологічний підхід* до права виник на тлі кризових явищ у розвитку “юриспруденції понять”, яка спиралася виключно на формальні критерії і не могла бути чутливою до реальних суспільних проблем. Його специфікою стала орієнтація на дослідження *правової поведінки*, пріоритетна увага до соціального контексту та завдання щодо підтримання правопорядку. Якщо для традиційної юриспруденції джерелом права є держава, то для соціологічного підходу – це суспільство. Відповідно, пошук права має розпочинатися з реальних соціальних інтересів та очікувань. Саме повторюваність певних соціальних дій має своїм наслідком їх інституціоналізацію як обов’язкових норм, які у такий спосіб набувають зовнішнього вияву в тих чи інших джерелах права, що підтримуються

та охороняються державою. Зокрема, методологія соціологічного підходу передбачає необхідність використання інших, окрім традиційних, джерел права, а саме – судових прецедентів, судової практики, правових звичаїв та договорів.

Показовою для цього напрямку стала концепція “живого права” австрійського правознавця О. Ерліха, який у 1900–1918 рр. працював у Чернівецькому університеті, що на той час розміщувався на території Австро-Угорської імперії. На його думку, завданням цього підходу є усвідомлення такого права, яке міститься не так у законах чи наукових теоріях, як у самому суспільстві, що й є середовищем його формування та дії<sup>3</sup>. “Живе право” стало основою для інших соціологічних трактовок права – “неформальне право”, “неофіційне право”, “вільне право”, “корпоративне право”, “інтуїтивне право” тощо. До прикладу, правовий реалізм як інтерпретація соціологічного напрямку в американській юриспруденції розглядає юридичні тексти лише як джерела права, натомість шукає “реальні норми” у судовій та іншій правозастосовній діяльності, спираючись на соціальні та психологічні чинники, що зумовлюють практичне застосування норм права у конкретних життєвих ситуаціях.

Починаючи з середини ХХ ст., обґрунтовується необхідність поєднання здобутків усіх основних шкіл праворозуміння у межах *інтегративної юриспруденції*. Необхідність такого переосмислення зумовлювалася пошуком сукупності певних параметрів правової картини соціуму, які б відбивали всю складність устрою та функціонування сучасного суспільства, орієнтувалися на реальні можливості й ефективність упорядкування соціальних відносин. Інтегративне бачення права стало відповіддю й на надмірну диференціацію правових знань, що спричиняло критичну несумісність між основними напрямками правової думки – теорій природного та позитивного права, історичною та соціологічною школами права. Зазначене розмежування основних поглядів на право спричиняло формування певної недовіри до правознавства як науки, знецінювало сприйняття права як соціального регулятора та його здатність щодо впорядкування суспільних відносин.

Інтегративний підхід до права виходить із розуміння того, що жодна окрема концептуальна ідея не здатна повною мірою відобразити право як соціальне явище й тому не може претендувати на беззаперечну істину чи абсолютну об’єктивність. Водночас кожна така теорія, відображаючи окремі значущі його характеристики, дає змогу поєднати їх і відобразити у такий спосіб таке складне й багатогранне явище, яким є право. При цьому врахування основних проявів права, передовсім із позиції *пріоритету завдань щодо впорядкування суспільних відносин*, дає змогу визна-

<sup>3</sup> О Эрлих, *Основное положение социологии права* (Графский В, Гревцов Ю ред, пер с нем, Универ издат Консорциум 2011) 704.

чити актуальні критерії правомірності соціальної реальності та оцінити ефективність правового регулювання.

Цей акцент передбачає оцінку права водночас і як справедливості (природне право), і як примусового впливу (позитивне право), і як способу подолання та попередження соціальних конфліктів (соціологічна школа права). Зокрема, на подібних засадах засновані сучасні концепції політичної справедливості (О. Гьофе), м'якого позитивізму (Г. Гарт), внутрішньої моралі права (Л. Фулер), конструктивної інтерпретації змісту права (Р. Дворкін).

Німецький філософ права О. Гьофе вбачав одним із завдань філософії права обґрунтування умов легітимності примусу в контексті справедливості, розподілу повноважень між різними рівнями соціальних утворень, трансцендентальних інтересів, які покладаються в основу будь-яких інших конкретних інтересів, прав людини<sup>4</sup>.

Професор юриспруденції Оксфордського університету Г. Гарт, на відміну від класичного позитивізму, вважав, що теорії природного права містять певний очевидний раціональний зміст, який варто відокремлювати від можливих метафізичних нашарувань. Унаслідок цього автор запроваджує критерій “мінімального змісту природного права”, до якого включає елементарні норми, що сприяють мінімальній меті виживання, яку люди прагнуть досягти, об'єднуючись один з одним у соціальну спільноту, передовсім – заборону на насилля та вимогу компенсувати збитки<sup>5</sup>.

Американський філософ права Л. Фулер у своїй праці “Мораль права” (1964 р.) вбачав призначення принципів “внутрішньої моралі права” у його функціональному призначенні щодо забезпечення життєздатності соціального порядку. Значущим є і їхній перелік, викладений у розділі із характерною назвою “Вісім способів зазнати невдачі у правотворчості”: закони повинні мати загальний характер; закони мають бути оприлюднені, щоб громадяни знали норми, яких вони повинні дотримуватися; ухвалення законів, що мають зворотню дію, й застосування таких законів слід звести до мінімуму; закони мають бути зрозумілі; закони не повинні бути суперечливі; закони не повинні вимагати дій, що виходять за межі спроможностей тих, хто має дотримуватися їх; закони повинні бути відносно постійними; повинна існувати відповідальність між формулюванням законів і реальним застосуванням їх<sup>6</sup>.

У своїй праці “Імперія права” (1986 р.) Р. Дворкін окреслює контури теорії змісту права, заперечуючи, що право складається лише із норм або

<sup>4</sup> О. Хеффе, *Политика, право, справедливость. Основоположения критической философии права и государства* (пер Малахова В, Гнозис 1994) 319.

<sup>5</sup> Х. Л. А. Харт, *Концепция права* (пер с англ, Сфера 1998) 190–7.

<sup>6</sup> Джоел Фейнберг, Джоулс Коулмен (ред), *Філософія права* (пер з англ, Вид-во Соломії Павличко “Основи” 2007) 29.

системи норм, розглядає його функціонування “з погляду судді” з урахуванням багатоманітності ресурсів для розв’язання конкретних суперечок із “приводу права” – принципів, інтерпретаційних суджень, раціональності та обґрунтування<sup>7</sup>. Загалом він вважає правові судження інтерпретаційними за своєю природою, закладаючи підвалини для інтерпретаційного підходу до права.

Висновки. У підсумку інтегративного бачення право має розглядатись як таке, що існує та функціонує принаймні у таких формах – *свідомості, текстах і поведінці*. Право у свідомості – це теорії та концепції, які виступають ідейними засадами правоутворення і правозастосування. Право у текстах об’єктивує його зміст, слугує його визначеності – однакового розумінню та застосуванню правових норм. Право у діях означає реалізацію права в практичному житті, що, власне, й є очікуваним результатом правового регулювання.

Гранично широким поглядом на право є висновок французького правознавця Ж.-Л. Бержеля<sup>8</sup> про те, що право є одночасно продуктом подій соціального порядку та прояву волі людини, явищем матеріальним і сукупністю моральних цінностей, ідеалом і реальністю, явищем історичним і нормативним, внутрішньо мотивованим та ієрархічним, актом свободи та примусу. Тому, на його думку, в будь-якій юридичній діяльності не можуть бути незадіяними такі його складові, як визначення права, його джерела, принципи права, правовий порядок, соціальне середовище, правові інститути, концепти й особлива мова права, співвідношення фактичного та юридичного, суддя та правосуддя, спеціальні юридичні типи судження.

## REFERENCES

### Bibliography

#### *Edited and translated books*

1. Erlikh O. *Osnovopolozheniye sotsiologii prava* (Grafskiy V, Grevtsov Yu red per s nem, Univer izdat Konsortsium 2011) (in Russian).
2. Kheffe O. *Politika. pravo. spravedlivost. Osnovopolozheniya kriticheskoy filosofii prava i gosudarstva* (Malakhova V per, Gnozis 1994) (in Russian).
3. Khart Kh L A. *Kontseptsiya prava* (per s angl, Sfera 1998) (in Russian).
4. Feinberh Dzh, Koulmen Dzh (red), *Filosofiiia prava* (per z anhl, Vyd-vo Solomii Pavlychko “Osnovy” 2007) (in Ukrainian).
5. Berzhel Zh-L, *Obshchaya teoriya prava* (Danilenko V red, per s fr, NOTA BENE 2000) (in Russian).

<sup>7</sup> Фейнберг, Коулмен (н 6) 17, 30–3.

<sup>8</sup> Ж-Л Бержел, *Общая теория права* (Даниленко В ред, пер с фр, NOTA BENE 2000) 24.



Oleksandr Petryshyn

SUBSTANCE AND SHAPE OF LAW IN THE LIGHT  
OF LAWMAKING AND LAW ENFORCEMENT CHALLENGES:  
MAIN CONCEPTS AND APPROACHES

ABSTRACT. At present lawmaking activity as one of the main functions of public authorities requires comprehensive normative regulation. Numerous ill-fated attempts to enact the Law on Normative-legal Acts have not allowed to appropriately regulate the issues of planning of lawmaking activity, its effective implementation. Although a draft Law on lawmaking activity was approved, which defines the content and procedures of lawmaking activity, establishes its principles, participants, and their powers. However, the precondition for the effectiveness of this draft law is the development of one of the key problems of this matter, namely the form and content of the law, their specificity, and characteristics of the correlation in terms of the basic concepts of legal thinking.

The purpose of the article is to review the main concepts and approaches to the content and form of law in the context of the tasks of lawmaking and law enforcement. The integrative vision of law has been established as a response to the excessive differentiation of legal knowledge, which entailed critical incompatibility between the mainstreams of legal thought – the theories of natural and positive law, historical and sociological schools of law. The integrative approach to law proceeds from the understanding that no separate conceptual idea is capable of fully reflecting law as a social phenomenon and therefore cannot aspire to unconditional verity or absolute objectivity. Simultaneously, each such theory, reflecting its separate significant characteristics, allows us to combine them and reflect in this way a complex and multifaceted phenomenon, that is law. This emphasis implies the assessment of law simultaneously as justice (natural law), as coercive influence (positive law), and as a method of overcoming and preventing social conflicts (sociological school of law).

It is concluded that law should be seen as existing and functioning at a minimum in these forms – consciousness, texts, and behavior. Law in consciousness represents theories and concepts that act as the ideological foundations of law formation and law enforcement. Law in texts objectifies its content, serves its certainty – the uniform understanding and application of legal norms. Law in action means law realization in practical life that is the expected result of legal regulation.

KEYWORDS: lawmaking; law; positive law; legal act; natural law; legal realism; integrative jurisprudence.