

Чугуніков І.І.

Національний університет «Одеська юридична академія»

«НЕПОЗИТИВІСТСЬКЕ» ПРАВОРОЗУМІННЯ ЯК ЗАСІБ ПОДОЛАННЯ КРИЗИ КРИМІНАЛЬНОЇ ГАЛУЗІ: МІФИ ТА РЕАЛЬНІСТЬ

У статті аналізується проблема співвідношення таких понять як право і закон у кримінально-правовій площині. Доводиться необґрунтованість змішування змісту норм права й інших соціальних регуляторів. Обґрунтовується висновок про те, що вітчизняне кримінальне право не може бути іншим, аніж «позитивістським».

Ключові слова: криза кримінального права, праворозуміння, антропологія, соціологія, позитивізм, право, закон, критерії розмежування.

Постановка проблеми. У сучасній кримінально-правовій теорії як закордонній, так і вітчизняній при оцінці стану кримінально-правової доктрини, кримінального законодавства і правозастосування все частіше ключовою тезою стає теза про кризу (системну кризу) кримінального права. Причину цієї кризи здебільшого вбачають в «ураженості» кримінально-правової системи позитивізмом. Тому основні ставки у подоланні кризи кримінально-правової галузі робляться на можливості «непозитивістського» (природно-правового, антропологічного, соціологічного тощо) праворозуміння. При цьому, антропологічний, соціологічний та інші, напрямки явно ідеалізуються, наділяються «надможливостями», позиціонуються як «проривні» у справі протидії злочинності, розглядаються як засади для створення нових кримінальних кодексів майбутнього – Кримінального кодексу для потерпілих, комунікативного Кримінального кодексу тощо. Такий підхід переорієнтовує кримінально-правову систему на іншу крайність – де гіпертрофується особистість та приватний інтерес. Абсолютизація основної тези будь-якого «непозитивістського» праворозуміння – тези про необхідність розмежування права і закону, причому за умов відсутності чітких критеріїв такого розмежування, провокує неповагу до закону, оскільки невиконання будь-якого кримінально-правового припису можна обґрунтувати його несправедливістю, правовий нігілізм і врешті решт цілком здатна призвести як до певного ігнорування ролі держави у формуванні права, так і до повного заперечення її монополії на застосування примусу.

Постановка завдання – доведення тези про те, що повсюдний пріоритет права на шкоду закону є

певним перебільшенням можливостей «непозитивістського» праворозуміння, принаймні у кримінально-правовій площині. Для досягнення цієї мети необхідно: 1) проаналізувати проблему співвідношення таких понять, як право і закон; 2) довести необґрунтованість змішування змісту норм права й інших соціальних регуляторів; 3) обґрунтувати висновок про те, що вітчизняне кримінальне право не може бути іншим, аніж «позитивістським».

Виклад основного матеріалу дослідження. Сучасна методологія не обмежується певною сукупністю методів та методик пізнання тих або інших явищ правової дійсності. «Актуальність методології юриспруденції зумовлена її прагматичною заданістю і теоретичною спрямованістю, – зазначає Ю.М. Оборотов. Цю спрямованість методології юриспруденції відображають насамперед методологічні підходи, що складають основу сучасної юридичної методології, а використовувані методи виступають як інструменти у різних підходах» [1, с.75-85].

Поряд з методами і методологічними підходами сучасна методологія включає до себе і концептуальні ідеї, що дозволяє визначити її рівні. У загальнотеоретичній юриспруденції виділяють концептуальний рівень, для якого характерні концептуальні ідеї, концепти, концепції, концептуальні підходи і методологічні принципи та інструментальний рівень, як різноманітні методи: філософські, загальнотеоретичні, приватно-наукові та спеціальні [1, с. 79].

Аналогічні думки щодо характеру сучасної методології висловлюються і у науці кримінального права. Так, наприклад, Ю.В. Голік вважає, що методологія – поняття інтегративне, яке об'єднує у собі низку компонентів: світогляд і фундаментальні

теоретичні концепції, діалектичні категорії і закони, загально і приватно-наукові методи [2, с. 43].

М.І. Панов і Н.О. Гуторова теж підкреслюють, що методологію не можна зводити тільки до тієї чи іншої складової, наприклад, до окремого методу чи вчення лише про окремі методи або методики, оскільки за її межами у такому випадку безпідставно залишаться всі інші, внаслідок чого і методологія як така не буде визначена з необхідною повнотою. З точки зору згаданих авторів методологія наукового пізнання – явище інтегративне, яке об'єднує її складові: світоглядні, загальні і спеціальні теорії і концепції, філософські закони і категорії, закони і правила логіки, загальнонаукові і приватно-наукові методи і методики дослідження реальної дійсності у єдину, логічно струнку і відносно завершену систему [3, с. 515].

Оскільки сучасна правова (у тому числі і кримінально-правова) методологія, окрім методологічних підходів, методів і методик пізнання включає до себе і світоглядні фундаментальні теорії, її структурним елементом виступають і певні типи праворозуміння. Тому майже усі автори, які пропонують ті або інші шляхи подолання кримінально-правової кризи, аргументують свої висновки, засновуючись на певній теорії права. Так, наприклад, В.О. Туляков, спираючись на природно-правову теорію у межах антропологічного підходу, намагається довести, що основною метою Кримінального кодексу повинно стати правове забезпечення охорони прав і свобод потерпілого від злочину. Інші діяння повинні бути декриміналізовані, переведені у розряд кримінальних проступків, або порушуватися за скаргою потерпілих (у тому числі держави чи інших соціальних спільнот). При цьому розширення системи приватного обвинувачення повинно призвести і до розширення альтернативних засобів реагування на злочин. Це обумовлює опис у Загальній частині КК проблематики, пов'язаної із застосуванням до винного не тільки покарання, а й інших заходів кримінально-правового впливу (безпеки, соціального захисту, реституції, компенсації) [4, с. 212]. «Головна ідея, зазначає вчений, зводиться до наступного – Кримінальний кодекс повинен бути виписаний не стільки для правозастосувачів і правопорушників, скільки для потерпілих» [4, с. 212].

Позиції А.Е. Жалінського, Я.І. Гілінського, Н.О. Савінової, О.М. Костенка тягнуть до соціологічної теорії, яка націлена на пошук витоків права у суспільстві, коли законодавець не створює нову норму, а лише виявляє, фіксує її після того, як вона вже склалася на практиці. Отже, не держава, а кожен суб'єкт, як частка соціуму, формує своє право. Тому,

на думку А.Е. Жалінського, методологічною підставою науки кримінального права повинні визнаватися елементи суспільної, групової чи індивідуальної свідомості, які не тільки відображають ставлення суб'єкта до фундаментальних суспільно-важливих цінностей, а й впливають на кримінальне право [5, с. 32]. Виявлення та фіксація цих елементів можуть здійснюватися або внаслідок комунікативних можливостей (Н.О. Савінова) [6, с. 199-202], або внаслідок дослідження законодавцем і судом морального «ринку діянь» (О.М. Костенко) [7, с. 38].

Спираючись на соціологічну теорію права у межах аболіціоністського підходу, А.Е. Жалінський, Я.І. Гілінський та інші проголошують як концептуальну ідею якщо й не скасування кримінального покарання, насамперед, у вигляді позбавлення волі, то його мінімізацію у правозастосовній практиці.

Слід зазначити, що ні антропологічне, ні соціологічне праворозуміння не є новелою кримінально-правової науки. Ці типи добре відомі і завжди актуалізуються у так звані транзитивні (перехідні) періоди існування суспільства. Однак сьогодні на фоні активної боротьби з позитивізмом, яка розгортається під гаслом руйнації нормативної усталеності кримінального права та ідеалізації певних сторін антропологічної чи соціологічної школи, помноженої на ідею щодо необхідності приведення національного кримінального законодавства у відповідність з європейськими «стандартами», виникає небезпека іншої крайності – повного ігнорування ролі держави у формуванні права, яке існує у суспільстві, що не тільки не сприяє подоланню кризи, а й здатне суттєво її поглибити.

Ідеалізація можливостей антропологічного і соціологічного праворозуміння, що на думку деяких авторів буде сприяти подоланню кримінально-правової кризи, відбувається за декількома напрямками. Зокрема, це теза про необхідність переорієнтування вітчизняної кримінально-правової системи на людиноцентристську ідеологію, теза про те, що пунитивна юстиція себе зжила і необхідним є її переведення на так звані рестаративні рейки, де основним методом вирішення кримінально-правових конфліктів повинен стати диспозитивний метод, теза про кримінальне право без покарання, теза про «народний» кодекс тощо. У сучасній кримінально-правовій літературі остання теза набирає оберти, у зв'язку з чим хотілося б зазначити наступне. Дійсно кожній людині у системі соціальних комунікацій притаманно те або інше розуміння права. Але ж не цей виникаючий у людини образ розуміння права є праворозумінням. Як слушно зазначає Ю.М. Оборотов, для праворозуміння необхідним є, по-перше, визначений рівень

правової культури і, по-друге, наявність правового мислення. Тільки за такого рівня передрозуміння можна прийти до того, що позначається як загальнозначуще розуміння права, тобто філософське, наукове або професійне праворозуміння [1, с. 78]. Ототожнення таких категорій як «праворозуміння» і «розуміння права» з орієнтуванням на комунікативні оцінки певних подій, які позбавлені кваліфікаційних «особливостей», може суттєво деформувати як кримінальну правосвідомість населення, так і представників влади та викликати необгрунтоване обурення діями правозастосувачів. Так, наприклад, близькі родичі та члени сім'ї загиблих у ДТП осіб широким розумінням не розуміють, чому винні особи звинувачуються у вчиненні необережного злочину, якщо вони умисно порушили правила дорожнього руху, чому їх не можна вважати вбивцями і призначити довічне позбавлення волі тощо. Нерідко і можновладці при оцінці відповідних дій називають винних у ДТП не інакше, як «вбивцями за кермом», «вбивцями-мажорами» тощо. Звісно, що такі оцінки не тільки не мають нічого спільного з професійним праворозумінням, а й сприяють ототожненню різних за змістом кримінально-правових понять, коли, скажімо, терміном «вбивство» будуть охоплюватися будь-які дії, що призвели до смерті іншої особи. Тому, на нашу думку, комунікативний кодекс, заснований на груповому або індивідуальному розумінні права, навряд чи можна вважати Кримінальним кодексом майбутнього.

Однак найбільш популярною і у загальнотеоретичній юриспруденції, і у теорії кримінального права тезою, заснованою на «надможливостях» «непозитивістського» праворозуміння, є теза про необхідність обов'язкового розмежування таких понять, як право і закон. Проблема співвідношення права і закону належить до категорії «вічних» проблем, яка існувала завжди, з давніх давен, з того часу, коли з'явилося право. Однак, як вже зазначалося, вона періодично загострюється, особливо у перехідні періоди, які супроводжуються посиленням соціальної напруги у суспільстві. Сутність її полягає у наступному. Існують закони, які відповідають правовим критеріям і саме вони і вважаються правовими законами. Тут право і закон збігаються. Але існують і закони, які не відповідають правовим критеріям і, як наслідок, з правом не збігаються. На відміну від позитивізму, який орієнтований на те, що держава є єдиним джерелом права, антропологія і соціологія виходять з того, що право є відносно незалежним від держави і закону або навіть таким, що переважає закон як позаісторичному природному праву або як право суспільного, соціального,

ально та історично обумовлене, яке народжується в об'єктивних суспільних відносинах.

Право при цьому визначається не інакше як «форма свободи у реальних відносинах, реальна міра цієї свободи, форма буття свободи, формальна свобода» [8, с. 342]. У розгорнутому вигляді право позиціюється як такий, що претендує на загальнообов'язковість, соціальний інститут нормативного регулювання суспільних відносин з метою розумного устрою людського співжиття шляхом визначення міри свободи, прав та обов'язків, який являє собою втілення у звичаях, традиціях, прецедентах, рішеннях референдумів, канонічних, корпоративних, державних і міжнародних нормах правового ідеалу, заснованого на принципах добра, справедливості, гуманізму і збереження довкілля [8, с. 343]. Що ж стосується держави, то вона не розглядається як творець або джерело права, а навпаки, обмежується у своїх діях правом. Держава проголошується джерелом законів, яка монополізує законотворчу, а не правотворчу діяльність, які не завжди збігаються. Саме законотворча діяльність держави, яка не збігається з правотворчістю і здійснюється всупереч ідеалам і є, з точки зору антропологічного і соціологічного праворозуміння, основною причиною кризи правової (у тому числі і кримінально-правової) системи, подолати яку можна тільки лікуючи «правову культуру від ураженості позитивізмом» [7, с. 38].

Чесно кажучи, ідея є доволі привабливою якщо б, як мінімум, не дві «дрібниці». Перша – це питання щодо критерію визнання законів правовими або неправовими. Ще наприкінці XIX – початку XX століття як у вітчизняній, так і у зарубіжній літературі в якості такого критерію пропонувалася «загальна воля», тобто воля усього суспільства, нації або народу. Якщо закони адекватно відображали цю волю, вони повинні визнаватися правовими, якщо ні – неправовими. Проте, як слушно зауважує М.М. Марченко, хто і яким чином може визначити, міститься чи ні у тому або іншому законі «загальна воля»; чому парламент як вищий законодавчий і представницький орган, який покликаний виражати волю і інтереси усіх верств суспільства, в одних випадках видає закони, які відображають «загальну волю», а в інших – її не відображають [8, с. 343]. Намагаючись вирішити зазначену проблему у подальшому дослідники звертаються до різноманітних моральних категорій – справедливості, добру, гуманності, злу тощо. Право при цьому визначається не інакше як «нормативно закріплена справедливість» або «правовий ідеал» (розумний устрій співжиття на принципах добра, справедли-

вості, гуманізму). Отже, закони, які не містять у собі правового ідеалу, який погоджується з принципами добра, справедливості тощо, не є правовими. Не важко помітити, що намагаючись підвести моральну базу під закон і таким чином відмежувати його, називаючи правовим, від усіх інших законів, автори просто змішують моральні категорії з правовими, що аж ніяк не сприяє вирішенню проблеми співвідношення права і закону, оскільки мораль і право це дві самостійні, «суверенні» системи, які значно відрізняються одна від одної. Ще на початку ХХ століття низкою авторів розвивалася теза про те, що юридичні норми відрізняються від решти соціальних норм тільки за своєю формою, а за змістом повністю збігаються, оскільки всі вони регулюють людську поведінку. При цьому один і той самий проступок може заборонятися різними нормами. Як слушно зазначається у літературі, у даному випадку відбувається підміна понять «предмет» регулювання різних соціальних правових і неправових норм, в якості якого можуть бути одні й ті ж самі суспільні відносини і поняття «зміст» цих норм. Ні за своєю формою, ні за змістом правові і неправові норми не можуть бути тотожними, оскільки вони виходять із різних джерел, а також мають різну природу і характер. Якщо визнати теорію тотожності змісту, то ми не будемо мати надійних критеріїв для відмежування права від простих актів сили, від чистого свавілля [8, с. 633]. Як уявляється, останній висновок є доволі актуальним для сучасної України, наприклад, у випадках, коли здійснюється серйозний тиск на суддів під час здійснення правосуддя з боку різноманітних громадських об'єднань, рухів чи просто озброєних кийками громадських «активістів», які теж керуються принципом «справедливості», внаслідок чого судді фактично позбавляються можливості прийняти законне рішення.

Інколи, при вирішенні проблеми співвідношення права і закону автори просто об'єднують усі згадані критерії в один. Так, наприклад, на думку О.Ф. Скакун, правовий закон – це закон, який: втілює справедливість; є формалізованою мірою свободи; виражає солідарну волю народу; відповідає правовому ідеалу (Конституції як формі буття права) тощо [9, с. 241–243]. Вочевидь, що кожен з цих критеріїв (як і їх сукупність) проблему співвідношення права і закону не вирішує, у зв'язку з чим цілком можна погодитися з М.М. Марченком, що відповіді на це запитання й досі не знайдено [8, с. 343].

У кримінально-правовій літературі теж зазначається, що приписи кримінального закону не тільки не є нормами кримінального права, а й цілком можуть розходитися з ними. Разом із тим зауважу-

ється, що у кримінальному праві, яке є специфічною галуззю національного публічного права, що передбачає найбільш суворі обмеження для правового статусу особи, розходження закону і права є особливо неприпустимими, що покладає на законодавця необхідність особливо уважно і обережно ставитися до формулювання кримінально-правових приписів, з тим, щоб у них якомога більш точно, однозначно і несуперечливо відображалися норми кримінального права. У тих же випадках, коли законодавець допускає неточності, непослідовності чи інші недоліки, які тягнуть за собою неможливість точного встановлення за змістом приписів кримінального закону змісту норм кримінального права, це може бути зроблено Конституційним Судом України шляхом здійснення тлумачення кримінального закону [10, с. 266]. При цьому яких-небудь критеріїв розмежування кримінального права і кримінального закону, якими міг би керуватися КСУ, не пропонується.

Аналіз наукових і правозастосовних положень щодо вирішення проблеми розмежування права і закону дозволяє укласти, що сучасна вітчизняна доктрина тяжіє до ототожнення права з іншими соціальними регуляторами. Так, наприклад, Ю.М. Оборотов, характеризуючи правові системи сучасності, виділяє два їх різновиди: віддиференційовані і невіддиференційовані. У перших право існує як відокремлене, відносно самостійне явище щодо релігії, моралі, звичаю, політики і навпаки, у других право нерозривно пов'язано з іншими регуляторами і цінностями. Національна правова система, на думку Ю.М. Оборотова, належить до євразійської правової сім'ї і є невіддиференційованою [11, с. 258]. Схожі висновки робляться і у галузевих науках. Так, наприклад, Р. Майданик, обґрунтовуючи ліберальну доктрину юридичної аргументації судових рішень, зазначає, що «відповіді на конкретні правові питання далеко не завжди можна знайти у законодавстві, яке ніколи не утворює завершеної, замкнутої системи, а отже, роль судді при прийнятті рішень у справах не можна зводити до формально-логічної моделі, тобто їх виведення з положень Конституції та законів за допомогою суто понятійно-логічних засобів без будь-яких власних оцінок. За європейською традицією розрізняють природу принципів права, включених до текстів Конституцій та інших нормативно-правових актів, та природу загальних принципів права, які можуть застосовуватися навіть за відсутності текстів... Загальні принципи права – це вираз узагальненого правового досвіду та правових тенденцій, які розвиваються у глиби-

нах нормативно розвинутого суспільного життя як результат впливу нормативних і ненормативних чинників (мораль, політика, наукові концепції, судова практика тощо)» [12, с. 8]. Причому, якщо з точки зору О.Ф. Скакун, будь-який закон – правовий чи неправовий, належним чином ухвалений, підлягає виконанню, поки він не скасований [9, с. 242], то, на думку Ю.М. Оборотова і Р. Майданника, будь-яка формула закону повинна сприйматися і застосовуватися у відповідності до змін соціальної дійсності і правової реальності [11, с. 277], оскільки право, як явище динамічне, «має йти в ногу з часом», тобто змінюватися відповідно до перетворень, які відбуваються у реальному житті [12, с. 9]. Аналогічну позицію щодо розмежування права і закону, засновану на ототожненні права й інших соціальних регуляторів, займає і Конституційний Суд України. Так, у Рішенні по справі № 1-33/2004 (справа про призначення судом більш м'якого покарання) він зазначив, що одним із проявів принципу верховенства права, який полягає у пануванні права у суспільстві, 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. Всі ці елементи права об'єднуються якістю, що відповідає ідеології справедливості, ідеї права, яка значною мірою дістала відображення у 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 [13]. Застосована Конституційним Судом формула «верховенство права – це панування права у суспільстві» піддається критиці в юридичній літературі, оскільки не відповідає загально визнаним уявленням про сутність верховенства права та побудована на доктрині юридичного позитивізму, тоді як концепція верховенства права і присутній зміст цього принципу є продуктом протилежного вчення – вчення про природне право. Формула КСУ неодмінно скеровує на потребу передовсім з'ясувати сутність власне поняття «право», а потім перейти до з'ясування сутності вже буцімто похідного від нього поняття «верховенство права». Методологія юридичного позитивізму у цьому випадку є неприйнятною, бо позитивне право будь-якої національної юридичної системи саме по собі не становить того, що визначає сутність верховенства права як такого. Позитивне право може лише засвідчити або ж наявність, або ж відсутність у національній, полі-

тичній чи юридичній системах загально визнаних інституційних і процедурних елементів (складників) верховенства права [14, с. 66]. У підсумку зазначається, що верховенство права, як інтегральний принцип, не піддається формальному визначенню і всі здійснені спроби у цьому напрямку до цього часу є безуспішними. Як інтегральний принцип права, який у перебігу своєї еволюції, окрім закладених первісно ще у XIX столітті Альбертом Дайсі принципу *nullum crimen sine lege* (що становить перший елемент його доктрини) та принципу рівності всіх перед законом (що є другим елементом доктрини Дайсі), надалі увібрив у себе добре відомі універсальні принципи права, які наразі виступають його складовими. Серед них зокрема: принцип народовладдя, принцип поділу влади, принцип відповідальності держави і посадових осіб, принцип законності тощо. Перелік таких принципів не є вичерпним – передовсім через те, що верховенство права є «живою і динамічною концепцією». Зміст кожного з цих принципів розкривається та їх дія забезпечується завдяки похідним від кожного з них додатковим структурним одиницям, якими є: принцип демократії, принцип прав людини та відповідальності держави перед людиною за свою діяльність, принцип незалежності суду та суддів, принцип доступу до суду, принцип заборони зворотної дії закону, принцип презумпції невинуватості тощо [14, с. 59-60]. При цьому підкреслюється, що права людини не є складовою частиною верховенства права, а останнє, у свою чергу, виступає тим найдієвішим інститутом, завдяки якому права людини з теоретичної концепції перетворюється на практичну дійсність [13, с. 62-63]. Таким чином, верховенство права, як комплекс національних інститутів, механізмів та процедур, що є неодмінними, аби особа мала можливість захистити себе від свавільної влади держави та які надають особі можливість володіти людською гідністю [14, с. 57], є лише інструментом захисту прав та свобод особи (не випадково у преамбулі Загальної декларації прав людини 1948 р. зазначається: «... аби людина не була змушена вдаватися до повстання як до останнього засобу порятунку від тиранії та гніту, надзвичайно важливо, щоб права людини були захищені верховенством права») і не містить відповіді щодо критеріїв розмежування права і закону.

Питання щодо того, що є для людини добром, а що злом і хто саме це повинен вирішувати залишається відкритим. До того ж і саме питання, і можливі шляхи його вирішення знаходяться у площині ненормативних чинників, що так чи інакше при-

зведе до ототожнення права й інших соціальних регуляторів. Крім того слід зазначити, що моральні категорії, зокрема справедливість, розуміються далеко неоднозначно. Так, будь-який вирок сприймається як цілком справедливий однією стороною і як несправедливий – іншою. Для сучасної України доволі актуальним є питання, пов'язане з експлуатацією нерозмитнених автівок з іноземною реєстрацією. Набуття у власність автівки таким чином є способом ухилення від сплати податків (мита) або способом ввозу та експлуатації транспортного засобу, ввіз якого в Україну заборонено (за технічними стандартами). Власники таких автівок пояснюють свою позицію тим, що передбачене українським законодавством мито є дуже великим і непосильним для пересічних громадян України, що несправедливо, та вимагають розмитнення на пільгових умовах. Проте, з таким рішенням не погоджуються власники авто з українською реєстрацією, які вважають себе законслухняними і сплатили мито у повному обсязі, хоча живуть у тій самій країні і отримують такі ж самі доходи. Без відповідних надходжень залишається і держава, яка вимушена несправедливо обмежувати фінансування соціальної сфери. Що у такому, та і в усіх інших випадках повинно вважатися «всезагальною справедливістю» – незрозуміло. Не випадково, майже всі автори при розмежуванні права і закону використовують категорію правового ідеалу (справедливості як закону законів), до якого мабуть треба прагнути, але який майже неможливо визначити.

Тому ще раз зазначимо, що ототожнення правових і морально-етичних понять і категорій, використання останніх при визначенні поняття права і правового закону аж ніяк не сприяє вирішенню проблеми співвідношення права і закону. Більш того, воно суттєво ускладнює цю проблему, призводить до змішування категорій права і моралі, насамперед до змішування «змісту» цих норм. На відміну від інших соціальних чинників, правові норми завжди забезпечуються державним примусом і хоча подекуди ця теза піддається сумніву [8, с. 632], з нашої точки зору цілком можна погодитися з М.М. Марченком у тому, що «як показує тисячолітній досвід існування і діяльності державно-правових систем у різних країнах і на різних континентах, у світі ще не було таких держав і таких правових систем, які б будувалися і функціонували без опору на державний примус. Примус незмінно залишався атрибутом правових норм і слугував як одна з основних особливостей, що відрізняє норми права від усіх інших соціальних норм. Такий стан речей зберігається до тепер [8, с. 633].

Ігнорування цієї обставини може призвести до формування позадержавного примусу, який буде здійснюватися під гаслом відновлення справедливості та порядку, скажімо з боку «народних судів», новостворених парамілітарних структур тощо. Не вирішує проблему співвідношення права і закону і відповідність правового закону принципу верховенства права, на чому наполягають деякі вчені [9, с. 242]. Як зазначалося вище, верховенство права, як інтегральний принцип, є лише певним інструментом захисту суб'єктивних прав та свобод людини і його розповсюдження на інші сфери соціального життя (чинний КК України, як відомо, охороняє не тільки права і свободи людини) навряд чи обґрунтовано. Ідея верховенства права зародилася у надрах природно-правових теорій і її розповсюдження на всю правову реальність є наслідком певного перебільшення можливостей антропологічного праворозуміння. Не випадково, при аналізі ознак правової держави деякі вчені наполягають на виокремленні насамперед такої її ознаки як верховенство закону. «Причому, коли мова йде про верховенство закону, то він повинен розумітися не у розширювальному тлумаченні, ототожнюючись з правом, а у прямому своєму значенні, а саме як акт, який виходить від вищого органу державної влади і наділений вищою юридичною силою» [8, с. 280]. При цьому, аксіоматичним, тобто таким, що не підлягає ніякому сумніву, є той факт, що законів, поки вони діють в інтересах усіх верств суспільства, життєво важливо дотримуватись, а не порушувати.

Добиваючись у випадку їх застарілості, дійсного чи уявного консерватизму їх негайного скасування слід йти конституційним шляхом, не переступаючи їх межі і не руйнуючи таким чином врегульовані ними господарські, соціальні, культурні, політичні та інші зв'язки між різними інститутами та людьми [8, с. 285]. Будь-який ідеал (правову державу, верховенство права тощо) не слід абсолютизувати, оскільки він з розвитком суспільства і зміною поколінь – прихильників даного ідеалу, неминуче розвивається та видозмінюється. У цьому сенсі цілком правий був М.О. Бердяєв, коли писав, що «віра у конституцію – жалюгідна віра», що «віра повинна бути спрямована на речі більш гідні. Робити себе кумира з правової держави негідно» [15, с. 109]. У зв'язку з цим, поява сучасної тенденції, згідно з якою доктрина прав і свобод людини поступається своїми позиціями на користь доктрини громадської безпеки є цілком закономірною.

Намагаючись розмежувати право і закон, деякі вчені приходять до висновку, що право у своїй