

12. Адміністративне право України. Академічний курс: Підручник: У 2 т. Т. 1. Загальна частина / Редкол.: В. Б. Авер'янов (голова). — К.: Юридична думка, 2004. — С. 64–65.
13. Мельник А. Ф. Державне регулювання економіки: Навч. посібник. — К.: ІСДО, 1994. — С. 34–36.
14. Про Положення про Міністерство охорони здоров'я України: Указ Президента України від 24 липня 2000 р. № 918/2000 // Офіційний вісник України. — 2000. — № 30. — Ст. 1256.
15. Про затвердження Програми подання громадянам гарантованої державою безоплатної медичної допомоги: Постанова Кабінету Міністрів України від 11 липня 2002 р. № 955 // Офіційний вісник України. — 2002. — № 28. — Ст. 1324.
16. Офіційний вісник України. — 2003. — № 24. — Ст. 1131.
17. Офіційний вісник України. — 2003. — № 35. — Ст. 1893.

УДК 340.12

В. В. Дудченко

### ЛЕГІТИМНІСТЬ І ЛЕГАЛЬНІСТЬ: ПИТАННЯ СПІВВІДНОШЕННЯ

Ідея права в усі часи асоціювалася з ідеєю справедливості як вищою моральною цінністю у суспільстві. До реалізації цієї цінності й має прагнути право. Без справедливості воно є запереченням самого себе. Якщо суспільство впевнене, що існує вища система цінностей, воно буде оцінювати право під кутом зору цих цінностей і прагнутиме змінити його у тих випадках, коли воно їм не відповідає. Тож право у суспільстві не самодостатнє і не автономне.

З огляду на сказане, мета цієї статті полягає в тому, щоб співвідношення легітимності (справедливості) і легальності (законності) розкрити під кутом зору проблематики «позитивізм проти природного права». У подібному контексті зазначена проблема ще не стала предметом копіткого дослідження теоретиками права в Україні.

Що таке справедливість? Класичне визначення цього поняття належить Арістотелю. Він виокремлював комутативну і дистрибутивну справедливість. Перша передбачає стосунки координації, друга — стосунки субординації. У першому випадку йдеться про суспільство економічне, в другому — політичне (державу). Символом комутативної справедливості є договір. Сутність договору вбачалася у свободній волі, добрій волі, обопільній волі [1].

Виявлений давніми греками зв'язок ідеї справедливості, а відтак, і права з принципом договору обумовив подальший розвиток європейських вчень про право. Договірну теорію держави і права обстоювали Платон, римські юристи, Альтезій, Гроцій, Гоббс, Спіноза, Пуфендорф, Лейбніц, Вольф, Локк, Фіхте, Шеллінг, Руссо, Кант та ін.

У позитивізмі, навпаки, справедливість розуміється у занадто вузькому сенсі; вона отожднюється з управлінською волею держави і відповідно вищим тлумачем справедливості є державний законодавець. Те, що приписує закон, те і справедливе, єдиним критерієм справедливості є сам закон; яке б правило він

не приписав, воно буде справедливим. Усі закони справедливі за визначенням [2].

Однак, як вирішити, чи справедливі самі чинні норми? Закони, які формально застосовуються згідно з своєю буквою, в змозі бути несправедливими з точки зору існуючої системи цінностей, яка служить для визначення реальної, а не формальної, справедливості юридичної норми. Несправедливий закон — цілком мислима категорія, коли його розуміти як чинний або дійсний з юридико-технічної точки зору, однак суперечливий — визнаний у даному суспільстві шкалі цінностей.

Концепція формальної справедливості у позитивізмі не містить ніяких критеріїв оцінки того, чи є чинні норми дійсно справедливими. Оцінки не є завданням науки права. Для досягнення реальної справедливості необхідно доповнити формальні вимоги справедливості морально-етичними цінностями. Інакше формальна справедливість в змозі стати несправедливою, коли вона лише іде услід жорсткій логіці своїх власних вимог, але не поєднує свої висновки з духом права справедливості у кожному конкретному випадку. Дух права має переважувати його букву.

Доповнення формальних вимог справедливості морально-етичними цінностями називається легітимацією. Теорією легітимації є правова етика, а відтак, легітимація спирається на допозитивні і надпозитивні критерії. Легітимувати що-небудь означає обґрунтувати й виправдати його. Теорія легітимації, таким чином, осмислює право не тільки з точки зору яке воно є (легальне, позитивне право), але і яким йому належить бути (легітимне право). Неузгодженість того, що «є» (речі, як вони реально існують), і того, що «мусить бути» (речі, якими вони мають бути, якщо орієнтуватися на певні надпозитивні цінності), обумовлює проблему сущого й належного, права й факту.

Усі природно-правові вчення є легітимаційними, оскільки вони обґрунтовують допозитивну підставу позитивного права. Найбільш відомий сьогодні розробник легітимаційної теорії німецький юрист і філософ права О. Хеффе вважає: «Призначення природного права — відкривати шлях для надпозитивної критики держави і права... Критичне природне право є надпозитивною правовою ідеєю, і саме, виходячи з неї, позитивне право оцінюється як легітимне. . . Природне право як особлива форма надпозитивної критики держави і права впродовж сторіч панувало в західноєвропейському мисленні... Завдяки грецькій антитезі природи і закону (фесіса і номоса), вперше формується понятійний інструментарій моральної критики держави і права» [3].

За О. Хеффе, справедливість можна найкраще зрозуміти через її зв'язок з договором. Прояснення справедливості є найсерйознішим питанням теорії легітимації, бо сама держава і саме право мають ґрунтуватися на справедливості і знаходити в ній своє виправдання. Легітимною або правовою державою є не будь-яка держава, а лише держава справедлива. Оскільки договір є фундаментальним поняттям теорії легітимації або справедливості, то теорія договору займається дослідженням проблеми легітимності державно-правового устрою. Свобода як буттєва передумова невідчужуваних людських прав постає

в договорі зобов'язанням, що має правову силу для держави. Тож суспільний договір є критичним принципом права і держави, бо він задає нормативно-оціночний масштаб для винесення суджень про правовий характер і про межі публічної влади. Цей договір встановлює джерело, обсяг і межі позитивного державно-правового устрою на рівні принципів. Він є адекватним засобом обґрунтування публічної влади і її обов'язку підкорення [4].

Схожою до вчення О. Хеффе є теорія легітимації німецького філософа і теоретика права Ю. Хабермаса. «Значимі ті і тільки ті норми, з якими могли б погодитися всі ті, на кому могли б відобразитися наслідки прийняття цих норм» [5]. Правник, всупереч тим чи іншим різновидам юридичного позитивізму, наголошує що сучасний правовий устрій пронизаний напругою між позитивністю і легітимністю права і що норми легітимні тільки тоді, коли вони заслуговують на вільне визнання кожним членом правової спільноти.

Відомою легітимаційною теорією є політичний детермінізм М. Вебера. Німецький соціолог права опрацьовував теорію ідеальних типів права, а саме харизматичне, традиційне, формально-раціональне і ціннісно-раціональне.

Щодо терміна «харизматичний», то він визначається Вебером як заснований на благоговійному ставленні до святості, героїзму чи видатному характері якоїсь індивідуальної особистості і до нормативних взірців поведінки чи порядку, відкритим чи подарованим нею. М. Вебер наводить приклади харизматичного панування і права в античному римському суспільстві, буддійському і індуїстських суспільствах, католицькій церкві, германському родовому і сільському суспільстві і в інших сферах.

Досліджуючи «традиційний» тип права, автор визначає його як «зумовлений укоріненою звичаєвою практикою», термін «традиційний» у праві відповідає тому, що називається «звичаєво-правовим». Легітимність за такого типу панування виводиться зі «святості вікових норм» і владних повноважень. Даний приклад можна спостерігати у Стародавньому Єгипті та Китаї, деяких мусульманських країнах.

Стосовно ідеального типу права, то він визначається як «формальна раціональність», право ж є логічною пов'язаною системою абстрактних норм, на основі якої суттєві факти конкретної правової справи чи правові проблеми можуть бути кваліфіковані, а останні — вирішені.

Вебер зазначає, що даний тип права виражає потреби ринкової економіки і багато в чому відображений у правових системах капіталістичних країн Заходу. Проте, на думку Вебера, провідній капіталістичній країні Європи XIX століття Англії не була властива формальна раціональність. Для неї є характерним частково «традиційний» тип права, оскільки ґрунтується на святості духовних традицій, які були успадковані, та частково «харизматичний» (визнання видатних якостей тих чи інших особистостей, зокрема суддів).

Вебер, як зазначалося вище, обґрунтовував існування і четвертого, ціннісно-раціонального, типу.

Формальна раціональність у праві означає формулювання і застосування абстрактних норм в процесі логічного узагальнення і тлумачення, її серцевина

полягає в концентрації і раціоналізації логічними засобами усіх юридично дійсних норм і формування з них внутрішньо узгодженого комплексу правових приписів, навпаки, ціннісна раціональність висуває на перше місце не логічну узгодженість, а етичні міркування, корисність і політичні цілі. У цьому контексті очевидно, що Вебер пов'язував ціннісну раціональність з природним правом і правом справедливості, останні віддзеркалюють розум і совість, норми слід тлумачити у світлі їхніх цілей, тобто розуму і совісті.

Вебер повністю заперечував марксистський історичний матеріалізм з його історичним детермінізмом: «Точка зору історичного матеріалізму, що економіка є первісним ланцюгом у низці причин, повністю вичерпала себе як наукове положення» [6]. Також він зазначав: «Економічні умови, як ми бачили, відігравали величезну роль в розвитку суспільства, але ніде вони не були вирішальними виключно і самі по собі... Для тих, хто мав інтереси на товарному ринку, раціоналізація і систематизація права в цілому і... можливість передбачити функціонування правових процесів зокрема складали одне з найбільш важливих умов для існування... капіталістичного виробництва, яке не може діяти без правових гарантій» [7].

Крім того, Вебер не визнавав ні в якій мірі твердження Маркса, що всі суспільства проходять через послідовні стадії розвитку від «азіатського» чи рабовласницького до феодалізму, капіталізму і соціалізму.

З вищенаведеного можна зробити висновок, що Вебер вважав харизму, традицію і раціональність головними чинниками легітимізації політичного панування. Стосовно же відмінностей між ідеальними типами права, то своїм головним завданням вона має виокремлення основних рис правових систем. Проте не слід залишати поза увагою той факт, що та чи інша правова система може частково підпадати під один, а частково під інший ідеальний тип. Зокрема, можна стверджувати, що західна традиція права являє приклад деякого поєднання усіх чотирьох ідеальних типів, що, в свою чергу, є істотною умовою для інтеграції права в деяку органічну єдність.

У зв'язку з вищевикладеним зрозуміло, що теорія мусить подолати дещо спрощені концепції причинності у праві, оскільки не можна зводити право лише до засобу реалізації волі законодавця. Адже право є виразником моральних принципів, що проголошує природно-правова теорія. Окрім того, право є наслідком звичаю і історично укорінених цінностей і норм спільноти. Цей третій підхід, що асоціюється з історичною школою юриспруденції, може претендувати, подібно до кожної з двох інших шкіл, лише на третину істини. Поєднання усіх трьох підходів, напевно, дозволяє дати відповіді на поставлені Марксом і Вебером питання краще, ніж вони самі.

У будь-якій правовій системі можна знайти підтвердження того, що право є частково засобом політичного панування і виразником потреб пануючого класу. Аналізуючи право Заходу, навіть у ранні періоди історії, ми знаходимо постулат: яким чином воля правителя, якщо вона суперечить праву, в змозі не визнаватися. Дане твердження містилося в самій створюваній тоді системі політичної влади, яка базувалась на тому, що сьогодні впливає з дуалізму

і плюралізму політичних влад в межах одного й того ж політичного і економічного устрою. Також не слід занадто спрощено визнавати сучасні західні правові системи як ідеологічне відображення ринкових відносин. Сьогодні не можна характеризувати право лише в соціально-економічних категоріях, слід визнавати також релігійні, філософські та інші критерії.

Без сумніву, на проаналізовані сучасні легітимацийні теорії значно вплинув німецький правник К. Шмітт. У своїй відомій праці «Легальність і легітимність» він зазначав: «Те, що у державах європейського континенту з XIX століття розуміли під «правовою державою», було насправді державою законодавства... Обґрунтування такої державності полягає у загальній легальності всього державного здійснення влади... Сьогодні... має місце руйнація усієї системи легальності... і її формалізму. Така руйнація пояснюється тільки тим, що вичерпані сутнісні передумови і специфічний пафос легалістського розуміння закону... як цілком «ціннісно-нейтрального»... Засадничий раціоналізм системи легальності відверто перетворюється тут у свою протилежність. Якщо рішення парламентської більшості стає законом, то всі гарантії справедливості і розумності, а також і поняття закону і самої легальності вироджуються у... беззмістовність з арифметичним уявленням про більшість. Метод волевстановлення через просте виявлення більшості має сенс і придатність, якщо можлива сутнісна однорідність всього народу... Якщо ж передумова неподільно-національної однорідності відсутня, то цей метод є тільки кількісно більше чи менше насильство над переможеним і тим самим придушеною меншістю... Хто має 51%, в змозі решту 49% законним чином зробити нелегальними» [8].

У більшості демократичних конституцій мають місце винятки з принципу простої більшості; для певних випадків вимагається де невелике, а де і більш високе переважування над простою більшістю. Необхідний відвертий та принциповий відхід від головного положення простої більшості [9].

У Веймарській конституції співіснують дві різні системи парламентарної легальності і плебісцитарної легітимності. Необхідно відрізнити обидва види народного рішення, з яких перший належить до системи парламентарної держави законодавства, тоді як за другої «народ» стає як виключно визначаюча фігура демократично-плебісцитарної системи, і саме плебісцитарної легітимності, а не легальності держави законодавства... [10].

Плебісцитарна легітимність є єдиним видом обґрунтування державності, який міг би бути загальновизнаний. Вірогідно навіть, що більша частина існуючих сьогодні тенденцій до «авторитарної держави» знаходить тут своє пояснення. Ці тенденції не вичерпуються просто революційними чи реставраційними прагненнями. Значно більше значення має розуміння, що причину сьогоднішньої «тоталітарної держави», точніше, тотальної політизації всього людського існування треба шукати в демократії і що потрібна стабільна влада, щоб здійснити необхідну деполітизацію і з такої держави знову здобути вільні сфери і галузі життя. Нині плебісцитарна легітимність залишається єдиною, визнаною системою обґрунтування. І тут доказує свою придатність формула великого конституційного конструктора Сіейеса: влада зверху, довіра знизу [11].

Аналізуючи легітимаційну теорію Вебера, ми бачили, що вирішення проблеми легітимності і легальності характерне не лише для західних але й для східних правоустроїв. На характер вирішення цієї проблеми цілком впливають ті уявлення про суспільство і державу, які домінують в країнах Близького і Далекого Сходу. Так, в мусульманських країнах має місце концепція теократичної держави і суспільства. В Індії і країнах Південно-Східної Азії поширена брахмацентристська концепція держави і суспільства. В Китаї, Японії і інших країнах Далекого Сходу домінує даоцентристська концепція держави і суспільства.

Згідно з цими концепціями, держава має значення лише як служниця встановленої релігії чи моралі. Уряд, який має авторитет, що ґрунтується не на санкції Аллаха, Брахми чи Дао, і який не підкорюється їх приписам, є недійсним для божественної системи права і суспільства. Він розцінюється як деспотичний, тиранічний, такий, що не має права вимагати слухняності і заслуговує лише на те, щоб бути поваленим.

Тим положенням, що держава має значення лише як служниця встановленої релігії чи моралі, зумовлюється субсидіарний характер позитивного права. Так, основним джерелом права в мусульманських країнах є норми шаріату (Коран, сунна, іджма, кіяс); в праві індуської общини — шастри індуїзму (дхарма, артха, кама); в китайському і японському праві — філософські класичні книги китайської освіченості. Відповідно до принципів шаріату, Брахми чи Дао формувалося звичаєве право. Дотримання звичаєвих рит в Китаї чи звичаєвих гірі в Японії замінило в цих країнах законослухняність.

Сказане з усією очевидністю підтверджує субсидіарний, доповнюючий до шаріату, Брахми чи Дао та звичаєвих норм характер позитивного права і його другорядну роль в країнах Близького і Далекого Сходу, в Індії і інших країнах Південно-Східної Азії. В східноазійських вченнях принципи шаріату як справедливого божественного закону чи принципи Брахми і Дао як справедливого природного закону є всеохопними, вічними, незмінними і досконалими, тоді як законодавчі приписи зумовлені часовою необхідністю, вони виправдані конкретними обставинами і змінюються разом з ними. Ось чому навіть коли має місце закон, емпіричний по суті, суддя не мусить застосовувати його буквально, ригористично. Йому надані повноваження власного, всебічного розсуду, щоб всіма можливими засобами узгодити справедливість і владу [12].

Тож, в релігії ісламу чи концепціях Брахми і Дао держава і позитивне право знаходять своє обґрунтування і виправдання. Це і є їх легітимацією.

З наведеного аналізу можна зробити деякі загальні висновки.

Справедливість у позитивізмі розуміється занадто вузько і являє собою принцип формальної логіки. Однак правова справедливість діє не як вираження формальнологічного принципу. Юрист мусить володіти не тільки технічним знанням свого предмета, але і повністю усвідомлювати соціальне завдання і мету права і те, як найкраще досягти їх реалізації.

Тож право у суспільстві не самодостатнє і автономне. Воно не є абсолютно раціональною і точною наукою, яка в змозі вирішувати будь-яку проблему

простим застосуванням логіки. Необхідно зважати на роль оціночних рішень у змісті і розвитку права, а не лише на логіку і семантику. Вибір тієї чи іншої цінності є однією з найважливіших складових частин процесу прийняття рішень. Доповнення формальних вимог справедливості морально-етичними цінностями називається легітимацією.

Стосовно же подальших досліджень обраної проблеми, можна виділити такі напрямки, як фундаментальний релятивізм позитивного права, універсалізм науки права, договірна природа держави і права, герменевтика права, аксіологія права, концепції «належного шляху» Брахми і Дао.

#### Література

1. Етика Аристотеля / Пер. с греч. З. Радлова. — С.Пб., 1908. — С. 87–102.
2. Апология мировой правовой мысли: В 5 т. Т. 3: Европа. Америка: XVII–XX вв. — М.: Мысль, 1999. — С. 388–405.
3. Хейфе О. Политика. Право. Справедливость. Основоположения критической философии права и государства. — М.: Гнозис, 1994. — С. 54, 56–59.
4. Там само. — С. 283–284.
5. Юрген Хабермас. Демократия. Разум. Правдивость. — М.: АО «КАМИ», 1995 — С. 85.
6. Вебер М. Избранные произведения: Пер. с нем. — М.: Прогресс, 1990. — С. 52.
7. Там само. — С. 88.
8. Апология мировой правовой мысли: В 5 т. Т. 3: Европа. Америка. XVII–XX вв. — М.: Мысль, 1999. — С. 647–648.
9. Там само. — С. 648.
10. Там само. — С. 643.
11. Там само. — С. 648.
12. Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. — М.: Междунар. отношения, 1996. — С. 318, 333, 356.

УДК 342.26(477)

А. Р. Крусян

### АДМІНІСТРАТИВНО-ТЕРИТОРІАЛЬНИЙ УСТРІЙ УКРАЇНИ ЯК ОСНОВА СИСТЕМИ ОРГАНІВ ПУБЛІЧНОЇ ВЛАДИ

Сучасний етап розвитку Української держави і суспільства характеризується широкомасштабним реформуванням політичної, правової, економічної систем, забезпеченням прав і свобод людини та громадянина, входженням України до європейського і світового співтовариства. «Наріжним каменем демократичних змін в Україні» глава держави назвав реформу управління, яка, за його баченням, складається з трьох частин: ефективний територіальний устрій, адміністративна реформа, бюджетна або фіскальна реформа [1].

Адміністративно-територіальний устрій є територіальною основою організації та діяльності органів публічної влади на місцях. Тому проблеми адміні-