

Nataliya Radanovych

Candidate of Law, Associate Professor
Ivan Franko National University of Lviv
radanovych_n@ukr.net

General Permitting Type of Legal Regulation as Legal Means of Realizing the Concept of Civil Society

Keywords: general permitting type of legal regulation, prohibitions, prohibiting legal norms.

Introductory remarks. The formation of the civil society is not conceived without the involvement of legal mechanisms, and it necessitates the review of main statements of the legal regulation theory. The scope and limits of such regulation deserve special attention, as they directly determine the extent of individual freedom in society, and hence its ability to realize themselves as much as possible in the existing legal order. It becomes real through the appropriate type of regulation, and above all, general permitting type of legal regulation.

Main part. The general permitting type of legal regulation is determined in doctrine by the formula: «everything that is not directly prohibited by law is allowed». It is clear that the scope of permissions is determined primarily by the scope of prohibitions, and then there is a question on the content and the scope of «all the rest», which is permitted by the state. The article step-by-step considers the prob-

lem of permissions and prohibitions in the context of general permitting type of legal regulation.

Part I. «Scope of prohibitions». The research of prohibitions necessitates the general theoretical description of prohibitions. Thus, in legal doctrine and legal practice the term «prohibition» is often used to refer to the method of legal regulation (next to the permission and positive obligations) (S. S. Alekseev, A. H. Bratko)¹, one of the means of the method of legal regulation (T. N. Radko)² prohibiting regulatory requirements (O. E. Leyst)³ and actually prohibiting rules by themselves (M. M. Rybushkin)⁴ or their core (V. M. Kudryavtsev)⁵. Other possible meanings of prohibitions are discussed, namely prohibitions as a form of legal restrictions (along with penalties, duties and other negative means) (A. V. Malko, M. M. Sulytsov)⁶ and as a basis of the special permitting system (T. A. Chervyakova)⁷.

In order to characterize prohibitions in the context of «general permissions» it is important to study first the regulatory effect of prohibitions. From this standpoint we proceed to the analysis of legal prohibitions.

S. S. Alekseev explains that from regulatory aspect prohibitions are expressed in passive legal obligations, i.e. in obligations to refrain from taking certain actions. Thus, any prohibition in the law is a special legal obligation, and it possess same features as traditional duties in general (non-ambiguity in principle, categorical imperative, cogency, the availability of effective legal mechanisms). This can be considered as the legal content of prohibitions. Accordingly, the performance of the specified duty (implementation of the prohibition) is due to the passive behavior of individuals, which is usually the actual content of prohibitions⁸.

From methodology standpoint it is important to clarify questions of legal realization of prohibitions. S. S. Alekseev notes that prohibitions in law, along with general obligations are characterized by formal definition, i.e. they are fixed in law and have determined content and scope (limits). However, this feature of legal pro-

¹ Алексеев С. С. Общая теория права: учеб. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2008. – 576 с.; Братко А. Г. Запреты в советском праве. – Саратов, 1979. – 92 с.

² Радко Т. Н. О роли запретов в правовом регулировании. – Волгоград, 1979.

³ Лейст О. Э. Санкции и ответственность по советскому праву (теоретические проблемы). – М.: Изд-во МГУ, 1981. – 240 с.

⁴ Рыбушкин Н. Н. Запрещающие нормы в советском праве. – Казань: Издательство Казанского университета, 1990. – 113 с.

⁵ Кудрявцев В. Н. Юридические нормы и фактическое поведение // Советское государство и право. – 1980. – № 2. – С. 14.

⁶ Малько А. В. Стимулы и ограничения в праве. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Юристъ, 2003. – 250 с.; Сулытсов М. М. Запрет как метод правового регулирования: автореф. дисс. на соискание уч. степени канд. юрид. наук / М. М. Сулытсов. – СПб, 1996.

⁷ Червякова Т. А. Запрет как основа запретительной системы: автореф. дисс. на соискание уч. степени канд. юрид. наук / Т. А. Червякова. – Минск, 2010.

⁸ Алексеев С. С. Общие дозволения и общие запреты в советском праве / Собрание сочинений. В 10 т. – Т. 2: Специальные вопросы правоповедения. – М.: Статут, 2010. – 471 с. – С. 266.

hibitions does not mean that prohibitions are always embodied only in prohibiting norms. There are several methods (forms) of legal prohibitions objectification in the text of regulations. Along with self-objectification in the form of regulations, legal prohibitions may be often «hidden» in the text of a standard protective provisions, in particular, in criminal law texts⁹.

There are other views on this subject in some monographs. For example, O. G. Bratko offers broad and narrow understanding of prohibitions, and therefore introduces the concept of «implicit prohibition». The legal prohibition in the broad sense is implicitly expressed in any legal norm, and in a narrow sense, it is a prohibiting norm¹⁰.

We agree with the criticism by scholars of such broad interpretation of the prohibition, because it establishes prohibiting nature of law in general, which does not comply with the nature of social regulation in a democratic society, blurs clear boundaries of subjective legal rights, which outline permissible limits. Therefore, it raises questions or equivalence between concepts: «the absence of permitted» and «prohibited»¹¹. Another important argument is associated with the nature of violations, which should not be performed and which are regulated by promotional or sanctioning legal norms. In addition, M. M. Rybushkin conducting a discussion with other scholars, defends the position according to which the legislator in legal mediation of organized social relations – depending on the scope, type, kind or other features – uses various means of regulation: permits, authorizations, positive obligations, prohibitions, restrictions, and when the prohibition is used, the created norm becomes prohibitive in its nature. And since the disposition of the prohibiting norm indicates the form and the model of the repressed social relationship, it is not justified to look for prohibitions in other norms, in creation of which other means of legal influence (permission, obligation) have been used¹².

In legal doctrine sometimes the existence of the prohibition in every legal norm is justified, from the standpoint of its structure, i.e., the presence of a sanction. Such position is followed by S. N. Bratus, I. S. Samoschenko, M. H. Farukshyn¹³. However, here is a debate again, whether to understand the sanction narrowly – only as a measure of state coercion (or even only measures of legal liability) or wider – as a part of a legal norm, which provides for the measure of state security in general (coercion, encouragement, promotion)¹⁴.

⁹ Алексеев С. С. Общие дозволения и общие запреты в советском праве / Собрание сочинений. В 10 т. – Т. 2: Специальные вопросы правоповедения. – М.: Статут, 2010. – 471 с. – С. 268.

¹⁰ Братко А. Г. Запреты в советском праве. – Саратов, 1979. – 92 с. – С. 10, 34.

¹¹ Алексеев С. С. Вказ. праця. – С. 270.

¹² Рыбушкин Н. Н. Вказ. праця. – С. 29, 42.

¹³ Братусь С. Н. Юридическая ответственность и законность (очерк теории). – М.: Городец-издат, 2001. – 208 с.; Самощенко И. С., Фарукшин М. Х. Ответственность по советскому законодательству. – М.: Юридическая литература, 1971. – 240 с.

¹⁴ Фаткуллин Ф. Н. Проблемы общей теории социалистической правовой настройки. – Казань. 1980.

In this context the concept of the so-called general prohibition can't be omitted, which was suggested by S. S. Alekseyev given the types of legal regulation. As he notes, that the general rule regarding prohibitions and permissions is understood in the sense that the relevant regulations are starting and directing legal beginning in a particular area of public relations. But the general prohibition cannot produce direct legal consequences that may not be a direct criterion of misconduct. In all cases only specific rules may be considered as grounds for determining illegality: prohibiting (if there is a general authorization or an absolute prohibition) or binding or empowering, (when the non-compliance evidences the offense)¹⁵.

Therefore, in order to identify the methodological basis of regulatory characteristics of prohibitions, it is necessary to determine their legal realization. Discussions on this issue are quite fair in light of methodological positions: they are different on understanding the concept of prohibiting norms, their structure and their relationship with prohibiting regulations. To study prohibitions in this context it seems appropriate to adopt as the methodological basis the position, according to which legal prohibitions are realized via prohibiting legal norms. Such position is adopted due to the following reasons:

– the legal norm is the source of regulation and the possibility of special regulation may be found in the «reserve» of legal norms. Such special regulation can take place during the functioning of the general permitting type of legal regulation. The special regulation may be seen when the formal regulation of social relations is conducted via prohibiting norms. Such regulation can be called **indirect** because the general and abstract authorization for active behavior becomes dependent on a specific prohibition. These considerations seem to allow discussion of legal norms types of regulation (direct and indirect), and further justify different qualities of legal norms: as a model of legal behavior, as limits (criteria) of legal behavior and as legal character of the behavior;

– formal certainty of the legal norm (in this case of the prohibiting norm) clearly limits the scope of the prohibited and limits, «cuts off» the space of permissions (thus, determining the scope of permissions). This allows from formal-legal standpoint to start the generally permitting mechanism, to permit certain rights and freedoms (arising in the course of such a mechanism) by checking whether law does not prohibit them. On the other hand, such approach allows for justification, substantiation of the «presumption that everything that is not prohibited is legal», which was described by V. S. Nersesyants and V. M. Kudryavtsev¹⁶. For example, V. S. Nersesyants noted that the objective socio-historically determined limit for the maximum value of legalized degree of freedom is socially harmful boundary criterion, from which the law should protect and secure social life. This maximum

¹⁵ Алексеев С. С. Вказ. праця. – С. 302.

¹⁶ Кудрявцев В. Н. Правовое поведение: норма и патология / Избранные труды по социальным наукам: в 3 т. / В. Н. Кудрявцев. – М.: Наука, 2002. – Т. 1: Общая теория права. Уголовное право. – 2002. – 567 с. – С. 127.

limit that defines and legitimizes all socially harmless, is provided and limited by legal prohibitions. The minimum value of legal measure of freedom, which is caused by the objective criteria of direct and immediate social utility (certain actions, states, relationships, etc), is expressed in legal permissions accordingly¹⁷.

However, the classification status of this presumption (rebuttable or irrefutable) requires additional research, as part of a wider problem, which is the following: the relationship between lawful and not prohibited.

Taking into account above-mentioned position, it seems appropriate at this stage to «introduce» the concept of legal rule (particularly, the prohibiting legal rule), as the legal rule primarily contains «binding» to the state command, and it is not quite in the spirit of the legal energy source of general permitting type of regulation. Its action is mediated by the state, but it is not initiated by the state. It is usually triggered by non-state, non-legal factors (discussed below).

Thus, adopting a position, according to which legal prohibitions are realized through prohibiting legal rules, and, therefore, more detailed research regarding the following matters:

- the concept of prohibiting legal norm and scope of its regulation;
- the relationship between the prohibiting legal norm and the prohibiting legal rule (the formulation of prohibitions);
- the structure of the prohibiting legal norm;
- features and functions of the prohibiting legal norm, will allow better understanding of the scope of prohibitions in the context of the general permitting regime.

Part II. «The scope of permissions». Obviously, the phrase «everything is permitted» is primarily associated with «**freedom**». Freedom (in its widest meaning) is understood as:

- the absence of restrictions, and in relation to the idea of freedom – the opportunity to perform at own discretion;
- one of the fundamental ideas of European culture that reflects such attitude of the subject to his/her actions, where he/she is considered the main source, cause, factor of such actions;
- a human condition, its ability to act in accordance with their interests and goal¹⁸.

It should be noted that determinism supposes recognizing that the objective conditions and knowledge and understanding of right and proper is a form of conditioning human decisions and actions, and the situation of choice (in which formally the freedom of choice is demonstrated) is limited to a specific set of capabili-

¹⁷ Нерсесянц В. С. Философия права: учебник. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: НОРМА, 2009. – 848 с. – С. 122.

¹⁸ Кальной И. И. Философия права: учебник. – СПб.: Издательство Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2006. – 259 с. – С. 249.

ties. What appears as a self-expression, is actually the result of previous (and not always conscious) experience of the individual. In addition, people tend to self-determination in a certain system of values¹⁹.

Exploring the legal nature of freedom, M. M. Marchenko sees it only in the context of state and law, namely, that it is senseless to discuss the legal aspect of freedom, justice and equality without these institutions. Only such an approach allows for philosophical reflection of law to remain on the basis of the facts (empirical and ideal) and not to resort to exorbitant meaningless abstractions²⁰. Logically, the question arises whether the «general permitting» regime is the best reflection of the concept of freedom.

Thus, analyzing freedom in a given context, we will intensify the category of interest, values, complex of possibilities, system constraints and coercion. The content of all these categories have the legal form and the legal content, but not only. Let us examine some of them in more detail.

It is well-known that the legal life is inextricably linked with motivation. The motivation of legitimate (and legal) behavior, as it is noted, is gradually shifted from taboos and duty to expediency, then to benefits and, finally, to the need. Certain representatives of legal scholarship have seen the fusion and connection between natural and legal in the need.

Interest (in everyday use) is the importance of something, special attention to something, and, accordingly, such an understanding of interest is associated with purpose. But then, according to some scholars, the problem of purpose choice arises and, therefore, there is the problem of isolating areas of acceptable and positive for society interests. Therefore, the interest as such can not be included in the interpretation of the law²¹.

Consequently, «everything is permitted» means permissible, acceptable – harmless to society. But is it always correlated with the interest of the individual? The implementation of «general permission», and thus the conditionality of the law is determined in this case first of all by the balance of interests of the individual and society.

That is all possible under the condition that public interest is connected with the state interest. However, as practice shows, such «consensus» is not always the case. The interest of the state as the will realization of the dominant most powerful part of population does not always coincide with personal or social interests. Therefore, the second part of the «expressly not prohibited by law» leads to the question why the law left the matter left unattended, moreover, not prohibited:

¹⁹ Новая философская энциклопедия: в 4 т. / Ин-т философии РАН. – М.: Мысль, 2010. – Т. 3 – 692 с. – С. 501–503.

²⁰ Философия права. Курс лекций: учебное пособие: в 2 т. – Т. 1; отв. ред. М. Н. Марченко. – М.: Проспект, 2011. – 552 с. – С. 325.

²¹ Малахов В. П. Мифы современной общеправовой теории: монография / В. П. Малахов. – М.: ЮНИТИ–ДАНА: Закон и право, 2013. – 151 с.– С. 61.

– due to objective reasons, that the law-making mechanism is not on the same page with the development of society and in filling gaps in prohibiting legal regulation;

– due to subjective reasons, which also, in turn, can be classified as positive (stimulating individual initiative and creativity in the legal field) and negative (e.g., the legislator intentionally delays the settlement of certain «beneficial» situations), which is the abuse of law.

Thus, in view of the above-mentioned considerations, the implementation of «general permissions» may have two aspects: – positive and in some sense negative. Therefore, the category of interest in terms of general permitting type functioning requires a separate study, in particular with respect to the following questions:

– primacy in the linkage between interest and law;

– the coexistence of state, public and individual interests;

– the existence of a person in state and international (globalization, integration) interests, the scope of «legal movement, circulation» of a person;

– the role of incentives and restrictions to legal development in general and to individual development in particular.

Turning back to the research category of values in a given context, it should be noted that all capabilities and likes of a person take part in values production and the value is a phenomenon of an internal choice. Therefore, the scope of manifestations of values is the realm of human freedom: no one can force a person to appreciate or not appreciate something that does not correspond to their internal choice²². In the doctrine on axiological problems there are several meaning of the concept «value» that intersect, namely the following: 1) the ability of things, events affect the person in such way that these things or events are perceived as good, are worth striving for them and possessing them; 2) the general principle of purposeful activity, based on which a person ascribes practical significance to a particular objects that encourage her to act and behave accordingly²³.

These positions outline possible research directions of the conditionality between general permitting type of legal regulation and values, including legal. Values that constitute the ontological essence of law are the following: freedom, equality and justice.

The outlined above piece of research appears to encourage first of all the analysis of justice as a guarantee of the normal implementation of the general permitting regime because in its essence the law is a method, an instrument of setting fair value (balance) between the interests of everyone: individuals, social strata, social communities and entities²⁴.

²² Петрушенко Віктор. Тлумачний словник основних філософських термінів. – Львів: Видавництво Національного університету «Львівська політехніка», 2009. – 264 с.– С. 186.

²³ Давыдов Ю. Н. Макс Вебер и современная теоретическая социология. – М., 1998. – С. 51–52.

²⁴ Протасов В. Н. Теория права и государства. Проблемы теории права и государства. – М.: Юрайт-М, 2001. – 346 с. – С. 130–131.

Excepts fairness, it is possible to analyze other values of the system which determine or should determine the behavior of an individual in the case of legal activity of a person or providing incentives to a person by general permitting type of regulation. It should be remembered that different moral and spiritual system of values will be attributed to the effect of the investigated type of legal regulation in its negative aspect (allowed, because there was not enough time to prohibit).

Conclusions. In describing general permitting type of legal regulation first of all we face the problem of *permissions scope*, which will be determined in the context of the studied type of legal regulation by the *prohibitions scope*. In this regard, there is a need in the general theoretical characterization of restrictive regulatory capacity of prohibitions.

Methodological basis of regulatory characteristics of prohibitions will constitute their legal realization, in particular it will be implemented by prohibiting legal provisions, since:

- legal norm is the source of regulation, because in legal norm's «reserves» it is possible to find opportunities of such special regulation, which will take place in the functioning of the general permitting type of legal regulation. The said regulation may be called indirect because the general and abstract authorization for active behavior becomes dependent on a specific prohibition. Such considerations seem to allow discussion on the types of legal regulation (direct and indirect) as well as to further substantiate different characteristics of the legal norms as a) model of legal behavior b) the boundaries of acceptable legal behavior and c) criteria of its legality;

- formal legal determination of a legal norm, in this case, a prohibiting legal norm. Such formal legal determination clearly defines the scope of prohibited and separates, distinguishes «cuts» the space of permitted (thus determining the permissions scope). This allows to start general permitting mechanism of regulation from formally legal standpoint, implement authorization of certain rights and freedoms (arising in the course of such a mechanism) by checking their legal non-prohibition.

Taking into account above-mentioned position, it seems appropriate at this stage to «introduce» the concept of legal rule (particularly, the prohibiting legal rule), as the legal rule which primarily contains «binding» with the state command, and it is not quite in the spirit of the legal energy source of general permitting type of regulation. Its functioning is mediated by the state, but it is not initiated by the state, however it is possibly mitigated by the state.

The research of permissions scope is considered secondary as to the research of the prohibitions scope and it is directly related with the legal nature of freedom. Analyzing freedom in a given context, we intensify following categories: interest, values, complex of possibilities, system of constraints and coercion. This in turn allows much wider understanding of general categories, such as: legal order, legal behavior, abuse of law and at the end destination of positive law and its ability to support fundamentals of civil society.

Streszczenie

Ogólnie dozwolony typ regulacji prawnej jako instrument wdrożenia idei społeczeństwa obywatelskiego

W artykule przedstawiono opracowanie na temat niektórych aspektów ogólnie dozwolonego typu regulacji prawnej. Analizie poddano zakres dopuszczalności i zakres ograniczeń. Rozwiązanie tego problemu spowodowane jest w szczególności wyjaśnieniem możliwości regulacyjnych zakazów prawnych. Ustalono, że podstawą metodologiczną regulacyjnej charakterystyki ograniczeń stanowią ich pośrednictwo prawne, które realizowane będzie za pomocą przepisów prawnych zabraniających, gdyż ich formalna definicja jasno określa zakres zabronione i oddziela, «cięci» przestrzeń dozwolonego. Pozwala to na legalno-formalne «uruchomienie» mechanizmu ogólnie dozwolonego typu regulacji, dokonać zezwolenia na stosowanie niektórych praw i wolności poprzez ich sprawdzenie na zakazy prawne.

Badanie sfery pozwoleń prowadzone jest «we wtórnym» – po ilości zaprzeczeń – porządku i jest bezpośrednio związana z problematyką natury prawnej wolności. Uaktywnia to kategorie zainteresowania, wartości, kompleks możliwości, system ograniczeń i przymusu, a także pozwala na szersze zrozumienie ogólnoteoretycznych kategorii takich jak: porządek, właściwe zachowanie, nadużycie prawem i w końcu przeznaczenie samego prawa pozytywnego i jego możliwości w zapewnieniu postulatów społeczeństwa obywatelskiego.

Słowa kluczowe: ogólnie dozwolony typ regulacji prawnej, zakazy, przepisy prawny zabraniające.

Наталя Раданович

канд. юрид. наук, доц.

Львівський національний університет імені Івана Франка

radanovych_n@ukr.net

Загальнодозвільний тип правового регулювання як юридичний засіб втілення ідеї громадянського суспільства

Ключові слова: загальнодозвільний тип правового регулювання, заборони, забороняючі правові норми.

Вступні зауваги. Процес формування громадянського суспільства не мислиться без залучення юридичних механізмів, що відповідно зумовлює перегляд основних положень теорії правового регулювання. Особливої уваги при цьому заслуговують сфера і межі такого регулювання, які безпосередньо визначають міру свободи особи в суспільстві, а отже, і її можливості реалізувати себе максимально в умовах існуючого правопорядку. Реальним усе це стає за допомогою відповідного типу правового регулювання, і насамперед, загальнодозвільного.

Виклад основних положень. В науковій літературі загальнодозвільний тип правового регулювання визначають формулою «дозволено усе, що прямо не заборонено законом». Цілком зрозумілим є те, що обсяг дозволеності

визначається в першу чергу обсягом забороненості, а вже потім постає питання, яким за змістом і об'ємом є те «все» решта, що санкціонує, а отже, допускає держава. Тому спробуємо розглянути поетапно в контексті дії даного типу правового регулювання – проблему «забороненості» і проблему «дозволеності».

Частина I. «Обсяг забороненості». Дослідження обсягу забороненості передбачає загальнотеоретичну характеристику заборон. Так, в юридичній науці і практиці терміно-поняття «заборона» використовується для позначення найчастіше способу правового регулювання (поряд із дозволом та позитивним зобов'язанням) (С. С. Алексеев, А. Г. Братко)¹, одного зі засобів метода правового регулювання (Т. Н. Радько)², забороняючих нормативних приписів (О. Е. Лейст)³ і, власне, забороняючих норм (М. М. Рыбушкін)⁴ або їх ядра (В. М. Кудрявцев)⁵. Обговорюють також можливості заборон як різновидів правових обмежень (поряд із покараннями, обов'язками, іншими негативними засобами) (А. В. Малько, М. М. Султигов)⁶ і як основи спеціальнодозвільної системи (Т. А. Червякова)⁷.

Але для характеристики заборон в контексті «загальнодозвільності» важливим є насамперед дослідження специфіки регулятивності заборон. Саме під таким кутом зору й спробуємо далі проаналізувати юридичні заборони.

Як зазначає С. С. Алексеев, з регулятивної сторони заборони виражаються у юридичних обов'язках пасивного змісту, тобто в обов'язках утримуватися від вчинення певних дій. Таким чином, будь-яка заборона в праві – це особливий юридичний обов'язок, і для неї є притаманним усе, що і для традиційних обов'язків взагалі (принципова однозначність, імперативна категоричність, незаперечність, забезпеченість дієвими юридичними механізмами). Це можна назвати юридичним змістом заборон. Відповідно виконання вказаного обов'язку (втілення заборони) відбувається завдяки пасивній поведінці осіб, котра зазвичай складає фактичний зміст заборон⁸.

¹ Алексеев С. С. Общая теория права: учеб. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2008. – 576 с.; Братко А. Г. Запреты в советском праве. – Саратов, 1979. – 92 с.

² Радько Т. Н. О роли запретов в правовом регулировании. – Волгоград, 1979.

³ Лейст О. Э. Санкции и ответственность по советскому праву (теоретические проблемы). – М.: Изд-во МГУ, 1981. – 240 с.

⁴ Рыбушкін Н. Н. Запрещающие нормы в советском праве. – Казань: Издательство Казанского университета. – 1990. – 113 с.

⁵ Кудрявцев В. Н. Юридические нормы и фактическое поведение // Советское государство и право. – 1980. – № 2. – С. 14.

⁶ Малько А. В. Стимулы и ограничения в праве. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Юрист, 2003. – 250 с.; Султигов М. М. Запрет как метод правового регулирования: автореф. дисс. на соискание уч степени канд. юрид. наук / М. М. Султигов. – СПб, 1996.

⁷ Червякова Т. А. Запрет как основа запретительной системы: автореф. дисс. на соискание уч. степени канд. юрид. наук / Т. А. Червякова. – Минск, 2010.

⁸ Алексеев С. С. Общие дозволения и общие запреты в советском праве / Собрание сочинений: в 10 т. – Т. 2: Специальные вопросы правоведения. – М.: Статут, 2010. – 471 с. – С. 266.

Методологічно важливим у здійснюваній характеристиці є з'ясування питання про юридичне опосередкування заборон. С. С. Алексеев зауважує, що заборони в праві – поряд із загальною обов'язковістю – характеризуються формальною визначеністю, – тобто тим, що вони отримують закріплення в нормах права і відзначаються визначеністю за змістом та за обсягом (межами). Правда, не варто розуміти цю особливість юридичних заборон так, що вони завжди втілюються тільки в забороняючих нормах. Існує декілька способів (форм) зовнішньої об'єктивації юридичних заборон у тексті нормативних актів. Поряд із об'єктивацією у вигляді самостійних забороняючих норм, юридична заборона нерідко міститься у «прихованому» вигляді в тексті нормативних охоронних положень, зокрема в текстах норм кримінального права⁹.

В інших спеціальних монографічних дослідженнях зустрічаємо деякі інші міркування. Так, наприклад, О. Г. Братко пропонує широке і вузьке розуміння заборон, а відповідно вводить поняття «імпліцитна заборона». Правова заборона в широкому значенні імпліцитно виражена в будь-якій правовій нормі, а у вузькому значенні вона представляє собою забороняючу норму¹⁰.

Варто погодитися із критикою науковцями такого широко трактування заборон, оскільки воно утверджує забороняючий характер права в цілому, що ніяк не узгоджується із природою соціального регулювання у демократичному суспільстві, розмиває чіткі межі юридичних суб'єктивних прав, якими окреслюються межі дозволеного, а відповідно висуває питання, чи рівнозначними є поняття – «відсутність дозволеного» і «заборонене»¹¹. Важливим є і той аргумент, що пов'язаний із характером порушень, від яких потрібно утримуватися в суспільних відносинах, упорядковуваних заохочувальними чи закріплювальними нормами права. Крім того, М. М. Рыбушкін, дискутуючи з різними авторами, відстоює позицію, згідно з якою законодавець при юридичному опосередкуванні упорядковуваних суспільних відносин – залежно від їх сфери, роду, виду чи інших особливостей – використовує різноманітні засоби правового регулювання: дозволи, уповноваження, позитивні зобов'язання, заборони, обмеження, і в тому випадку, коли використовується заборона, створена норма набуває забороняючого характеру. Її оскільки диспозиція забороняючої норми вказує на форму, модель витіснюваного відношення, то знаходити заборону в інших нормах, при створенні яких використовуються інші засоби юридичного впливу (дозвіл, зобов'язування), недостатньо виправдано¹².

В юридичній літературі інколи обґрунтовують існування заборони в кожній правовій нормі, з позицій її структури, тобто наявності санкції. Такої

⁹ Алексеев С. С. Общие дозволения и общие запреты в советском праве / Собрание сочинений: в 10 т. – Т. 2: Специальные вопросы правоведения. – М.: Статут, 2010. – 471 с. – С. 268.

¹⁰ Братко А. Г. Запреты в советском праве. – Саратов, 1979. – 92 с. – С. 10, 34.

¹¹ Алексеев С. С. Вказ. праця. – С. 270.

¹² Рыбушкин Н. Н. Вказ. праця. – С. 29, 42.

позиції дотримуються С. Н. Братусь, І. С. Самощенко, М. Х. Фарукшин¹³. Але тут відразу виникають дискусії з приводу того, чи розуміти санкцію вузько – виключно як міру державного примусу (або навіть тільки заходи юридичної відповідальності) чи ширше – як елемент правової норми, яким дозується міра її державного забезпечення взагалі (примус, заохочення, стимулювання)¹⁴.

У даному сюжеті не можна оминати поняття так званої загальної заборони, яке вводиться С. С. Алексеевим з огляду на типи правового регулювання. Як він відзначає, загальне щодо заборон і дозволів розуміється в тому значенні, що відповідне нормативне положення є відправним і скеровуючим юридичним началом на певній ділянці суспільних відносин. Але загальні заборони не можуть породжувати безпосередні юридичні наслідки, тобто не можуть бути безпосереднім критерієм неправомірної поведінки. У всіх без винятку випадках значення підстав для визначення неправомірності можуть мати лише конкретні норми – або забороняючі (за наявності загального дозволу чи абсолютної заборони), або зобов'язуючі чи уповноважуючі, невиконання яких чи вихід за межі яких і свідчить про правопорушення¹⁵.

Отже, щоб виявити методологічну основу регулятивної характеристики заборон потрібно визначитися з їхнім юридичним опосередкуванням. Наведені дискусії з цього приводу є цілком справедливими у світлі відповідних методологічних позицій: вони різняться підходами до розуміння поняття забороняючих норм, їх структури та їх співвідношення із забороняючими приписами. Для дослідження заборон у заданому контексті, як видається, буде доцільно прийняти за методологічну основу позицію, згідно з якою юридичним опосередкуванням заборон вважатимуться забороняючі правові норми. І ось чому:

– саме правова норма є джерелом регулятивності, тому саме у «резервах» правової норми можна віднайти можливості особливої регулятивності, яка матиме місце при функціонуванні загальнодозвільного типу правового регулювання. Така особлива (специфічна) регулятивність проявлятиметься, коли формальне регулювання суспільних відносин опосередковуватиметься дією забороняючих норм. Таку регулятивність можна назвати **непрямою**, оскільки загальне й абстрактне уповноваження на активну поведінку ставиться в залежність від конкретної заборони. Такі міркування, як видається, дозволяють обговорювати питання про види регулятивності правових норм (прямої та непрямої), а також додатково обґрунтовувати різні якості правової норми: як моделі правової поведінки, як меж (критеріїв) правової поведінки і як правовості самої поведінки;

¹³ Братусь С. Н. Юридическая ответственность и законность (очерк теории). – М.: Городец-издат, 2001. – 208 с.; Самощенко И. С., Фарукшин М. Х. Ответственность по советскому законодательству. – М.: Юридическая литература, 1971. – 240 с.

¹⁴ Фаткуллин Ф. Н. Проблемы общей теории социалистической правовой настройки. – Казань, 1980.

¹⁵ Алексеев С. С. Вказ. праця. – С. 302.

– формальна визначеність правової (у даному випадку забороняючої) норми чітко визначає обсяг забороненого і відмежовує, «відсікає» простір дозволеного (у такий спосіб визначаючи обсяг дозволеності). Це дозволяє формально-юридично «запустити» загальнодозвільний механізм, здійснити санкціонування певних прав і свобод (що виникають в процесі дії такого механізму) шляхом їх перевірки на юридичну незабороненість. З іншого боку, таким чином можна обґрунтувати, надати юридичне забезпечення «презумпції правомірності незабороненого», яку описували В. С. Нерсесянц та В. М. Кудрявцев¹⁶. Так, наприклад, В. С. Нерсесянц зазначав, що об'єктивною, соціально-історично обумовленою межею для максимальної величини легалізованої міри свободи є пограничний критерій суспільно шкідливого, від якого право в цілому повинно обмежувати і захищати суспільне життя. Ця максимальна межа, що визначає і легітимізує все суспільно нешкідливе, ставиться й окреслюється правовими заборонами. Мінімальна величина правової міри свободи, об'єктивно зумовлена критерієм прямої та безпосередньої суспільної корисності (тих чи інших дій, станів, відносин і т. і), виражається відповідно в правових дозволах¹⁷.

Проте класифікаційний статус цієї презумпції (як спростовної чи неспростовної) потребує додаткового дослідження, в рамках ширшої проблеми: співвідношення незабороненого і правомірного.

З огляду на це не вбачається доцільним «введення» на даному етапі поняття нормативно-правового припису (зокрема забороняючого правового припису), оскільки нормативно-правовий припис першочергово містить «прив'язку» до державно-владного веління, а це не зовсім відповідає так би мовити духу, джерелу юридичної енергії загальнодозвільного типу правового регулювання. Його дія опосередковується державою, але нею не ініціюється. Він ініціюється зазвичай позадержавно-неюридичними факторами (про що йтиметься далі).

Таким чином, прийняття за основу позиції, згідно з якою юридичним опосередкуванням заборон вважатимуться забороняючі правові норми, а відповідно детальне дослідження:

- поняття забороняючої правової норми та предмета її регулювання;
- співвідношення забороняючої правової норми зі забороняючими нормативними приписами (формулювання заборон);
- структури забороняючої правової норми;
- функцій та особливостей дії забороняючих правових норм – дозволить сформулювати чітке уявлення про обсяг забороненості в контексті режиму загальнодозвільності.

¹⁶ Кудрявцев В. Н. Правовое поведение: норма и патология / Избранные труды по социальным наукам: в 3 т. / В. Н. Кудрявцев. – М.: Наука, 2002. – Т.1: Общая теория права. Уголовное право. – 2002. – 567 с. – С. 127.

¹⁷ Нерсесянц В. С. Философия права: учебник. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: НОРМА, 2009. – 848 с. – С. 122.

Частина II. «Обсяг дозволеності». Вочевидь формулювання «дозволено усе» насамперед асоціюється із категорією «свобода». Свобода (в самому загальному значенні) розуміється як:

відсутність обмежень, а у співвідношенні з ідеєю волі – можливість вчиняти на власний розсуд;

– одна із основоположних для європейської культури ідей, що відображає таке відношення суб'єкта до своїх вчинків, при якому він вважається їх визначальною причиною, джерелом, чинником;

– стан людини, її здатність діяти у відповідності зі своїми інтересами і цілями¹⁸.

При цьому варто зауважити, що детермінізм допускає визнання того, що і знання об'єктивних умов, і розуміння правильного і належного – своєрідна форма обумовлення рішень і дій людини, а ситуація вибору (в якій формально виявляється свобода вибору) обмежена певним набором можливостей. Те, що з'являється в якості самостійного волевиявлення, є насправді результатом попереднього (і не завжди усвідомленого) досвіду індивіда. Крім того, людина схильна до самодетермінації у певній системі цінностей¹⁹.

Досліджуючи правову природу свободи, М. М. Марченко вбачає її лише в контексті держави і права, поза цими інститутами говорити про юридичний аспект свободи, справедливості і рівності позбавлено всякого змісту. Тільки така постановка питання дозволяє при філософському осмисленні держави і права залишатися на ґрунті фактів (емпіричних та ідеальних) і не вдаватися до захмарних беззмістовних абстракцій²⁰. Логічно виникає запитання, а чи не найбільше відтворює ідеї тієї ж свободи саме режим «загальнодозвільності»?

Таким чином, аналізуючи свободу у заданому контексті, ми активізуємо категорії інтересу, цінностей, комплексу можливостей, системи обмежень і примусу. Зміст усіх цих категорій має правове закріплення, правове наповнення, але не тільки. Зупинимось на окремих з них детальніше.

Як відомо, правове життя нерозривно пов'язано із мотивацією. Сама ж мотивація правомірної (і законної) поведінки, відзначають вчені, поступово зміщувалася від табу і обов'язку до міркувань доцільності, потім до користі і, накінець, до потреби. В потребі було побачено представниками окремих правових шкіл злитість, поєднаність природного і правового.

Інтерес (в буденному вжитку) – це значимість чогось, особлива увага до чогось, і, відповідно, таке розуміння інтересу асоціюється із метою. Але

¹⁸ Кальной И. И. Философия права: учебник. – СПб.: Издательство Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2006. – 259 с. – С. 249.

¹⁹ Новая философская энциклопедия: в 4 т. / Ин-т философии РАН. – М.: Мысль, 2010. – Т. 3. – 692 с. – С. 501–503.

²⁰ Философия права. Курс лекций: учебное пособие: в 2 т. – Т. 1; отв. ред. М. Н. Марченко. – М.: Проспект, 2011. – 552 с. – С. 325.

тоді, на думку окремих вчених, виникає проблема селекції цілей, а отже, з'являється проблема виокремлення сфери допустимих, позитивних для суспільства інтересів. Тобто сам собою інтерес у вказаному значенні не може бути включеним в інтерпретацію права²¹.

Отже, «дозволено все» – це означає допустимо, прийнятно – нешкідливо для суспільства. Але чи завжди це співвідноситься з інтересом окремої особи. Таким чином, реалізація «загальнодозвільності», а отже і обумовленість дії права визначається у даному випадку балансом насамперед інтересів особи і суспільства.

Але усе це за умови, що суспільний інтерес поєднаний із державним. Проте, як свідчить практика, така «одностайність» не завжди має місце. Інтерес держави як реалізація волі домінуючої, найбільш впливової частини населення, не завжди співпадає з особистими чи загальносуспільними інтересами. Тому друга частина формули: «прямо не заборонено законом», наштовхує на питання, чому закон залишив це поза увагою, більше того – не заборонив:

– в силу об'єктивних причин, не встигаючи правотворчими механізмами за розвитком суспільства, в заповненні прогалин у забороняю чому регулюванні;

– в силу суб'єктивних причин, які теж, в свою чергу, можна кваліфікувати як позитивні (стимулювання ініціативності та творчості особи у правовій сфері) і негативні (як-от, намірене відтягування законодавцем врегулювання певних «вигідних» ситуацій), що є за своєю природою зловживанням правом.

Отже, з цих міркувань реалізація «загальнодозвільності» може мати два аспекти: – позитивний і в певному сенсі негативний. Тому окремого дослідження потребує, як видається, категорія інтересу в аспекті дії загальнодозвільного типу, а саме питання:

- первинності у зв'язці інтерес – право;
- співіснування інтересів держави, особи, суспільства;
- існування особи в системі державних та міждержавних (глобалізаційних, інтеграційних) інтересів, сфера «правового руху, обігу» особи;
- значення стимулів і обмежень для правового розвитку взагалі і розвитку особи зокрема.

Повертаючись до дослідженні категорії цінностей у заданому контексті, варто зазначити, що у їх продукуванні беруть участь усі здібності та уподобання людини, що цінність постає явищем внутрішнього вибору. Тому сфера проявів цінності – це сфера людської свободи: ніхто не може змусити людину цінувати або не цінувати те, що за її внутрішнім вибором таким не постає²². В науковій літературі, присвяченій аксіологічній проблематиці,

²¹ Малахов В. П. Мифы современной общеправовой теории: монография / В. П. Малахов. – М.: ЮНИТИ-ДАНА: Закон и право, 2013. – 151 с. – С. 61.

²² Петрушенко Віктор. Тлумачний словник основних філософських термінів. – Львів: Видавництво Національного університету «Львівська політехніка», 2009. – 264 с. – С. 186.

виокремлюють декілька значень поняття «цінність», які перетинаються між собою: 1) здатність речей, явищ оточуючого світу впливати на суб'єкта таким чином, що вони сприймаються як блага, спонукають прагнути до них і володіти ними; 2) загальні принципи доцільної діяльності, відштовхуючись від якої людина приписує тим чи іншим об'єктам практичну значимість, що спонукає її діяти і вести себе відповідним чином²³.

Наведені позиції окреслюють можливі напрями дослідження обумовленості дії загальнодозвільного типу правового регулювання цінностями, у тому числі правовими. До таких, що становлять онтологічну сутність права, прийнято відносити свободу, рівність і справедливість.

Заданий предмет дослідження, як видається, спонукає аналізувати першочергово справедливість як гарантію нормальної реалізації режиму «загальнодозвільності», оскільки сутність права полягає у тому, що воно є способом (інструментом) встановлення справедливого співвідношення (балансу) інтересів всіх і кожного: індивідів, соціальних прошарків, соціальних спільностей і утворень²⁴.

Окрім справедливості можна обговорювати інші цінності, або системи цінностей, що обумовлюють або повинні обумовлювати поведінку особи, коли йдеться про правову активність особи чи її стимулювання загальнодозвільним типом правового регулювання. При цьому варто пам'ятати, що дію досліджуваного типу у його негативному прояві (дозволено, бо не встигли встановити заборони) обслуговуватиме дещо інша етично-ціннісна духовна система.

Висновки. Характеризуючи загальнодозвільний тип правового регулювання змістовно, ми стикаємося насамперед з проблемою *обсягу дозволеності*, який визначатиметься у контексті досліджуваного типу правового (юридичного) регулювання в першу чергу *обсягом забороненості*. У зв'язку з цим виникає потреба у загальнотеоретичній характеристиці обмежувальних регулятивних можливостей заборон.

Методологічну основу регулятивної характеристики заборон становитиме їх юридичне опосередкування, зокрема воно здійснюватиметься завдяки забороняючим правовим нормам, оскільки:

– правова норма є джерелом регулятивності, тому саме у «резервах» правової норми можна віднайти можливості тієї особливої регулятивності, яка матиме місце при функціонуванні загальнодозвільного типу правового регулювання. Вказану регулятивність можна назвати непрямою, оскільки загальне і абстрактне уповноваження на активну поведінку ставиться в

²³ Давыдов Ю. Н. Макс Вебер и современная теоретическая социология. – М., 1998. – С. 51–52.

²⁴ Протасов В. Н. Теория права и государства. Проблемы теории права и государства. – М.: Юрайт-М, 2001. – 346 с. – С. 130–131.

залежність від конкретної заборони. Такі міркування, як видається, дозволяють обговорювати питання видів регулятивності правових норм (прямої і непрямої), а також додатково обґрунтовувати різні якості правової норми, як а) моделі правової поведінки, б) меж допустимої правової поведінки і в) навіть критеріїв її правовості;

– формальна визначеність правової – у розглядуваному випадку забороняючої норми чітко визначає обсяг забороненого і відокремлює, вирізняє, «відсікає» простір дозволеного (в такий спосіб визначаючи обсяг дозволеності). Це дозволяє формально-юридично «запустити» загальнодозвільний механізм регулювання, здійснити санкціонування певних прав і свобод (що виникають в процесі дії такого механізму) шляхом їх перевірки на юридичну незабороненість.

З огляду на це не бачиться доцільним «введення» саме на даному етапі поняття нормативно-правового припису (зокрема забороняючого правового припису), оскільки він першочергово містить «прив'язку» до державно-владного веління, а це не зовсім відповідає так би мовити духу, джерелу юридичної енергії загальнодозвільного типу правового регулювання. Його дія, функціонування опосередковується державою, але нею прямо не ініціюється, хіба що полегшується.

Дослідження обсягу дозволеності відбувається так би мовити у вторинному – після обсягу забороненості – порядку і безпосередньо пов'язано із проблематикою правової природи свободи. Аналізуючи свободу у заданому контексті, ми активізуємо категорії інтересу, цінностей, комплексу можливостей, системи обмежень і примусу. Це у свою чергу дозволяє ширше розуміти чимало загальнотеоретичних категорій, як-от: правопорядок, правомірна поведінка, зловживанням правом та й зрештою призначення самого позитивного права і його можливості у забезпеченні постулатів громадянського суспільства.