**УДК 340.74:343.1**

## Бородін І.Л.

доктор юридичних наук, професор,

завідувач кафедри теорії та історії держави і права

Навчально-наукового Юридичного інституту

Національного авіаційного університету

### ТЕОРЕТИКО - ПРАВОВІ ОСНОВИ ПРАВООХОРОННОЇТА ПРАВОЗАХИСНОЇ ФУНКЦІЙ ПРАВА

Розгляд функцій права як правових категорій зобов’язує звернути увагу на виявлення тих факторів, які зумовлюють трансформацію цих категорій у тих чи інших історичних або соціальних обставинах. У цьому сенсі особливе значення має аналіз тих функцій права, відносяться до групи основних. Такими основними юридичними функціями права, на наш погляд, є правоохоронна і правозахисна.

Необхідно зазначити, що у юридичній літературі розглядається декілька методологічних підходів щодо визначення змісту і призначення цих функцій. Зокрема потребує уточнення питання соціальної ролі правозахисної і правоохоронної функцій, їх можливостей в процесі усунення небезпечних, або шкідливих для суспільства відносин. Тобто, по-перше актуальність дослідження правоохоронної і правозахисної функцій пояснюється тим, що у теоретично-правових дослідженнях основна увага надавалась регулятивній функції права, тоді як охоронна і захисна залишались не дослідженими. Цей дисбаланс не може бути пояснений другорядною роллю самої охоронної функції, оскільки вони тісно взаємопов’язані між собою, доповнюють одна одну і реалізуються саме як діалектична єдність двох напрямків правового впливу, якими є правовий захист і правова охорона. При цьому положення про те, що реалізація охоронної функції можлива лише за умови наявності системи позитивних регулятивних норм засвідчує не її похідний характер, а лише те, що забезпечення цілеспрямованого правового впливу на суспільні відносини пов’язано як з регулюванням, так і з охороною найважливіших для суспільства типів відносин, цінностей, принципів **–** це по-перше.

По-друге, формування наукової основи для подальших державотворчих і правотворчих процесів в Україні не може не включати в наукового аналізу функцій права в умовах трансформації праворозуміння на сучасному етапі в Україні.

По-третє, в умовах становлення України, як правової держави, одним з показників успішності руху у цьому напрямі є повнота та ефективність реалізації основних функцій права, Таким чином, аналізуючи правоохоронну і правозахисну функції права, необхідно конкретизувати їх загальне розуміння та встановити специфіку і механізми забезпечення.

Як правило охоронна і захисна функції класифікуються як фундаментальні спеціально-юридичні функції права наряду з регулятивною [1, c. 155]. Ґенеза цих функції зумовлена тим, що необхідність в охороні і захисті суспільних відносин існувала і завжди буде існувати. Саме тому, разом із розвитком права постали і такі його функції як охорона і захист суспільних відносин. Це дає підстави на загальному теоретичному рівні характеризувати охоронну і захисну функції як обумовлений соціальним призначенням права напрям правового впливу, спрямований на охорону економічних, політичних, національних, особистих відносин на території держави.

Іншою методологічною проблемою, яка виникає у контексті визначення поняття охоронної і захисної функцій права, є питання їх актуалізації. Зокрема, доволі часто висловлюється думка, що сам факт набуття правом охоронної і захисної функцій засвідчує про те, що у суспільстві мають місце порушення врегульованих правом загальноприйнятих моделей поведінки окремими суб’єктами правовідносин. Тобто, на відміну від регулятивної функції права, яка діє постійно і за будь-яких обставин і тоді, коли суб’єкт правовідносин вирішує за певних причин не слідувати правовим нормам, охоронна і захисна функції права є тільки тоді, коли вчинено правопорушення. При цьому саме правопорушення може мати різноманітні форми. Наприклад, згідно ст. Кодексу України про адміністративні правопорушення (КУпАП), адміністративним правопорушенням (проступком) визнається протиправна, винна (умисна або необережна) дія чи бездіяльність, яка посягає на громадський порядок, власність, права і свободи громадян, на встановлений порядок управління і за яку законом передбачено адміністративну відповідальність. У випадку вчинення адміністративного правопорушення настає відповідний вид юридичної відповідальності – адміністративна. Так само чинним законодавством передбачено й інші види відповідальності: кримінальна, цивільна, дисциплінарна, міжнародно-правова тощо.

Останнім часом поширеним стає ствердження про існування й інших видів юридичної відповідальності, наприклад, конституційно-правової, яка у вузькому значенні, є спеціальним галузевим видом юридичної відповідальності, передбачений Конституцією і законами України[2, c. 99].

На противагу цьому, існує й інша група дослідників, які виходять з того, що охоронна і захисна функції права реалізуються не лише після вчинення правопорушення, в режимі «*post hoc*», але має такий же постійний і неперервний характер, як і регулятивна функція. У цьому сенсі вже сам факт встановлення державно-правової заборони або санкції виступає достатньою підставою для того, щоби суб’єкти правовідносин утримувались від неправомірної чи протиправної поведінки. Таким чином, аналізуючи результати подібного впливу правових норм, можна стверджувати, що вони забезпечують охорону і захист певних типів і видів суспільних відносин. Зокрема, як стверджує Л.Морозова, охоронна функція права дається в знаки не лише у разі скоєння певного правопорушення (тобто коли ми маємо справу з об’єктивними наслідками свідомої або несвідомої протиправної поведінки індивідів), але й як засіб запобігання ймовірних правопорушень у майбутньому[3, c. 194]. У цьому аспекті мова ведеться про превентивну роль охоронної і захисної функцій, яка проявляється у тому, що суб’єкт правовідносин має адекватне усвідомлення тих наслідків, які тягне за собою порушення встановленого законом правопорядку. Така позиція є аргументованою, адже охорона і захист правопорядку далеко не завжди означає реалізацію процедури постійного юридичного покарання.

Справді, якщо охоронна і захисна функції вступають в дію лише після вчинення правопорушення, то тоді логічно слід визнати, що вони є тим більш ефективними, чим з більшою кількістю правопорушень ми маємо справу. Так само трансформується і розуміння правопорядку. На доктринальному рівні правопорядок часто описується як державно-правове явище, що виникає й існує там і тоді, де і коли у ньому зацікавлена державна влада, яка встановлює і підтримує правовий порядок, охороняє від порушень, а в необхідних випадках і захищає, оскільки без цього неможлива реалізація державних завдань, здійснення сутності, форми та функцій влади. З цих же позицій до тлумачення правопорядку підходить Ю.Ветютнєв, який доводить, що незалежно від того, чи ми визначатимемо правопорядок у спеціально-юридичному аспекті (як стан суспільних відносин, який настає в результаті дотримання діючого права у повному обсязі), чи у загальнофілосoфському (як стан максимальної впорядкованості правового життя суспільства), ми маємо справу з певним режимом впорядкованості суспільних відносин, коли існуючі норми не порушуються і дотримуються всіма учасниками правовідносин[4, c. 76].Натомість, якщо охоронна і захисна функції тлумачаться як результат санкціонованого покарання за порушення правопорядку, то тоді правопорядок перетворюється з «режиму не порушення права» на «режим узаконеного покарання». Тобто реальний правопорядок виникатиме не у тому суспільстві де не порушуються юридичні норми, а у тому, в якому на максимальну кількість правопорушень припадає максимальна кількість покарань.

Очевидно, що такий підхід істотно спотворює поняття ефективності правової охорони і правового захисту, які вимірюються не кількістю правопорушень, а кількістю тих випадків, коли суб’єкти правовідносин підпорядковували свою поведінку діючим правовим нормам незалежно від того чи головним мотивом виступало переконання у справедливості цих норм, чи острах перед майбутнім покаранням. Таким чином, на нашу думку, описуючи охоронну і захисну функції права, необхідно зазначити, що вони несе у собі два основні аспекти: кратичний (від старогрецького *kratos* – влада, сила) та превентивний. Перший з них, як було зазначено вище, пов’язаний із реакцією на протиправну поведінку і є наслідком вчинення правопорушення. Як слушно зазначає О.Поклонська, аби не набути репресивних властивостей, цей аспект реалізації охоронної функції права, має залишатися в рамках легітимності, чинного законодавства і відповідати корінним суспільним інтересам та універсальним природно-правовим принципам і критеріям цивілізованості[5, c. 227]. У цьому сенсі охоронна і захисна функції права не повинні перетворюватись на насилля, а мають реалізовуватись виключно у відповідності до чинного законодавства. Причому всі застосовані законом санкції щодо вчиненого правопорушення не повинні перевищувати ту міру прийнятної для суспільства юридичної відповідальності, яка узгоджується з загальними принципами справедливості і гуманізму.

Таким чином, по мірі розвитку права і правових систем можна спостерігати поступову ревізію і трансформацію тієї системи засобів юридичного покарання, які застосовуються по відношенню до тих осіб, якими було вчинено правопорушення. Інший аспект охоронної і захисної функцій права – превентивний – діє не через визначення юридичної відповідальності за вже вчинені правопорушення, а через загальне встановлення системи санкцій, які застосовуватимуться до порушників правопорядку (незалежно від того, хто саме є суб’єктом цього правопорушення). Важливість цього аспекту охоронної і захисної функцій права проявляється у тому, що вони не передбачають безпосереднього застосування жодних репресивних або карних заходів, адже йдеться виключно про інформування осіб про ті види поведінки, які є суспільно небезпечними, загрожують іншим особам, державі, порушують суспільну безпеку, загрожують свободі інших осіб тощо, а також про ті види юридичної відповідальності, які можуть застосовуватись у разі вчинення подібних протиправних дій.

Таким чином, досліджуючи охоронну і захисну функції права у демократичній і правовій державі, можна вказати на їх специфічні властивості, які дозволяють чітко відмежувати її на теоретичному рівні від інших функцій права.

По-перше, охоронна і захисна функції права несуть у собі необхідну і одночасно достатню інформацію для всіх без виключення суб’єктів правовідносин про те, які саме суспільні цінності і відносини охороняються правом. При цьому зазначені цінності можуть бути закріплені як на рівні конституційного права, так і відповідно до галузевого розподілу права. Наприклад, частина 1 статті 3 Конституції України встановлює: «Людина, її життя і здоров’я, честь і гідність, недоторканість і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю». Таким чином держава бере під свою охорону життя, здоров’я, безпеку, честь і гідність кожного громадянина. Ці ж самі цінності визначають охоронні і захисні норми в окремих галузях права. Зокрема, у чинному кримінальному праві чітко визначені норми відповідальності за посягання на життя людини, її здоров’я, честь гідність тощо. Причому, як зазначено у статті 12 Кримінального кодексу України, залежно від ступеня тяжкості злочини поділяються на злочини невеликої тяжкості, середньої тяжкості, тяжкі та особливо тяжкі: а) злочином невеликої тяжкості є злочин, за який передбачене покарання у виді позбавлення волі на строк не більше двох років, або інше, більш м’яке покарання; б) злочином середньої тяжкості є злочин, за який передбачене покарання у виді позбавлення волі на строк не більше п’яти років; в) тяжким злочином є злочин, за який передбачене покарання у виді позбавлення волі на строк не більше десяти років; г) особливо тяжким злочином є злочин, за який передбачене покарання у виді позбавлення волі на строк понад десять років або довічного позбавлення волі.

По-друге, охоронна і захисна функції забезпечують можливість впливу права на поведінку осіб через такі специфічні механізми як: встановлення заборон і санкцій, реалізація юридичної відповідальності тощо. Дієвість таких заборон, які забезпечують реалізацію охоронної і захисної функцій права, залежить, з одного боку – від того, наскільки держава спроможна забезпечити принцип невідворотності покарання за вчинені правопорушення, а з іншого – наскільки у державі забезпечується принцип законності, адже саме рівність всіх перед законом, змушує конкретних суб’єктів правовідносин дотримуватись діючих правових норм і уникати протиправних дій, оскільки принцип законності не припускає жодних виключень і жодної нерівності (за ознакою майнового чи соціального стану, релігійної приналежності, службового становища тощо) щодо застосування заходів юридичної відповідальності. У теорії держави і права законність характеризується як особливий режим або процес діяльності держави та інших суб’єктів суспільних відносин, суть якого зводиться до трьох основних вимог: а) наявність добре продуманої системи правових законів і підзаконних нормативно-правових актів; б) точне і повне закріплення правового статусу всіх учасників правовідносин; в) точне і неухильне виконання і дотримання законів та інших нормативно-правових актів всіма посадовими особами і громадянами [6, c. 110].

Таким чином, усвідомлення принципу невідворотності юридичної відповідальності у разі вчинення правопорушення, а також змісту принципу законності забезпечує реалізацію охоронної і захисної функцій права. Механізмами такої реалізації є насамперед: встановлення правових заборон щодо вчинення суспільно небезпечних або суспільно небажаних дій; наявність правових санкцій за вчинені протиправні дії (або бездіяльність); визначення видів злочинів та інших видів правопорушень; визначення правовідносин, які виникають у разі вчинення правопорушення; юридична відповідальність. При цьому всі ці механізми мають суто правовий характер, оскільки забезпечення охоронної і захисної функцій держави передбачає застосування інших засобів і механізмів.

По-третє, необхідно відзначити, що охоронна і захисна функції права є тісно пов’язаними з рівнем розвитку правової культури і правової свідомості, оскільки вона безпосередньо залежить вія якості та ступеня гуманності і справедливості тих начал, які закріплюються у діючому праві. Більше того, ефективна реалізація попереджувального впливу охоронної і захисної функцій права можлива лише в умовах, коли громадяни мають достатній рівень правових знань, а також специфічний тип правової свідомості, в якій є укоріненими цінності права, свободи, справедливості, правопорядку. У цьому сенсі не можна не погодитися з позицією Н.Волковицької, яка визначає правову свідомість як «один з найважливіших елементів правової системи зі своєю складною і багаторівневою структурою, що являє суб’єктивне, нормативно значиме відображення правової дійсності у вигляді правових і юридично значимих знань, оцінок та установок, раціонального та емоційно-вольового характеру, що відбивають ретроспективне, сучасне і проспективне сприйняття права, яке є об’єктивною частиною реального правового життя і правового регулювання»[7, c. 33]. Фактично у разі домінування у правовій свідомості нігілістичної настанови, ефективність реалізації охоронної і захисної функцій права суттєво знижується, оскільки тоді у суб’єкта правовідносин формується свідома настанова на зневажливе ставлення до права, а також на знецінення суспільно визнаних моделей поведінки.

Свого часу на цей феномен звертав увагу І.Ільїн, який досліджуючи різні форми правової свідомості (зокрема він виділяв здорову правосвідомість та уражену правосвідомість[8, c. 264] вказував на те, що функції права, а разом з ними і процес їх реалізації прямо залежать від того яким чином право сприймається громадянами, які цінності у ньому вбачаються і наскільки органічно воно входить в мережу суспільних відносин. Посилення тенденцій до правового нігілізму та його домінування у суспільній правосвідомості практично повністю нейтралізують превентивний аспект охоронної і захисної функцій права. Водночас останнім часом вказується й на такий фактор забезпечення охоронної і захисної функцій права як правова ідеологія. Наприклад, В.Толстенко, переконливо доводить, що відсутність у сучасній правовій ідеології фундаментальних принципів правової і демократичної держави має негативний вплив як на стан правової свідомості в цілому, так і на реалізацію основних функцій права[9, c. 62].

Зважаючи на досліджені вище специфічні властивості охоронної і захисної функцій права, ми можемо запропонувати їх визначення у правовій державі як цілеспрямований правовий вплив, що знаходиться у тісному зв’язку з рівнем розвитку права, правової культури та правової системи, завдяки якому визначаються найважливіші суспільні відносини і цінності, що перебувають під охороною держави і суспільства, а також заборонені державою суспільно небезпечні і небажані діяння, примусові заходи щодо суб’єктів правопорушень, При цьому специфікою реалізації охоронної і захисної функцій у правовій і демократичній державі є, урівноваження в них превентивного та гуманістичних механізмів впливу на тих суб’єктів, якими було вчинено правопорушення.

Література:

1. Загальна теорія держави і права / За ред. М. В.Цвіка, О. В. Петришина. – Х. : Право, 2009. – 584 с.

2. Скрипнюк О.В. Курс сучасного конституційного права України: академічне видання / О. В. Скрипнюк. – Х. : Право, 2009. – 468 с.

3. Морозова Л. А. Теория государства и права / Л.А. Морозова. – М. : Изд-во Эксмо, 2005. – 448 с.

4. Ветютнев Ю.Ю. О правовой случайности и правовом хаосе / Ю. Ветютнев // Журнал российского права. – 2003. – № 7. – С. 72-78.

5. Поклонська О. Співвідношення влади і права / О. Пролонська // Право України. – 2010. – № 4. – С. 225-230.

6. Котюк В.О. Теорія права / В.О. Котюк. – К. : Вентурі, 1996. 208 с.

7. Волковицька Н.О. Поняття правової свідомості та її структури: теоретичні і методологічні проблеми дослідження / Н.О. Волковицька // Юридична Україна. – 2010. – № 2 (86). – С. 28-34.

8. Ильин И. А. Путь духовного обновления / И. А. Ильин // Ильин И. А. Путь к очевидности. – М. : Республика, 1993. – С. 134-289.

9. Толстенко В.Л. Утвердження принципу верховенства права і розвиток правової ідеології: актуальні проблеми взаємозв’язку / В.Л. Толстенко // Верховенство права у процесі державотворення та захисту прав людини в Україні: Матеріали ІХ Всеукраїнської науково-практичної конференції (Острог, 30-31 травня 2008 р.). – Острог : Видавництво Національного університету «Острозька Академія», 2008. – С. 60-63.