

# ПРАВО ТА ЗАКОН: СПІВВІДНОШЕННЯ В ТЕОРЕТИЧНОМУ І ПРАКТИЧНОМУ СЕНСАХ



**В. ЛЕМАК**  
*доктор юридичних наук,  
професор,  
член-кореспондент  
НАПрН України,  
завідувач кафедри теорії  
та історії держави і права  
(Ужгородський національний  
університет)*

---



**О. СЕМЕРАК**  
*кандидат юридичних наук, доцент,  
завідувач кафедри кримінального права  
(Ужгородський національний університет)*

---

Право не є тотожним закону (нормам, закріпленим в офіційних актах держави) — така позиція сьогодні підтримується більшістю учених-правознавців. Проте детальний аналіз спроб визначення співвідношення права і закону, обсягів цих феноменів, механізмів їхнього взаємопроникнення і особливо — вплив такої постановки на державно-правову практику засвідчують: таке завдання залишається вкрай актуальним для сучасної правової науки і юридичної практики України.

По суті, необхідно відповісти на низку теоретичних і практичних запитань, зокрема: чи є теоретичний і практичний сенс постановки проблеми? Критерії якого порядку (сутнісного, змістовного чи процедурного) застосовувати для окреслення збігу закону з правом (наявності правового закону)? Яким є перелік цих критеріїв? Якими є практичні наслідки ототожнення (чи неототожнення) права і закону? На ці запитання спробуємо відповісти.

**Сенс постановки проблеми.** Значення розуміння проблеми неототожнення права і закону в літературі зазвичай раціонально обґрунтовують прикладами із практики тоталітарних держав. Справді, в нацистській Німеччині (1933–1945 рр.) зовні легальними способами, зокрема через прийняття законів, інших актів, вчинялися очевидно протиправні діяння, зокрема: 1) проведення дискримінації частини громадян за расовою, національною чи релігійною ознакою, позбавлення їх

© В. ЛЕМАК, О. СЕМЕРАК, 2012

громадянства і витіснення з суспільства; 2) організація державної програми вбивств душевнохворих і невиліковно хворих людей тощо. Пізніше актами Німеччини організовувалася окупаційна політика на зайнятих територіях. З огляду на ці акти Рух опору окупантам виглядав, вочевидь, «протизаконним».

У сталінському СРСР значна частина протиправних діянь мала латентний (прихований) характер (наприклад, організація голодоморів), проте інша частина таких діянь опиралася на закон та інші акти партії й уряду. До останніх, зокрема, належать: 1) організація масових порушень державою права власності в ході націоналізації та колективізації; 2) спрощення кримінально-процесуального законодавства, задіяння позасудових механізмів засудження («трийок»); 3) усунення народу від легітимації публічної влади, закріплення монопольного становища однієї партії тощо.

Досвід тоталітарних режимів дає змогу рельєфно розуміти різницю між законом — інструментом державної політики, з одного боку, і правом, з іншого. Для українських земель у минулому і сучасної Української держави ця проблема залишається вкрай актуальною. Як оцінювати діяльність людей, організацій, які протистояли (опиралися) політиці радянської влади, зокрема зі зброєю в руках? Підкреслимо, йдеться про тих осіб, кримінальне переслідування щодо яких здійснювалося не за фальшивими, а за реальними підставами, передбаченими кримінальним законом того часу. Звісно, тоталітарний режим оцінював їхню діяльність як «незаконну» і «злочинну» — відповідно до його власних законів.

Для українського законодавця це питання і надалі залишається без чіткої відповіді. Привертає увагу застереження у ст. 2 Закону «Про реабілітацію жертв політичних репресій в Україні» про те, що «реабілітації не підлягають особи, щодо яких у матеріалах кримінальних справ є сукупність доказів, які підтверджують обґрунтованість притягнення їх до відповідальності за: ...організацію збройних формувань, які чинили вбивства, розбої, грабежі й інші насильства, та особисту участь у вчиненні цих злочинів». Крім того, «не підлягають реабілітації також особи, засуджені за злочини проти правосуддя, пов'язані з застосуванням репресій, навіть якщо вони самі згодом зазнали репресій» [1]. Закон, отже, передбачає, що реальний збройний опір тоталітаризму, його політиці (наприклад, колективізації, депортаціям населення, репресіям, перешкоджанню ствердження української держави тощо), а також «організація збройних формувань» з цією метою до цього часу в Україні вважаються «незаконними».

Інші держави з тоталітарним минулим, зокрема практично всі країни Центральної і Південно-Східної Європи, вирішили таку проблему через законодавче визнання тоталітарних режимів «протиправними за своєю природою», а опір їм — правом громадян, який заслуговує сьогодні всебічної суспільної підтримки.

**Співвідношення обсягу права і закону. Критерії (умови) ототожнення закону і права.** Але доцільність досліджень проблеми співвідношення права і закону диктується не лише минулим. Низка проблем сучасної державно-правової практики потребує такого вивчення. На сьогодні факт неототожнення права і закону вже не ставиться під сумнів правовою доктриною, більше того — такою є офіційна точка зору, відображена в правовій позиції Конституційного Суду

України. У Рішенні № 15-рп/2004 від 2 листопада 2004 р. вказаний Суд визначив, що «одним з проявів верховенства права є те, що право не обмежується лише законодавством як однією з його форм, а включає й інші соціальні регулятори, зокрема норми моралі, традиції, звичаї тощо, які легітимовані суспільством і зумовлені історично досягнутим культурним рівнем суспільства» [2].

Конституційний Суд України, отже, указав, що право не обмежується лише законодавством як однією з його форм, а включає й інші соціальні регулятори, зокрема норми моралі, традиції, звичаї тощо. Інакше кажучи, Суд указав на два моменти: 1) право виступає цілим щодо таких його частин, як закон (законодавство), мораль, традиції тощо; 2) хоча «законодавство» (правові норми) називається однією з «форм права», поміщення його в один понятійний ряд із іншими соціальними регуляторами дає змогу характеризувати його і як «елемент права».

Феномен такого збігу в літературі називається «правовим законом», і ця тема в останні десятиліття стала доволі популярною. Так, в одному з досліджень визначається, що правовий закон — це «нормативно-правовий акт правової держави, що володіє вищою юридичною силою, який адекватно відображає у своєму змісті правову дійсність, принципи права, гарантії правової законності, закріплює права, свободи, законні інтереси та правові обов'язки на основі оптимального поєднання правових заборон і правових дозволів, правових заохочень і правових покарань, правових стимулів і правових обмежень». При цьому навіть розробляються методики оцінки якості правового закону. Якість правового закону ( $K_0$ ) пропонується оцінювати за виразом:  $K_0 = K_1 + K_2 + K_3 + K_4$ , де  $K_0$  — загальна оцінка якості правового закону;  $K_1$  — ступінь широти відображення у змісті закону загальноправових, міжгалузевих та галузевих принципів права;  $K_2$  — ступінь повноти відображення у змісті закону гарантій правової законності;  $K_3$  — ступінь адекватності відображення у змісті закону правової дійсності;  $K_4$  — ступінь закріплення прав, свобод, законних інтересів і правових обов'язків на основі оптимального поєднання правових заборон і правових дозволів, правових заохочень і правових покарань, правових стимулів і правових обмежень [3]. Нами не підтримуються такі підходи з огляду на: а) їхню надмірну умовність (гіпотетичність). Така ознака, як «вища юридична сила», для правового закону не може бути використана на підставі широкого розуміння поняття «закон» (мова йде про закони і підзаконні акти); б) віддаленість від юридичної практики. Складно оцінити, наприклад, «ступінь адекватності відображення у змісті закону правової дійсності».

Нерідко вимоги до закону мають соціологічний характер. Так, згідно з позицією російського вченого Р. Лівшица критеріями правового чи неправового закону можна назвати: а) врахування в ньому інтересів людей; б) застосовність, реалізованість закону; в) ставлення до нього громадської думки; г) рівень загальної і правової культури суспільства; ґ) наукову оцінку закону тощо [4, с. 71–75].

На нашу думку, правовим є закон (коли закон є правом, а право втілюється в законі), що відповідає таким процедурним і сутнісним критеріям (умовам):

1. *Закон є актом, який легітимований суспільством.* У вже згаданому рішенні Конституційного суду України (№ 15-рп/2004 від 2 листопада 2004 р.) вимо-

га легітимації ставиться до всіх елементів права, зокрема й до законодавства. Така позиція сьогодні проявляється вже і в правовій доктрині. В одному із вітчизняних досліджень правової держави (автор — А. Заєць) указується, що «ключовим, фундаментальним критерієм істинного процесу правотворення, а відповідно і правового характеру закону, є те, що закон має відповідати волі та інтересам народу. Але ця теза не декларативна. Ця воля, ці інтереси є детермінантами правового характеру закону через детермінованість волею народу суспільної і державної влади» [5, с. 30].

Справді правовий характер законів необхідно пов'язувати не тільки (і не стільки) з вимогами до їхнього змісту, але передусім — із процедурами їхнього прийняття. Прийнятий за демократичними процедурами закон не може суперечити верховенству права. Такої позиції дотримується Ю. Габермас, який указує, що «сучасний правовий устрій може бути легітимним, тільки якщо він базується на ідеї самовизначення: громадяни завжди мають бути здатними вважати себе творцями закону, об'єктом дії якого вони є». Далі він продовжує розвиток цієї ідеї: «Демократичне походження, а не апріорні принципи, яким відповідає зміст закону, робить закон справедливим. Справедливість закону гарантується окремою процедурою його створення і набуття ним чинності». У такому механізмі, на думку Ю. Габермаса, «легітимність позитивного права розуміється як процедурна раціональність» [6, с. 115].

Резюме такого підходу зводиться до такої формули: правовим є закон, ухвалений в умовах демократичного режиму. Інакше кажучи, в умовах демократичної політичної системи, коли суспільство має можливість легітимувати норму позитивного права (як безпосередньо, так і через публічну владу), така норма завжди збігається з правом.

2. *Закон має правомірний характер, ґрунтуючись на національному, наднаціональному і міжнародному правопорядку.* Правомірність акта зумовлює його схвалення компетентним правотворчим органом у межах його юрисдикції, за належною процедурою, з відповідністю його змісту актам із вищою юридичною силою, передусім конституції — основі національного правопорядку. Крім того, правомірність акта визначається його узгодженістю з актами міжнародного і наднаціонального права, створеними за участю держави.

3. *Сутнісні вимоги до змісту закону.* Такі вимоги в минулому і сьогодні визначають те, що називається «ідеєю права». Правова позиція Конституційного Суду України, виявлена у наведеному вище рішенні (№ 15-рп/2004 від 2 листопада 2004 р.), у декількох місцях торкається цього питання. З одного боку, зазначається, що закони за своїм змістом мають бути «проникнуті передусім ідеями соціальної справедливості, свободи, рівності тощо», з іншого — «всі ці елементи права об'єднуються якістю, що відповідає ідеології справедливості, ідеї права». Врешті, констатується, що ідея права «значною мірою дістала відображення в Конституції України». Коректні (обережні) формулювання Суду дозволяють припустити, що зміст ідеї права закріплено не лише в Конституції, а й в основних правах людини, окреслених міжнародно-правовими документами. Але з наведеного видно, що ідея права, по суті, асоціюється з ідеологією справедливості, а крім того, називаються принципи соціальної справедливості, свободи, рівності.

У чому полягає зміст наведених параметрів ідеї права?

а) *Справедливість*. Ідея справедливості насамперед передбачає визнання пріоритету загальнолюдських цінностей над іншими цінностями (національними, релігійними тощо) і розкривається в громадянському суспільстві вільним волевиявленням громадян, стосунки між якими будуються на засадах рівності. Як принцип права справедливість є критерієм співрозмірності, оцінки суспільних відносин. Із нею найчастіше асоціюються такі поняття, як рівність, співрозмірність учинків, загальноприйняті норми моральності, намагання пошуку компромісу тощо. У літературі висловлюється також погляд, що «юридична справедливість» — це поняття однопорядкове із законністю, яке означає, що вона виражається в однаковому застосуванні закону до кожного. І за смислом, і за етимологією справедливість (*justitia*) сходить до права (*jus*), означає також наявність у соціальному світі правового начала і виражає її правильність, імперативність і необхідність [7, с. 16].

Спроби окреслення справедливості, проте, не є поодинокими як у науковій літературі, так і в юридичній практиці. Так, наприклад, основоположник ліберально-державної концепції, американський філософ Дж. Роулз сформулював зміст справедливості через два принципи: 1) кожна людина повинна мати рівні права щодо найбільшої схеми рівних основних свобод сумісних зі схожими схемами свобод для інших; 2) соціальні та економічні нерівності мають задовольняти дві умови: по-перше, стосуватися установ та посад, відкритих для усіх за наявності умов чесної рівності можливостей, і, по-друге, бути більш корисними для найменш успішних членів суспільства [8, с. 804–805].

Конституційний Суд України визначив справедливість як «одну з основних засад права», котра є «вирішальною у визначенні його як регулятора суспільних відносин, одним із загальнолюдських вимірів права», вказуючи, що «зазвичай справедливість розглядається як властивість права, виражена, зокрема, в рівному юридичному масштабі поведінки й у пропорційності юридичної відповідальності вчиненому правопорушенню» [2].

б) *Свобода*. Відповідно до ст. 21 Конституції «усі люди є вільні і рівні у своїй гідності та правах». Як можна зрозуміти, конституцієдавець визначає пріоритетно свободу («люди є вільні») і лише після цього — принцип рівності.

Що означає «свобода»? Що означає бути «вільним»? Уже в Декларації прав людини і громадянина 1789 р. (Франція) свобода людини трактується як можливість «робити все, що не завдає шкоди іншому: таким чином, здійснення природних прав кожної людини обмежене лише тими рамками, які забезпечують іншим членам суспільства користування тими ж правами. Ці рамки можуть бути визначені лише законом» (ст. 4) [9, с. 26–29].

Австрійський і американський учений Г. Кельзен виокремив два аспекти свободи: «Свободу, що її правовий порядок надає людині негативним чином просто тому, що цей правопорядок не забороняє людині дотримуватися певної поведінки, слід відрізнити від свободи, яку правопорядок гарантує людині позитивно. Свобода людини, яка полягає у тому, що людині дозволено певна поведінка, тому що ця поведінка не заборонена, гарантується правовим порядком доти, доки цей правопорядок вимагає від інших шанувати цю свободу...» [10, с. 55–56]. Оригінальним є визначення «свободи» у правовій позиції

Верховного Суду США: «Свобода передбачає автономію особистості, яка містить свободу думки, вірувань і переконань, вираження та особистої поведінки» [6, с. 45].

На сьогодні в міжнародних актах і національному законодавстві багатьох держав утвердилася формула «права і свободи людини», яка, по суті, відображає природні права людини. Зміст природного права має власну історію. У «Декларації незалежності США», схваленій 4 липня 1776 р., стверджувалося: «Ми вважаємо самоочевидними ті істини, що всі люди створені рівними, що вони наділені своїм Творцем певними невід'ємними правами, серед яких право на життя, на свободу і на прагнення до щастя». В уже згаданій французькій «Декларації прав людини і громадянина» цей взаємозв'язок підкреслено чітко. У статті 1 визначається, що «люди народжуються і залишаються вільними і рівними в правах», а ст. 2 визначала «мету будь-якого політичного союзу — забезпечення природних і невід'ємних прав людини», які тут же були перераховані: «свобода, власність, безпека і опір гнобленню». Отже, свобода визначалася як перше (пріоритетне) природне право людини.

Проте якщо в період антифеодальних революцій природне право було всього лише системою гуманістичних ідей, то сьогодні ситуація кардинально змінилася. У другій половині ХХ ст. воно було чітко сформульоване і закріплене в цілій низці основоположних міжнародно-правових документів, які мають загальне визнання в сучасному світі, та в конституціях усіх цивілізованих держав.

в) *Рівність*. Позиція Конституційного Суду України передбачає: «Рівність громадян перед законом означає рівну для всіх обов'язковість конкретного закону з усіма відмінностями в правах або обов'язках, привілеях чи обмеженнях, які в цьому законі встановлені. Але всі відмінності у привілеях чи обмеженнях щодо різних категорій індивідів, встановлених законом, не можуть бути пов'язані з ознаками, передбаченими частиною другою статті 24 Конституції» [11]. Інакше кажучи, «рівність перед законом», як видно з наведеної позиції, проявляється в двох моментах. По-перше, навіть якщо закон і виявляє відмінності в правах або в обов'язках (привілеї чи обмеження), то він і в цьому випадку буде мати «рівну для всіх обов'язковість». Тобто якщо студенти наділені законом пільгою (привілеєм) щодо часткової оплати за проїзд, то ця норма закону буде стосуватися всіх студентів, а не декого з них. По-друге, позиція Конституційного Суду України передбачає, що привілеї і обмеження, які можуть законом установлюватися для окремих категорій громадян, не можуть, однак, бути пов'язані з ознаками, передбаченими ч. 2 ст. 24 Конституції України.

Про які ознаки йдеться? Вказане положення Конституції встановлює: «Не може бути привілеїв чи обмежень за ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовними або іншими ознаками». Проте цей перелік не є вичерпним, тому що Основний Закон передбачає «або інші ознаки», які можуть бути вказані на рівні закону України.

**Ототожнення (чи неототожнення) права і закону: практичний аспект.** У сучасній демократичній державі механізм контролю за відповідністю окремого закону (нормативного акта) змісту права організований у такий спосіб, щоб забезпечити стабільність і ефективність правопорядку.

Перше. Передусім використовується механізм захисту конституції (конституційне правосуддя та інші судові органи). Річ у тім, що конституція сучасної держави закріплює зміст права (ідею права) у вигляді вже згаданих принципів справедливості, свободи та рівності. Тому перевірка закону на предмет його відповідності конституції означає одночасно прикладення до нього критеріїв права. З іншого боку, виводиться презумпція — такі закони, які не визнані неконституційними, апріорі визнаються такими, що відповідають конституції (конституційними), а отже — правовими.

Друге. На підставі того, що зміст права «поміщено» не лише до національних конституцій, а й до загальновизнаних норм і принципів міжнародного права, норм міжнародних договорів, які закріплюють основні права і свободи людини, надання вказаним нормам і принципам пріоритету стосовно національного законодавства також покликане забезпечити правовий характер національного законодавства. При цьому діє така ж презумпція відповідності законів нормам і принципам міжнародного права, як і в попередньому випадку.

Третє. Невідповідність (конфлікт) закону і права може мати очевидний характер. Національні конституції, як правило, передбачають можливість для особи «невиконання явно злочинного наказу» без настання юридичної відповідальності. При цьому згідно зі ст. 33 Римського статуту Міжнародного кримінального суду від 17 липня 1998 р. «вочевидь незаконними визнаються накази щодо здійснення акту геноциду або злочину проти безпеки людства» [12, с. 442].

Нарешті, необхідно звернути увагу на ще один момент. Сьогодні національні конституції і норми міжнародного права передбачають для кожного можливість будь-якими не забороненими законами способами захищати свої права і свободи від порушень і протиправних посягань (в Україні — ст. 55 Конституції). Останні можуть виражатися як у діях посадових осіб публічної влади, так і в законах (нормативних актах). Але і в цьому випадку ситуація передбачає усвідомлення особами, які захищають свої права і свободи, очевидного (явного) характеру протиправності порушень і посягань.

## ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. Про реабілітацію жертв політичних репресій в Україні : Закон України від 17.04.1991 р. № 962-ХІІ // Відомості Верховної Ради УРСР. — 1991. — № 22. — Ст. 262.

2. 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) № 15-рп/2004 від 2 листопада 2004 р. // Офіційний вісник України. — 2004. — № 45. — Ст. 2975.

3. *Колкарева И. Н.* Проблемы теории правового закона и правовой законности : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. — Ростов н/Д., 2002. — 27 с.

4. *Лившиц Р. З.* Теория права : учебник. — М. : БЕК, 1994. — 224 с.

5. *Заєць А. П.* Правова держава в контексті новітнього українського досвіду. — К. : Парламентське вид-во, 1999. — 248 с.

6. *Таманага Б.* Верховенство права : історія, політика, теорія / пер. з англ. А. Іщенко. — К. : Видавничий дім «Києво-Могилянська академія», 2007. — 208 с.

7. *Булгаков В. В.* Концепция справедливости в праве : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. — Белгород, 2002. — 20 с.

8. *Роулз Дж.* Справедливість як чесність // Лібералізм. Ліберальна традиція політичного мислення від Джона Локка до Джона Роулза : антологія / упорядн. О. Проценко і В. Лісовий. — 2-ге вид., переробл. — К. : Видавничий дім «Простір», «Смолооскип», 2009. — С. 801–825.

9. Декларация прав человека и гражданина (принята Учредительным собранием 26 августа 1789 г.) // Французская Республика. Конституция и законодательные акты ; перевод с французского / сост. : В. В. Маклаков, В. Л. Энтин ; редкол. : Г. В. Барабашев, О. А. Жидков, В. А. Туманов (под ред. и со вступ. ст.), В. Е. Чиркин и др. — М. : Прогресс, 1989. — 448 с.

10. *Кельзен Г.* Чисте правознавство : проблеми справедливості / пер. з нім. О. Мокровольського. — К. : Юніверс, 2004. — 496 с.

11. Рішення Конституційного Суду України від 7 липня 2004 р. №14-рп у справі про граничний вік кандидата на посаду керівника вищого навчального закладу // Офіційний вісник України. — 2004. — № 28. — Ст. 1909.

12. Конституція України : науково-практичний коментар / редкол. : В. Я. Тацій (голова редкол.), О. В. Петришин (відп. секр.), Ю. Г. Барабаш та ін. — 2-ге вид., переробл. і доповн. — Х. : Право, 2011. — 1128 с.

**Лемак В. В., Семерак О. С. Право та закон: співвідношення в теоретичному і практичному сенсах**

**Анотація.** Стаття присвячена аналізу теоретичних і практичних аспектів співвідношення права і закону. Розкрито умови (критерії) отождошення закону і права, виокремлено серед них відповідні процедури та вимоги до змісту.

**Ключові слова:** право, закон, правовий закон, засади права.

**Лемак В. В., Семерак А. С. Право и закон: соотношение в теоретическом и практическом смысле**

**Аннотация.** Статья посвящена анализу теоретических и практических аспектов соотношения права и закона. Раскрыты условия (критерии) отождествления закона и права, выделены среди них соответствующие процедуры и содержательные требования.

**Ключевые слова:** право, закон, правовой закон, основания права.

**Lemak V., Semerak A. Law and Statute: Correlation in Theoretical and Practical Senses**

**Summary.** This article analyzes theoretical and practical aspects of the relation of law and statute. Disclosed conditions (criteria) is identified with Statute and the Law allocated among them the procedures and substantive requirements.

**Key words:** law, statute, just law, foundations of law.