

МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ,
МОЛОДІ ТА СПОРТУ УКРАЇНИ

Національний університет
«Одеська юридична академія»

НАУКОВІ ПРАЦІ

НАЦІОНАЛЬНОГО УНІВЕРСИТЕТУ
«ОДЕСЬКА ЮРИДИЧНА АКАДЕМІЯ»

Том X



Одеса
«Юридична література»
2011

ББК 67(4Укр-2Од)я43
Н34
УДК 34(477-25Од)(082)

У збірнику наукових праць Національного університету «Одеська юридична академія» опубліковано статті провідних учених НУ ОЮА, докторів та кандидатів наук, а також визначних правників з інших вузів України.

Збірник статей розрахований на фахівців, що працюють у сфері юриспруденції, студентів-юристів, а також юристів-практиків, які цікавляться тенденціями розвитку правового життя сучасного суспільства.

Редакційна колегія:

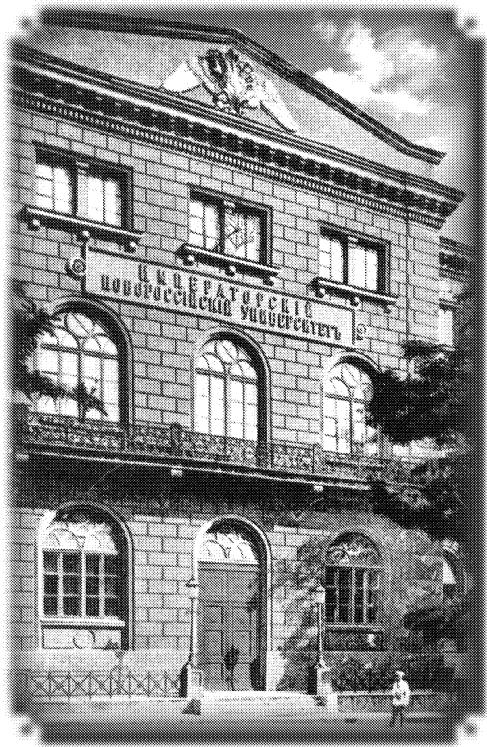
С. В. Ківалов, д-р юрид. наук, проф., акад. АПрН України (головний редактор);
В. М. Дръомін, д-р юрид. наук (заступник головного редактора);
Ю. П. Аленін, д-р юрид. наук, проф.;
М. Р. Аракелян, канд. юрид. наук, проф.;
Л. Р. Біла-Тіунова, канд. юрид. наук, проф.;
О. К. Вишняков, д-р юрид. наук, проф.;
М. А. Дамірлі, д-р юрид. наук, проф.;
Є. В. Додін, д-р юрид. наук, проф.;
В. В. Завальнюк, канд. юрид. наук, проф.;
І. І. Каракаш, канд. юрид. наук, проф.;
Ю. М. Оборотов, д-р юрид. наук, проф.;
М. П. Орзіх, д-р юрид. наук, проф.;
О. П. Подцерковний, д-р юрид. наук, проф.;
Ю. Є. Полянський, канд. юрид. наук, проф.;
В. В. Тіщенко, д-р юрид. наук, проф.;
В. О. Туляков, д-р юрид. наук, проф.;
Є. О. Харитонов, д-р юрид. наук, проф.;
О. І. Харитонова, д-р юрид. наук, проф.;
Г. І. Чанишева, д-р юрид. наук, проф.

Відповідальний за випуск

доктор юридичних наук

В. М. Дръомін

Постановою Президії ВАК України № 1-05/10
від 10 грудня 2003 р. збірник внесено до списку фахових видань
(юридичні науки).



- 1847 рік — юридичному відділенню Рішельєвського ліцею (перший вищий навчальний заклад в Одесі) наданий статус університетського факультету;
- 1865 рік — юридичний факультет увійшов до складу Імператорського Новоросійського (нині Одеський) університету;
- 1993 рік — юридичний факультет перетворений на Юридичний інститут Одеського державного університету ім. І. І. Мечникова;
- 1997 рік — юридичній освіті і науці в Одесі виповнилося 150 років; створена ОДЮА;
- 1998 рік — ОДЮА надано членство в Асоціації європейських університетів;
- 2000 рік — ОДЮА наданий статус національної;
- 2007 рік — юридичній освіті і науці в Одесі виповнилося 160 років; Одеській національній юридичній академії — 10 років;
- 2008 рік — Асоціацією ректорів Європи ОНЮА була номінована на присвоєння нагороди «Європейська якість»;
- 2009 рік — ОНЮА надано членство в Європейській асоціації публічного права;
- 2010 рік — за результатами Загальнонаціонального рейтингу вищих юридичних навчальних закладів «Святий Володимир» ОНЮА була визнана країним юридичним вузом України;
- 2010 рік — указом Президента України ОНЮА перетворена в Національний університет «Одеська юридична академія»

У К А З
ПРЕЗИДЕНТА УКРАЇНИ

ПРО НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ
«ОДЕСЬКА ЮРИДИЧНА АКАДЕМІЯ»

Підтримати пропозицію Кабінету Міністрів України щодо збереження статусу національного за університетом «Одеська юридична академія», що утворюється у зв'язку з реорганізацією Одеської національної юридичної академії.

*Президент України
В. ЯНУКОВИЧ*

м. Київ, 2 вересня 2010 року
№ 893/2010

КАБІНЕТ МІНІСТРІВ УКРАЇНИ

Р О З П О Р Я Д Ж Е Н Н Я
від 28 липня 2010 р. № 1564-р

Київ

**Про реорганізацію Одеської
національної юридичної академії**

1. Погодитися з пропозицією Міністерства освіти і науки про реорганізацію Одеської національної юридичної академії шляхом перетворення її у Національний університет «Одеська юридична академія».

Реорганізацію здійснити в межах асигнувань, передбачених Міністерству освіти і науки на підготовку кадрів.

2. Установити, що студенти Одеської національної юридичної академії продовжують навчання в Національному університеті «Одеська юридична академія».

3. Це розпорядження набирає чинності одночасно з Указом Президента України про збереження за Університетом, утвореним відповідно до пункту 1 цього розпорядження, статусу національного.

*Прем'єр-міністр України
М. АЗАРОВ*

Розділ 1

КОНСТИТУЦІЙНІ ОСНОВИ ТА ІНСТИТУЦІОНАЛЬНІ МЕХАНІЗМИ ЗАХИСТУ ПРАВ ЛЮДИНИ

УДК 342.925:342.842

C. В. Ківалов

ВИБОРЧИЙ СПІР ЯК РІЗНОВИД ПУБЛІЧНО-ПРАВОВОГО СПОРУ

Процес підготовки й проведення виборів всіх рівнів, враховуючи їх суспільно-політичне значення для країни, стають підґрунтам для виникнення великої кількості конфліктів між їх учасниками. Кожна подія або етап проходження виборчого процесу опосередковані рішеннями, діями його учасників, які потенційно можуть стати предметом спору і суттєво вплинути на результат виборів. Високий ступінь «конфліктності» виборчого процесу зумовлює пильну увагу законодавця до питань нормативного регулювання механізмів розгляду й вирішення виборчих спорів. На сьогоднішній день переважна більшість виборчих спорів розглядаються і вирішуються засобами адміністративного судочинства. Проте ефективність адміністративного судочинства щодо виборчих спорів у першу чергу залежить від розуміння їх правової природи, структури, суб'єктного складу.

Досліджуючи природу виборчого спору, передусім слід зазначити, що він завжди перебуває у правовому полі, є різновидом правового спору. На цей час, на жаль, загальнотеоретичне вивчення категорії «правовий спір» відстae від потреб практики, оскільки щодо цієї категорії існує гострий дефіцит наукових розробок правового характеру. Слід звернути увагу, що вперше розглядати правовий спір як самостійну юридичну конструкцію було запропоновано І. Г. Побірченком [17, с. 6] та І. М. Зайцевим [4, с. 23]. Проте в їхніх дослідженнях було визначено лише загальні риси цієї конструкції. Пізніше дослідження правового спору поступово поглиблювали його окремі аспекти або розкривали галузеві особливості. Зокрема, В. А. Сьоміною було обґрунтовано підхід до розуміння правового спору як особливого охоронного правовідношення [27], М. Д. Матієвський розкрив процесуальне розуміння спору про право та його зміст [14]. О. В. Бринцев [1], А. В. Єзеров [3], В. В. Лазор [10], Є. Б. Лупарев [11], А. Ю. Осадчий [15], В. А. Сьоміна [27], О. В. Чумако-

ва [30] присвятили свої праці вивченю окремих різновидів галузевих правових спорів [5].

Відповідно до класичного визначення цього терміна, спір або конфлікт (з латинського *confliktus*: зіткнення) — це зіткнення протилежних інтересів, поглядів [8, с. 101]. Разом із розвитком соціальних наук поглиблюється розуміння природи цього явища. Із часом сформувалися дві точки зору стосовно конфлікту: одна з них розглядає конфлікт виключенням із правил, що вносить дисонанс у стабільний розвиток суспільства, інша — навпаки, визначає конфлікт як перманентний стан суспільства, «не наявність, а відсутність конфлікту є не-нормальним явищем» [28, с. 127]. Поступово остання точка зору набула найбільшого поширення. Більшість авторів розглядають конфлікт як природне явище будь-якого суспільства, яке не можна розглядати як виключно деструктивне, оскільки наявність конфлікту вказує на проблему, а її вирішення — стає шляхом удосконалення процесів, що відбуваються у суспільстві.

Законодавство України не містить у собі конструкції «юридичний конфлікт» і оперує такими термінами, як «злочин», «правопорушення», «спір» (цивільний, господарський, публічно-правовий). По суті, вони являють собою окремі форми юридичних конфліктів. Саме тому, переважна більшість учених зазначають, що правовий спір — це не будь-яке невдоволення однієї сторони правовідносин діями іншої, а офіційне пред'явлення скарги (позову) до державного органу або посадової особи, які уповноважені зазначений спір розглядати [16, с. 188; 13, с. 124]. Таким чином, правовий спір є формою об'єктивзації юридичного конфлікту. Моментом такої об'єктивзації є офіційне звернення до юрисдикційного органу.

Аналізуючи визначення правового спору, можна дійти висновку, що в юридичній літературі немає єдиного підходу щодо розуміння цього терміна. Так, Е. Б. Лупарев [11, с. 50] під правовим спором пропонує розуміти «такий тип правових правовідносин, який характеризується наявністю суперечностей сторін, які були викликані конфліктом інтересів або незбіжністю поглядів на законість та обґрунтованість дій суб'єктів правовідносин». На думку А. Б. Зеленцова [6, с. 47] правовий спір, як юридичне явище, безпосередньо викликається не конфліктом інтересів, а конфліктом прав, що виникає у зв'язку з порушенням прав та свобод громадян. При цьому, як справедливо зазначає Н. Ю. Хаманєва [29, с. 11], поряд із суб'єктивним правом до предмета правового спору може входити й охоронювальний законом інтерес.

А. Ю. Осадчий зазначає, що публічно-правовий спір належить до соціальних конфліктів, а точніше до різновиду останніх — юридичного конфлікту, який визначається як прояв об'єктивних чи суб'єктивних суперечностей, що мають вираження у протиборстві сторін [16, с. 188]. Інакше кажучи, має місце така ситуація, коли кожна із сторін взаємодії переслідує свої цілі, які суперечать чи взаємовиключають одна одну. На

думку деяких учених, термін «правовий спір» визначається через термін «роздільність» [3, с. 96–97].

Слід також звернути увагу на те, що серед нормативно-правових актів, які використовують термін «правовий спір», найбільш часто він зустрічається саме у КАС України. Відповідно до ч. 2 ст. 17 КАС України, компетенція адміністративних судів поширюється на: а) спори фізичних чи юридичних осіб із суб'єктом владних повноважень щодо оскарження його рішень (нормативно-правових актів чи правових актів індивідуальної дії), дій чи бездіяльності; б) спори з приводу прийняття громадян на публічну службу, її проходження, звільнення з публічної служби; в) спори між суб'єктами владних повноважень із приводу реалізації їхньої компетенції у сфері управління, у тому числі делегованих повноважень; г) спори, що виникають із приводу укладання, виконання, припинення, скасування чи визнання нечинними адміністративних договорів; д) спори за зверненням суб'єкта владних повноважень у випадках, встановлених Конституцією та законами України; ж) спори щодо правовідносин, пов'язаних із виборчим процесом чи процесом референдуму [9].

Існуюча потреба у визначенні суто правового терміна «правовий спір» з використанням усталеного в юриспруденції категоріального апарату призвела до формування двох підходів: правовий спір як юридична справа і правовий спір як охоронювані правовідносини. Їх аналіз дозволяє зробити висновок про неможливість їхнього протиставлення один одному або розгляд у вимірі «загальне і часткове». Виокремлені підходи розкривають, відповідно, зовнішні вираження правового спору та його внутрішнє наповнення, а в сукупності дозволяють якнайповніше розкрити сутність цієї складної і поки що малодослідженої категорії.

Враховуючи це, можна визначити такі ознаки правового спору:

а) учасниками є суб'єкти правовідносин, які наділені законом певною правоздатністю та дієздатністю. Лише суб'єкти, які можуть самостійно набувати права та обов'язки, здатні усвідомлювати їх об'єктивувати існуючи між ними роздільністю; б) кожен з учасників правового спору по-різному усвідомлює обсяг прав та обов'язків (як своїх, так і свого опонента). Виключенням може бути лише навмисне порушення норм права одним із учасників, коли він свідомо здійснює помилкове тлумачення права; в) вирішення правового спору може здійснити один або декілька уповноважених на те законом органів. Наприклад, особа, яка вважає свої права порушеними, може обирати між адміністративним судом та безпосередньо вищим органом публічного управління, між господарським та третейським судом тощо; г) законодавство передбачає певний порядок вирішення спору (наприклад, позовне судочинство в судах, заявне провадження в органах публічного управління); д) головним завданням під час вирішення правового спору є захист чи відновлення прав, свобод і законних інтересів його учасників, інтересів держави чи територіальної громади.

У п. 1 ст. 3 КАС України публічно-правовий спір, визначається як спір, де хоча б однією із сторін є орган виконавчої влади, орган місцевого самоврядування, їхня посадова чи службова особа, інший суб'єкт, який здійснює владні управлінські функції на основі законодавства, у тому числі на виконання делегованих повноважень [9]. Термін «публічно-правовий спір» вказує на те, що до предмета судового розгляду по даних справах будуть належати не тільки спірні адміністративно-правові, але й інші публічно-правові відносини, про які мова йде у шостій главі КАС України [13, с. 114]. Таким чином, усю сукупність спорів, які виникають на основі публічно-правових відносин, можна назвати публічно-правовими спорами. У зв'язку із цим, при визначенні підвідомчості справ цим судам, виникають серйозні труднощі (особливо, коли ситуація пов'язана із спорами, що виникають із трудових, фінансових та цивільних правовідносин).

У ч. 2 ст. 3 КАС України закріплено, що спір виникає у зв'язку із здійсненням суб'єктом владних повноважень «управлінських функцій». Такі функції, як відомо, опосередковуються відносинами влади — підпорядкування. Таким чином, законодавець поширює термін «управлінські функції» на дії всіх органів публічної влади [9]. Отже, поняття публічно-правового спору звужено і зводить його лише до управлінської сфери застосування права. У зв'язку з такими обставинами варто наголосити на тому, що норми адміністративного права виходять за межі регулювання лише управлінських відносин. Вони поширили свою дію на відносини, що виникають у зв'язку з наданням громадянам адміністративних послуг, застосуванням адміністративного примусу тощо.

Встановлення, чи має спір публічно-правовий або приватноправовий характер, можливе лише з урахуванням суті правовідносин, які породжують правовий спір. Зокрема, одним із критеріїв для визначення характеру спору є його нормативне підґрунтя: якщо сторони до виникнення спору перебували у відносинах, що регламентуються публічним правом, то і сам спір має публічно-правовий характер. У той же час цей критерій не можна вважати визначальним, оскільки існує багато спорів, учасники яких перебувають одночасно у публічно-правових та приватноправових відносинах.

Досить часто питання розмежування приватноправових і публічно-правових спорів вирішується через предмет спору.

Віднесення спору до групи приватноправових і публічно-правових навряд чи є можливим на підставі єдиного критерію. Слід звернути увагу на те, що в юридичній науці сформовано традиційні критерії розмежування норм приватного та публічного права як підсистем прав. Наприклад, О. Ф. Скакун у своїй роботі пропонує відокремити публічно-правові відносини від приватноправових за такими критеріями: 1) інтерес (відповідно, публічний або приватний); 2) предмет правового регулювання (у приватному праві — майнові відносини, а в публічному — немайнові); 3) метод правового регулювання (у публічному праві —

метод субординації, а у приватному — метод координації); 4) суб'єктний склад (державні, муніципальні органи, їх посадові особи — у публічному праві, приватні особи — у приватному праві) [25, с. 68].

Все це свідчить про те, що характер правового спору не можна визначити через єдиний універсальний критерій. Лише характеристика правового спору з урахуванням сукупності його визначальних рис може дати підстави його віднесення до приватноправових і публічно-правових.

Отже, для розмежування публічно-правових та приватноправових спорів можна користуватися системою, яка складається із декількох критеріїв: а) наявність суб'єкта владних повноважень як сторони право-відносин, з яких виникає спір; б) публічно-управлінська діяльність суб'єкта владних повноважень у наведених відносинах, яка є предметом спору; в) наявність «публічного інтересу» територіальної громади або держави і вирішення спору.

За галузевою ознакою правові спори поділяються на цивільні, господарські, трудові, конституційні, адміністративні, фінансові тощо. Галузева належність предикатних правовідносин, тобто тих правовідносин, з яких правовий спір виникає, визначає і вид правового спору [12, с. 30]. Водночас при встановленні галузевої приналежності спору, окремі вчені пропонують виходити із того, яка галузь права містить норми, що регулюють порядок їх вирішення.

При визначенні адміністративно-правових спорів, дослідники часто відносять до них як спори про суб'єктивне право (спори про адміністративне право), так і спори про об'єктивне право (у зв'язку з «безпосереднім оскарженням» нормативних актів) [2, с. 55]. Разом із тим адміністративно-правовий спір є більш широкою категорією стосовно терміна «спір про право адміністративне». Поняття «адміністративний спір» у контексті діючого законодавства охоплює спори, що виникають не тільки безпосередньо із адміністративних правовідносин, а також із інших публічно-правових відносин (фінансових, податкових, митних, виборчих тощо). Сукупність таких спорів А. Б. Зеленцовим визначається як публічно-правові спори [6, с. 46]. Практичні потреби правового регулювання адміністративного судочинства України не створюють необхідності розмежування адміністративно-правових та публічно-правових спорів, проте невизначеність цих категорій стала причиною того, що юрисдикція адміністративного суду в КАС України визначається через перелік спорів, які не розглядаються в адміністративних судах.

Низкою статей КАС України його дія поширюється на спори, стороною яких є суб'єкти, які не виконують ніяких «управлінських функцій». Це, зокрема, виборчі спори, справи про анулювання реєстраційного свідоцтва політичної партії, про заборону (примусовий розпуск, ліквідацію) політичної партії і деякі інші.

Наведені аргументи свідчать про необхідність уточнення кола публічно-правових спорів і необхідність здійснення їхньої класифікації з урахуванням передбачених законодавством способів їх розгляду й вирішення.

Незважаючи на довге існування виборчого спору як явища, термін «виборчий спір» набув поширення у наукових колах лише у 2004—2005 рр. [23, с. 6]. Так, навесні 2005 р. у м. Одесі у Міжнародному гуманітарному університеті відбулася всеукраїнська науково-практична конференція, яка була присвячена правовому врегулюванню виборчих спорів.

Виборчий спір за всіма критеріями належить до групи публічно-правових спорів, водночас аналіз тих самих критеріїв дозволяє встановити ознаки, які проявляють найбільш суттєві особливості виборчих спорів.

Виборчі спори, як правило, виникають у сфері застосування норм виборчого законодавства. Слід зазначити, що система нормативно-правових актів, якими врегульовано порядок проведення виборів в Україні, відрізняється нестабільністю і частими змінами, що проводяться, як правило, напередодні проведення чергових виборчих кампаній. Основними правовими актами є закони України «Про вибори депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, місцевих рад та сільських, селищних, міських голів» [18], «Про вибори народних депутатів України» [19], «Про вибори Президента України» [20].

Особливість і певна відособленість виборчих спорів підкреслюється в ч. 1 ст. 17 КАС України, згідно з якою юрисдикція адміністративних судів поширюється на правовідносини, що виникають у зв'язку зі здійсненням суб'єктом владних повноважень владних управлінських функцій, а також у зв'язку з публічним формуванням суб'єкта владних повноважень шляхом виборів.

Спори, у тому числі щодо оскарження рішень, дій чи бездіяльності виборчих комісій, які винikли поза межами етапів виборчого процесу та/або не стосуються виборчого процесу, не належать до спорів, пов'язаних з виборчим процесом, а тому визначення юрисдикції таких спорів та їх розгляд проводяться в загальному порядку.

Стаття 11 Закону України «Про вибори народних депутатів» дає визначення терміна «виборчий процес», під яким розуміється здійснення суб'єктами виборчого процесу виборчих процедур, передбачених законом [19]. Автори науково-практичного коментаря до попередньої редакції однайменного закону [5, с. 184] дають більш розкрите тлумачення. Так, під виборчим процесом вони розуміють здійснення суб'єктами виборчого процесу передбачених Законом дій (виборчих процедур), у результаті послідовного виконання яких відбувається волевиявлення народу.

Виникнення виборчого спору поза межами виборчого процесу є неможливим. Виборчий процес є різновидом юридичного процесу, який являє собою сукупність визначених законодавством етапів, що послідовно змінюють один одного: складання списків виборців; утворення одномандатних округів; утворення виборчих комісій; висування та реєстрація кандидатів; проведення передвиборної агітації; голосування; підрахунки голосів виборців та встановлення підсумків голосування і результатів виборів.

Суб'єктний склад традиційно розглядається як одна із підстав встановлення видової принадлежності правових спорів. Виборчі спори як спори публічно-правові характеризуються наявністю суб'єкта, наділеного владними повноваженнями. Водночас, беручи до уваги сферу, в якій виборчі спори виникають, на перший план виходить обов'язковість участі у спорі учасника виборчого процесу. При цьому дослідниками у сфері адміністративного процесу неодноразово наголошувалося, що саме виборчі спори становлять виключення із правил визначення суб'єктного складу учасників адміністративного судочинства, оскільки в окремих виборчих спорах суб'єкт владних повноважень є відсутнім.

Предмет виборчого спору охоплюється визначеними у Конституції і спеціальних законах України виборчими правами громадян. Виборчі права є одними з основоположних політичних прав громадян будь-якої демократичної держави. Загальна декларація прав и свобод людини і громадянина, Міжнародний пакт про громадянські і політичні права, Підсумковий документ Копенгагенської Ради з людського виміру ОБСЄ, нарешті, Конституція України закріплюють право громадян обирати й бути обраними до органів державної влади і місцевого самоврядування. Реалізація цих основоположних прав за певних умов може стати предметом спорів, вирішення яких для демократичної держави є неможливим в інші засоби, окрім правових.

Наявність визначеної законодавством форми розгляду й вирішення виборчих спорів так само, як і специфіка порядку вирішення виборчих спорів, характеризує їх особливості. Слід звернути увагу, що на теперішній час, згідно з діючим законодавством, виборчий спір можна вирішити двома шляхами: у судовому та в позасудовому порядку. Під час проведення досліджень виникла необхідність детально проаналізувати обидва способи.

До недавнього часу судовий розгляд справ про вибори становив юрисдикцію загальних судів і відбувався в межах цивільного судочинства. При запровадженні адміністративного судочинства, адаптованого для врегулювання спорів, що виникають у публічно-правовій сфері, виборчі спори у жодному разі не могли залишатися в межах цивільної юрисдикції. Із набранням чинності КАС України процес вирішення справ, які виникають під час виборчого процесу, регламентується виключно зазначеним законодавчим актом. Комpetенція адміністративних судів щодо вирішення виборчих спорів передбачена п. 5 ч. 1 ст. 17 КАС України.

Відповідно до зазначененої норми «комpetенція адміністративних судів поширюється на спори щодо правовідносин, пов'язаних із виборчим процесом чи процесом референдуму».

Особливості провадження у справах, пов'язаних із виборчим процесом, визначаються у ст. ст. 172–179 КАС України. У той же час суттєвим недоліком системи законодавства про вибори є еклектичність систематизації матеріально-правових і процесуальних норм щодо виборів

всіх рівнів. Зокрема, на сьогоднішній день норми, які регламентують порядок судового вирішення виборчих спорів, містяться не лише у КАС України. Кожен із трьох виборчих законів, які діють в Україні, має розділ, присвячений порядку оскарження рішень, дій чи бездіяльності суб'єктів виборчого процесу, тобто порядку вирішення виборчих спорів.

Виходячи з того, що адміністративний процес не можуть регулювати інші закони, крім КАС України, порядок звернення до адміністративного суду, розгляду та вирішення адміністративним судом виборчих спорів не може встановлювати законодавство про вибори. Вчені — представники конституційного та адміністративного права звертають увагу на те, що наявність у виборчих законах процесуальних положень, що стосуються оскарження в судовому порядку рішень, дій та бездіяльності суб'єктів виборчих процесів, вносить певний дисбаланс у зазначений вище механізм захисту прав та інтересів учасників публічно-правових відносин [7, с. 117]. При цьому мова йде не просто про дублювання законодавчих положень, але й про наявність колізій між ними, що зрештою може негативно позначитися на судовій практиці.

Ще одним механізмом вирішення виборчих спорів, як було наведено раніше, є позасудовий порядок. У такому разі органом, який вирішує виборчий спір, є відповідна виборча комісія. Так передбачено у ст. 93 Закону України «Про вибори Президента України» [20] або у ст. 105 Закону України «Про вибори народних депутатів України» [19].

Відповідно до ст. 92 та ч. 1 ст. 93 Закону України «Про вибори Президента України» [20], скарги, що стосуються призначення, підготовки й проведення виборів, розглядаються відповідно виборчою комісією або судом. Таким чином, вищезазначені нормативно-правові акти передбачають можливість позасудового вирішення виборчих спорів. При цьому виборчі закони використовують термін «суб'єкт розгляду скарги», яким можуть бути відповідні виборчі комісії. Слід також підкреслити, що, розглядаючи виборчі спори, виборчі комісії здійснюють застосування відповідних норм права і, відповідно, набувають статусу суб'єкта владних повноважень. Інакше кажучи, виборчі спори може бути розглянуто в позасудовому порядку (деякі вчені використовують термін «адміністративний порядок» [24, с. 8]) або в судовому порядку.

На підставі аналізу законів України «Про вибори Президента України» [20], «Про вибори народних депутатів України» [19], «Про вибори депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, місцевих рад та сільських, селищних, міських голів» [18] можна виокремити виборчі спори, які вирішуються виключно судом, та виборчі спори, яких може бути вирішено відповідно виборчою комісією або судом.

Виключно адміністративними судами в порядку адміністративного судочинства вирішуються такі виборчі спори: а) спори, пов'язані з рішеннями, діями або бездіяльністю Центральної виборчої комісії; б) спори, пов'язані з рішеннями, діями або бездіяльністю органу виконавчої влади, органу місцевого самоврядування, підприємства, установи,

організації, їхньої посадової чи службової особи; в) спори, пов'язані з рішеннями або діями об'єднання громадян, виборчого блоку, їхньої посадової особи або уповноваженого представника, діяльність яких тою чи іншою мірою торкається виборчого процесу, окрім рішень і дій, які належать до їхньої внутрішньої організаційної діяльності або їхньої виняткової компетенції; г) спори, пов'язані з діями або бездіяльністю засобів масової інформації, їх власників і службових посадовців, які порушують установлені законом порядок діяльності засобів масової інформації під час виборчого процесу, у тому числі щодо передвиборної агітації, зокрема, стосовно вимоги спростування опублікованих ними неправдивих відомостей про кандидата або партію (блок), що висунули кандидата.

В адміністративному суді чи у виборчій комісії на вибір особи, яка ініціює виборчий спір, вирішуються такі спори: а) спори, пов'язані з діями або бездіяльністю засобів масової інформації, їх посадових і службових осіб, у тому числі творчих представників, що порушують установлені законом порядок діяльності засобів масової інформації під час виборчого процесу, у тому числі стосовно передвиборної агітації, зокрема стосовно вимоги спростування опублікованих ними неправдивих відомостей про кандидата або партію (блок), які висунули кандидата, якщо суб'єктом звернення зі скаргою є кандидат на пост президента України, партія (блок); б) спори щодо дій чи бездіяльності кандидатів на представницькі посади, партій, що висунули таких кандидатів, блоків чи місцевих організацій таких партій, а також блоків місцевих організацій партій; в) спори щодо рішень, дій чи бездіяльності виборчої комісії, членів такої комісії.

Порядок вирішення виборчих спорів виборчими комісіями згідно з законом визначається Центральною виборчою комісією з урахуванням положень Конституції та кореспондуючих розділів відповідних виборчих законів. Як приклад можна навести Постанову Центральної виборчої комісії від 8 грудня 2009 р. «Про порядок розгляду скарг виборчими комісіями з виборів Президента України» [21], яка є обов'язковою для всіх виборчих комісій.

У будь-якому разі виборчий спір вирішується в порядку, встановленому нормами адміністративного або адміністративно-процесуального права, незалежно від того, чи є такий порядок судовим або позасудовим. Таким чином, можна говорити про те, що виборчий спір у його розумінні як особливий різновид юридичної справи слід використовувати як адміністративну категорію.

Порівняльний аналіз механізму судового розгляду виборчих спорів, а також норм діючого законодавства, які визначають розгляд виборчих спорів у позасудовому порядку, дозволив визначити їх найбільш суттєві відмінності:

— рішення адміністративного суду, що набуло чинності у встановленому законом порядку, є обов'язковим для виконання на всій території України. Таке правило гарантується відповідними статтями Криміналь-

ного кодексу України, які передбачають відповідальність посадових осіб за невиконання або неналежне виконання рішення суду. На відміну від рішень адміністративних судів, рішення виборчих комісій та комісій з референдуму не гарантується охоронувальними нормами Кримінального кодексу України. Законна сила рішення по справі та можливість виконання такого рішення — це одна з найважливіших складових механізму поновлення порушених прав під час виборчого процесу чи процесу референдуму [26, с. 8]. За таких умов рішення виборчої комісії, що набуло чинності, гарантовано виконується лише у тому разі, якщо виконання рішення здійснюється автоматично під час його проголошення. Прикладом можуть бути рішення щодо скасування реєстрації кандидата, партії чи блоку; рішення про проголошення попередження учасників виборчого процесу тощо;

— під час судового розгляду справи, що виникає з виборчого процесу, у встановленому законом порядку можуть бути застосовані засоби процесуального примусу. До таких засобів можна зарахувати попередження, видалення із залі судового засідання, застосування приводу свідка, експерта, перекладача та накладення штрафу за неповагу до суду. Суспільний порядок та дотримання встановлених правил всіма учасниками провадження з розгляду виборчого спору відповідною комісією не забезпечується такими засобами. Відповідно до п. 7.7 Порядку розгляду скарг виборчими комісіями з виборів Президента України, затвердженого постановою Центральної виборчої комісії України № 432 від 8 грудня 2009 р. [21], виборча комісія під час розгляду справи може прийняти мотивоване рішення про позбавлення присутніх осіб права участі в засіданні виборчої комісії, якщо вони перешкоджають його проведенню. За таких обставин особа, яку позбавлено права бути присутньою на засіданні комісії, зобов'язана залишити приміщення самостійно. У разі, якщо перешкодження розгляду справи буде тривати, до такої особи може бути застосовано засоби примусу в загальному порядку правоохоронними органами;

— судові органи наділені більшим обсягом повноважень, які пов'язані з дослідженням доказів. Під час судового розгляду справи, що виникає із правовідносин, пов'язаних із виборчим процесом, учасники процесу наділені правом заявляти клопотання про допит свідка з метою отримання доказів. Разом із тим вичерпний перелік доказів, які досліджуються виборчими комісіями під час розгляду аналогічної справи, міститься у п. 9.1 Порядку розгляду скарг виборчими комісіями з виборів Президента України, затвердженого постановою Центральної виборчої комісії України № 432 від 8 грудня 2009 р. [21], і є значно вужчим.

Наведені відмінності дозволяють зробити висновок, що адміністративний порядок вирішення виборчих спорів не створює для учасників виборчого процесу всіх умов для захисту своїх виборчих прав. Підтвердженням цього є позиція законодавця, який при вирішенні виборчих спорів надає перевагу саме судовим органам. Так, відповідно до ст. 93

Закону України «Про вибори Президента України» якщо скаргу прийнято судом до розгляду і з того ж питання та з тих же підстав її подано також до виборчої комісії, виборча комісія зупиняє розгляд скарги до набрання рішенням суду законної сили [20].

Слід також звернути увагу на зауваження і пропозиції Консорціуму громадських організацій щодо проекту закону «Про вибори народних депутатів України», в яких серед інших зазначається доцільність скасування можливості оскарження рішень, дій та бездіяльності, що стосуються виборів до виборчих комісій [22].

Адміністративне судочинство, як механізм, в якому передбачено збалансовані можливості учасників щодо захисту своїх прав, має беззаперечні переваги у порівнянні з позасудовим (адміністративним) порядком розгляду й вирішення такого важливого різновиду публічно-правових спорів, як виборчі спори. Зважаючи на це, виборчий спір можна визнати як справу адміністративної юрисдикції.

Узагальнюючи досліджені ознаки виборчих спорів як різновид публічно-правових спорів, можна виокремити такі їхні характерні риси: а) хоча б однією із сторін виборчого спору є учасник виборчого процесу; б) кожен з учасників виборчого спору по-різному усвідомлює обсяг виборчих прав та обов'язків; в) законодавство передбачає порядок вирішення спору у формі позовного провадження в адміністративному суді або заявної процедури в уповноваженій виборчій комісії; г) основним завданням вирішення виборчого спору є дотримання, захист чи відновлення прав, свобод і законних інтересів учасників виборчого процесу, інтересів держави чи територіальної громади.

Виходячи з розуміння виборчого спору як різновиду публічно-правового спору, можна запропонувати його уточнене визначення: виборчий спір — це справа адміністративної юрисдикції за позовом суб'єктів виборчого процесу з приводу порушення їхніх прав, свобод та інтересів під час призначення, підготовки й проведення виборів.

Література

- Бринцев О. В. Сутність правових спорів у сфері підприємництва та способи їх вирішення : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / О. В. Бринцев ; Нац. юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого. — Х., 2001. — 20 с.
- Грибок І. О. Поняття, структура та зміст інституту адміністративного оскарження / І. О. Грибок // Бюлєтень Міністерства юстиції України. — 2003. — № 9. — С. 53–61.
- Езеров А. А. К понятию конституціонного конфлікта / А. А. Езеров // Юридический вестник. — 2006. — № 3. — С. 94–100.
- Зайцев И. М. Структура спора о праве / И. М. Зайцев // Вопросы теории охранительных правоотношений : материалы науч. конф. / [редкол.: В. В. Бутнев, И. М. Зайцев, Е. А. Крашенинников ; отв. ред. В. Н. Протасов]. — Ярославль : Изд-во Ярослав. ун-та, 1991. — С. 22–25.
- Закон України «Про вибори народних депутатів України» : наук.-практ. комент. / [під заг. ред. М. М. Рябця]. — К. : Укр. інформ.-правовий центр, 2002. — 355 с.

6. Зеленцов А. Б. Административно-правовой спор (теоретико-методологические подходы к исследованию) / А. Б. Зеленцов // Правоведение. — 2000. — № 1. — С. 46–49.
7. Кальченко С. Особливості застосування положень Кодексу адміністративного судочинства України щодо оскарження порушень виборчого законодавства / С. Кальченко // Юридичний журнал. — 2005. — № 11. — С. 115–121.
8. Клімова Г. Юридичний конфлікт : причини і сутність / Г. Клімова // Вісник Академії правових наук. — 2002. — № 1. — С. 99–105.
9. Кодекс адміністративного судочинства України : Закон України від 6 лип. 2005 р. № 2747-IV // Офіційний вісник України. — 2005. — 26 серп., № 32. — Ст. 1918.
10. Лазор В. В. Проблеми правового регулювання трудових спорів і конфліктів за умов формування ринкових відносин в Україні : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.05 / В. В. Лазор ; Київ. нац. ун-т ім. Тараса Шевченка. — К., 2005. — 40 с.
11. Лупарев Е. Б. Понятие и признаки административно-правового спора / Е. Б. Лупарев // Журнал российского права. — 2002. — № 2. — С. 44–51.
12. Лупарев Е. Б. Соотношение административно-правовых и других категорий юридических споров / Е. Б. Лупарев // Российская юстиция. — 2003. — № 1. — С. 29–31.
13. Матвійчук В. К. Кодекс Адміністративного судочинства України : наук.-практ. комент. / В. К. Матвійчук, І. О. Хар. — К. : КНТ, 2007. — 786 с.
14. Матиєвский М. Д. Спор о праве в советском гражданском процессе : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / М. Д. Матиевский. — М., 1978. — 25 с.
15. Осадчий А. Адміністративно-правовий спір як засіб захисту прав громадян у сфері виконавчої влади / А. Ю. Осадчий // Актуальні проблеми держави і права. — 2001. — Вип. 12. — С. 150–153.
16. Осадчий А. Ю. Публічно-правовий спір як предмет адміністративного судочинства / А. Ю. Осадчий // Наукові праці Одеської національної юридичної академії. — 2005. — Т. 4. — С. 186–192.
17. Побирченко И. Г. Хозяйственная юрисдикция / И. Г. Побирченко. — К. : РИО МВД УССР, 1973. — 252 с.
18. Про вибори депутатів Верховної Ради автономної республіки Крим, місцевих рад та сільських, селищних, міських голів : Закон України від 10 лип. 2010 р. № 2487-VI // Відомості Верховної Ради України. — 2010. — № 35–36. — Ст. 491.
19. Про вибори народних депутатів України : Закон України від 25 берез. 2004 р. № 1665-IV // Відомості Верховної Ради України. — 2004. — № 27–28. — Ст. 366.
20. Про вибори Президента України : Закон України від 5 берез. 1999 р. № 474-XIV // Відомості Верховної Ради України. — 1999. — № 14. — Ст. 81.
21. Про порядок розгляду скарг виборчими комісіями з виборів Президента України : постанова Центральної виборчої комісії від 8 груд. 2009 р. № 642 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://cvk.gov.ua>.
22. Пропозиції Консорціуму громадських організацій щодо проекту закону «Про вибори народних депутатів України» [Електронний ресурс]. — Режим доступу : [http://cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=v043235\(52\)](http://cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=v043235(52)).
23. Самсін І. Судовий розгляд справ про вибори / І. Л. Самсін // Вибори та демократія : наук.-просвіт. правн. журн. — 2007. — № 1. — С. 4–21.
24. Самсін І. Л. Адміністративне судочинство як механізм захисту прав учасників виборчого процесу / І. Л. Самсін // Вісник Верховного Суду України. — 2006. — № 2. — С. 2–12.
25. Скакун О. Ф. Теорія держави і права (Енциклопедичний курс) / О. Ф. Скакун. — Х. : Еспада, 2006. — 776 с.
26. Смокович М. Визначення поняття та належності виборчого спору / М. Смокович // Вибори та демократія : наук.-просвіт. правн. журнал. — 2009. — № 4. — С. 4–18.
27. Сьоміна В. А. Проблеми законодавчого регулювання та практики розгляду адміністративно-правових спорів : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07 / В. А. Сьоміна ; Нац. юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого. — Х., 2005. — 19 с.

28. Уткин Э. А. Конфликтология. Теория и практика / Э. А. Уткин. — М. : Ассоц. авт. и издателей «ТАНДЕМ» : ЭКМОС, 2000. — 272 с.
29. Хаманева Н. Ю. Административно-правовые споры : проблемы и способы их разрешения / Н. Ю. Хаманева // Государство и право. — 2006. — № 11. — С. 5–13.
30. Чумакова О. В. Административно-правовые споры в сфере регистрации юридических лиц : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / О. В. Чумакова. — М., 2008. — 19 с.

А н о т а ц і я

Ківалов С. В. Виборчий спір як різновид публічно-правового спору. — Стаття.

Виборчий спір належить до групи публічно-правових спорів і характеризується особливостями предмета, суб'єктного складу та передбаченими законодавством способами розгляду і вирішення. Специфіка зовнішнього вираження виборчого спору та напрямки розвитку виборчого процесуального законодавства зумовлюють можливість визначення виборчих спорів як справи адміністративної юрисдикції за позовом суб'єктів виборчого процесу з приводу порушення їхніх прав, свобод та інтересів під час призначення, підготовки й проведення виборів.

Ключові слова: юридичний конфлікт; публічно-правовий спір; виборчий спір; справа адміністративної юрисдикції; адміністративне судочинство у справах, пов'язаних із виборчим процесом.

А н н о т а ц і я

Ківалов С. В. Избирательный спор как разновидность публично-правового спора. — Статья.

Избирательный спор относится к группе публично-правовых споров и характеризуется особенностями предмета, субъектного состава и предусмотренными законодательством способами рассмотрения и решения. Специфика внешнего выражения избирательного спора и направления развития избирательного процессуального законодательства обуславливает возможность определения избирательных споров как дела административной юрисдикции по иску субъектов избирательного процесса по поводу нарушения их прав, свобод и интересов при назначении, подготовке и проведении выборов.

Ключевые слова: юридический конфликт; публично-правовой спор; избирательный спор; дело административной юрисдикции; административное судопроизводство по делам, связанным с избирательным процессом.

S u m m a r y

Kivalov S. V. Election disputes as a type of public-legal dispute. — Article.

Election dispute is a type of public-legal disputes group and is characterized by special subject, subjective content and ways of consideration and decision that are stipulated in the legislation. Special features of internal side of the election dispute and directions of election procedural legislation development lead to the possibility of definition of the election dispute as a administrative jurisdiction case on the suit of subjects of election process concerning violation of their rights, freedoms and interests in the process of election fixing, preparing and implementation.

Keywords: legal conflict, public-legal dispute, election dispute, administrative jurisdiction case, administrative legal proceeding in cases connected with election process.

УДК 340:572.02:572.5

B. B. Завальняк

СОМАТИЧНІ ПРАВА ЛЮДИНИ З ПОЗИЦІЙ ЮРИДИЧНОЇ АНТРОПОЛОГІЇ

Сучасна вітчизняна юриспруденція багато в чому зберегла соціоцентрну парадигму права, згідно з якою метою, центром та витоком правового регулювання були суспільні відносини, людина ж редукувалася до участника суспільних відносин, поведінка якого регулювалася за допомогою різного роду норм, головне місце серед яких займало право. Звідси — трактування людини у більшості галузей права як «фізичної особи» та «громадянина». Більш складна за своєю будовою та змістом концепція біосоціальної природи людини, будучи визнаною психологією та іншими гуманітарними науками, практично не знаходила свого застосування у праві. Ця ситуація докорінно змінилася під впливом останньої (поки що) технологічної революції в історії людства — інформаційної. Вона стала таким же поштовхом для формування нового покоління прав людини, як індустріальна революція для формування системи соціальних прав.

Науково-технічний прогрес, зокрема досягнення медицини, генетики, біології та хімії, поставив людину в якісно інший стан. З'явилася реальна можливість не тільки впливати на навколишній світ та трансформувати його, але змінювати саме людське тіло. Людина отримала можливість припиняти своє життя або життя своїх близьких, обирати сексуальну орієнтацію і навіть стать. Роботодавець на підставі генетичних даних може відмовити в прийомі на роботу. Люди однієї статі можуть вступати в шлюб і всиновлювати дитину або завдяки репродуктивним технологіям мати свою дитину. Для підтримки життя людини можна використовувати складні механізми, для відновлення функцій організму — трансплантувати тканини та органи, для оновлення організму та покращання якості життя — використовувати стовбурові клітини.

Ця нова ситуація породжує проблеми, які мають велике моральне, соціальне, юридичне, релігійне, економічне значення. Один з вимірів цієї нової суспільної ситуації — поява та юридичне оформлення категорії

соматичних прав людини. Термін «соматичний» має давньогрецьке коріння (від грец. *soma* — тіло). Він був уведений в науковий обіг німецьким зоологом А. Вейсманом у XIX ст. для позначення тіла організму, його «смертної» частини. Термін «соматичні права» зобов'язаний своєю появою російському правознавцю В. І. Круссу, який виводить їх з упевненості у володінні людиною правом самостійно розпоряджатися своїм тілом [1, с. 43].

Теоретичні, конституційно-правові та галузеві проблеми соматичних прав людини розглядалась у працях А. А. Абашидзе, А. І. Ковлера, Ю. А. Дмитрієва, О. Е. Старовойтової, М. О. Лаврика, А. В. Дерипаски, О. С. Капінус, Т. І. Тараконич, А. М. Цалієва та О. Т. Сланова, О. Р. Шишкі, С. Г. Стеценка, І. Я. Сенюти та ін. На переконання О. Е. Старовойтової, сьогодні можна говорити про формування нових напрямів у науці: правова соматологія, правова трансплантологія та правова танатологія [2, с. 8, 14].

На думку М. О. Лаврика, термін «соматичні права» є полісемантичним і може використовуватися: 1) у дискусіях щодо тілесності людини з позиції прав людини; 2) для позначення домагань людини до суспільства щодо самостійного розпорядження власною тілесністю (частина цих домагань може набути статусу суб'єктивних прав); 3) у вузькоюридичному сенсі — як визнану суспільством та державою можливість розпорядження людиною власним тілом [3].

Метою статті є з'ясування місця соматичних прав у системі прав людини з позиції юридичної антропології та їх позитивного оформлення у національному праві.

Дослідники соматичних прав у пошуках відповідного їм місця в системі прав людини, як правило, зазначають їх особистісний характер (спочатку В. І. Крусс використовував терміни «соматичний» та «особистісний» як синоніми). А. І. Ковлер взагалі уникає терміна «соматичні права», використовуючи натомість термін «особистісні права». На його думку, особистісні права є різновидом особистих [4, с. 427]. Зазначимо, що вітчизняний, використовуваний в українському та російському праві та правовій науці, термін «особисті права» має свій аналог у міжнародному праві, де він звучить як «громадянські права», невіддільні від людини. На нашу думку, термін «особистісні права» є невдалим через те, що усі права (громадянські, політичні, соціальні, економічні тощо) належать особистості — тобто людині. Цей термін не показує відмінностей прав по розпорядженню своїм тілом від інших груп прав людини. Тому більш доцільним і коректним є використання терміна «соматичні права». Під соматичними правами розуміється юридично закріплений дозвіл на розпорядження людиною своїм тілом. Форми юридичного закріплення соматичних прав можуть бути різними (нормативно-правовий акт, нормативний договір, судова практика, особливо це стосується практики міжнародних та регіональних судів). Різними є рівні закріплення соматичних прав (М. О. Лаврик називає міжнародний та державний,

який у свою чергу поділяється на федеральний та рівень суб'єктів федерації [3]). Можливо, як і щодо усіх інших прав встановлення певних юридичних обмежень на користування ними, головне тут — принципове визнання такого права.

Нерідко місце соматичних прав у системі прав людини визначають через категорію четвертого покоління прав людини [5]. На нашу думку, це твердження слід використовувати з обережністю, зважаючи на те, що третє покоління прав людини за своєю природою містить права, які властиві не індивіду, а спільнотам — націям, народам, національним меншинам (право народу на розвиток, право нації на самовизначення тощо). До того ж трете покоління прав людини онтологічно походить і належить до міжнародного права прав людини, тоді як перше та друге, а тепер й четверте покоління прав людини формуються передовсім у рамках національних правових систем.

На нашу думку, місце соматичних прав у системі прав людини слід визначати, керуючись принципом дихотомії, за яким відповідно до суб'єкта-носія розрізняють індивідуальні та колективні права. В цьому сенсі соматичні права слід поставити на перше місце серед індивідуальних прав, зважаючи на те, що усі інші так чи інакше реалізуються у правових відносинах з іншими суб'єктами (у тому числі — з державою та її органами, трудовими колективами, об'єднаннями громадян). І лише соматичні права — це «людське, надто людське».

За О. Е. Старовоїтовою, до соматичних прав слід відносити право на трансплантацію органів та тканин, на аборт, клонування, репродуктування, на розпорядження життям власного тіла [2, с. 7]. Наведемо також більш розгорнуту класифікацію соматичних прав, розроблену російським правознавцем М. О. Лавриком [3]:

- 1) право на смерть — свобода людини свідомо та добровільно припинити своє життя обраним та доступним для неї способом;
- 2) права людини щодо її органів і тканин;
- 3) сексуальні права людини. М. О. Лаврик розуміє під ними можливість шукати, одержувати і передавати інформацію, що стосується сексуальності, сексуальну освіту, вибір партнера, можливість вирішувати, бути людині сексуально активною або ні, самостійно вирішувати питання про добровільні сексуальні контакти, вступ до шлюбу; питання про легалізацію проституції, оборот порнографічної продукції та правове регулювання становища сексуальних меншин;
- 4) репродуктивні права людини (позитивного характеру: штучне запліднення і негативного характеру: аборт, стерилізація, контрацепція);
- 5) право на зміну статі;
- 6) право на клонування як усього організму так і окремих органів (тобто репродуктивне та терапевтичне клонування);
- 7) право на вживання наркотиків і психотропних речовин.

Перш за все зазначимо, що наведений М. О. Лавриком перелік є продуктом узагальнення не стільки норм позитивного, скільки природного

(умоглядного) права. По-друге, як видається, він сформований з урахуванням концепції поколінь прав людини, що зумовлює його неповноту, оскільки автор не відносить до цього переліку права явно соматичного характеру в силу того, що вони уже «анкеровані» першим поколінням прав людини. Таким визначальним первинним правом є право на життя. Деякі соматичні права пройшли повз уваги автора. Так, зокрема, до переліку не увійшли право людини на повагу до її фізичної та психічної цілісності, зазначені ст. 3 Хартії основоположних прав Європейського Союзу, право на зміну зовнішності тощо.

Зазначимо також недоліки інших формулювань автора. Так, формулювання «право на смерть» неможливо вивести з права на життя, оскільки смерть є запереченням життя; смерть як неминуче явище сама по собі не потребує юридичної регламентації, тим більше захисту. Окрімозазначимо, що у більшості держав світу на сьогодні таке неприродне припинення життя, як самогубство (якщо воно не зумовлено стороннім впливом), стоїть за межами правового регулювання (і не заборонено і не дозволено). Тому, як уявляється, коректніше говорити не про право на смерть, а про право на припинення життя без страждань та болі (eutanasію). Еутаназія визнана як правомірна дія лише у декількох країнах. У більшості — навпаки, суверо заборонена під страхом кримінальної відповідальності.

Права людини щодо її органів і тканин, як видається, є, скоріше, не правами, а правовим інститутом, який у свою чергу включає субінсти тути прав донора, прав реципієнта, нормативного регулювання трупного донорства.

І, нарешті, формулювання права на вживання наркотиків і психотропних речовин видається невдалим, оскільки створює ілюзію про правомірність цієї поведінки. Сам автор має на увазі законодавчий дозвіл на вживання легких наркотиків у деяких країнах. Як видається, це, скоріше, має бути право на медичне вживання наркотиків та психотропних речовин. А це право, у свою чергу, є різновидом права людини на лікування свого тіла або, принаймні, на покращання якості її життя (таким, наприклад, є вживання наркотиків інкурабельним онкохворим). До цього права слід віднести інститут прав пацієнта.

Як й інші права, соматичні права є мірою можливої поведінки, з акцентом на слові «міра». Тобто, на наш погляд, усі вони підлягають обмеженням (хоча є й протилежна точка зору — домагання соматичного характеру спрямовані на фізіологію особистості, її тіло). Тому питання про це має вирішуватися самостійно, і свобода в цьому разі не повинна бути обмежена законом, оскільки це веде до насильства над індивідуальною природою людини [6, с. 403]). Так, щодо усього комплексу соматичних прав — «прав людського тіла» — вводяться правила: неготовність розпоряджатися (мого тіла не можна торкатися без моєї згоди), непридатність для продажу (не можна торгувати людським тілом), неможливість майнового режиму (не можна ставитися до тіла як до майна).

Рівень визнання соматичних прав у різних державах є неоднаковим. У нижеприведеній таблиці показано стан закріплення соматичних прав в українському законодавстві.

Таблиця

Соматичні права людини в українському законодавстві

Право	Законодавче закріплення
1. право на життя	закріплено ст. 27 Конституції України. Охороняється кримінально-правовими заборонами
2. право на цілісність особистості (фізичну та психічну цілісність)	непряме закріплення ст. 121 Кримінального кодексу України
3. права на зовнішність	
3.1. право на неповторність зовнішнього вигляду	непряме закріплення ст. 121 Кримінального кодексу України
3.2. право на зміну зовнішнього вигляду	частково врегульоване наказом Міністерства охорони здоров'я СРСР від 28.12.1982 р. № 1290 «Про заходи по вдосконаленню надання косметологічної допомоги населенню»
4. права на донорство	закріплено ст. ст. 46–47 Основ законодавства про охорону здоров'я, ст. 290 Цивільного кодексу України, Законом України «Про трансплантацію органів та інших анатомічних матеріалів людині»
4.1. право на трансплантацію тканин та органів від живого донора	закріплено ст. ст. 12–14 Закону України «Про трансплантацію органів та інших анатомічних матеріалів людині»
4.2. право на трупну трансплантацію	закріплено ст. 16 Закону України «Про трансплантацію органів та інших анатомічних матеріалів людині»
4.3. презумпція згоди на трупне донорство	відсутня
5. сексуальні права людини	відсутнє пряме закріплення
5.1. свобода вибору сексуального партнера	відсутнє пряме закріплення. Непрямо закріплено нормами кримінального законодавства, яке карає за злочини проти статевої свободи
5.2. право на добровільні сексуальні контакти	непряме закріплення шляхом заборони сексуальних домагань та покарання за злочини, що посягають на статеву свободу
5.3. право на вступ до шлюбу	закріплено ст. 51 Конституції України
5.4. легальність проституції	відсутня

Закінчення табл.

Право	Законодавче закріплення
5.5. оборот порнографічної продукції	заборонений ст. 2 Закону України «Про захист суспільної моралі» та нормами кримінального законодавства
4.6. право на вибір сексуальної орієнтації	відсутнє пряме закріплення. Непрямо визнається наявність такого права
6. репродуктивні права людини	
6.1. право на штучне запліднення	закріплено
6.2. право на сурогатне материнство	непряме закріплення ст. 48 Основ законодавства про охорону здоров'я та ст. 123 Сімейного кодексу України, ст. 281 Цивільного кодексу України
6.3. право на штучне переривання вагітності	закріплено ст. 50 Основ законодавства про охорону здоров'я, ст. 281 Цивільного кодексу України
6.4. право на контрацепцію	відсутнє пряме закріплення. Непрямо визнається наявність такого права
6.5. право на стерилізацію	закріплено ст. 49 Основ законодавства про охорону здоров'я, ст. 281 Цивільного кодексу України
7. право на зміну (корекцію) статі	закріплено ст. 51 Основ законодавства про охорону здоров'я
8. право на клонування	
8.1. репродуктивне клонування	заборонено Законом України «Про заборону репродуктивного клонування людини»
8.2. терапевтичне клонування	не врегульовано
9. право на лікування свого тіла	
9.1. права пацієнта	закріплені Основами законодавства про охорону здоров'я
9.2. медичне вживання наркотичних та психотропних речовин	закріплено підзаконними актами, які регулюють обіг наркотичних речовин
9.3. вживання наркотичних засобів або психотропних речовин без призначення лікаря	заборонено
10. право на розпорядження своїм життям	
10.1. право пожертвувати своїм життям	не закріплено
10.2. еутаназія	заборонена ст. 53 Основ законодавства про охорону здоров'я, ст. 281 Цивільного кодексу України

У підсумку зазначимо, що категорія соматичних прав має знайти своє місце в рамках теорії та філософії права, антропології та соціології права. Не можна не погодитись з. В. І. Круссом, який вказує на назрілу необхідність перейти від дослідження окремих, більш-менш вузьких фрагментів, до фундаментального комплексного аналізу проблем соматичних прав з метою вироблення не тільки наукового, а й загального нормативного рішення [7, с. 174]. Антропологічний підхід до цієї категорії, як видається, здатний просунути до центру правової системи людину, сприяти перетворенню її із соціоцентричної на персоноцентричну.

Література

1. Крусс В. И. Личностные («соматические») права человека в конституционном философско-правовом измерении: к постановке проблемы / В. И. Крусс // Государство и право. — 2000. — № 10. — С. 43–50.
2. Старовойтова О. Э. Юридический механизм реализации и защиты соматических прав человека и гражданина в Российской Федерации : историко-правовой и теоретический анализ : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.01 / Старовойтова Ольга Эдуардовна. — СПб., 2006. — 453 с.
3. Лаврик М. А. К теории соматических прав человека / М. А. Лаврик // Сибирский юридический вестник. — 2005. — № 3. — С. 16–26.
4. Ковлер А. И. Антропология права : учебник / А. И. Ковлер. — М. : Норма (Норма-ИНФРА), 2002. — 467 с.
5. Абашидзе А. А. Новое поколение прав человека: соматические права / А. А. Абашидзе, А. М. Солнцев // Московский журнал международного права. — 2009. — № 1. — С. 69–82.
6. Цалиев А. М. Право на телесную, физическую свободу человека в контексте теории соматических прав / А. М. Цалиев, О. Т. Сланов // Право и политика. — 2008. — № 2. — С. 400–403.
7. Крусс В. И. Соматические права человека в соотношении православной антропологии С. Л. Франка и философии экологического кризиса В. Хесле / В. И. Крусс // Медicina, этика, религия и право : материалы науч. конф. — М., 2000. — С. 171–189.

Анотація

Завальнюк В. В. Соматичні права людини з позицій юридичної антропології. — Стаття.

Застосований антропологічний підхід до четвертого покоління прав людини. Зроблений висновок про необхідність віднесення соматичних прав до групи індивідуальних прав людини. Запропонована система соматичних прав людини в українському законодавстві.

Ключові слова: соматичні права, четверте покоління прав людини, юридична антропологія, персоноцентрична правова система.

Аннотация

Завальнюк В. В. Соматические права человека с позиций юридической антропологии. — Статья.

Применен антропологический подход к четвертому поколению прав человека. Сделан

вывод о необходимости отнесения соматических прав к группе индивидуальных прав человека. Предложена система соматических прав человека в украинском законодательстве.

Ключевые слова: соматические права, четвертое поколение прав человека, юридическая антропология, персоноцентрическая правовая система.

S u m m a r y

Zavalnyuk V. V. Somatic Human Rights from the Standpoint of Legal Anthropology. — Article.

Anthropological approach to the fourth generation of human rights is used. The need of referring somatic rights to the group of individual human rights is concluded. The system of somatic human rights in Ukrainian law is proposed.

Keywords: somatic rights, the fourth generation of human rights, legal anthropology, personocentric legal system.

УДК 342(477)(075.8)

М. П. Орзіх, А. А. Єзеров

**КОНСТИТУЦІЯ УКРАЇНИ ДІЄ,
КОНСТИТУЦІЙНІ ПЕРЕТВОРЕННЯ ТРИВАЮТЬ
(до 15-ї річниці Конституції України)**

Історія українських конституцій, що бере свій початок з 1710 року, наочно демонструє одну стала ознаку, у тій чи іншій мірі характерну вітчизняним основним законам — нереалізованість. Починаючи від «Пактів і конституцій...» Пилипа Орлика, дослідники кажуть про значний потенціал, про здобутки правової думки, про прагнення до самовизначення, але ѹ Конституція Пилипа Орлика, і Конституція Української Народної Республіки, і всі радянські конституції або не набували чинності, або мали здебільшого декларативний характер.

Історичний шанс новітньої доби національного державотворення знайшов своє втілення у Конституції України 1996 року, яка є чинною вже п'ятнадцять років, але, як ѹ «попередниці», потерпає від переваги права сили над силою права, правового нігілізму та правового популізму. Це вирішальним чином применшує ѹ роль і значення в утвердженні правової соціальної держави в Україні, принижує ѹ статус як установчого документа, акта вищої юридичної сили. Тому ключовим напрямком сучасних конституційних перетворень мають стати не стільки втручання в ѹ текст, а підвищення правової культури ѹ «користувачів» та «споживачів».

Але, слід відразу зауважити, що Конституція не є «священою коровою», і вона може бути змінена, якщо на те буде воля Українського народу як суб'єкта, що єдиний має право утвержувати та змінювати конституційний лад в країні. Якою б досконалою не була Конституція (а Конституція України 1996 року є виваженим документом і юридично якісним продуктом європейської суспільно-політичної думки кінця ХХ століття), настає час, коли вона перестає частково або повністю відповідати суспільним відносинам, що динамічно розвиваються.

Приміром, така доля спіткала Конституцію УРСР 1978 року, яка, будучи прийнятою в умовах перебування України у складі радянської

федерації соціалістичного типу, на початку 1990-х років навіть із численними змінами перестала відповідати суспільним реаліям, втратила юридичну силу. Саме з часу перших змін до Конституції УРСР 1978 року і бере початок новітній конституційний процес в Україні.

Отже, 27 жовтня 1989 року був прийнятий закон про зміни до Конституції, що передбачав суттєві зміни у статусі рад (чисельність, термін повноважень, порядок проведення виборів), неприпустимість суміщення депутатського мандата з посадами у Раді Міністрів, виконкомах рад, суддів тощо, розширення кола суб'єктів, що мали право висувати кандидатів на виборах до рад і головне — встановлював альтернативні вибори. Крім того, впроваджувався інститут конституційного нагляду у вигляді Комітету конституційного нагляду УРСР, встановлювалася виборність суддів.

Майже рівно через рік, 24 жовтня 1990 року, зміни, внесені до Конституції, торкнулися основоположних на той час норм: принцип демократичного централізму у статті 3 змінений на засади виборності всіх органів влади, підзвітності їх народу, скасовано славнозвісну статтю 6 про керівну роль КПРС у суспільстві, встановлено багатопартійність.

Зміни, що вносилися до Конституції у 1991 році, стосувалися перейменування Ради Міністрів на Кабінет Міністрів, впровадження поста Президента України, встановлення автономії Криму, статусу прокуратури.

14 лютого 1992 року прийнято закон, яким внесено зміни до багатьох положень Конституції, змінені назви її розділів, а також здійснено комплексний розподіл повноважень вищих органів державної влади. Це було зумовлено новим незалежним статусом держави, якого Україна набула напередодні після референдуму 1 грудня 1991 року та денонсації Союзного договору 8 грудня 1991 року.

Зміни до Конституції наступних років здебільшого стосувались статусних та компетенційних питань, були важелем у політичній боротьбі.

А паралельно із змінами до чинної Конституції приймалися акти, які мали більшу історичну та соціальну значущість, більшу юридичну силу та, зважаючи на це, визначали характер змін до чинної Конституції. Йдеться про Декларацію про державний суверенітет України, Акт проголошення незалежності України, закони про правонаступництво та про економічну самостійність. Положення цих актів мають визначальне значення для ідентифікації України як суверенної держави. Тому чинна на той час Конституція повинна була приводитися у відповідність до цих актів. Тобто мав місце зворотний процес: не інші акти приводилися у відповідність до Конституції, а Конституція — у відповідність до них. Все це обумовлювало нагальну необхідність якнайшвидшого прийняття нової Конституції нової держави.

Тому одночасно з описаними подіями тривав процес підготовки нової Конституції, для чого Верховною Радою України було утворено Конституційну комісію 3 серпня 1990 року у складі п'ятдесяти осіб, серед яких

були Голова Верховної Ради та його заступники, голови всіх обласних рад, голови відповідних комісій Верховної Ради, представники всіх політичних партій, а також юристи-науковці. Але вже 24 жовтня 1990 року Верховна Рада утворила нову Конституційну комісію у складі п'ятдесяти дев'яти осіб, з яких сорок вісім були народними депутатами.

Конституційною комісією була утворена робоча група на чолі із видатним конституціоналістом Л. Юзьковим, яка 4 грудня 1990 року представила Комісії проект Концепції нової Конституції України. Спершу проект Концепції передбачав конституціювання моделі федераційної президентської республіки з двопалатним парламентом, з позбавленням прокуратури самостійного статусу. Але в ході гострих дискусій у самій робочій групі, Конституційній комісії, а після винесення проекту на розгляд народних депутатів — у Верховній Раді ці ідеї були відкинуті. 19 червня 1991 року Верховна Рада затвердила Концепцію нової Конституції України трьохстами голосами та доручила Конституційній комісії підготувати на її основі проект нової Конституції до кінця 1991 року [1].

Такий проект був підготовлений, хоч і з деякими розбіжностями відносно Концепції, і поданий для розгляду Конституційною комісією, яка розглядала його близько півроку, збираючись для цього на свої заходи тричі — 23 березня, 24 квітня та 5 червня 1992 року. Основними дискусійними питаннями були структура і назва парламенту, розподіл повноважень між вищими органами влади, статус місцевої влади і самоврядування.

1 липня 1992 року Верховна Рада схвалила цей проект та винесла його на всенародне обговорення. Він складався з 10 розділів, 21 глави і 258 статей. Вплив цього проекту на подальшу роботу з підготовки Конституції був настільки великим, що «Голос України» (14 травня 1992 року) небезпідставно назвав його «Проектом, що став Конституцією», хоча попереду були чотирирічні дискусії. Цей проект відрізнявся демократичністю змісту та навіть певним демократичним романтизмом, особливо з проблем відносин держави та суспільства, номенклатури прав людини у соціально-економічній сфері.

Публічне обговорення проекту тривало з середини липня до 1 грудня 1992 року. У ньому взяло участь більше 200 тисяч громадян, 134 місцевих ради, 118 об'єднань громадян і близько 3 тисяч трудових колективів, ряд наукових та навчальних закладів, державних органів. За даними робочої групи, було зафіксовано 47 320 пропозицій та зауважень, з них 6 тисяч враховано.

У новому варіанті, представленому робочою групою Конституційній комісії після всенародного обговорення та експертних висновків вітчизняних та зарубіжних фахівців, 48 статей виключено, 188 — доопрацьовано, 30 — внесено нових, редакційно або по суті змінено майже 90 % тексту проекту. Крім того, здійснені структурні зміни, чотири з дев'яти розділів змістово змінені, сім — перейменовані, один — повністю ви-

ключений, а деякі його положення перенесені в інші розділи, з'явилися новий розділ IV «Пряме народовладдя» та глава 20 «Основи організації державної влади в областях (землях) і Республіці Крим». Оновлений проект вже містив преамбулу, 13 розділів, 21 главу та 232 статті.

За матеріалами засідань Конституційної комісії, постійних комісій Верховної Ради, сесії Верховної Ради (5 — 8 жовтня 1993 року) було здійснено доопрацювання проекту, який також був опублікований за рішенням парламенту [2]. Цей варіант містив преамбулу, 12 розділів, 22 глави, 211 статей — поряд з деякими структурними змінами та перейменуванням двох розділів змістово відкориговані були понад 50 статей.

Отже, опублікований варіант проекту Конституції — результат великої копіткої роботи фахівців, народних депутатів, громадян, які активно брали участь в обговоренні проекту, залучення до конституційного процесу величезного інтелектуального потенціалу народу України [3].

1993-й рік став часом різкого загострення соціально-економічної та політичної ситуації. Декретотворчість уряду, яка підміняла законодавчу діяльність, протистояння гілок влади, фактична самоліквідація Конституційної комісії, очолюваної Л.Кравчуком та І.Плющем, підготовка до референдуму з приводу довіри Президенту та Верховній Раді, відставка уряду — все це зумовило зупинення офіційної роботи над проектом Конституції.

30 жовтня 1993 року публікується ще один проект Конституції України, підготовлений робочою групою на чолі з Головою Конституційного Суду України Л.Юзьковим. Якщо не звертатися до детального аналізу проекту, то в цілому можна стверджувати, що він був орієнтований на парламентсько-президентську республіку з досить обмеженими повноваженнями Президента з посиленням позицій Верховної Ради, яка «може проводити розслідування та слухання з будь-яких питань, які стосуються інтересів держави та суспільства». Цей проект також не вніс кардинальних змін у процес підготовки Конституції, а Верховна Рада переключилася з обговорення проекту та вирішення питань про порядок прийняття Конституції: Верховною Радою, спеціально створеним для цього органом, референдумом. Ще одна спроба 1 лютого 1994 року ухвалити рішення про основні конституційні положення також закінчилася для Верховної Ради безуспішно, а 27 березня відбулися вибори нового складу Парламенту. Крім того, 10 липня 1994 року було також обрано нового Президента України.

У січні 1994 року Л. Кравчук та І. Плющ виступили з пропозицією провести одночасно з парламенськими виборами 27 березня 1994 року всеукраїнський референдум щодо «Основних конституційних положень про організацію державної влади і самоврядування в Україні», тобто прийняти на референдумі спеціальний закон, який мав би діяти замість чинної на той час Конституції. Однак така ідея не знайшла підтримки серед народних депутатів.

Офіційною датою поновлення конституційно-проектних робіт стало 10 листопада 1994 року — день прийняття Постанови Верховної Ради України «Про склад Комісії з розроблення нової Конституції України (Конституційної комісії)» [4]. На відміну від Комісії Верховної Ради України, яка працювала з 24 жовтня 1990 року до 1993 року, нова Конституційна комісія, як було вказано у Положенні про неї, діє в ролі «тимчасової загальнодержавної комісії» — вперше у практиці конституційно-проектних робіт була утворена на паритетних началах і включала представників всіх гілок влади, відомих науковців та громадських діячів [5]. В її складі — Президент України та Голова Верховної Ради України, секретар та 38 членів, серед яких 15 народних депутатів та 15 призначених Президентом осіб, Голова Конституційного Суду, по два представники Верховного Суду, Вищого арбітражного суду та Генеральної прокуратури, один представник Автономної Республіки Крим. Спочатку було сформовано сім секцій, при яких працювали наукові експерти, а у травні 1995 року утворена Робоча група Комісії [6]. Саме ці організаційні структури напрацювали другий та третій проекти Конституції.

Практично одночасно з Конституційною комісією та її Робочою групою діяли Узгоджувальна комісія, створена Конституційною комісією для розробки Конституційного Договору між Верховною Радою України та Президентом України, а потім з тою ж метою цю роботу продовжила Узгоджувальна комісія Верховної Ради.

Державно-правова ситуація була дійсно дуже складною, спостерігалися у невеликих часових межах різкі коливання законодавця, пов'язані з переважанням методу спроб і помилок — від орієнтації на послідовну реалізацію принципу поділу влад і визначення правоположень про місцеве самоврядування як основ законодавства про владу (розділ III Декларації про державний суверенітет України [7], стаття 69 Закону України «Про місцеві Ради народних депутатів Української РСР і місцеве самоврядування» [8]) до проголошення повновладдя Рад, виключності повноважень Верховної Ради виступати «від імені всього народу», «єдиної системи Рад народних депутатів в Україні» (розділ II Декларації, стаття 1 проекту Закону «Про місцеві Ради народних депутатів» [9]) або законопроектних та законодавчих настановлень на одержавлення всієї системи Рад, фактичну відмову від ідей місцевого самоврядування, встановлення контролю виконавчої влади над органами місцевого самоврядування (Закон України «Про формування місцевих органів влади і самоврядування» з наступними змінами [10; 11], проект Закону України «Про державну владу і місцеве самоврядування в Україні» [12]).

Ця ситуація практично призвела до параліча всіх гілок влади, некерованості країни, небезпечної тенденції «суверенізації» територій як рефлексії на намагання центральної влади обмежити можливості використання регіонального і місцевого потенціалу територій. Владні структури конкурували між собою, намагаючись через прийняття так званих законів про владу, закріпити за собою ключові повноваження

у здійсненні державної влади. Так, за проектом Закону «Про місцеві Ради народних депутатів» стояв Голова Верховної Ради України О. Мороз, а проект конституційного Закону України «Про державну владу і місцеве самоврядування в Україні» представляв Президент України Л. Кучма.

18 травня 1995 року Верховна Рада схвалила президентський законопроект простою більшістю голосів. Але для набуття ним чинності вимагалася кваліфікована більшість. Виникла ідея оформлення цього Закону у вигляді угоди між гілками влади. Переговори про конституційну угоду у Верховній Раді затяглися. 31 травня 1995 р. Л. Кучма видав указ про проведення опитування громадської думки щодо довіри громадян України Президентові та Верховній Раді. Одночасно він звернувся до українського народу з поясненням таких дій.

Врешті, Президент і Верховна Рада, представлена більшістю народних депутатів, дійшли згоди про укладення Конституційного Договору, «виходячи з того, що відсутність нової демократичної Конституції України є гальмівним чинником на шляху здійснення економічних, а також політичних і державно-правових реформ; відхилення Закону України «Про застосування Закону України «Про державну владу і місцеве самоврядування в Україні» та зміни Конституції (Основного Закону) України у зв'язку з його прийняттям», спрямованого на реалізацію положень Закону України «Про державну владу і місцеве самоврядування в Україні», унеможливлює належне функціонування всього державного механізму як у центрі, так і на місцях, стримує проведення економічних реформ, веде до подальшого зупинення переважної більшості населення, загострення соціальних конфліктів; наявність глибокої економічної, а також політичної кризи призводить до соціальної напруги в суспільстві, його криміналізації та до політичного протистояння владних структур, з метою уникнення неузгодженостей між чинними нормами Конституції (Основного Закону) України і нормами Закону «Про державну владу і місцеве самоврядування в Україні» та введення цього Закону в систему правових актів, що визначають конституційний лад України; подальшого забезпечення розвитку та успішного завершення конституційного процесу в Україні».

Підписаний 8 червня 1995 року Конституційний Договір [13] став тимчасовою (оскільки був прийнятий на період до прийняття нової Конституції України) договірною конституцією. Його норми мали вищу юридичну силу за норми чинної Конституції 1978 року. Ним закріплювалася президентсько-парламентська форма правління: Президент ставав главою держави та виконавчої влади, сам формував склад уряду. Ідея про місцеву владу у формі рад депутатів не знайшла в Договорі підтримки: органами державної влади від обласного до районного рівня (а також у районах Києва і Севастополя) ставали держадміністрації, главами яких Президент повинен був призначати голів відповідних рад. У компетенції місцевих рад залишилися затвердження місцевого бюджету.

ту і програм територіального розвитку, заслуховування звітів голів адміністрацій. Всі інші повноваження передавалися держадміністраціям.

Укладення Конституційного Договору сприяло інтенсифікації процесу підготовки нової Конституції України. Вже 19 червня 1995 року Розпорядженням Співголів Конституційної комісії України «Про утворення Робочої групи Конституційної комісії» з метою прискорення доопрацювання проекту нової Конституції України на основі узагальнення матеріалів альтернативних проектів та текстів розділів, підготовлених секціями Конституційної комісії, було утворено Робочу групу Конституційної комісії у складі провідних правознавців України — В. Авер'янова, Ф. Бурчака, А. Зайця, М. Козюбri, В. Копейчикова, А. Корнєєва, В. Погорілка, П. Мартиненка, М. Пухтинського, В. Шаповала.

Відповідно до рішення Конституційної комісії проект Конституції України в редакції від 26 жовтня 1993 року було визначено як базовий. Однак і політична ситуація, і позиції членів Робочої групи та Конституційної комісії зумовили значне його оновлення у ході виснажливих дискусій. У результаті Робоча група підготувала нову редакцію проекту Конституції і 15 листопада 1995 року передала його Конституційній комісії. Схвалений Комісією 11 березня 1996 року проект був 18 березня поданий на розгляд Верховній Раді співголовами Комісії — Л. Кучмою та О. Морозом.

Верховна Рада України 5 травня 1996 року сформувала з представників депутатських груп та фракцій Тимчасову спеціальну комісію (голова — М. Сирота) для доопрацювання проекту Конституції України, яка 17 травня внесла на розгляд Верховної Ради України доопрацьований проект Конституції України. До прийнятого 4 червня у першому читанні проекту надійшло 1932 зауваження та пропозиції. Тільки від суб'єктів законодавчої ініціативи між першим та другим читанням (19 червня) надійшло 5680 пропозицій, заяв і поправок.

Навколо питань розподілу повноважень між гілками влади, проблеми власності, державної символіки, статусу російської мови і статусу Республіки Крим виникли найбільші дискусії. Верховна Рада утворила окремі робочі групи з узгодження кожного з цих питань.

Голосування по окремих питаннях проходило дуже складно. У цій ситуації Рада національної безпеки і оборони та Рада регіонів рекомендували Президенту України оголосити референдум про затвердження Основного Закону в редакції проекту, підготовленого Конституційною комісією та внесеного на розгляд Верховної Ради. Ця редакція передбачала двопалатну структуру парламенту і його переіменування в Народні Збори. Президент України видав 26 червня 1996 року Указ про внесення 25 вересня 1996 року на всеукраїнський референдум проекту Конституції України.

З огляду на це Верховна Рада України приймає рішення працювати у режимі одного засідання доти, поки робота над проектом Конституції не буде завершена. 28 червня 1996 року о 9 годині 18 хвилин Верховна

Рада України 321 голосом «за» (при 45 — «проти», 12 — «утримались» та 17 — «не голосували») прийняла Конституцію України. Це сталося після 24 годин безперервної роботи парламентарів і кількох років величезної праці всіх тих, хто був причетний до цього процесу.

Отже конституційний процес 1989—1996 років мав двоєдину сутність: паралельно відбувалося формування нормативно-правової моделі конституційного ладу (внесення змін до Конституції 1978 року, прийняття нових конституційних актів) та підготовка нової Конституції України (розробка і затвердження Концепції, розробка проектів, всенародне обговорення тощо).

З прийняттям Конституції України завершився процес підготовки і прийняття Основного Закону країни — базового акта правового оформлення нових політичних, економічних і духовних реалій держави і суспільства України. Ale конституційна реформа на цьому не завершується — вона продовжується. Прийняття Конституції — це лише етап конституційної реформи — створення нормативно-правової моделі конституційного ладу України. Належало вирішити не менш важливі завдання: формування конституційної (масової та індивідуальної) свідомості; органічне поєднання законодавства та юридичної практики з системою конституціоналізму; забезпечення динаміки конституційних відносин; напрацювання спеціального «набору» засобів захисту конституційного ладу та конституційної законності.

Вирішення цих завдань залежало від ступеня реальності Конституції, реалізації конституційних правоположень. Тому подальший розвиток конституційної реформи передбачав забезпечення реалізації конституційних норм, підготовку та видання (або перегляд, зміни, доповнення, нова редакція) щонайменше ста п'ятдесяти законодавчих актів, серед них більшість — конституційних законів.

Одночасно в теорії і практиці конституційного права України виникла гостра потреба тлумачення конституційних норм. Обставинами, що обумовлюють необхідність судового тлумачення, виступають: наявність писаної Конституції, що виконує функцію активного правового регулятора суспільних відносин, розходження між нормами Конституції та політико-правовою дійсністю, яке вимагає пристосування конституційних правоположень до мінливих суспільних реалій, виникнення у суб'єктів права неоднозначного розуміння конституційних норм, яке може привести до конституційних конфліктів, та прагнення забезпечити самій Конституції еволюційний шлях розвитку. Без творчого тлумачення судом Конституція України ризикує залишитися програмним документом, який складається лише з позитивних норм (букви), в якому не враховується конституційний дух, неписані конституційні норми та цінності, без чого Конституція не може слугувати дієвим інструментом обмеження державної влади [14]. Ale тлумачення передусім спрямоване не на сам текст Конституції, а на тих суб'єктів, які будуть цим текстом користуватися. Офіційне тлумачення Конституції, здійснюване Консти-

туційним Судом, створює нормативно-обов'язковий інтерпретаційний масштаб розуміння конституційних норм для різних суб'єктів права [15].

Конституційний Суд України як єдиний орган конституційної юрисдикції, що здійснює судовий нормоконтроль та тлумачення Конституції та законів України, покликаний своєю діяльністю забезпечувати верховенство Конституції України на всій території держави — охороняти Конституцію, гарантувати конституційну законність. Функціональне призначення рішень Конституційного Суду України про офіційне тлумачення Конституції та законів України — це юридичний засіб забезпечення їх правильного та однозначного розуміння та застосування, а отже — вагомий засіб забезпечення конституційної безпеки, оскільки впливає на правову систему в цілому.

Дійсно, конституційна юстиція, можливо, не усвідомлюючи того, здатна виконати, образно кажучи, місіонерську роль відносно конституційної модернізації. Її потенціал визначається тим, що вона має можливість швидко та ефективно реагувати на зміни політичної та соціально-економічної ситуації в країні; має можливості впливати на всі елементи конституціоналізму (нормативні, ідеологічні, праворегулятивні, охоронювальні); сприяє системоутворюючій та системозберігаючій функціям Конституції щодо мети модернізації в умовах значного у порівнянні з іншими галузями обсягу конституційного законодавства (блізько 700 законів), при науково-практичній проблемності виділення конституційних законів, переваги підзаконних актів у загальному масиві законодавства у співвідношенні 95 % — 5 %, збереження у правовій системі країни близько 60 % заборонювальних норм при світових стандартах — до 18 %; не має апеляційної інстанції і тому не обмежена процесуальними «умовностями» при необхідності ухвалення рішень з орієнтацією на певні правові пріоритети; преюдиційності власних рішень та оновлення, переформулювання прийнятих правових позицій у зв'язку із соціально-економічними, політичними змінами; здатна синтезувати теорію і практику, виконувати функцію формування у суб'єктів правових відносин конституційний стиль мислення, політико-правову свідомість. Саме тому у подальших конституційних перетвореннях в Україні Конституційний Суд відігравав визначальну, ключову роль.

Не виключався й інший напрямок розвитку конституційних перетворень — критичний аналіз конституційних правоположень у процесі перевірки їх на реалізуюмість (виконуваність) та ефективність і відповідні зміни у практиці застосування конституційних приписів.

Однією з перших відчутних спроб змінити Конституцію стало проголошення Президентом України Л. Кучмою Всеукраїнського референдуму за народною ініціативою, що використовувалося як засіб розв'язання довготривалого конфлікту між Президентом та Верховною Радою.

Відповідно до Указу Президента України «Про проголошення всеукраїнського референдуму за народною ініціативою» від 15 січня 2000 року № 65/2000 [16] метою цього референдуму було з'ясування позиції

громадян України щодо ряду актуальних питань, а також внесення у зв'язку з цим відповідних змін до Основного Закону України. Згідно з Указом (ст. 1) проведення всеукраїнського референдуму за народною ініціативою було проголошено на неділю 16 квітня 2000 року. На референдум виносилися такі питання (ст. 2):

1) «Чи висловлюєтеся Ви за недовіру Верховній Раді України XIV скликання і внесення у зв'язку з цим доповнення до частини другої статті 90 Конституції України такого змісту:

«а також у разі висловлення недовіри Верховній Раді України на всеукраїнському референдумі, що дає підстави Президентові України для розпуску Верховної Ради України?»;

2) «Чи підтримуєте Ви пропозиції про доповнення статті 90 Конституції України новою третьою частиною такого змісту:

«Президент України може також достроково припинити повноваження Верховної Ради України, якщо Верховна Рада України протягом одного місяця не змогла сформувати постійно діючу парламентську більшість або у разі незатвердження нею протягом трьох місяців підготовленого і поданого в установленому порядку Кабінетом Міністрів України Державного бюджету України»,

яка б установлювала додаткові підстави для розпуску Президентом України Верховної Ради України, та відповідне доповнення пункту 8 частини першої статті 106 Конституції України словами:

«та в інших випадках, передбачених Конституцією України?»;

3) «Чи згодні Ви з необхідністю обмеження депутатської недоторканності народних депутатів України і вилученням у зв'язку з цим частини третьої статті 80 Конституції України:

«Народні депутати України не можуть бути без згоди Верховної Ради України притягнені до кримінальної відповідальності, затримані чи заарештовані?»;

4) «Чи згодні Ви із зменшенням загальної кількості народних депутатів України з 450 до 300 і пов'язаною з цим заміною у частині першій статті 76 Конституції України слів «чотириста п'ятдесят» на слово «триста», а також внесенням відповідних змін до виборчого законодавства?»;

5) «Чи підтримуєте Ви необхідність формування двопалатного парламенту в Україні, одна з палат якого представляла б інтереси регіонів України і сприяла б їх реалізації, та внесення відповідних змін до Конституції України і виборчого законодавства?»;

6) «Чи згодні Ви з тим, що Конституція України має прийматися всеукраїнським референдумом?».

Дві групи народних депутатів звернулися до Конституційного Суду України щодо конституційності даного Указу, та за результатами розгляду об'єднаних в одне провадження справ Конституційний Суд України ухвалив 27 березня 2000 року Рішення № 3-рп/2000 (справа про всеукраїнський референдум за народною ініціативою) [17], в якому, аналізуючи питання, які пропонується включити до бюллетенів для таємного

голосування на всеукраїнському референдумі за народною ініціативою 16 квітня 2000 року, дійшов висновку, що питання, сформульовані ініціативними групами громадян і викладені в пунктах 2, 3, 4, 5 статті 2 Указу, відповідно до Конституції України можуть бути внесені на всенародне голосування. Крім того, Конституційний Суд зазначив, що у разі схвалення всеукраїнським референдумом за народною ініціативою цих питань, вони є обов'язковими для розгляду і прийняття рішень відповідними органами державної влади в порядку, визначеному Конституцією України, зокрема її розділом XIII «Внесення змін до Конституції», та законами України.

Питання ж, викладені в пункті 1 та 6 статті 2 Указу, були визнані неконституційними, мотивуючи це таким чином.

Чинна Конституція України не передбачає інституту висловлення недовіри на всеукраїнському референдумі, в тому числі проголошенню за народною ініціативою, Верховній Раді України чи будь-яким іншим конституційним органам державної влади як можливої підстави дострокового припинення їх повноважень. Тому внесення на всеукраїнський референдум питання щодо недовіри Верховній Раді України за відсутності названого інституту в Основному Законі України було б порушенням такого конституційного принципу, як здійснення органами державної влади своїх повноважень у межах, встановлених Конституцією України, та принципів правової держави, якою проголошено Україну.

Закріплюючи право визначати і змінювати конституційний лад в Україні виключно народом, Основний Закон України встановив чіткий порядок внесення змін до Конституції України.

Викладене в пункті 6 статті 2 Указу питання виносилося на всеукраїнський референдум без з'ясування волі народу щодо необхідності прийняття нової Конституції України і, отже, ставить під сумнів чинність Основного Закону України, що може призвести до послаблення встановлених ним основ конституційного ладу в Україні, прав і свобод людини і громадянина.

Отже, на референдум були внесені лише чотири питання і з кожного з них було отримано схвальну (понад 80%) відповідь. Але це, звісно, не стало приводом для автоматичної зміни Конституції — відповідно до її розділу XIII були розроблені законопроекти різними суб'єктами законодавчої ініціативи, що конкурували між собою, Конституційний Суд надавав висновки щодо цих законопроектів, але жоден з них не був схвалений Верховною Радою. Отже, воля народу, висловлена на референдумі, не була реалізована.

У Верховній Раді України кілька разів поставало питання про внесення змін до статті 98 Конституції України відносно розширення повноважень Рахункової палати, і 17 січня 2002 року було прийнято Закон «Про внесення змін до статті 98 Конституції України» № 2983-III, який передбачив здійснення Рахунковою палатою парламентського контролю за формуванням і виконанням Державного бюджету України та місце-

вих бюджетів у відповідній частині. Але цей Закон не набрав чинності, оскільки Президент застосував щодо нього право вето. Це стало предметом конституційного спору, за результатами розгляду якого Конституційний Суд України вирішив визнати таким, що відповідає Конституції України (є конституційним) здійснене Президентом України право вето щодо прийнятого Верховною Радою України Закону України «Про внесення змін до статті 98 Конституції України» із поверненням його на повторний розгляд Верховної Ради України [18].

Можливо, найдраматичнішими подіями у конституційній історії новітньої України були події, пов'язані із ухваленням змін до Конституції від 8 грудня 2004 року, та їх наступним скасуванням. Ці зміни перетворили Україну на парламентсько-президентську республіку, де уряд формується коаліцією депутатських фракцій. Закон України «Про внесення змін до Конституції України» № 2222-IV від 08.12.2004 року [19] був прийнятий під час гострого політичного протистояння в Україні, пов'язаного з виборами Президента України. Його прийняття одночасно із ухваленням деяких змін до виборчого законодавства і попереднім схваленням Закону про внесення змін до Конституції щодо удосконалення системи місцевого самоврядування великою мірою стало основою для політичного компромісу між конфліктуючими сторонами. З іншого боку, вся практика застосування положень Конституції в редакції цього Закону свідчила про незбалансованість моделі державної влади, закладеної в ньому.

Але як раз таке «пакетне» його схвалення, а також відсутність висновку Конституційного Суду щодо деяких його положень стали причиною, через яку кілька разів протягом всіх цих років різні групи народних депутатів та Президент України зверталися до Конституційного Суду з приводу конституційності цього Закону через порушення процедури його ухвалення.

Цей Закон набував чинності у два етапи: частина норм набула чинності 1 січня 2006 року, решта — з дня набуття повноважень Верховною Радою України, обраною у 2006 році, тобто 25 травня 2006 року.

Організація державного життя за цією редакцією зазнала відчутних змін: країна побачила неможливу до того конфронтaciю між президентом та прем'єр-міністром, з'явився новий суб'єкт конституційних відносин — коаліція депутатських фракцій, президент тричі на підставі наданих цією редакцією повноважень приймав рішення про розпуск парламенту, але жодного разу не зміг його реалізувати.

Всі ці події зумовили активізацію суспільної та наукової дискусії щодо необхідності внесення нових змін до Конституції або прийняття нової Конституції. Офіційно з такою ініціативою виступив президент В. Ющенко, який подав 31 березня 2009 року до Верховної Ради нову редакцію Конституції України. Цей законопроект парламентом так і не розглядався, але був активно використаний президентом у ході своєї передвиборної кампанії.

У 2010 році Конституційний Суд відкрив провадження у справі про додержання процедури внесення змін до Конституції України і своїм рішенням № 20-рп/2010 від 30 вересня 2010 року визнав неконституційним Закон № 2222-IV від 8 грудня 2004 року у зв'язку з порушенням процедури його розгляду і ухвалення і відновив редакцію норм Конституції України, які були змінені, доповнені та виключені цим Законом [20]. На початку жовтня 2010 року Верховна Рада ухвалила низку законів щодо приведення конституційного законодавства у відповідність до Конституції України в редакції від 28 червня 1996 року.

1 лютого 2011 року Верховна Рада України прийняла Закон України «Про внесення змін до Конституції України» щодо проведення чергових виборів народних депутатів України, Президента України, депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, місцевих рад та сільських, селищних, міських голів, який набув чинності 4 лютого 2011 року. Метою акта стала уніфікація строків повноважень Президента України, народних депутатів України, представницького органу Автономної Республіки Крим, місцевих рад та сільських, селищних, міських голів [21].

Законом внесено зміни до частини першої статті 76, частини першої статті 77, до частини п'ятої статті 103, до статті 136 та до статті 141 Конституції України щодо встановлення єдиного п'ятирічного строку повноважень Президента України, народних депутатів України, Верховної Ради Автономної Республіки Крим, депутатів місцевих рад та сільських, селищних, міських голів, обраних на чергових виборах.

Також внесено зміни до розділу XV «Перехідні положення» Конституції України з метою визначення дат проведення чергових виборів народних депутатів України та Президента України після відновлення дії Конституції України в редакції від 28 червня 1996 року відповідно до Рішення Конституційного Суду України від 30 вересня 2010 року.

Слід зазначити, що на даний час у провадженні Конституційного Суду України знаходиться справа про конституційність даного Закону з огляду на наявні (на переконання суб'єкту конституційного подання) порушення процедури його ухвалення (недотримання принципу особистого голосування). Крім того, незважаючи на те, що суб'єктами законодавчої ініціативи щодо внесення змін до Конституції статтею 154 Основного Закону визначено президента і 150 народних депутатів, цей законопроект, за даними веб-порталу парламенту, було внесено лише трьома народними депутатами. Цей факт також може стати предметом розгляду Конституційного Суду щодо визначення конституційності цього Закону.

Таким чином, чинна з 28 червня 1996 року Конституція України має лише одні зміни від 1 лютого 2011 року, але при цьому, з огляду на особливості набуття і втрати чинності Законом від 08.04.2004 року, мала п'ять редакцій: 1) з 28.06.1996 року по 01.01.2006 року; 2) з 01.01.2006 року по 25.05.2006 року; 3) з 25.05.2006 року по 30.09.2010 року; 4) з 30.09.2010 року по 04.02.2011 року; 5) з 04.02.2011 року по сьогоднішній день.

У публіцистиці, у науковій літературі, у політичних колах вже довгий час обговорюється питання про затвердження нової редакції Конституції (або ж нової Конституції, або закону про внесення змін і доповнень до неї) на референдумі, який подається як найбільш демократичний і єдиний легітимний спосіб її прийняття. Так, чинна Конституція передбачає у відомих випадках внесення змін до неї через проведення Всеукраїнського референдуму після певної парламентської процедури. Наскільки це відповідає закріпленим у статті 5 Конституції принципам, залишається відкритим питанням. Однак, у будь-якому випадку, парламентське затвердження проекту є не просто обов'язковим, воно в рамках чинної Конституції є неминучим! Підміна його іншими процедурами, нехай навіть найвідкритішими та найдемократичнішими, рівнозначна протиставленню конституціоналізму демократії.

Порушення встановленого порядку новелізації конституційного тексту стане неправовим джерелом нового правового стану. Легітимність нової Конституції завжди буде залишатися під сумнівом, одні політичні сили будуть мати підстави не визнавати нову конституцію, інші — стару. Тому задля недопущення такої конституційно-кризової ситуації конституція має прийматися у конституційний спосіб. Таким способом на сьогодні є процедура, що прописана у XIII розділі Конституції 1996 року. Його основний недолік — відсутність порядку прийняття нової Конституції. Складається враження, що нинішня Конституція приймалася назавжди...

Отже, чинна Конституція з трьох способів конституційної модернізації визнає лише найбільш еволюційний — внесення змін і доповнень. Два інших способи — викладення Конституції у новій редакції та прийняття нової Конституції — залишилися поза правовим регулюванням. Хоча, по суті, викладення Конституції у новій редакції процедурно рівнозначно внесенню змін і доповнень до Конституції, різниця полягає лише у кількісній компоненті.

Рішення Конституційного Суду України № 6-рп від 05.10.2005 року (справа про здійснення влади народом) [22] ототожнює право народу на визначення конституційного ладу з його правом прийняти нову Конституцію шляхом референдуму. Однак даний факт не усуває прогалину у конституційно-правовому регулюванні відносно прийняття нової Конституції або внесення змін до неї. Обов'язковість рішень референдуму все одно залишається опосередкованою органами державної влади, які зобов'язані не реалізувати результати референдуму, а лише розглянути та прийняти по них рішення. І, як показала практика розгляду результатів референдуму за народною ініціативою 2000 року, рішення може бути і не прийняте.

Якщо конституційна модернізація обмежиться змінами і доповненнями у розділі Конституції, які регламентують функціонування органів влади, то вона може бути здійснена в порядку статей 155, 159 чинної Конституції. Наступне або попереднє затвердження цих змін на рефе-

рендумі тільки додасть їм легітимності, забезпечить досягнення суспільно-політичного консенсусу. І, навпаки, нехтування конституційною процедурою внесення змін до Конституції стане умовою для виникнення кризу.

Якщо ж конституційна модернізація буде здійснюватися шляхом прийняття нової редакції Конституції (тобто внесення змін до розділів I, III, XIII), то це має проходити в порядку 156, 159 статей нині чинної Конституції, згідно з якими референдум — не єдина, а підсумкова стадія процесу прийняття Основного Закону.

І, нарешті, прийняття нової Конституції України потребує дотримання низки умов, без врахування яких її легітимність буде сумнівною. Першим кроком на шляху до прийняття нової Конституції має стати новий закон про референдуми, оскільки рівень існуючого референдумного законодавства не витримує жодної критики. По-друге, сама чинна Конституція повинна регламентувати порядок прийняття нової Конституції (на референдумі, у парламенті, спеціальним органом — приміром, Конституційною Асамблеєю). Для цього необхідно внести відповідні зміни у розділ XIII у порядку статей 156, 159 Конституції, тобто парламентським шляхом з подальшим обов'язковим затвердженням на референдумі.

Далі, у відповідності до ч. 2 п. 4.4 мотивувальної частини Рішення Конституційного Суду України № 3-рп від 27.03.2000 року (справа про всеукраїнський референдум за народною ініціативою) [17], якщо це не буде суперечити новій редакції Конституції та новому законодавству про референдуми, слід провести консультативний референдум з метою «дізнатися волю народу щодо необхідності прийняття нової Конституції України». Паралельно було б доцільним запропонувати громадянам визначити основні концептуальні начала нової Конституції (форма правління, форма державного устрою та інші актуальні питання), у відповідності до яких розроблювався б проект. Фінальною стадією цього процесу стане прийняття та ухвалення розробленого проекту у відповідності до чинної Конституції.

Отже конституційні перетворення в Україні відбувалися у формах модернізації і реформування, далеко не завжди отримуючи наукове обґрунтування з необхідним аналізом та прогнозуванням соціально-політичних та юридичних наслідків цих змін, у зв'язку з «виходом» реформи за межі власного предмета конституційного права у сферу системно-структурних якісних змін у державно-правовому та суспільному житті.

З урахуванням фундаментальності конституційного права (відносно інших галузей права) виникає потреба впровадження конституційних принципів у поточне галузеве законодавство та організаційно-правові моделі за умови беззаперечної конституціоналізації державного і суспільного життя як складних процесів забезпечення конституційної законності — конституційності (відповідності Конституції України дій або бездіяльності суб'єктів права, нормативно-правових актів, актів правозастосування), належної конституційної свідомості, конституційного кон-

струювання в нормальних, звичайних умовах або у «позаштатній», конфліктній або кризовій ситуації (конституційна інженерія), набуття суб'єктами права умінь та навичок (конституційна технологія), сталої конституційної практики, яка передбачає звернення до існуючих у конституційно-правовій реальності юридичних постулатів (на рівні догми права) і конституційної ідеології (в широкому розумінні).

Ці напрямки конституційно-правової практики передбачають чітке уявлення про процеси модернізації і реформування Конституції України. З огляду на це заслуговує на увагу пропозиції про впровадження у науковий обіг поняття «конституційна модернізація» як механізму постійного удосконалення правовідносин через системну реалізацію суб'єктами права конституційних норм і принципів, як практики еволюційного розвитку конституційної системи, яка не пов'язана з радикальними її змінами [23]. На відміну від конституційної модернізації, під конституційною реформою слід розуміти політико-правовий процес повного або часткового перетворення актів конституційного рівня, який тягне відповідні його змісту зміни системи конституціоналізму [24].

Напевно, на конституційне реформування буде спрямована майбутня діяльність Конституційної Асамблеї, яка буде створена відповідно до Указу Президента України № 224/2011 від 21 лютого 2011 року «Про підтримку ініціативи щодо створення Конституційної Асамблеї» [25]. Науково-експертна група з підготовки Конституційної Асамблеї, по суті, є не що інше, як консультативний орган при Президентові України, який має розглядатися не інакше як оптимальний спосіб підготовки якісної моделі конституційних перетворень. Така модель включає розробку самого проекту (тексту оновленої Конституції) та вироблення легітимного способу її прийняття.

Слід зазначити, що в день видання вказаного Указу у Верховній Раді України був зареєстрований проект Закону «Про процедуру підготовки і затвердження нової Конституції України» (№ 8143 від 21.02.2011р.).

Названі ініціативи є за своєю соціально-політичною сутністю революційними, вимагають звернення до суб'єкта установчої влади — Українського народу із застосуванням можливостей всенародного референдуму.

Таким чином, за спрямованістю сучасного етапу конституційних перетворень — це, за твердженням Президента України В. Януковича, системне оновлення Основного Закону з метою створення збалансованої представницької системи європейського зразка, укріплення парламентаризму, побудови ефективної вертикаль виконавчої влади і створення ефективних механізмів прямої демократії. Організаційно це підтверджується Указом Президента України № 352/2011 від 5 квітня 2011 року про створення в структурі Адміністрації Президента Головного управління з питань конституційно-правової модернізації [26].

За цілями — це системна конституційна модернізація з визначенням ефективних засобів досягнення мети (звичайна модель вирішення будь-

якої проблемної ситуації). Для пошуку засобів, що відповідають цілям та умовам, необхідно попередньо обрати напрямок вирішення проблемної ситуації: радикальний — прийняття нової редакції Основного Закону або нової Конституції або еволюційний — поступове, обґрунтоване конституційно-правовою практикою прилаштування конституційних постулатів до соціально-політичних та юридичних орієнтирів суспільства, які стрімко змінюються.

Друге, напевно, більш прийнятне, оскільки, по-перше, еволюція взагалі притаманна саме модернізації, по-друге, радикальна зміна редакції Конституції при її «жорсткості» створить небезпеку гострого політично-конфліктного в країні, по-третє, немає гарантії, що нова Конституція стане більш довершеною основою сучасного українського конституціоналізму.

Відповідно, чинна Конституція України зразка 1996 та 2004 років не отримала стійкої конституційної практики і тому не має критеріїв власної ефективності. Все це слід напрацьовувати, виходячи з Рішення Конституційного Суду України від 30 вересня 2010 року, з тим, щоб виконати влучну рекомендацію Венеціанської комісії: «Конституція має пройти перевірку на практиці ... протягом значного періоду часу» [27].

Література

1. Концепція нової Конституції України : схвалена Верховною Радою Української РСР 19 черв. 1991 р. // Відомості Верховної Ради Української РСР. — 1992. — № 35. — Ст. 466.
2. Конституція України : проект : в ред. від 26 жовт. 1993 р. // Голос України. — 1993. — 5 берез.
3. Мацюк А. Каким же стал проект Основного Закона после всенародного обсуждения / A. Мацюк // Голос Украины. — 1993. — 5 марта.
4. Про склад Комісії з розроблення нової Конституції України (Конституційної комісії) : постанова Верховної Ради України від 10 листоп. 1994 р. // Голос України. — 1994. — 18 листоп.
5. Выступление Президента Украины Л. Кучмы на специальном заседании Верховного Совета Украины 20.03.1996 года // Голос Украины. — 1996. — 22 марта.
6. Голос Украины. — 1995. — 1 июня.
7. Декларація про державний суверенітет України від 16 липня 1990 року // Відомості Верховної Ради України. — 1990. — № 31. — Ст. 429.
8. Про місцеві Ради народних депутатів Української РСР і місцеве самоврядування : Закон Української РСР від 07.12.1990 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1991. — № 2. — Ст. 5.
9. Про місцеві Ради народних депутатів: проект Закону України, підготовлений робочою групою Комісії з питань державного будівництва, діяльності Рад і самоврядування за участі відділу з питань діяльності Рад Секретаріату Верховної Ради України і прийнятий Верховною Радою України у першому читанні 17.07.1994 року.
10. Про формування місцевих органів влади і самоврядування : Закон України від 03.02.1994 р. // Голос України. — 1994. — 16 лютого.
11. Про внесення змін і доповнень до Закону України «Про формування місцевих органів влади і самоврядування» : Закон України від 28.06.1994 р. // Голос України. — 1994. — 2 черв.

12. Про державну владу і місцеве самоврядування в Україні : проект конституційного Закону України // Урядовий кур'єр. — 1994. — 6 груд.
13. Конституційний Договір між Верховною Радою України та Президентом України про основні засади організації і функціонування державної влади і місцевого самоврядування в Україні на період до прийняття нової Конституції України // Відомості Верховної Ради України. — 1995. — № 18. — С. 133.
14. Шевчук С. В. Способи тлумачення Конституції: порівняльний досвід / С. В. Шевчук // Конституція і конституціоналізм в Україні: вибіркові проблеми : зб. наук. пр. членів Товариства конституційного права з нагоди десятої річниці Конституції України, Конституційного Суду України та самого Товариства / відп. ред. проф. П. Ф. Мартиненко і доц. В. М. Кампо. — К. : «Купріянова», 2007. — С. 37.
15. Кравець І. А. Российский конституционализм: Проблемы становления, развития и осуществления / И. А. Кравець. — СПб : Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2004. — С. 491.
16. Про проголошення всеукраїнського референдуму за народною ініціативою : указ Президента України від 15.01.2000 р. № 65/2000 // Офіційний вісник України. — 2000. — 4 лют., № 3. — Ст. 68.
17. Рішення Конституційного Суду України від 27 березня 2000 року № 3-рп/2000 (справа про всеукраїнський референдум за народною ініціативою) // Офіційний вісник України. — 2000. — 11 серп., № 30. — Ст. 1285.
18. Рішення Конституційного Суду України від 11 березня 2003 року № 6-рп/2003 (справа щодо права вето на закон про внесення змін до Конституції України) // Офіційний вісник України. — 2003. — 30 квіт., № 16. — Ст. 710.
19. Про внесення змін до Конституції України : Закон України від 08.12.2004 р. № 2222-IV // Офіційний вісник України. — 2004. — 24 груд., № 49. — Ст. 3201.
20. Рішення Конституційного Суду України від 30 вересня 2010 року № 20-рп/2010 (справа про додержання процедури внесення змін до Конституції України) // Офіційний вісник України. — 2010. — 1 жовт., № 72/1. — Ст. 2597.
21. Про внесення змін до Конституції України щодо проведення чергових виборів народних депутатів України, Президента України, депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, місцевих рад та сільських, селищних, міських голів : Закон України від 01.02.2011 р. № 2952-VI // Офіційний вісник України. — 2011. — 11 лют., № 8. — Ст. 367.
22. Рішення Конституційного Суду України № 6-рп від 05.10.2005 року (справа про здійснення влади народом) // Офіційний вісник України. — 2005. — 26 жовт., № 41. — Ст. 2605.
23. Кампо В. Инструмент конституционной модернизации / В. Кампо // Голос Украины. — 2009. — 12 нояб.
24. Киреев В. В. К вопросу о понятии и методологии исследования конституционной реформы / В. В. Киреев // Конституционное и муниципальное право. — 2005. — № 4. — С. 7.
25. Про підтримку ініціативи щодо створення Конституційної Асамблей : указ Президента України № 224/2011 від 21.02.2011 р. // Офіційний вісник України. — 2011. — 4 берез., № 14. — Ст. 562.
26. Деякі питання Адміністрації Президента України : указ Президента України № 352/2011 від 05.04.2011 р. // Офіційний вісник України. — 2011. — 18 квіт., № 27. — Ст. 1124.
27. Висновок Європейської комісії «За демократію через право» від 17.12.2010 року [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.zakon.org.ua/comment/45>.

А н о т а ц і я

Орзіх М. П., Єзеров А. А. Конституція України діє, конституційні перетворення тривають (до 15-ї річниці Конституції України). — Стаття.

Прийняття Конституції України не є завершенням конституційної реформи, потребує визначеніх науковою і практикою засобів конституційної модернізації та реформування з метою створення умов для формування системи сучасного українського конституціоналізму.

Ключові слова: Конституція, конституційна модернізація, конституційне реформування, Конституційний Суд України

А н н о т а ц и я

Орзіх М. Ф., Езеров А. А. Конституция Украины действует, конституционные преобразования продолжаются (к 15-й годовщине Конституции Украины). — Статья.

Принятие Конституции Украины не является завершением конституционной реформы, требует определенных наукой и практикой средств конституционной модернизации и реформирования с целью создания условий для формирования системы современного украинского конституционализма.

Ключевые слова: Конституция, конституционная модернизация, конституционное реформирование, Конституционный Суд Украины.

S u m m a r y

Orzikh M., Yezerov A. The Constitution of Ukraine operates, the constitutional transformations proceed. — Article.

The adaption of the Constitution of Ukraine doesn't mark the end of the constitutional reform in the country. The constitutional reform still lasts because of the lack of defined by the science and practice tools of constitutional modernization and reformation. These tools are necessary to create the conditions for building the system of modern Ukrainian constitutionalism.

Keywords: the Constitution, constitutional modernization, constitutional reformation, The Constitutional Court of Ukraine.

УДК 342.4(477)

A. P. Крусян

КОНСТИТУЦІЙНЕ ЗАКОНОДАВСТВО УКРАЇНИ: СУЧАСНИЙ СТАН ТА ТЕНДЕНЦІЇ РОЗВИТКУ

Сучасний етап конституційних перетворень в Україні спрямований на досягнення єдиної мети, на важливості якої неодноразово наголошував Президент України для того, «щоб український народ жив спільно, під єдиним дахом сильної європейської країни»[1], це — «демократична, правова, високотехнологічна і розвинена держава, яка є невід'ємною складовою європейської цивілізації ... шлях її досягнення безальтернативний — це реформа та глибока модернізація країни» [2]. При цьому глава держави відзначає важливість «своєчасної і якісної законодавчої підтримки» [1] таких перетворень. Звідси актуалізується проблематика конституційного законодавства, без удосконалення якого є неможливи ми конституційно-правова модернізація та реформування в Україні. Перш за все, це пов'язано з тим, що конституційне законодавство є «продовженням» Основного Закону держави. Конституція у повному обсязі виконує свої функції, якщо на її основі формується і функціонує ефективне конституційне законодавство.

Втім аналіз чинних в Україні нормативно-правових актів, що містять конституційно-правові норми, дає змогу зробити висновок про недостатню ефективність існуючого конституційного законодавства в Україні. Найвагомішими причинами подібного стану системи конституційного законодавства є: колізійність норм різних актів конституційного законодавства, неузгодженість положень, що регулюють однорідні суспільні відносини; відсутність офіційної видової класифікації законів залежно від предмета правового регулювання (зокрема, невиокремлення конституційних законів у системі конституційного законодавства); недостатність наукових характеристик конституційного законодавства як цілісної системи (відсутність єдиної наукової концепції конституційного законодавства); відсутність стійкої правової культури законотворчості

ї недотримання ієархії нормативно-правових актів у системі конституційного законодавства.

Конституційне законодавство України слід визначати з урахуванням ряду особливостей. До числа цих особливостей належить те, що конституційне законодавство має регулювати особливі суспільні відносини, які відрізняють основоположний, базовий характер (тобто особлива сфера регулювання), що обумовлює іншу особливість — провідне місце конституційного законодавства в загальній системі українського законодавства. Ці особливості детермінують особливий склад джерел конституційного законодавства.

Принципово важливо розрізняти такі категорії, як «джерела конституційного права» і «конституційне законодавство». Не беручи за мету всебічне висвітлення теорії джерел права і джерел конституційного права, які досить детально викладено в юридичній літературі, можна зробити висновок, що в сучасній юридичній літературі традиційно джерела конституційного права визначаються в юридичному сенсі, виходячи з нормативістського підходу до розуміння права. Згідно із цим підходом джерело конституційного права України — це зовнішня форма об'єктивзації встановлених чи санкціонованих Українським народом, або державою, або суб'єктами місцевого самоврядування конституційно-правових норм, які мають юридичну силу (В. Ф. Погорілко, В. Л. Федоренко); або як нормативно-правові акти, за допомогою яких встановлюються та отримують юридичну силу норми конституційного права (О. І. Козлова). Водночас у сучасних умовах зближення різних правових систем, обґрунтування переваг інтегративного підходу до розуміння права, перелік джерел конституційного права розширено (див.: наприклад, О. В. Скрипнюк), зокрема, до них належать, крім нормативних актів, і правові звичаї, судові прецеденти, правові позиції органів конституційної юстиції тощо.

Конституційне законодавство співвідноситься із системою джерел конституційного права так само, як співвідноситься категорії «законодавство» і «право», тобто вони взаємопов'язані, але не тотожні. Законодавство — це форма вираження права, воно становить самостійне явище правової дійсності, відмінне за змістом від права, і є вужчим за систему джерел права. Крім того, при визначенні конституційного законодавства слід враховувати не тільки зазначені особливості цього виду законодавства, його відмінність від джерел права, але й етимологію вербальної конструкції «конституційне законодавство», включаючи до його змісту тільки закони, що містять конституційно-правові норми і мають вищу юридичну силу щодо всіх інших нормативно-правових актів. Звідси — система джерел конституційного законодавства входить до системи джерел конституційного права України.

Таке вузьке розуміння конституційного законодавства, на відміну від широкого, по-перше, дає змогу виокремити особливості законів, роль і число яких у сучасній Україні значно зросли; по-друге, відмежовує закони від підзаконних нормативно-правових актів; по-третє, розмежовує

категорії «система конституційного законодавства» і «система джерел конституційного права»; дає змогу встановити ієрархію виключно законів, враховуючи проблематику конституційних законів в Україні.

Таким чином, теоретично і практично обґрунтованим є визначення конституційного законодавства України у вузькому розумінні, як сукупності виключно законів.

Виходячи з такого розуміння конституційного законодавства, процес його формування в Україні можна поділити на три основні періоди: 1) до прийняття Конституції 1996 р. (1989–1996 рр.), який ознаменувався відмовою від радянської конституційно-правової моделі державного будівництва і закріпленим нових принципів та основ державного і суспільного ладу України. Така новелізація, в основному, здійснювалася шляхом внесення змін і доповнень до Конституції (Основний Закон) України від 20 квітня 1978 р.; 2) після прийняття нової Конституції України 1996 р., який характеризується створенням законодавчих актів, спрямованих на регулювання якісно нових суспільних відносин у механізмі «людина — суспільство — держава», адаптацією до чинної Конституції; 3) після рестарту конституційної реформи за рішенням Конституційного Суду України (№ 20-рп/2010 від 30 вересня 2010 р.) [3, с. 6] (сучасний період), який спрямований на здійснення сучасної конституційної модернізації та реформування в країні та, відповідно, формування цілісної системи конституційного законодавства, зорієнтованого на досвід світового й вітчизняного конституціоналізму, найважливіші демократичні загальнолюдські цінності, втілені в принципах сучасного українського конституціоналізму.

У розвитку конституційного законодавства України простежується ряд тенденцій. Однією з них є інтенсифікація законотворчого процесу. Цей висновок підтверджується тим, що за роки незалежності України прийнято більше чотирьох тисяч законів. І все ж при такій інтенсифікації законотворчої діяльності залишаються офіційно невизначеними видова характеристика законів, інших нормативно-правових актів та їх ієрархія, що утруднює розвиток як системи законодавства України в цілому, так і конституційного законодавства зокрема.

Необхідність прийняття Закону «Про нормативно-правові акти в Україні» конституційно обумовлена ст. ст. 1, 3, 5, 6, 8, 9, 19, 57, 58, 85, 91, 94, 106, 117, 118, 138, 144 Основного Закону України і не викликає сумнівів. Тут можна повністю підтримати ст. 1 проекту Закону «Про нормативні правові акти в Україні», що був підготовлений Комісією Верховної Ради України з питань правової політики і судово-правової реформи ще у 1995 р. (Проект від 29 травня 1995 р.) [4], де зазначено, що завданням цього Закону «є правове регулювання та уніфікація нормотворчої діяльності органів і посадових осіб законодавчої та виконавчої влади, місцевого самоврядування, забезпечення якості, законності та ефективності її результатів». Для досягнення цієї мети першорядне значення має уніфікація видів законів, закріплення їх ієрархії.

До Верховної Ради України у 2008 р. для розгляду було подано два проекти законів «Про нормативно-правові акти»: проект Закону «Про нормативно-правові акти» (реєстраційний № 1343 від 14 січня 2008 р.) [5] і альтернативний проект Закону України «Про нормативно-правові акти» (реєстраційний № 1343-1 від 21 січня 2008 р.) [6]. У першому читанні було прийнято за основу альтернативний проект № 1343-1. 1 жовтня 2008 р. Верховною Радою України було прийнято Закон України «Про нормативно-правові акти» (далі — Закон) і направлено Президентові України на підпис. Однак Закон не було підписано і відповідно до ч. 2 ст. 94 Конституції України повернуто з пропозиціями Президента України для повторного розгляду Верховною Радою України (далі — Пропозиції) [7]. 18 листопада 2009 р. вето Президента України було подолано. Однак Закон про нормативно-правові акти не набув чинності.

Втім його регулююча дія була б в змозі сприятиме подальшому розвитку конституційного законодавства, зокрема, такій його тенденції, як новелізація. Ця тенденція має пріоритетне значення. Вона пов'язана з утворенням нових конституційно-правових інститутів, що, у свою чергу, зумовлене розширенням предмета конституційного права. Наприклад, в юридичній літературі аргументується необхідність виділення «конституційно-правового інституту мови» як «сукупності правових норм, що регулюють мовні правовідносини» [8, с. 17–34]. Зокрема, Конституційний Суд України інститут державної мови відносить до основ конституційного ладу, закріпивши у своєму рішенні від 14 грудня 1999 р. (справа про застосування української мови), що «поняття державної мови є складовою більш широкого за змістом і обсягом конституційного поняття «конституційний лад»» [9, с. 7].

Крім того, актуальним є удосконалення інших конституційно-правових інститутів з метою конституційного-правового забезпечення конституційної реформи. Зокрема, у рамках здійснення конституційної реформи та модернізування в Україні необхідним є прийняття законів: у сфері закріплення основ та розвитку механізмів демократії (про референдуми, про вибори народних депутатів); у сфері розвитку громадянського суспільства (про громадські організації, про громадський контроль публічної влади, Інформаційний кодекс, про політичні партії в Україні (у новій редакції)); у сфері організації конституційного ладу (про Державний прапор України, про Державний герб України, про державну мову в Україні, про порядок укладання, ратифікації і дії міжнародних договорів України, про конституційну відповідальність суб'єктів публічної влади в Україні); у сфері закріплення та охорони конституційного статусу людини (про вимушених переселенців, про правове становище осіб, що отримали притулок); у сфері організації державного ладу (про предмети відання органів державної влади і органів місцевого самоврядування, про делеговані повноваження (про делегування повноважень); у сфері державного устрою та територіальної організації держави (про адміністративно-територіальний устрій, про столицю України — місто-герой

Київ (у новій редакції), про статус міста Севастополя, про статус міста — адміністративно-територіального центру, про мови національних меншин в Україні); у сфері організації та здійснення законодавчої влади (про Регламент Верховної Ради України (затвердити Регламент Верховної Ради України у новій редакції), про порядок прийняття, підписання, офіційного оприлюднення і набуття чинності законів України (про нормативно-правові акти), про конституційні закони України); у сфері організації роботи Президента (про Президента України, про імпічмент Президента України); у сфері організації і здійснення виконавчої влади (про організацію виконавчої влади в областях і районах, містах Києві та Севастополі); у сфері здійснення судової влади (про конституційну юстицію (конституційне судочинство); у сфері організації і здійснення публічно-самоврядної (муніципальної) влади: (про територіальні громади, про місцевий референдум та інші форми безпосередньої демократії в місцевому самоврядуванні).

В зв'язку з цим особливого значення набуває конституційна законотворча діяльність Верховної Ради України. Через важливість цієї діяльності для формування і розвитку системи сучасного конституціоналізму є необхідним створення перспективної програми конституційної законотворчості — «Перспективна програма конституційної законотворчої діяльності Верховної Ради України». Метою цієї програми є формування нормативно-правової основи системи сучасного українського конституціоналізму. У ній мають міститися назви проектів законів (наприклад, що вказані), які пропонуються до підготовки і прийняття Верховною Радою України, а також чинних актів, які потребують зміни і вдосконалення.

При цьому слід виходити із загальної тенденції розвитку всього законодавства України, а саме: тенденції його адаптації до законодавства Європейського Союзу з метою «досягнення відповідності правової системи України *acquis communautaire* з урахуванням критеріїв, що висуваються Європейським Союзом до держав, які мають намір вступити до нього» [10].

Не менш важливою є тенденція демократизації конституційного законодавства та інтеграції загальнолюдських (загальноцивілізаційних) принципів права в національне конституційне законодавство. У літературі під загальнолюдськими принципами права розуміють зафіковані у позитивному праві його універсалні принципи, які вироблені людством як глобальною макроцивілізаційною системою, об'єктивно зумовлені потребами і рівнем розвитку людської цивілізації, відображають її як найкращі досягнення у правовій сфері, визначають сутність і спрямованість правового регулювання, придатні до застосування у будь-якій системі права. До таких принципів відносять принцип юридичної (формальної) рівності, принцип демократизму, принцип справедливості, принцип по-ваги і захисту основних прав людини [11, с. 10]. Впровадження зазначених принципів у конституційне законодавство є водночас і умовою

(передумовою), і результатом (наслідком) удосконалення конституційного законодавства. Втім, думається, що наведений перелік принципів не є вичерпним. Зокрема, стосовно конституційного законодавства України він може бути доповнений, виходячи з мети і принципів конституціоналізму, принципом пріоритету прав і свобод людини перед іншими соціальними цінностями та інтересами, а також принципом обмеження (самообмеження) державної влади на користь громадянського суспільства, прав та інтересів людини і громадянина.

До важливих тенденцій розвитку конституційного законодавства, виходячи зі спрямованості сучасних конституційних перетворень, окрім іншого, на розвиток громадянського суспільства, належать тенденція соціалізації, гуманізації, а також удосконалення законодавства в напрямі відповідного конституційно-правового забезпечення таких тенденцій розвитку громадянського суспільства, як екологізація, політолого-гізація, інформатизація, економізація, розвиток інституту приватної власності.

Теоретично і практично обумовлено аспект оптимального поєднання стабільності та мобільності конституційного законодавства. В умовах реформування держави її суспільства законодавча база має зазнавати необхідних змін, що відповідають потребам соціального розвитку. Однак конституційне законодавство має характеризуватися підвищеним ступенем стабільності, оскільки конституційно-правові норми регулюють найбільш важливі, основоположні суспільні відносини.

Важливим аспектом є підвищення науковоємності та результативності процесу створення конституційного законодавства. Як слушно відмітив В. Ф. Опришко, «виділити конкретні напрями вдосконалення галузевого законодавства... можливо лише із застосуванням науково обґрунтованого, концептуального підходу» [12, с. 23]. Науковий супровід удосконалення конституційного законодавства покликаний гарантувати демократичний розвиток Української держави її суспільства, стати фундаментом комплексу реформаторських дій, спрямованих на формування системи конституціоналізму. Вимагає свого поліпшення якість законів, починаючи від їх змісту і закінчуючи юридичною технікою. Збільшення кількості законів не є таким важливим у порівнянні з їх якістю. Більше того, невідповідане збільшення законів може привести до «правової інфляції — знецінення нормативних правових актів унаслідок їх непомірної кількості» [13, с. 192].

Звідси важливого значення набуває систематизація конституційного законодавства. Сучасний стан конституційного законодавства України характеризується відсутністю його системності, по суті конституційне законодавство представлене невпорядкованою сукупністю величезної кількості нормативно-правових актів, що негативно відбувається на практиці сучасного конституціоналізму. Тому необхідність упорядкування цієї сукупності актів не викликає сумнівів. Отже, систематизація конституційного законодавства України є актуальною з таких причин:

1. Галузь конституційного права зазнала істотних змін, пов'язаних з конституційною реформою в Україні, здійснення якої почалося задовго до прийняття Конституції України, у ході якої було прийнято і приймаються нині нові джерела конституційного права. При цьому поступально інтенсифікується законотворча діяльність. Так, з 1991 р. до прийняття Конституції в Україні було прийнято більше 650 законів, починаючи з липня 1996 р. (після прийняття Конституції України) і до вересня 2011 р. було прийнято майже 3920 законів. Виходячи з предмета регулювання, можна зробити висновок, що з них 20–25 % містять конституційно-правові норми. Зокрема, в період з 2003 р. по грудень 2007 р. було прийнято майже 220 таких законів, що становить 18 % загальної кількості (більше 1250) всіх прийнятих законів. З початку 2008 р. і до кінця першої половини 2011 р. їх кількість налічувала до 35% загальної кількості (всього було прийнято більше 700 законів) [14]. У результаті виникає необхідність у впорядкуванні конституційно-правових актів, прийнятих до Конституції України і після її прийняття, що є завданням систематизації.

2. Конституційне право перманентно розвивається, з'являється об'єктивна необхідність прийняття нових нормативно-правових актів, які повинні органічно «вплітатися» в систематизоване конституційне законодавство на основі науково вивірених критеріїв систематизації законодавства. Системний підхід до формування конституційного законодавства слід розуміти як його поповнення не окремими розрізняними законами та іншими нормативно-правовими актами, а їх відповідними блоками, сформованими за певними сферами конституційно-правового регулювання. Наприклад, інститут місцевого самоврядування в Україні вимагає саме такого системного підходу. При цьому має бути збалансованість у системі законодавства, завдяки якій прийняття нових законів логічно пов'язувалося б з уже чинними і припускало узгоджене функціонування з подальшими актами.

3. У чинному конституційному законодавстві України значна кількість актів піддавалася численним змінам і доповненням, внаслідок чого виникла необхідність у їх новому офіційному опублікуванні. Це доцільно здійснювати в систематизованому вигляді. Так, наприклад, за 2007 р. було прийнято майже 105 законів, серед яких більше 20 % законів, що містять конституційно-правові норми, у свою чергу, із них — більше 80 % були закони про внесення змін до чинних законів України. За 2008 р. було прийнято більше 15 % загальної кількості таких законів (155 законів), з них — майже 58 % про внесення змін до чинних законів України. Аналогічна ситуація простежувалася й в 2009 р. За 2010 р. цей показник становив — більше 35 % [14].

4. Конституційне право є первинною, однією з фундаментальних галузей права, що відіграє системоутворючу роль у правовій системі України, тому від системності конституційного законодавства безпосередньо залежить якість усіх інших галузей законодавства.

Для здійснення систематизації конституційного законодавства необхідно ґрунтуватися на теоретико-методологічній парадигмі систематизації законодавства, розробленій сучасною правовою науковою, а також з урахуванням позитивного світового та вітчизняного досвіду систематизації з метою вдосконалення чинного законодавства України. Спираючись на цей матеріал як методологічний та теоретичний фундаменти, можливо дійти висновку, що з усіх видів систематизації для конституційного законодавства найбільш оптимальною є інкорпорація, як найефективніший спосіб систематизації конституційно-правових актів. Вона є дійовим засобом збільшення регулятивної ефективності конституційного права. Крім того, у ході проведення інкорпорації у законодавця з'явиться можливість виявити та усунути законодавчі прогалини, повтори та колізії, які призводять до порушення єдності і системності конституційного законодавства. Тому порядку і техніці проведення інкорпорації слід приділити особливу увагу.

Нині необхідна офіційна інкорпорація конституційного законодавства, яка повинна здійснюватися органом законодавчої влади, тобто Верховною Радою України на основі відповідних планів і програм. Найбільш оптимальним способом є розміщення інкорпорованого матеріалу за предметом правового регулювання, тобто за інститутами конституційного законодавства. У системі конституційного законодавства є можливим викремлення інститутів. Тут застосовне теоретичне обґрунтування, сформульоване Д. А. Керимовим, про можливість формування у галузі законодавства «законодавчих інститутів, що регулюють ті чи інші сторони тих чи інших типових суспільних відносин» [15, с. 79]. У системі конституційного законодавства слід виділяти інститути, виходячи з предмета конституційно-правового регулювання і, відповідно, інститутів конституційного права. При цьому інститути конституційного права за своїми джерелами є більшими, ніж інститути конституційного законодавства, оскільки інститути конституційного права об'єднують норми, що містяться не тільки в Конституції та законах України (тобто джерелах конституційного законодавства), але й в інших джерелах конституційного права.

До основних інститутів конституційного законодавства України, для позначення яких логічно і лінгвістично виправданою буде термінологічна конструкція — конституційно-законодавчі інститути, слід віднести: конституційний лад суспільства й держави; конституційні засади народовладдя; конституційні основи громадянського суспільства; конституційний статус людини і громадянина; державний лад; державний устрій і територіальна організація держави; законодавча влада; президентство; виконавча влада; судова влада, контрольно-наглядові та правоохоронні органи; місцеве самоврядування.

Очевидно, що головним елементом щодо інших актів, що інкорпоруються, є один елемент структури конституції (її розділ або статті), решта законодавчого матеріалу розміщується в ієрархічному порядку.

Рівні за юридичною силою нормативно-правові розташовуються в хронологічному порядку.

Таким чином, вимальовується така модельна схема інкорпорованого конституційного законодавства щодо конституційно-законодавчих інститутів: розділ (або статті) конституції; конституційні закони (у хронологічній послідовності); органічні закони (у хронологічній послідовності); звичайні закони (у хронологічній послідовності). Водночас ця схема буде можливою тільки за умови офіційної класифікації законів України на конституційні, органічні та звичайні. За відсутності такої класифікації закони мають бути розташовані в хронологічному порядку.

Зовнішньою формою систематизації конституційного законодавства може стати його фіксація на паперовому носії «Конституційне законодавство України (Офіційне зібрання законів України)», а також — в електронному варіанті, шляхом створення Правового Порталу «Конституційне законодавство України» (Розділи: «Конституційний лад України», «Конституційні основи народовладдя» тощо щодо інститутів конституційного законодавства) в мережі Інтернет.

Необхідним завданням конституційного забезпечення широкомасштабних реформ, що запроваджені та відбуваються на сучасному етапі з метою «модернізації України» (В. Ф. Янукович), є розвиток та удосконалення конституційного законодавства та впровадження в реальну політико-правову практику конституційно-правових положень. Важливо, щоб потенціал конституційних норм запрацював на повну силу з метою здійснення в Україні демократичних перетворень на основі загальнолюдських політико-правових цінностей та пріоритетів в умовах становлення та розвитку українського конституціоналізму.

Література

1. Виступ Президента України Віктора Януковича на відкритті 9-ї сесії Верховної Ради України 6-го скликання та Урочистому засіданні з нагоди 20-ї річниці проголошення Незалежності України [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.president.gov.ua/news/21114.htm?PrintVersion>.
2. Виступ Президента України Віктора Януковича на урочистому зібранні біля пам'ятника Святому Володимиру «Благословенна і єдина Україна» [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.president.gov.ua/news/21000.htm>.
3. Орзих М. Конституция Украины и современные перспективы конституционных преобразований / М. Ф. Орзих // Юридичний вісник. — 2011. — № 2. — С. 4–11.
4. Про нормативні правові акти в Україні : проект Закону України від 29 травня 1995 р., № 06-1/5-506 / Верховна Рада України : Комісія з питань правової політики і судово-правової реформи.
5. Про нормативно-правові акти : проект Закону України від 14 січня 2008 р., реєстр. № 1343 [Електронний ресурс] // Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. — Режим доступу : http://gska2.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?id=&pf3511=31416.
6. Про нормативно-правові акти : проект Закону України від 21 січня 2008 р., реєстр. № 1343-1 [Електронний ресурс] // Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. —

- Режим доступу : http://gska2.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?id=&pf3511=31416.
7. Пропозиції Президента України до Закону України «Про нормативно-правові акти» від 30 жовтня 2008 р. [Електронний ресурс] // Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. — Режим доступу : http://portal.rada.gov.ua/rada/control/uk/publish/printabl_article?art_id=148043.
 8. Любимов Н. А. Конституционно-правовой институт языка: проблемы формирования / Н. А. Любимов // Вестник Московского университета. Серия 11. Право. — 2004. — № 2. — С. 17–34.
 9. Рішення Конституційного Суду України від 14 грудня 1999 р. № 10-рп/99 у справі за конституційним поданням 51 народного депутата України про офіційне тлумачення положень статті 10 Конституції України щодо застосування державної мови органами державної влади, органами місцевого самоврядування та використання її у навчальному процесі в навчальних закладах України (справа про застосування української мови) // Вісник Конституційного Суду України. — 2000. — № 1. — С. 5–9.
 10. Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу : Закон України від 18 березня 2004 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2004. — № 29. — Ст. 367.
 11. Луць Л. А. Деякі аспекти впровадження загальнолюдських принципів права в юридичну практику України / Л. А. Луць, Т. І. Фулей // Держава і право : зб. наук. пр. : (юрид. і політ. науки). — К., 2002. — Вип. 20. — С. 8–14.
 12. Опришко В. Актуальні проблеми парламентської реформи / В. Опришко // Право України. — 2001. — № 8. — С. 21–25.
 13. Евдокимов В. Об основных направлениях развития законодательства Российской Федерации в современных условиях / В. Евдокимов, С. Пчелинцев // Конституционное право: восточноевропейское обозрение. — 2004. — № 1 (46). — С. 186–194.
 14. Інформація з офіційного сайту Верховної Ради України [Електронний ресурс] // Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. — Режим доступу : <http://www.ccu.gov.ua/uk/publish/article/153633>.
 15. Керимов Д. А. Законодательная техника / Д. А. Керимов. — М. : НОРМА-ИНФРА-М, 1998. — 122 с.

А н о т а ц і я

Крусян А. Р. Конституційне законодавство України: сучасний стан та тенденції розвитку. — Стаття.

У статті розкривається зміст та надається поняття конституційного законодавства. На основі аналізу чинного законодавства України та законопроектної діяльності Верховної Ради України виокремлюються недоліки конституційного законодавства на сучасному етапі його розвитку. Виходячи з мети конституційних перетворень в Україні обґрунттовуються та розкриваються основні тенденції розвитку конституційного законодавства. Зокрема, увага приділена таким тенденціям, як: інтенсифікація, новелізація, адаптація до законодавства Європейського Союзу, соціалізація та гуманізація, демократизація тощо, а також тенденції підвищення науковоємкості процесу створення конституційного законодавства України. Наводиться аргументований системний перелік проектів законів, прийняття яких є необхідним для конституційно-правового забезпечення сучасного етапу реформування та модернізації в Україні. Обґрунтковується важливість та необхідність систематизації конституційного законодавства України, а також викладається модельна схема його інкорпорації.

Ключові слова: конституційне законодавство, тенденції розвитку конституційного законодавства, конституційна реформа і модернізація, систематизація конституційного законодавства.

А н н о т а ц и я

***Крусян А. Р. Конституционное законодательство Украины: современный этап и тенденции развития.* — Статья.**

В статье раскрывается содержание и дано понятие конституционного законодательства. На основе анализа действующего законодательства Украины и законопроектной деятельности Верховной Рады Украины излагаются недостатки конституционного законодательства на современном этапе его развития. Исходя из цели конституционных преобразований в Украине, обосновываются и раскрываются основные тенденции развития конституционного законодательства. В частности, внимание уделено таким тенденциям, как: интенсификация, новелизация, адаптация к законодательству Европейского Союза, социализация и гуманизация, демократизация, а также тенденция повышения научности процесса создания конституционного законодательства Украины. Приводится аргументированный системный перечень проектов законов, принятие которых необходимо для конституционно-правового обеспечения современного этапа реформирования и модернизации в Украине. Обосновывается важность и необходимость систематизации конституционного законодательства Украины, а также излагается модельная схема его инкорпорации.

Ключевые слова: конституционное законодательство, тенденции развития конституционного законодательства, конституционная реформа и модернизация, систематизация конституционного законодательства.

S u m m a r y

***Krusyan A. R. Constitutional legislation of Ukraine: the present stage and development trends.* — Article.**

The article describes the content and gives the notion of constitutional law. Based on the analysis of Ukrainian legislation and legislative activities of the Verkhovna Rada of Ukraine disadvantages of constitutional law at the present stage of its development are presented. With the goal of constitutional reforms in Ukraine the main trends of development of constitutional law are justified and revealed. In particular attention is paid to such trends as: intensification, innovation, adaptation to the legislation of the European Union, the socialization and humanization, democratization, and the tendency to increase the knowledge-intensity of the process of creating the constitutional law of Ukraine. Systematized and convincing list of draft laws is provided, necessary for the adoption of constitutional and legal provision of the current stage of reform and modernization in Ukraine. The author substantiates the importance and the need to systematize the constitutional law of Ukraine and outlines a model scheme of its incorporation.

Keywords: constitutional law, constitutional law trends, constitutional reform and modernization, the systematization of constitutional law.

УДК 342.72/73

П. М. Рабінович

ДЕЛІКТИ ПРОТИ ЛЮДЯНОСТІ ЯК СПЕЦИФІЧНИЙ ВИД ПРАВОПОРУШЕНЬ

Вступні зауваги. 1 жовтня 1946 р. в німецькому місті Нюрнберг у приміщенні колишнього міського суду було виголошено вирок Міжнародного воєнного трибуналу, створеного державами — переможницями у Другій світовій війні для притягнення до кримінальної відповідальності головних німецьких воєнних злочинців. Цей судовий орган протягом майже десяти місяців розглядав обвинувачення, висунуті двадцятью двом особам, які належали до вищого керівництва III рейху.

Пізніше Генеральна Асамблея ООН затвердила (резолюціями від 11 грудня 1946 р. і 27 листопада 1947 р.) ті принципи, які були покладені в основу діяльності цього першого в історії людства реально діючого органу міжнародної кримінальної юстиції та його вироку і які відтоді, отже, набули значення світових стандартів міжнародного кримінального права і судочинства.

Згодом ООН ще неодноразово доводилося створювати тимчасові судові інституції задля міжнародного кримінального покарання керівників та вищих посадових осіб окремих держав, котрі скоїли діяння, так чи інакше подібні до тих, що ставились на провину керівникам фашистської Німеччини (зокрема, міжнародні трибунали для колишньої Югославії та для Руанди). А своєрідною верхівкою цієї, так би мовити, піраміди органів міжнародного кримінального судочинства став створений під егідою ООН постійний Міжнародний кримінальний суд (далі — МКС), який почав працювати у 2002 р. у місті Гаазі.

Ta все ж саме Нюрнберзький трибунал був і нині лишається історичним фундаментом цієї «піраміди». Тому без засвоєння «уроків» його діяльності навряд чи можливо адекватно інтерпретувати і сучасне міжнародне кримінальне право, і відповідне йому міжнародне кримінальне судочинство. Адже, як йдеться у Заяві Верховної Ради України «До 65-ї річниці Нюрнберзького процесу над фашистськими злочинцями» від

19 квітня 1911 р., принципи, визначені його Статутом, покладені в основу низки повоєнних міжнародно-правових документів [1]. Тому цілком закономірним є те, що документи Нюрнберзького процесу та його історичні наслідки лишаються предметом постійного вивчення як зарубіжних, так і вітчизняних фахівців [2, с. 160–169]. Адже, вважаємо, немає жодного перебільшення у твердженні про те, що Нюрнберзький трибунал «без сумніву є одним із доленосних подій в історії людства. За своїм масштабом він належить до тих епохальних явищ, котрі фундаментально змінюють весь лад життя і на довгі роки вперед задають імпульс цivilізаційного розвитку» [3, с. 3].

Міжнародні злочини проти людяності: загальна характеристика. Один із таких уроків пов'язаний з тим, що у затвердженому в серпні 1945 р. Статуті Нюрнберзького трибуналу було названо (вперше в історії кримінального права взагалі) такий делікт, як «злочини проти людяності»¹, та конкретизовано декілька його різновидів (п. «с» ст. 6). До них було віднесено:

— вбивства, винищення, поневолення, заслання, вчинені стосовно цивільного населення у мирний час або під час війни;

— переслідування з політичних, расових чи релігійних мотивів з метою здійснення або у зв'язку зі злочинами проти миру чи воєнними злочинами незалежно від того, чи були ці дії порушенням внутрішнього права держави, де вони були вчинені, чи ні.

У статутах міжнародних трибуналів для колишньої Югославії та для Руанди на додаток до названих вище різновидів злочинів проти людяності були ще зазначені: депортация,ув'язнення,тортури, застосовані щодо тих чи інших соціальних груп (чи щодо населення), а також згвалтування членів цих груп.

У Статуті ж МКС (1998 р.) до зафікованих раніше у міжнародно-правових документах різновидів згаданих злочинів було додано й різні форми сексуального насильства, насильницькі зникнення, а також переслідування й з гендерних мотивів (п. «к» ст. 7).

Узагальнення властивостей, притаманних усім міжнародно-злочинним посяганням на людяність, дає підставу виділити, як відзначають зарубіжні й вітчизняні фахівці, такі їхні спільні риси:

а) масовість (тобто масштабність): потерпілими суб'єктами, жертвами таких злочинних діянь є мирне населення, його певні соціальні групи, спільноти;

б) систематичність (тривалість);

в) цілеспрямованість (зазвичай інституціоналізований);

г) пов'язаність зі станом війни, збройними конфліктами, нападами.

Наведені показники злочинного характеру посягань на людяність мають, очевидно, здебільшого формальний характер. Вони відображають так звану об'єктивну сторону таких деліктів.

Що ж торкається «матеріальних» (вже не формальних, а власне сутнісних, соціально-змістовних) — причому теж об'єктивних щодо по-

терпілих осіб — властивостей таких діянь, то певну інформацію про них можна зустріти якраз у згаданій статті Статуту МКС, яка присвячена саме злочинам проти людяності. У ній йдеться, зокрема, про «...нелюдські діяння... які полягають у навмисному спричиненні сильних страждань або серйозних тілесних ушкоджень, або серйозної шкоди психічному чи фізичному здоров'ю». Означені характеристики мають, ясна річ, яскраво оцінчу природу. Проте вони, так чи інакше, завжди «матеріалізуються» у небезпечних для життєдіяльності потерпілих суб'єктів («жертв») наслідках протиправної поведінки. Такі наслідки виникають та існують не в уяві, не в абстракції, а насамперед у реальному (матеріальному, соціальному чи духовному) житті, вони дістають прояв у емпірично фіксуваних фактах, подіях. Причому ці наслідки є очевидними, «природними». Така очевидність (принаймні якщо не для усього суспільства, то для його певних соціальних груп, спільнот) є завжди конкретно-історичною. І саме вона, як видається, здатна слугувати об'єктивною підставою для соціально-змістової оцінки (скажімо, оцінки страждань як «сильних», ушкоджень або шкоди як «серйозних»). Значення очевидності у цій площині полягає, вважаємо, у тому, що вона забезпечує недовільність, підставність кваліфікації певних діянь як міжнародно-кrimінальних деліктів проти людяності.

У зв'язку з очевидністю є принципово важливою й та обставина, що джерела і природа (суть) міжнародних злочинів проти людяності інтерпретуються на основі здебільшого природно-правових уявлень, поглядів, концепцій [5]. Так, на думку зарубіжного фахівця С. Глазера, принцип «нема злочину без покарання» у міжнародному кримінальному праві розуміється саме у природно-правовому аспекті: йдеться про злочин не у законі, а саме у праві [6, с. 13]. А відомий вітчизняний вчений-міжнародник О. О. Мережко назавв рішення Нюрнберзького трибуналу «прикладами дієвості природного права у ХХ столітті» [7, с. 32]. Та й справді, у самому вироку Нюрнберзького трибуналу [8, с. 307—415] прямо констатовано, що він (вирок) є «вираженням того міжнародного права, котре вже існувало на час утворення цього трибуналу», і що той, хто агресивно, всупереч укладеним угодам і без попередження, здійснює напад, «повинен знати, що вчиняє неправу справу». При цьому Трибунал констатував, що «...підсудні повинні були знати, що чинять всупереч міжнародному праву».

У названих вище міжнародно-правових актах, які забороняють злочинно посягати на людяність, використовуються зазвичай два техніко-юридичних способи закріplення такої заборони. Перший — коли поняття про цей делікт лише називається, термінологізується (наприклад, вживаються словосполучення «злочини проти людяності», «нелюдське поводження і покарання»). А другий полягає у тому, що те діяння, котре відображається цим поняттям як родовим, конкретизується через вказівку на його різновиди (з їх, у разі необхідності, наступною офіційною інтерпретацією). Показово, що при цьому дефініція загального по-

няття цього злочину жодного разу так і не формулювалась. Більше того: прямо вказувалось на невичерпаність згаданих переліків, на їх «відкритість», можна сказати, незавершеність. Так, у Статуті Нюрнберзького трибуналу після переліку різновидів названого злочину бланкетно йшлося також про «інші жорстокості», а у Статуті МКС, як вже згадувалось, — про «інші нелюдські діяння аналогічного характеру». Це, до речі, дає підставу констатувати визнання (з боку ООН) допустимості застосування в міжнародному кримінальному праві «аналогії закону» ...

Вірогідність же збільшення кількості різновидів злочинів проти людяності можна пояснити, як видається, принаймні двома обставинами. По-перше, урізноманітнюванням засобів і способів скоєння саме таких правопорушень. (Так, до останніх пропонується включити, зокрема, пов'язане з тероризмом колективне та індивідуальне заручництво [9]). А по-друге, — посиленням нетерпимості до них з боку «совіті людства» (сuto етичне поняття, згадане у преамбулі Загальної декларації прав людини), підвищеннем «планки», рівня вимог до забезпечення гуманності поведінки різноманітних суб'єктів суспільного життя — насамперед перед держав (їх органів, керівників, вищих посадових осіб) — стосовно індивідів, їхніх спільнот, об'єднань.

Так чи інакше, наприклад, у «ранній» юриспруденції МКС (як відзначають фахівці) дістали розвиток «контекстуальні елементи» злочинів проти людяності [10, с. 91].

Інші посягання на людяність. Принципово важливим видається той факт, що вже після завершення діяльності Нюрнберзького (та й, до речі, Токійського) трибуналу у декількох міжнародно-правових актах всесвітнього рівня було закріплено заборону такого поводження чи покарання, яке є «нелюдським». Йдеться, насамперед, про Загальну декларацію прав людини 1948 р., яка проголосила, що «ніхто не повинен зазнавати тортур або жорстокого, нелюдського або такого, що принижує його гідність, поводження і покарання» (ст. 5), та про Міжнародний пакт про громадянські і політичні права 1966 р., де встановлено, що «нікого не може бути піддано катуванню чи жорстокому, нелюдському або такому, що принижує гідність, поводженю чи покаранню» (ст. 7).

Тим самим заборона вчинення нелюдських діянь була конституйована як справді універсальна, тобто така, що не залежить від яких би то не було конкретизуючих її характеристик та проявів (зокрема: від соціального чи індивідуального статусу її можливих порушників і суб'єктів, потерпілих внаслідок її порушення; від військового чи мирного часу її чинності; від кількості жертв (чи-то окремих індивідів, чи-то соціальних груп); від кількості відповідних деліктів (одноразових чи систематичних); від конкретно-історичних умов її дотримання чи порушення). У та-кий спосіб ця заборона, так би мовити, вийшла поза межі галузі міжнародного кримінального права і увійшла до іншої галузі — міжнародного права прав людини.

Але такий широкий підхід до розуміння усіх розглядуваних правових деліктів такого роду неминуче породжував потребу в наступній їх градації, класифікації (для початку хоча б доктринальної). Йдеться, отже, про вирізnenня її видів — принаймні злочинних та незлочинних.

Ознаки злочинних деліктів саме проти людяності досліджувались у міжнародно-правовій науці досить широко. Серед вітчизняних джерел слід згадати (окрім праць Н. А. Зелінської), зокрема, статті А. А. Маєвської та її кандидатську дисертацію «Злочини проти людяності: міжнародно-правовий аспект» (2002 р.). Спираючись на ці праці, ми й наводили вище такі ознаки.

А от щодо змістової характеристики інших міжнародно-незлочинних деліктів проти людяності, то певну таку характеристику можна дістати, як видається, аналізуючи практику застосування Страсбурзьким судом (далі — Суд) ст. 3 Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі — Конвенція). У цій статті встановлено, зокрема, що ніхто не може бути підданий нелюдському поводженню чи покаранню.

Матеріали цієї практики є особливо цінними, оскільки допомагають з'ясувати, в яких випадках нелюдське поводження становить відносно самостійний делікт, який, з одного боку, не є тотожним «спорідненим», найближчим до нього правопорушенням (зокрема, катуванню, приниженню гідності), а з іншого — не вичерпує тих його конкретних різновидів, котрі відображені у міжнародно-правових актах чи у національному законодавстві. Адже — з огляду на щойно зазначені міжнародні стандарти — жертвами посягання на людяність можуть опинитись не тільки колективні суб'єкти (населення або якісь його частини), але й окремі індивіди (фізичні особи). В останньому випадку такі посягання, скоріше за все, переходятя вже на рівень незлочинних.

Перш ніж вдатися до аналізу незлочинних посягань на людяність, зазначимо, що, так би мовити, індивідуальна людяність потерпає від будь-якого порушення яких би то не було основоположних прав людини. Відповідальність за всі такі діяння завжди буде водночас і відповідальністю за їх антилюдяність. Отож у найширшому сенсі яке б то не було порушення основоположних прав людини вже шкодить людяності. Проте зараз нас цікавитиме спрямоване безпосередньо на фізичну особу таке посягання на людяність, яке повністю не вичерpuється, не «поглинається» чітко зазначеними у позитивному праві іншими деліктами проти особи, а є явищем родовим щодо всіх останніх.

Інтерпретація нелюдського поводження у рішеннях Суду. Укладачі Конвенції презумували, що саме Суд (а раніше — і Європейська комісія з прав людини) у своїй практиці визначить різницю між кожним із трьох видів деліктів, заборонених ст. 3 Конвенції: а) катуванням, б) нелюдським поводженням або покаранням, в) таким, що принижує гідність, поводженням чи покаранням. І справді, це завдання було ним виконано.

Узагальнення вітчизняними фахівцями практики Суду з цього питання дозволило зробити такі основні висновки [11, с. 863—865, 878—879]:

— для того аби нелюдське поводження становило порушення ст. 3, воно має досягнути мінімального рівня жорстокості. Оцінка цього рівня залежить від усіх обставин справи, зокрема від її тривалості, її впливу на фізичний чи психічний стан, а в деяких випадках від статі, віку і стану здоров'я жертви такого поводження. Отож оцінка мінімального рівня жорстокості за своєю сутністю є відносною: вона залежить також від характеру і контексту такого поводження, способу дій і методів, в яких воно проявляється;

— стосовно особи, яка позбавлена волі, будь-яке застосування фізичної сили, яке не було викликано її власними діями, в принципі є зазіханням на право, закріплene у ст. 3 Конвенції;

— суд враховує наслідки, які мав несумісний зі ст. 3 вплив на особу. Зокрема, публічний характер покарання або поводження може бути доречним. Ale разом з цим і відсутність публічності не є перешкодою тому, що б певне поводження потрапило до нелюдського: може бути цілком достатнім, що жертва принижена у своїх власних очах, навіть якщо вона не принижена в очах іншого;

— виходячи з того, що Конвенція є «живим інструментом, який має тлумачитися у світлі сьогоднішнього дня», Суд вважає, що певні акти поведінки, які в минулому визначалися як нелюдське і принижуюче гідність поводження (на противагу катуванню), можуть інакше кваліфікуватися у майбутньому. Адже зростаючі стандарти у сфері захисту прав людини вимагають більшої рішучості в оцінці фундаментальних цінностей демократичного суспільства. Тому, наприклад, певні дії чи утримання від них, які раніше вважалися поза сферою регламентації ст. 3, у майбутньому можуть бути визнаними в межах її регулювання саме завдяки більш жорсткому рівню оцінки;

— суд визначає мінімальний рівень жорстокості, виходячи з кумулятивного ефекту поводження стосовно конкретної жертви.

Що ж до основних критеріїв (показників) покарання, яке вважається нелюдським, належать насамперед такі:

— таке покарання має викликати страждання особливого рівня, що виникли під впливом насильства;

— для такої оцінки покарання слід мати на увазі не лише фізичні страждання, а й душевну пригніченість від чекання покарання в тих випадках, коли його виконання затримується;

— при такому покаранні страждання, пов'язані з ним, мають бути більшими, ніж ті, які неминуче пов'язані з цією чи іншою формою законного покарання. Наслідки покарання, які тягнуть за собою примусове підкорення вимогам кримінальної системи, в переважній частині справ, якщо не в усіх, не є покаранням нелюдським;

— при оцінці покарання увагу слід звертати на фізичні та моральні страждання, які мають досягти такого рівня, що для особи з нормаль-

ними відчуттями, з врахуванням таких факторів, як її стать, вік і здоров'я, можуть вважатися нелюдськими;

— для кваліфікації покарання як нелюдського потрібно враховувати ще й обставини справи і, особливо, характер та умови покарання як такого, спосіб і метод його виконання;

— непропорційно суворе, невиправдане або невідповідне покарання ув'язнених є нелюдським.

Відтак, саме принцип мінімального рівня жорстокості її визначає нижню межу страждань, зазнавши яких, людина вважається такою, що піддана нелюдському поводженню, забороненому ст. 3 Конвенції. (Верхнєю ж межею страждань, яких зазнає людина внаслідок порушення ст. 3 Конвенції, є такий вид жорстокого, так би мовити, «кваліфікованого», поводження, як катування). При цьому така жорстокість має бути не зумовлена, не пов'язана безпосередньо з реалізацією законно призначеного кримінального покарання чи заходів юридичної відповідальності іншого виду, а також, скажімо, із заходами лікарняно-оздоровчого характеру.

Взагалі ж можна сказати, що жорстокість — це така властивість діяння, яка полягає у його здатності зазвичай викликати в індивіда, якого воно торкається, біологічно чи соціально необґрунтовані страждання. Рівень же жорстокості, мабуть, «вимірюється» силою, глибиною таких страждань — негативних (больових, хворобливих, депресивних, пригнічених тощо) відчуттів, переживань, емоцій, думок. Саме таких страждань, які становлять природний, закономірний, «узвичаєний» результат впливу діяння суб'єкта-причинителя на стан (фізичний, психічний) потерпілого.

У літературі висловлена думка про те, що «категоризація рівнів та видів «забороненого поводження або покарання» та їх криміналізація... можуть призвести скоріше до плутанини, аніж до визначеності у термінології, яка застосовується, невизначеності із градацією видів забороненого поводження тощо» [12, с. 86].

І справді, у найширшому сенсі усі три обговорювані види деліктів є поводженням нелюдським. (Це ще у 1968 р. констатувала Європейська комісія з прав людини, розглядаючи так звану «грецьку справу»). Однак погодиться з наведеним поглядом навряд чи можливо. Адже якщо не вдаватись до такої категоризації, ось тоді-то й збільшується ймовірність виникнення «плутанини» і «невизначеності» при застосуванні ст. 3 Конвенції. А крім того, з'явиться підстава дорікати укладачам Конвенції в порушенні правил юридичної техніки, юридичної стилістики.

Окрім об'єктивної складової, делікт проти людяності (як, зрештою, її будь-яке правопорушення) характеризується, ясна річ, і суб'єктивною складовою та суб'єктивною передумовою останньої. Таку передумову становить принаймні байдуже (за відсутності прямого умислу), а зазвичай негуманне, зневажливе, нетерпиме, а то й вороже психологічне ставлення правопорушника до інших людей (людини) або до певної людської спільноти (при прямому умислі).

Інтерпретації Судом того чи іншого діяння держави-відповідача стосовно людини-заявника як поводження нелюдського сформульовані ним лише з приводу окремих конкретних життєвих ситуацій. Однак у жодному рішенні цього Суду ніколи не формулювалося (і, радше за все, не буде формуватись) визначення загального поняття такого поводження...

Необхідність конструювання найзагальнішого поняття делікуту проти людяності. Викладене, гадаємо, свідчить про регулятивну потребу все ж сформулювати — хоча б доктринально — робочу (операціональну) дефініцію гранично загального поняття деліктів проти людяності. Тобто запропонувати таке загальнотеоретичне його визначення, котре охоплювало б усі ті їх види, що на сьогодні вже відомі й згадані у міжнародному кримінальному праві та у міжнародному праві прав людини, і під яке згодом можна буде «підвести» також й інші злочинні та незлочинні делікти такого роду (якщо вони виникнуть у майбутньому).

Оскільки безпосереднім об'єктом усіх деліктів, що розглядаються, є саме людяність, то навряд чи можливо збегнути достеменно їх сутність, їхню соціально-антропну природу, не з'ясувавши, а що ж, власне кажучи, становить собою те явище, котре відображається поняттям «людяність». Але з'ясувати це, здавалося б на перший погляд, навряд чи можливо, не звертаючись до фундаментальних положень науки про людину — до положень антропології.

Людяність: спроба антропологічної інтерпретації. Як перший, сuto попередній, крок у пошуках розв'язання означеного завдання, звернемося хоча б до науково-довідкових джерел словникового та енциклопедичного характеру.

І ось хіба що не єдиним з доступних нам україномовних чи російськомовних джерел такого роду виявився філософсько-енциклопедичний словник «Человек» (М.: Наука, 2000), в якому вміщено окрему статтю під назвою «Человеческая природа». Поняття про останню інтерпретується там у найабстрактнійшій формі як «сукупність сталих, незмінних рис, загальних здібностей і властивостей, що виражают особливості людини як живої істоти і притаманні людині розумній в усі часи незалежно від біологічної еволюції та історичного процесу»². Але у цьому ж тексті — після наведення поглядів відомих мислителів різних часів стосовно саме таких рис і властивостей — на закінчення робиться дещо пессимістичний висновок: людська природа як певне явище, безпременно, існує, однак ми не в змозі здійснити її конкретну розшифровку, оскільки вона виявляє себе у різноманітних культурних і соціальних феноменах. Людська природа, отже, не зводиться до переліку якихось усталених ознак; зрештою сама ця природа не є застиглою. Зберігаючи себе як певна цілісність, вона, тим не менше, піддається змінам. І нарешті, заключний висновок автора цієї статті — відомого фахівця з антропології російського професора П. С. Гуревича — виглядає таким чином: «Мабуть, варто дослухатися до твердження М. Шелера про прин-

ципову неможливість визначити людську природу. Така дефініція означала б заперечення свободи і багатоманітності людини».

Отже, як бачимо, дістати якщо й не вичерпне, то хоча більш-менш завершене змістовне уявлення про те, як же розуміти, витлумачувати феномен людяності (і відповідне поняття про нього), спираючись лише на сучасну антропологічну науку, є справою доволі проблематичною. Однак певною мірою її положення виявляються, так чи інакше, все ж небезкорисними задля аналізу деліктів проти людяності.

Крім того, слід зважати й на те, що самі ознаки людяності, їх наявність чи відсутність неабияк залежать від реальних природних і соціальних умов існування людини, є, зрештою, похідними від них. (Згадаємо відому афористичну сентенцію К. Маркса: аби повернути людині людське, потрібно самі умови, обставини її життя зробити людськими...). Тому, можна вважати, руйнація таких обставин теж становитиме посягання на людяність.

Основні висновки. Отож — як перший, початковий крок у напрямі розв'язання аналізованої тут проблеми — спробуємо (залучаючи й певну антропологічну аргументацію) запропонувати дефініцію гранично загального поняття про те правопорушення, яке є предметом нашого дослідження. А саме: делікт проти людяності — це жорстоке ушкодження властивостей людини (біологічних, психічних, соціальних), що відрізняють її від усіх інших живих істот, або ушкодження умов її життєдіяльності, необхідних для формування, реалізації та розвитку таких властивостей, яке природно викликає її страждання.

Але у чому ж означені властивості полягають? Якою має бути їх змістовна характеристика? Ось запитання, які видаються найважливішими. Та відповідь на них, гадаємо, зможе бути тільки-но конкретно-історичною, у певному сенсі релятивно-екзістенційною. Відтак, справді, навряд чи можна буде виявити з-поміж досліджуваних властивостей такі, котрі є (як мовиться у цитованій вище філософсько-антропологічній статті) «незмінними» в «усі часи»...

Запропонована щойно дефініція, є, ясна річ, небеззаперечною, в якихось її моментах, мабуть, досить вразливою. Але зараз наша мета полягала не в тому, аби дати цілком завершене, досконале, «відшліфоване» визначення обговорюваного поняття, а у стимулюванні, імпульсуванні подальших наукових пошуків у цьому напрямку.

Й останнє. Як відомо, в Україні у разі виникнення питання про притягнення до кримінальної чи до адміністративної відповідальності не дозволяється вдаватись до застосування аналогії закону або аналогії права. Тому, мабуть, варто обговорити питання про підставність включення до відповідних кодексів вказівки на санкції за скоєння посягання на людяність як окремого, самостійного правопорушення (бажано разом із аутентичним тлумаченням поняття про такий делікт). Адже захист від таких правопорушень має здійснюватись не тільки на міжнародному, але й на національному рівні. Та оскільки такої вказівки у цих кодексах

поки що немає, то мало не єдиним засобом захисту українських громадян саме від нелюдського поводження з боку держави лишатиметься їх звернення до Суду зі скаргами на порушення ст. 3 Конвенції.

П р и м і т к и

1. Втім принаගідно зауважимо, що міжнародна констатація і заборона такого різновиду міжнародних кримінальних злочинів (у дещо іншому формулюванні) зустрічалася ще у 1899 р. Тоді до преамбули Гаагської конвенції про закони і звичаї сухопутної війни було включено так зване застереження (рос. — «оговорка») Ф. Мартенса — на той час досить відомого в Європі російського фахівця з міжнародного права. У цьому застереженні вперше в міжнародно-правовому акті було вжито таке поняття, як «закони людяності». Йшлося про те, що населення і конфліктуючі сторони залишаються під охороною та дією зasad міжнародного права, оскільки вони випливають зі звичаїв, що встановилися між освіченими народами, з законів людяності та вимог суспільної свідомості.
Тоді, ясна річ, навряд чи хто міг прогнозувати, що майже через півстоліття поняття «людяність» знову з'явиться в одному з , можна сказати, епохальних міждержавних актів — Статуті Нюрнберзького трибуналу. В означеному документі злочини проти людяності було виокремлено, як зазначалось, у самостійний різновид деліктів [4].
2. Отож, якщо вважати, що означені властивості існують *об'єктивно* стосовно усіх інших суб'єктів, тоді важко цілком погодися із твердженням про те, що «людяність — це природний, стихійний гуманізм. Гуманізм зрілий, цілеспрямований — це осмислена, усвідомлена людяність» [13, с. 390].

Л і т е р а т у р а

1. Голос України. — 2011. — 7 трав.
2. Бест Дж. Война и право после 1945 г.: пер. с англ. / Дж. Бест. — М., 2010. — 676 с.; Розбудова демократичного суспільства після Нюрнберзького трибуналу : зб. ст. — О., 2010. — 270 с.; Зелинская Н. А. Нюрнбергская концепция международного преступления и принцип «ex post facto» в международном уголовном праве / Н. А. Зелинская // Наукові праці Одеської національної юридичної академії. — 2008. — Т. 7.
3. Яртых И. С. Предисловие / И. С. Яртых // Нюрнбергский процесс. Защитительные речи адвокатов. — М., 2008. — Т. 1.
4. Пустогаров В. В. Оговорка Мартенса — история и юридическое содержание / В. В. Пустогаров // Право и политика. — 2000. — № 3.
5. Рабінович С. Природно-правовая очевидність та її юридична позитивація / С. Рабінович // Юридична Україна. — 2010. — № 1.
6. Ледях И. А. Нацистские преступники и судебная практика в ФРГ / И. А. Ледях. — М., 1973.
7. Мережко А. А. Введение в философию международного права. Гносеология международного права / А. А. Мережко. — К., 2002.
8. Нюрнбергский процесс над главными немецкими военными преступниками : сб. материалов. В 7 т. Т. 7. — М., 1961.
9. Нюрнберзький процес: незасвоєні уроки. Виступ Голови Верховної Ради України В. Литвина на Міжнародній науковій конференції, присвяченій 65-річчю Нюрнберзького процесу // Голос України. — 2011. — 18 трав.
10. Богуш Г. Обзорная конференция по Римскому статуту: новые горизонты международного уголовного правосудия / Г. Богуш // Сравнительное конституционное обозрение. — 2010. — № 5.

11. Буткевич В. Г. Особливості з'ясування правового змісту ст. 3 ЄКПЛ та застосування основних стандартів / В. Г. Буткевич // Європейський суд з прав людини. Судова практика. — К., 2011. — Вип. 1, ч. 1—2.
12. Пушкар П. В. Заборона катувань та інші форми жорстокого поводження чи покарання: застосування практики Європейського суду з прав людини / П. В. Пушкар // Європейський суд з прав людини. Судова практика. — К., 2011. — Вип. 1, ч. 3.
13. Борзенко И. М. Человечность человека: Основы современного гуманизма : учеб. пособие для вузов / И. М. Борзенко, В. А. Куvakin, А. А. Кудишина. — Изд. 2-е, испр. и доп. — М., 2005.

А н о т а ц і я

Рабінович П. Людяність як об'єкт правового захисту. — Стаття.

У статті аналізуються делікти проти людяності, посягання на які вперше були офіційно оголошені протиправними у документах Нюрнберзького трибуналу (1945–1946 рр.). Використовується практика Європейського суду з прав людини. Залучаються положення науки антропології.

Ключові слова: людяність, делікти проти людяності, Нюрнберзький процес, Європейський суд з прав людини.

А н н о т а ц и я

Рабинович П. Человечность как объект правовой защиты. — Статья.

В статье анализируются деликты против человечности, посягательства на которые впервые были официально объявлены противоправными в документах Нюрнбергского трибунала (1945–1946 гг.). Используется практика Европейского суда по правам человека. Привлекаются положения науки антропологии.

Ключевые слова: человечность, деликты против человечности, Нюрнбергский процесс, Европейский суд по правам человека.

S u m m a r y

Rabinovych P. Humaneness as a subject for legal protection. — Article.

The article analyzes the delicts against humanness, infringement of which were for the first time announced in the documents of the Nurnberg Trials 1945-1946. The practice of the European Court of Human Rights and the statements of anthropology are invoked.

Keywords: humaneness, delicts against humaneness, Nurnberg Trials, European Court of Human Rights.

УДК 340.11:347.97/99

O. Ф. Скакун

ОСНОВНЫЕ ПОНЯТИЯ ИСХОДНОЙ МАТЕРИАЛЬНО-ПРАВОВОЙ СУБСТАНЦИИ «СУД» И ИХ СООТНОШЕНИЕ

Ведущей звездой своих стремлений следует избирать не образы фантазии, а ясно продуманные понятия.

Артур Шопенгауэр

Понятие «судебная власть», «судебная система», «судопроизводство», «правосудие» и другие, которые являются смежными с ними («судебное дело», «судебная практика», «судебное заседание», «судебное решение», «судебный процесс» и тому подобное), имеют одну исходную материально-правовую субстанцию — «суд». Большинство из этих понятий является традиционными объектами исследования юридической науки и неотделимыми от юридической практики. Однако в отечественном законодательстве иногда произвольно употребляются те или иные названные понятия, без надлежащего объяснения и учета их соотношения, что и обусловило постановку актуального научного задания — исследовать степень их соответствия устоявшейся терминологии и корректность использования.

Напомним, что категория «суд» имеет давнее происхождение и ассоциируется с материально-организационным образованием, предназначенным разрешать конфликты между членами общины в период первобытного строя. Со времен возникновения государства распространенным стало определять суд как беспристрастного посредника в споре между двумя заинтересованными лицами (И. Я. Фойницкий, нач. ХХ ст.) [1, с. 7]; как специальный (обычно, государственный) орган, который уполномочен осуществлять правосудие (нач. ХХI ст.). Так, в ст. 2 Закона Украины «О судоустройстве и статусе судей» записано, что задание суда заключается в осуществлении правосудия на принципах верховенства права, обеспечении каждому права на справедливый суд и уважение к другим правам и свободам, гарантированным Конституцией и за-

конами Украины, а также международными договорами, согласие на обязательность которых предоставлено Верховной Радой Украины [2].

Понятия и категории, которые созданы предыдущими поколениями ученых и практиков, не остаются неизменными. Они обновляются, развиваются, вбирая опыт общественной жизни. Их модернизация является закономерной. Теоретические положения правоведения, верные для одних условий, могут не подходить к другим. Каждое легальное понятие (то есть понятие, определенное в законе) является стержнем, ядром нормативно-правового акта и должно отвечать юридически значимой действительности, которая им отображается. Понятия могут стимулировать новое научное исследование, служить его отправной точкой, поскольку для ученого оно является главным гносеологическим инструментом. Но поскольку понятия не являются определяющими в правовом процессе, их нельзя абсолютизировать. Вместе с тем нельзя и употреблять их произвольно, без учета соотношения друг с другом.

В Украине понятия (те, которые предлагаются юридической наукой, и те, которые закрепляются в законодательных актах, т.е легитимные и легальные) совершаются вместе с совершенствованием украинского языка — цель этого совершенствования заключается в изобретении точных выражений для передачи достоверных фактов. Вместе с тем признание юридической наукой и практикой ценности понятий не может автоматически устранить схематизм (статичность) их формулировок или попыток склонить научную общественность к восприятию легальных понятий без обоснования целесообразности их внедрения в нормативно-правовую базу.

Новым легальным понятием, которое имеет отношение к правовой сфере организации и деятельности судов Украины, является «судівництво»¹, которое введено «Концепцією вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів» (одобрена Указом Президента Украины от 10 мая 2006 года) [3]. Как заявлено в ст. 1 данной «Концепции», «судівництво» — это «единая система судебного устройства и судопроизводства, которая функционирует на принципах верховенства права в соответствии с европейскими стандартами и гарантирует право личности на справедливый суд». Изложение содержания понятия «судівництво» вызывает некоторые сомнения в согласованности изложения его составных элементов. Во-первых, словосочетанием «единая система» (через которое определяется судівництво) объединяются взаимосвязанные, но разноуровневые явления — судебное устройство (организация судебной системы) и судопроизводство (деятельность судов по рассмотрению и разрешению дел), а приведенная далее фраза — «функционирует на принципах верховенства права в соответствии с европейскими стандартами» — не может быть распространена одновременно на судебное устройство и судопроизводство, поскольку, по существу, имеет отношение только к судопроизводству. Во-вторых, сам термин «судівництво»,

который прозвучал в названии «Концепции», недостаточно вводится в текст данного документа: в десяти разделах он вспоминается три раза в начале первого раздела (в первом и третьем абзацах), а потом «исчезает» из документа. Как правило, в «Концепции» применяются устоявшиеся, согласованные между юристами разных поколений, термины — «судопроизводство», «правосудие», «судебный орган», «судебная система» и другие. К тому же термин «судівництво», отсутствующий в толковых словарях современного украинского языка [4], не имеет адекватного перевода на иностранные языки.

Следовательно, новый термин, будучи заявленным, не получил необходимого раскрытия и использования в самом документе, что могло бы пролонгировать его вхождение в законодательный и научно-юридический оборот. Кроме того, данное понятие, по существу, введено вместо понятия «судебная система», в котором также, как это наблюдается в понятии «судівництво», правоведы выделяют два основных компонента — судоустройство и судопроизводство [5, с. 703]. В случае легитимации и легализации понятия «судівництво», то есть восприятия его содружеством юристов и законодателем, возникнет потребность в пересмотре нормативно-правовой базы на предмет согласования применяемых в ней понятий с корнем «суд».

Для подтверждения критической позиции относительно ввода в отечественную систему нормативно-правовых актов понятия «судівництво», обусловленной недостаточной аргументацией целесообразности такого введения и отсутствием необходимой согласованности нового понятия с однокоренными понятиями, рассмотрим обновленный Закон Украины «О судоустройстве и статусе судей», в частности ст. 3 данного Закона с названием «Судебная система». В указанной статье закреплено, что судебную систему Украины составляют суды общей юрисдикции (образуют единую систему судов) и суд конституционной юрисдикции (Конституционный Суд Украины); отмечено, что судебная система обеспечивает доступность правосудия для каждого лица в порядке, установленном Конституцией и законами Украины. В данном законе (а он вышел после рассматриваемого указа Президента) не упоминается термин «судівництво», а раскрытие структуры судебной системы, как видим, не совпадает с приведенным ее толкованием правоведами, которые под судебной системой понимают судоустройство и судопроизводство.

Что касается понятия «судоустройство» в упомянутом Законе Украины (вчитаемся в название закона — «О судоустройстве и статусе судей»), то оно отсутствует и только из преамбулы данного Закона можно сделать вывод о том, что под судоустройством понимается «организация судебной власти». Выходит, что между содержанием понятий «судебная система» и «судоустройство» законодатель не усматривает различия, тогда как научные работники (во всяком случае, большинство из них) ее фиксируют, считая судебную систему шире по объему, чем судоустройство.

Следует учесть, что метод системного анализа, который применяется при познании любых систем, состоит из двух компонентов — системно-структурного и системно-функционального анализа. Если системно-структурный анализ имеет общий постановочный характер (в нашем случае — ограничивается перечнем судов) и не может самостоятельно обеспечить понимание особенностей системных образований и состояний, то системно-функциональный метод направлен на выявление закономерностей развития судебной системы, ее элементов в их конкретных действиях. Исходя из такого понимания системного анализа, правоведы находятся ближе к истине, когда называют в структуре судебной системы два элемента (судоустройство и судопроизводство). Поэтому есть смысл в том, чтобы законодатель в этом вопросе к ним прислушался. Тогда вновь введенное понятие «судівництво», раскрывающееся через ту же структуру, что и устоявшееся понятие «судебная система», станет излишним.

Понятие «судопроизводство», в отличие от рассмотренного «судівництво», не нуждалось в таком внимании в раскрытии его содержания в указанной «Концепции», поскольку термин «судопроизводство» давно используется в соответствующих отечественных кодексах, юридической науке и практике. В п. 3 с. 124 Конституции Украины это понятие выражено через перечень судов, которые его осуществляют: «Судопроизводство осуществляется Конституционным Судом Украины и судами общей юрисдикции». Этот же текст повторяется в п. 3 в. 1 Закона Украины «О судоустройстве и статусе судей». В п. 3 ст. 2 Кодекса административного судопроизводства Украины в соответствии с Конституцией Украины административное судопроизводство толкуется как деятельность соответствующих судов по рассмотрению и решению административных дел в определенном законом порядке [6].

Однако во многих научных публикациях правоведов судопроизводство определяется по-разному: процессуальная форма осуществления правосудия; установленный законом порядок рассмотрения и разрешения дел судами; правовая форма реализации судебной власти, специфическая форма государственной деятельности и тому подобное. Как видим, понятие «судопроизводство» в основном разъясняется через понятия «судебная власть», «правосудие», «судебное дело». Каждое из них отвечает теоретическому и эмпирическому уровням познания, однако употребление их в тексте зависит от предмета, ракурса (концепции) исследования, его цели, задач, методологии. Изложение понятий в законодательных актах обусловливается названием акта (видом), его концепцией; целью, которую преследовал законодатель; законодательной техникой и тому подобное. Поэтому понятия, используемые в нормативно-правовых актах, нуждаются в согласованности, особенно когда одно понятие определяется через другое.

Определения понятия «судебная власть» нет ни в одном из законодательных актов, а сам термин употреблен в ст. ст. 6, 37 Конституции

Украины (однако не упомянут в разделе XVIII «Правосудие»). Шире это понятие представлено в Законе о судоустройстве и статусе судей (ст. ст. 1, 16, 54, 55, 113, 140, 141), где его рассмотрение начинается путем апеллирования к зафиксированному в ст. 6 Конституции Украины разделения государственной власти на законодательную, исполнительную и судебную. В частности, в данном Законе говорится, что в соответствии с конституционными принципами разделения власти судебная власть осуществляется независимыми и беспристрастными судами; ее реализовывают профессиональные судьи и, в определенных законом случаях, народные заседатели и присяжные путем осуществления правосудия в рамках соответствующих судебных процедур.

Известно, что в нормативно-правовой материи нет четких требований к толкованию понятий законодателем (оно осуществляется в форме дефиниций, описаний и т. п.). Мы не преувеличиваем роль дефиниций в правовом процессе. Вместе с тем дефиниция судебной власти в соответствующих законах, которая бы содержала общие и существенные признаки, необходимые и достаточные для ее отличия от других понятий, смогла бы внести ясность в соотношение между смежными однокорневыми понятиями (судебная система, судопроизводство, правосудие, судоустройство и др.).

Из содержания вышеуказанных статей Закона «О судоустройстве и статусе судей» можно сделать вывод, что законодатель рассматривает судебную власть через ее институционально-субъектный состав (организационно-структурное строение), отодвигая на второй план «власть» судебной власти как отрасли государственной власти, сущностью которой являются так называемые судебно-властные правоотношения (иначе — правосудные властеотношения). Между тем слово «власть» (лат. *potentia, manus*; англ. power) является конститутивным (ведущим) элементом и означает способность (свойство) судебных органов в пределах своих полномочий через судебно-властные специализированные правоотношения влиять на свободу, сознание, поведение и деятельность человека (людей) в интересах общества, государства и в интересах лиц, право которых нарушено. Можно предложить такой вариант дефиниции «судебная власть»: это независимая отрасль (ветвь) государственной власти, которая обладает исключительным правом и способностью осуществлять правосудие, принимать мотивированные решения в рамках юридических норм в процессе судопроизводства и доводить принятые решения до исполнения.

Нельзя поддержать предлагаемые правоведами определения сущности судебной власти исключительно путем перечисления форм ее осуществления. Вызывает замечание нередкое игнорирование того факта, что источником судебной власти, как и государственной власти, является народ, общество, в пределах которого возникают и развиваются судебно-властные отношения. Народ делегирует судам (судьям) свой ресурс, необходимый для осуществления целенаправленных судебных действий.

Отчужденная от народа, судебная власть превращается в формализованную «судебную машину».

Поскольку субъектами (носителями) судебной власти являются исключительно судебные органы, которыми определяется судебное устройство государства, Конституция каждой из стран мира (лишь несколько государств не имеют конституции) перечисляет систему судебных органов, действующих на ее территории. При этом в конституциях одних стран такой перечень содержится в разделах под названием «Судебная власть» (например, раздел VII Конституции Азербайджанской Республики²), а в других — под названием «Правосудие» (например, раздел XVIII Конституции Украины). В п. I ст. 125 Конституции Азербайджанской Республики констатируется, что судебную власть «осуществляют с помощью правосудия только суды», а в п. II отмечается: «*Судебную власть* (выделено мной. — О. С.) осуществляют Конституционный Суд Азербайджанской Республики, Верховный Суд Азербайджанской Республики, Экономический Суд Азербайджанской Республики, общие и специализированные суды Азербайджанской Республики» [7]. В Конституции Украины наблюдаем несколько другое размещение понятий. После провозглашения в первом абзаце ст. 124 положения «Правосудие в Украине осуществляется исключительно судами», в третьем абзаце данной статьи, как уже вспоминалось, дается перечень системы судов, отталкиваясь от слов «судопроизводство осуществляется». То есть в отличие от азербайджанской Конституции, где отмечено, что судебную власть реализовывает перечисленная система судов, в украинской Конституции в таком же контексте говорится не о судебной власти, а о судопроизводстве. А в Законе «О судоустройстве и статусе судей» тот же (сокращенный) перечень системы судов подан как через понятие «судопроизводство», так и через понятие «судебная система», только в одном пункте статьи употреблен глагол «осуществляется» (судопроизводство), а в другом — «составляют» (судебную систему).

Несогласованность в употреблении понятий в законодательных актах Украины является очевидной. Если из анализа Конституции Азербайджанской Республики следует, что и правосудие, и судопроизводство являются способами осуществления судебной власти, то из рассмотрения Конституции Украины и Закона Украины «О судоустройстве и статусе судей» можно заключить, что понятия «судебная власть», «судебное устройство», «судопроизводство» находятся в каком-то невыразительном соотношении, хотя в соответствии с их природой и сущностью, при наличии тесной функциональной связи между ними, они имеют свою специфику и нуждаются в адекватном текстовом изложении. А это возможно в случае осознания законодателем их точного смысла и его адекватного воспроизведения в законах, вплоть до формулировки дефиниций.

Считаем, что судебная власть является более объемным и многогранным по содержанию понятием по сравнению с «судебным устройством»

или «судопроизводством». Если понятие «судебная система», как компонент правовой системы государственно-организованного общества, раскрывает организационную упорядоченность (судоустройство) и процессуальную деятельность судебных органов (судопроизводство); если «судебное устройство» можно толковать как систему судебных органов государства, организацию судебной власти, ее аппарат; если судопроизводство можно определять как деятельность судебных органов государства, связанную с рассмотрением и разрешением судебных дел (конstitutionальных, гражданских, хозяйственных, уголовных, административных), то понятие «судебная власть» имеет целостное и в то же время разностороннее содержание — потому неслучайным является использование этого понятия при характеристике судебного устройства, судопроизводства, правосудия. Ведь спецификой судебной власти является концентрация ее воли в органах (судах, судьях), которые осуществляют правосудие.

Судебная власть наделена функциями: охранительной (профилактической) — охрана прав и свобод человека, вынесения отдельных решений относительно выявления попыток нарушений прав граждан; правосудной (защитной) — защита прав и свобод человека в случае их нарушения, возобновления нарушенных прав, привлечения правонарушителей к юридической ответственности; контрольной — сдерживание других отраслей (ветвей) власти в пределах права с помощью судебного контроля; конституционного надзора — надзор за соблюдением конституционной законности, то есть за соответствием Конституции нормативных актов государства (Конституционный Суд). Поэтому было бы логичным назвать XVIII раздел Конституции Украины не «Правосудие», а «Судебная власть», как это наблюдается в других конституциях СНГ. Что касается судопроизводства, то его соотношение с судебной властью выражается в том, что судопроизводство является основной процессуальной (деятельностной) формой реализации судебной власти.

Относительно дефиниции «правосудие» не существует единого мнения, хотя правоведами-процессуалистами сделан достаточно большой вклад в его понимание. С точки зрения лингвистики «правосудие» означает процессуальную деятельность суда по применению права, точнее — по применению норм материального права. В свое время русский ученый Б. М. Чичерин писал, что правосудие заключается в «отдавании каждому должного на основании закона» [8, с. 319]. В настоящее время формальные и содержательные характеристики понятия правосудия даются в решениях и правовых позициях Конституционного Суда Украины (КСУ). Согласно толкованию КСУ «в соответствии со статьей 124 Конституции Украины правосудие — это самостоятельная отрасль государственной деятельности, которую суды осуществляют путем рассмотрения и решения в судебных заседаниях в особенной, установленной законом процессуальной форме гражданских, уголовных и других дел» [9, абз. 1 п. 3]. Ученые называют правосудие одной из многих форм

государственной регуляции общественных отношений [10, с. 174], характеризуют как «правоприменительную деятельность суда по рассмотрению и решению в установленном законом порядке отнесенных к его компетенции гражданских, хозяйственных, уголовных и административных дел с целью охраны прав и законных интересов юридических лиц и интересов государства» [11, с. 50]. Из приведенной формулировки следует вывод, что правосудие можно приравнять к судопроизводству. Такой вывод подкрепляется тем, что в осуществлении правосудия во всех формах судопроизводства (за исключением конституционного судопроизводства) участвуют прокуроры и адвокаты, защитники. Сближает понятие «правосудие» и «судопроизводство» и то, что записанные в кодексах Украины задачи судопроизводства основываются на гуманности, защите прав и интересов физических и юридических лиц — тем самым они перекликаются с целью правосудия. Так, в ст. 1 ГПК Украины констатируется: «Задачами гражданского судопроизводства является справедливое, беспристрастное и своевременное рассмотрение и разрешение гражданских дел с целью защиты нарушенных, непризнанных или оспариваемых прав, свобод или интересов физических лиц, прав и интересов юридических лиц, интересов государства». То же подчеркивается в ст. 2 Уголовно-процессуального кодекса Украины и ст. 2 Кодекса административного судопроизводства. Отмечая тот факт, что осуществление правосудия невозможно без судопроизводства, без процесса, который является возведенным в ранг закона порядком разрешения спора, следует отметить, что, при всей близости понятий «правосудие» и «судопроизводство», имеются достаточные основания для их разграничения.

В правосудии необходимо разграничивать признаки: формально-функциональные (судопроизводство, судебное разбирательство дел) и идеино-сущностные (справедливость, возобновление в правах) [12, с.13]. Благодаря первому (формальному) признаку понятие «правосудие» совпадает с понятием «судопроизводство», а благодаря второму (идейному, которое выражает духовную ценность права) — приобретает статус самостоятельного понятия. На наш взгляд, в природе правосудия заложен телеологический принцип аксиологического содержания — выражая духовную ценность права, правосудие имеет нацеленность на справедливый судебный процесс и мотивированное решение дела, установление истины. Значит, если «судопроизводство» считать процессуальной формой осуществления правосудия, то «правосудие» выступает в качестве цели и результата справедливого судопроизводства.

Отталкиваясь от понимания правосудия Конституционным Судом Украины, изложенного в его постановлении от 30 января 2003 г. («правосудие по своей сути признается таким лишь при условии, что оно отвечает требованиям справедливости и обеспечивает эффективное восстановление в правах» [12, абз. 6 п. 9]), а также от приведенных нами соображений, можно предложить определение правосудия. Правосудие

— это форма защиты прав, свобод, законных интересов граждан и их объединений судебной властью, которая выражается в справедливом (доброчестивом) рассмотрении судом в установленной законом процессуальной форме гражданских, уголовных, административных дел, а также экономических споров, в принятии по каждому делу мотивированного решения. Условием справедливости (доброчестивости) правосудия служит независимость судебной власти, судей. Гарантией справедливости правосудия является иерархия в судебной системе, когда судья высшей инстанции может корректировать возможные ошибки судьи низшей инстанции. Следовательно, правосудие, которое путем судебного разрешения конфликтов, защиты субъективных прав граждан и их объединений, пресечения правонарушений призвано поддерживать компромисс, законность и правопорядок в обществе и государстве, является той сердцевиной властности (судебно-властных правоотношений), которая раскрывает особенность судебной власти как отрасли (ветви) публичной власти государства.

В условиях сложного процесса реформирования законодательства, в основе которого находится всестороннее углубление познания правовой действительности, важно сосредоточить усилия ученых на разработке юридических классификаций, соответствующей системы понятий и их дефиниций, унифицировать порядок их размещения в законодательных актах (например, в специальной статье под названием «Основные понятия»), отказаться от использования миниопределений одного понятия в нескольких абзацах статьи, придать понятиям цельность и завершенность, привести их в соответствие с терминами европейского и международного права.

Назрела потребность осуществить инвентаризацию законодательных понятий и проверить качество их нормативности в законодательстве Украины; поднять уровень их юридико-технического совершенства; освободить законодательство от «дефинитивного хаоса», бессистемности, избыточности понятий и их определений; разработать критерии для установления пределов использования законодательных дефиниций в том или другом нормативно-правовом акте высшей юридической силы. В частности, действующее законодательство не должно уходить от ответа на вопрос, что такое судебная власть, судебная система, судопроизводство, правосудие и другое, а, учитывая их тесное соотношение между собой, установить четкий терминологически-понятийный статус каждого из них.

П р и м е ч а н и я

1. Полагаем, что в русском переводе термину «судіництво» более соответствует термин «судейство».
2. Конституция Азербайджанской Республики избрана произвольно, а не в качестве образца для подражания.

Л и т е р а т у р а

1. Фойницкий И. Я. Курс уголовного судопроизводства. Т. 1 / И. Я. Фойницкий. — СПб., 1996.
2. Про судоустрій і статус суддів : Закон України від 7 лип. 2010 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2010. — № 55/1. — Ст. 1900.
3. Про Концепцію вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів : указ Президента України від 10 трав. 2006 р. № 361/2006/ [Електронний ресурс]. — Режим доступу : zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=361%2F2006
4. Тлумачний словник сучасної української мови / за ред. проф. В. С. Калашника. — Х. : Белкар-книга : Еспада, 2005. — 800 с.
5. Маляренко В. Т. Судова система / В. Т. Маляренко // Юридична енциклопедія. — К. : Укр. енцикл. ім. М. П. Бажана, 2003. — Т. 5.
6. Кодекс адміністративного судочинства України від 06.07.2005. № 2747-IV (поточна редакція від 05.10.2011) [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=2747-15>
7. Конституция Азербайджанской Республики от 12 ноября 1995 года (с изменениями, принятыми на всенародном голосовании (референдуме) 24 августа 2002 года; вступившими в силу 19.09.2002) [Електронный ресурс]. — Режим доступу : <http://politobraz.ru/biblioteka/2010-12-12/konstitutsiya-azerbaydzhanskoy-respubliki.html>
8. Чичерин Б. Н. Курс государственной науки. Ч. 1. Общее государственное право / Б. Н. Чичерин. — М., 1894.
9. Постанова Конституційного Суду України № 44-з від 14 жовтня 1997 року [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=vz44u710-97>
10. Колоколов Н. А. Термин «судебная власть»: проблемы толкования и законодательного определения / Н. А. Колоколов // Законодательная дефиниция: логико-гносеологические и практические проблемы : материалы Междунар. «круглого стола» (Черновцы, 21–23 сент. 2006 г.) / под ред. д.ю.н., проф., засл. деятеля науки РФ В. М. Баранова, д.ю.н., проф., засл. юриста Украины П. С. Пацуркивского, к.ю.н. Г. О. Матюшкина. — Нижний Новгород : Нижегород. исслед. науч.-приклад. центр «Юридическая техника», 2007.
11. Баранов В. М. Законодательная дефиниция как общеправовой феномен / В. М. Баранов // Законодательная дефиниция: логико-гносеологические и практические проблемы : материалы Междунар. «круглого стола» (Черновцы, 21–23 сент. 2006 г.) / под ред. д.ю.н., проф., засл. деятеля науки РФ В. М. Баранова, д.ю.н., проф., засл. юриста Украины П. С. Пацуркивского, к.ю.н. Г. О. Матюшкина. — Нижний Новгород : Нижегород. исслед. науч.-приклад. центр «Юридическая техника», 2007.
12. Бігун В. С. Правосуддя як мета та мета правосуддя (до питання про філософію правосуддя) / В. С. Бігун // Держава і право. — К., 2009. — Вип. 46.
13. Рішення Конституційного Суду України від 30.01.2003 № 3-рп/2003. Документ v003р710-03 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?page=4&user=1318770909800457>.

А н н о т а ц и я

Скакан О. Ф. Основные понятия исходной материально-правовой субстанции «суд» и их соотношение. — Статья.

В статье с позиций системного и юридико-технического анализа исследовано соотношение понятий «судебная власть», «судопроизводство», «судебная система», «правосу-

дие» и «судейство». Выявлено, что соотношение этих категорий в действующем законодательстве не только нарушает принцип единства использования понятий, но и вносит элементы «дефинитивного хаоса». Продемонстрировано, что понятия «правосудие» и «судебная система» не могут рассматриваться в качестве синонимичных, как это имеет место в законодательстве. Предложена дефиниция правосудия как формы защиты прав, свобод, законных интересов граждан и их объединений судебной властью, которая выражается в справедливом (доброчестивом) рассмотрении судом в установленной законом процессуальной форме гражданских, уголовных, административных дел, а также экономических споров, в принятии по каждому делу мотивированного решения.

Ключевые слова: правовые категории, суд, правосудие, судебная система, судейство, судопроизводство.

А н о т а ц і я

Скакун О. Ф. Основні поняття вихідної матеріально-правової субстанції «суд» та їх співвідношення. — Стаття.

У статті з позицій системного і юридико-технічного аналізу досліджено співвідношення понять «судова влада», «судочинство», «судова система», «правосуддя» і «судівництво». Виявлено, що співвідношення цих категорій у чинному законодавстві не тільки порушує принцип однаковості використання понять, але й вносить елементи «дефінітивного хаосу». Продемонстровано, що поняття «правосуддя» і «судова система» не можуть розглядатися як синонімічні, як це має місце в законодавстві. Запропонована дефініція правосуддя як форми захисту прав, свобод, законних інтересів громадян та їх об'єднань судовою владою, яка виражається у справедливому (доброякісному) розгляді судом у встановленій законом процесуальній формі цивільних, кримінальних, адміністративних справ, а також економічних спорів, у прийнятті по кожній справі мотивованого рішення.

Ключові слова: правові категорії, суд, правосуддя, судова система, судівництво, судочинство.

S u m m a r y

Skakun O. F. The Main Notions of the Basic Legal Substation «Court» and Its Correlation. — Article.

In the article from the standpoint of systematic and juridical-technical analysis investigated the correlation between «judicial power», «justice», «Judiciary», «justice system» and «judgness». Revealed that the ratio of these categories in the current legislation not only violates the principle of uniformity in the use of concepts, but also introduces elements of «definitive chaos.» Demonstrated that the concept of «justice» and «judiciary» can not be regarded as synonymous, as is it is in legislation. The proposed definition of justice as a form of protection of rights, freedoms and lawful interests of citizens and their associations judiciary, which is expressed in just (benign) examine by court in established by law, procedural forms of civil, criminal, administrative cases and economic disputes, the decision on each case a reasoned decision.

Keywords: legal categories, court, justice, justice system, judgness, judiciary.

УДК 347.962.6

Ю. Є. Полянський

НЕЗАЛЕЖНІСТЬ СУДДІ — ПРАВОВА І СОЦІАЛЬНА ЦІННІСТЬ

Незалежність судді (суддівська незалежність) повною або визначною мірою властива сучасній демократичній державі і являє собою одну з ознак, які дозволяють вважати державу правовою. Це стосується як держав, які впритул наблизились до визнання їх правовими, так і держав перехідного періоду від тоталітаризму до демократії, які намагаються відповідним чином перебудовувати свій державний лад, як от сучасна Україна.

Як зазначив академік С. В. Ківалов, «у цьому розумінні незалежність суддів слід розглядати як їх право вільно і без стороннього втручання у межах закону приймати процесуальні рішення» [1, с. 197].

Поняття «незалежність судді» можна розуміти і в інших значеннях.

По-перше, один з найважливіших принципів як судоустрою у частині статусу судді, так і судочинства при розгляді у суді конкретних справ.

По-друге, право судді на незалежність при здійсненні професійних обов'язків поєднується з його обов'язком поводитися певним чином у межах відповідних правовідносин.

По-третє, це можна розглядати як певний стереотип, стиль поведінки, який випливає із власної переконаності не піддаватися будь-якому неправомірному впливу на здійснення суддею судочинства.

Для правильного розуміння суддівської незалежності необхідно порівняти її з такими категоріями, як «самостійність», «свобода», а також «недоторканність суддів».

Відповідно до ч. 1 ст. 126 Основного Закону України «незалежність і недоторканність суддів гарантується Конституцією і законами України», а ч. 1 ст. 129 передбачено, що «судді при здійсненні судочинства незалежні і підкорюються тільки закону». Термін «самостійність судді» в тексті Конституції взагалі не використовується.

Порівняймо ці положення з нормами чинного Закону України «Про судоустрій і статус суддів» [2] (далі — Закон).

Частина 6 Закону названа «Самостійність судів», і починається її ч. 1 словами «суди здійснюють правосуддя самостійно». У зв'язку з цим виникає питання, хто ж власне здійснює судочинство: суд чи судді. Для з'ясування цього питання можна звернутися до норм деяких процесуальних кодексів, хоча повної відповіді на це запитання вони не дають. Так, відповідно до п. 1 ст. 82 КПК України під судом потрібно розуміти судові органи — від Верховного до місцевого суду або суддю, який самостійно вирішує справу. У ст. 3 Кодексу адміністративного судочинства України адміністративний суд — суд загальної юрисдикції, до компетенції якого віднесено розгляд і вирішення адміністративних справ, а суд — суддя адміністративного суду або колегія суду. Загальноприйнятним є положення, що суддя, який одноособово розглядає справу, діє як суд.

Окрім того в чисто деонтологічному смислі судом також вважається державний орган, який розглядає цивільні, кримінальні та деякі адміністративні справи; сам розгляд судової справи, судовий процес, судове засідання, наречті, оцінка когось або чогось [3, с. 470]. Цікаво відзначити, що при цьому суд на ототожнюється із суддею, що властиво для юридичного визначення цих термінів.

На нашу думку, поняття суду потрібно окремо визначити в законодавстві про судоустрій і статус суддів і в процесуальному законодавстві. У першому випадку — це державний орган і одночасно юридична особа публічного права, завданням якої є здійснення судочинства і який складається не лише із суддів, але й з працівників апарату, які забезпечують діяльність суді. У другому — це суддя, який розглядає справу одноособово, або декілька суддів, які розглядають справу колегіально (колегія суддів, або судовий склад).

Залежно від цього можна вести мову або про самостійність суду, або про незалежність суддів. На думку І. В. Назарова, яку ми поділяємо, самостійність судів, саме судів, а не суддів потрібно розуміти у правовому, фінансовому та організаційному аспектах [4, с. 155–161].

Суд є самостійним передусім у тому розумінні, що він, будучи частиною єдиної судової системи України, не підпорядкований водночас суду вищого рівня, а голова суду — голові вищого за рівнем суду. Нижчі суди є залежними від вищих винятково у процесуальному розумінні. Видатки на утримання кожного суду визначаються у спеціальному додатку до Державного бюджету України.

Загалом ж самостійність окремих судових органів обумовлена особливим місцем суду в системі поділу влади як самостійної системи судових органів і кожного органу окремо, які діють незалежно від інших суб'єктів державної влади, керуючись лише законом. Суди є непіднаглядними і непідконтрольними іншим державним органам і водночас здійснюють судовий контроль за законністю їх рішень і дій у порядку, встановленому законом.

Звичайно, не можна заперечувати, що забезпечення самостійності

судів сприяє, в свою чергу, забезпеченню незалежності суддів як представників судової влади.

Як з теоретичної, так і з практичної точки зору є важливим правильне визначення співвідношення між такими категоріями, як незалежність судді і його свобода у рішеннях і діях при виконанні професійних обов'язків.

Як в етимологічному, так і в юридичному розумінні під свободою розуміють можливість людини діяти на власний розсуд [5, с. 441]. В демократичній державі свобода особи виражається у відомій формулі «Дозволено все, що не заборонено законом». Цей загальноправовий принцип не поширюється на державних службовців, щодо яких діє протилежний принцип «Дозволено те, що передбачено законом». Саме до них у першу чергу звернуто правило, за яким «органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України» (ч. 2 ст. 19 Основного Закону).

Свобода судді при виконанні ним професійних обов'язків значною мірою збігається з його незалежністю, хоча і неповністю. Вона стосується передусім внутрішнього розуміння незалежності, а не його забезпечення від зовнішнього неправомірного впливу. У широкому розумінні свобода суддівського розсуду обмежена рамками закону, який він застосовує. На неї справляє вплив: а) самий зміст закону, який припускає можливість прийняття альтернативних рішень залежно від конкретних обставин справи; б) тлумачення суддею конкретного закону; в) можливість урахування при оцінці поведінки суб'єктів права категорій, які хоча і передбачені в законі, але суть яких у ньому не розкривається: розумний строк, добросовісність, розсудливість, пропорційність тощо (ч. 3 ст. 1 КАС України); г) правильне розуміння принципу верховенства права як визнання природних прав людини найвищою соціальною цінністю.

Природно, що деяка свобода суддівського розсуду може розглядатися як складова суддівської незалежності, за винятком, звичайно, випадків, коли вона перетворюється на суддівське свавілля, подолання якого є одним з найважливіших завдань судової реформи.

Незалежність суддів, поєднана з усвідомленням ними своєї відповідальності перед суспільством і учасниками судового процесу, сприймається у суспільній свідомості як важлива соціальна цінність і надбання сучасного демократичного суспільства. Судочинство може стати правосуддям у буквальному розумінні цього слова лише у разі, коли воно здійснюється незалежним суддею.

Усвідомлення цього почало визрівати у суспільстві з перших років існування незалежності України. При цьому громадськість не потрібно було особливо переконувати в необхідності відійти від реалій радянського судочинства, яке не могло розглядатися і фактично не було незалежним. При цьому не йшлося про систематичне втручання ззовні

у розгляд конкретних справ, хоча відповідні вказівки з боку органів КПРС/КПУ мали місце, як і про якісні особливі можливості прокуратури щодо тиску на суд. Більше того, суб'єктів реального тиску на суди було значно менше, ніж зараз. Залежність суддів — членів КПРС проявлялася в іншому, а саме в їх цілковитій пов'язаності лінією і настановами партії, які не визнавали принципів гуманізму, верховенства права, індивідуалізації покарання за правопорушення, що визначало репресивний характер так званої каральної політики. Саме слухняна реалізація цих і подібних настанов була показником тотальної залежності суду.

Відтак найважливішим завданням судової реформи, розпочатої в Україні 1992 року, було забезпечення незалежності суддів.

Відповідно до ч. 1 ст. 6 Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, «кожний у разі спору про його цивільні права або при пред'явленні йому будь-якого кримінального обвинувачення має право на справедливий і публічний розгляд незалежним і неупередженим судом, створеним на підставі закону».

У цій нормі не випадково підкреслюється тісний зв'язок між незалежністю і неупередженістю суду (суддів). Як історичний досвід, так і сучасна практика судочинства показує, що неупередженім здатній бути лише незалежний суддя. Потрапляння у залежність від певних осіб у конкретній справі, як правило, призводить до того, що порушення ним прав і свобод та інтересів держави через проплачену кимось упередженість стає, врешті-решт, лінією поведінки.

Першочергове значення забезпечення незалежності суддів приділено і в Резолюції 1755 Парламентської Асамблії Ради Європи «Функціонування демократичних інституцій в Україні» від 4 жовтня 2010 року. У цьому документі підкреслено, що «судова реформа повинна бути спрямована, серед іншого, на усунення всіх форм корупції в судовій системі при забезпеченні незалежності суддів» [6, с. 3].

Слід визнати, що європейські парламентарі змогли у своєму висновку зосередити увагу української влади на чи не найболючішій проблемі судової реформи в Україні — подоланні корупції у суддівському середовищі, яка в буквальному розумінні «роз'їдає» не лише корпус суддів, але й тісно пов'язані з ним державно-правові інститути. Про яку незалежність судді, залученого до участі у витончених корупційних схемах і пов'язаного путами різноманітних корупційних зв'язків, взагалі може йти мова? Залишається покладати надію на ефективність застосування нових законодавчих актів, спрямованих на протидію корупції [7], які прямо стосуються представників судочинства.

Генеральна Асамблея ООН у Резолюції 40/32 та 40/46 від 29 листопада та 13 грудня 1985 року «Основні принципи щодо незалежності правосуддя» відзначила, що «незалежність судових органів гарантується державою і закріплюється в конституції або законах країни. Усі державні та інші установи зобов'язані поважати незалежність судових органів і дотримуватися її». «Не повинно мати місце неправомірне чи

несанкціоноване втручання в процес правосуддя, і судові рішення, винесені суддями, не підлягають перегляду. Цей принцип, — зазначено в документі, — не перешкоджає здійснюваному відповідно до Закону судовому перегляду чи пом'якшенню вироків, винесених судовими органами». При цьому «кожна держава повинна надавати відповідні засоби, які давали б змогу судовим органам належним чином виконувати свої функції».

Зауважимо при цьому, що, на наш погляд, неприпустимість втручання у правосуддя має стосуватися не лише державних органів, політичних сил і громадських організацій тієї чи іншої держави, але й державних і громадських інститутів інших держав, які останнім часом застосовують політичний тиск щодо України... під приводом політизації судочинства, його вибірковості тощо!

Нарешті, такий авторитетний орган, як Консультативна рада європейських суддів (КРЄС) у Висновку № 1 до уваги Комітету Міністрів Ради Європи щодо стандартів незалежності судової влади та незмінюваності суддів відзначила, що «незалежність суддів є передумовою верховенства права та основоположною гарантією справедливого суду... Незалежність суддів є прерогативою чи привілеєм не для захисту власних інтересів, а в інтересах верховенства права та тих, хто шукав та очікує правосуддя (п. 10). Ця незалежність повинна існувати як щодо суспільства у цілому, так і щодо сторін будь-якої справи, стосовно якої судді повинні винести рішення (п. 11) [8, с. 19].

Порушення принципу незалежності суддів при розгляді конкретних справ неодноразово були підставою для задоволення Європейським судом з прав людини позовів до окремих європейських держав з приводу винесення національними судами рішень за наявності обґрутованих сумнівів у незалежності і неупередженості суддів, особливо якщо самі судді давали вагомі приводи для таких сумнівів або можна було вважати, що судові рішення приймалися під впливом ззовні.

Так, підставами ухвалення Судом негативних рішень щодо держав була попередня участь у розгляді справ у ролі слідчих суддів стосовно тих само осіб [9], перебування судді у прямій чи опосередкованій службовій, фінансовій, політичній тощо залежності від однієї зі сторін у справі [10], належність більшості присяжних при розгляді справи до однієї політичної партії, яка недоброзичливо ставилась до заявника [11] тощо.

Такі рішення Європейського суду можуть бути вагомими орієнтирами як для суддів, так і для інших юрисдикційних органів України, передусім Вищої кваліфікаційної комісії суддів України та Вищої ради юстиції при оцінці дисциплінарних проступків суддів.

Принцип незалежності при виконанні службових обов'язків декларується у законодавстві не лише щодо суддів, але й щодо представників інших професій, діяльність яких пов'язана з використанням владних повноважень. Проте її обсяг і межі є значно меншими у порівнянні із суддями.

Наприклад, принцип незалежності органів і працівників прокуратури (ст. 6 Закону України «Про прокуратуру» [12]) стосується неприменимості втручання в діяльність прокуратури з боку інших суб'єктів. Але, на відміну від судової системи, прокуратура побудована на принципі ієархічної централізації з підпорядкуванням прокурорів та працівників прокуратури нижчого рівня відповідним керівникам вищого рівня.

Що ж стосується судової системи, то вона, на відміну від прокурорської, є єдиною, але не централізованою, і принцип ієархічності до неї не застосовується, а відтак немає підстав стверджувати про підпорядкованість одних суддів іншим. На посилення суддівської незалежності спрямовано істотне обмеження компетенції голів судів та їх заступників. Це передусім стосується позбавлення їх права розподіляти між суддями справи для розгляду.

Повною мірою принцип незалежності стосується також народних засідателів і присяжних.

У зв'язку з цим можна констатувати поспішність законодавця у вирішенні питання про усунення народних засідателів від участі у розгляді кримінальних справ про найтяжчі злочини відповідно до Закону України «Про внесення змін до Кримінально-процесуального кодексу України щодо участі народних засідателів» [13]. Це зроблено в умовах, коли ще остаточно не вирішено питання щодо моделі суду присяжних в Україні, характеру справ, у розгляді яких вони братимуть участь, критеріїв і процедури добору присяжних. Як свідчить зарубіжний, особливо російській, досвід, не слід сподіватися на те, що присяжні аргіогі більшою мірою незалежні, ніж професійні судді, з тому ефективне законодавче вирішення зазначених питань посприятиме тому, щоб інститут суду присяжних не був скомпрометований у суспільній свідомості із самого початку свого існування.

Для забезпечення реальної незалежності суддів є важливим не лише і не стільки нормативне закріплення основних стандартів незалежності, а реальне втілення у життя уже напрацьованих принципів. Це вирішальною мірою залежить від дієвості гарантій суддівської незалежності.

В етимологічному розумінні гарантії — це «забезпека, уbezпека, за-порука» [14, с. 413], а гарантіями застосування норм права виступає «система умов і засобів, які забезпечують реалізацію правових норм відповідно до цілей, які вони декларують» [15, с. 552].

У найзагальніших рисах гарантії незалежності суддів можна поділити на внутрішні і зовнішні.

На наш погляд, до числа внутрішніх гарантій відносяться; свідомість кожного окремо судді, розуміння ним свого державного і професійного обов'язку, високий рівень особистої відповідальності за доручену справу, психологічна стійкість і здатність не піддаватися будь-якому противному зовнішньому впливу.

Зовнішніми гарантіями є повага з боку громадянського суспільства та його суб'єктів до судової влади та її представників, заходи держави,

її органів і посадових осіб щодо забезпечення належних умов для запобігання спробам і припинення фактів протиправного впливу, притягнення винуватців до встановленої законом відповідальності, включаючи застосування відповідних заходів до самих суддів, схильних поступитися своєю незалежністю з корисливих та інших неправомірних мотивів.

Перелік гарантій незалежності суддів міститься у ч. 4 ст. 47 Закону. З урахуванням масштабності і різноманітності цих проблем зупинилося лише на деяких аспектах їх вирішення.

На перше місце серед них поставлено запровадження особливого порядку призначення, обрання, притягнення до відповідальності та звільнення суддів. Виходячи з концепції чинного Закону, незалежність майбутніх суддів вирішальною мірою має закладатися ще на стадії добору кандидатів у професіональні судді, на якій ґрунтовно перевіряються не лише їх професійні, але й особисті якості. Об'ективність підходів до оцінки кандидатів, обмеження числа осіб, які можуть впливати на їх призначення, зосередження вирішення цих питань у загальнодержавному органі — ВККС України та інші риси сучасного порядку добору кандидатів якщо не усувають повністю, то принаймні обмежують потрапляння на суддівські посади непідготовлених у професійному і нестійких у моральному відношенні осіб.

Сучасна кампанія по укомплектуванню приблизно десяти відсотків суддівського корпусу, яка проводилася починаючи з квітня 2011 року, через її масовий характер ще не дозволяє, на нашу думку, дійти остаточних висновків щодо придатності нової системи до поновлення суддівського корпусу особами, які здатні виконувати суддівські обов'язки з повним усвідомленням своєї незалежності, підкорюючись лише законам і не будучи при цьому пов'язаними болісними зобов'язаннями сплачувати данину тим, кому вони зобов'язані потраплянням у суддівське крісло.

На наступних етапах доукомплектування суддівського корпусу через скорочення кількості кандидатів можна буде ефективніше застосовувати індивідуальний підхід до оцінки їх якостей, що сприятиме зменшенню кількості помилок у цій сфері до мінімуму.

Загалом же викликає оптимізм висновок Венеціанської комісії, що «такий порядок у цілому уможливлює прозорий і справедливий процес призначення суддів» [16, с. 10].

Підвищення вимогливості до суддів, зокрема принциповості у частині притягнення їх до дисциплінарної відповідальності і звільнення за порушення присяги, закликано не обмежити незалежність суддів, як дехто стверджує, а викликано необхідністю поставити на місце тих представників суддівського корпусу, які претендують на незалежність від закону і на нічим не обмежений розсуд при розгляді судових справ.

Як важливі гарантії незалежності суддів Закон розглядає також недоторканність, імунітет та незмінюваність судді (п. 2–3 ч. 4 ст. 47 Закону).

У термінологічній літературі відсутні визначення понять «недоторканність» та «імунітет» стосовно суддів. Водночас недоторканність на-

родного депутата України розглядається як «свобода від кримінального переслідування» [17, с. 122].

На наш погляд, ні про яку свободу від кримінального переслідування мова не може йти як стосовно народного депутата України, так і стосовно судді, а йдеться лише про особливий порядок їх затримання чи арешту за згодою парламенту . В цьому розумінні недоторканність та імунітет по суті збігаються.

Наявність такого привілею у суддів, як і у депутатів, неоднозначно сприймається громадською думкою, політиками та юристами . З одного боку, така практика запобігає спробам розправ з чесними і принциповими суддями шляхом безпідставного ініціювання щодо них кримінальних справ. З іншого, — це дозволяє деяким злочинцям у суддівських мантіях, використовуючи складну процедуру вирішення цих питань, тривалий час ухилятися від кримінальної відповідальності, сподіваючись на «зміну обстановки» і втручання впливових посадовців (в радянські часи єдиною гарантією недоторканності суддів була відмова відповідного партійного комітету забрати у судді партійний квиток).

Оскільки в переважній більшості країн Європи не існує суддівської недоторканності у звичному для нас розумінні, стає зрозумілім скептичне ставлення Венеціанської комісії до відповідних норм законодавства України. На думку цього органу, «імунітет з судді має знімати не парламент, а Вища рада юстиції. Стаття 126 Конституції України має бути відповідним чином змінена [16, с. 8]. З такою пропозицією не можна не погодитися. Водночас навряд чи прийнятною є пропозиція цього органу відмовитися від такої новації чинного Закону, як надання права започатковувати кримінальне провадження щодо суддів лише Генеральному прокурору України [16, с. 8]. Переконані, що це буде служити забезпеченням об'ективності при вирішенні цих питань (ч. 3 ст. 48 Закону), як і відсторонення судді від посади у зв'язку з притягненням до кримінальної відповідальності на підставі вмотивованої постанови Генерального прокурора України (ч. 4 цієї статті). Це відповідає, до речі, практиці, яка давно склалася, коли розслідування кримінальних справ щодо суддів перебуває на контролі у Генеральній прокуратурі України.

Не дісталася схвалення Венеціанської комісії і норма частини сьомої зазначененої статті, відповідно до якої «за шкоду, завдану судом, відповідає держава на підставі та в порядку, встановлених законом». «Хоча ця гарантія має безперечний сенс, — зазначено у Висновку, вона може сягнути надто далеко, захищаючи суддю в разі, коли він взагалі не постановляв рішення у справі або припускається неналежної поведінки і, приміром, виносить рішення під впливом або по одержанні хабара, за що суддя мав би притягатися до кримінальної та адміністративної відповідальності» [16, с. 8].

Таке розширення імунітету суддів надає їм невиправдані переваги перед іншими громадянами, в тому числі перед державними службовцями, які зобов'язані відшкодовувати збитки, в тому числі і в регресному

порядку, завдані умисними діяннями або недбалістю. Врешті-решт, судді не відносяться до найбідніших суспільних верств. То чому ж за його неправомірні діяння має повністю розраховуватися держава? Це тим більш нелогічно, якщо збитки завдано безпосередньо державі.

Як ми вважаємо, у законодавстві потрібно додатково виділяти деякі протиправні форми впливу на суддів, які мають присікатися і тягнути за собою юридичну відповідальність.

Свого часу С. В. Ківаловим було запропоновано «заборонити проведення будь-яких протестних акцій біля будівель судів, що є безперечним тиском на суддів» [19, с. 10]. Можна констатувати, що з часу появи відповідної публікації, тобто з 2007 року, потреба у такій забороні ще більше зросла. Фактично йдеться не лише про тиск на суддів, а про їх цькування як до, так і після винесення рішень. При цьому «котячі концерти» з участю деяких провідних політичних діячів переносяться безпосередньо до залів судових засідань. Це — явне зловживання закріпленим ст. 38 Конституції України правом на мирні зібрання. Розглядати таку поведінку як спонтанну, як такий собі «спалах народного гніву» було б наївним. Маємо справу з ретельно підготовленими і проплаченими акціями з використанням різноманітної «наочної агітації», із задіянням шумотехніки і з заличенням великої кількості журналістів, які «смачно» відтворюють це дійство на телекранах і на фотографіях у газетах.

Підтримуючи висловлену пропозицію, вважаємо за необхідне закріпити відповідну заборону або шляхом доповнення до чинного Закону «Про судоустрій і статус суддів», або в Законі України «Про мирні зібрання», проект якого зараз готується.

Відповідно до ч. 2 ст. 47 Закону «суддя не зобов'язаний давати жодних пояснень щодо суті справ, які передувають у його провадженні, крім випадків, установлених законом». Можна було б продовжити цю думку: не лише не зобов'язаний, але й не має права давати такі пояснення до закінчення провадження у справі, оскільки його висловлювання могли б бути розріцені як виклад позиції по справі. Проте, ніщо не заважає судді публічно, в тому числі через засоби масової інформації, пояснити мотиви прийнятого ним рішення у зрозумілій для громадськості формі, особливо по справах, які викликають значний суспільний інтерес. Це певною мірою сприяло б підвищенню суспільної довіри до суду.

І останнє. На місцях продовжується практика включення суддів до складу різних комісій і комітетів, які створюються для колективного обговорення і вирішення тих чи інших питань місцевими державними адміністраціями й органами місцевого самоврядування, як правило, з примітками у рішеннях «за згодою». При цьому судді надають таку згоду, не бажаючи псувати відносини з місцевою владою і таким чином, по суті, демонструють залежність від неї. Беручи участь у роботі таких органів, судді змушені вирішувати питання, які не мають відношення до

сфери судочинства, а згодом позбавлені можливості розглядати справи щодо законності ухвалених рішень і вчинених дій.

Варто відзначити, що ця практика прямо заборонена у ч. 4 ст. 9 Закону України «Про прокуратуру». Було б логічно, щоб така заборона містилася і в Законі «Про судоустрій і статус суддів».

Враховуючи суспільну значущість проблем забезпечення незалежності суддів, їх обговорення доцільно продовжити в науковому і суддівському середовищі.

Л і т е р а т у р а

1. Кивалов С. В. Судебная реформа в Украине: разочарования и надежды : [монография] / С. В. Кивалов. — О. : Юрид. л-ра, 2010. — 312 с.
2. Відомості Верховної Ради України. — 2010. — № 41–42. — Ст. 529.
3. Новий тлумачний словник української мови. У 3 т. Т. 3. — К. : Аконіт, 2003. — 864 с.
4. Назаров І. В. Судові системи країн Європейського союзу та України: генезис та порівняння : [монографія] / І. В. Назаров. — Х. : Фінн, 2011. — 430 с.
5. Батанов О. В. Свобода / О. В. Батанов // Юридична енциклопедія. — К. : Укр. енцикл. ім. М. П. Бажана, 2003. — Т. 5. — С. 441.
6. Резолюція 1755 (2010) Парламентської Асамблей Ради Європи «Формування демократичних інститутів в Україні» від 4 жовтня 2010 року. — Страсбург, 2010. — 3 с.
7. Про засади запобігання і протидії корупції: Закон України // Голос України. — 2010. — 15 черв. — С. 4–8.
8. Міжнародні стандарти у сфері судочинства. — К. : Істіна, 2010. — 488 с.
9. De Cubber v/ Belgium juiment of 26 October 1984. — 1984. — Series A, N 86. — P. 32–33.
10. Сигурдsson против Исландии: постановление от 10 апр. 2003 г. // Бюллєтень Європейского суда по правам человека. — 2003. — № 9. — С. 24.
11. Holm v. Sweden juiment of 25 November 1993. — Series A, N 279. — P. 32–33.
12. Відомості Верховної Ради України. — 1991. — № 53. — Ст. 793.
13. Голос України. — 2011. — 14 черв. — С. 5.
14. Новий тлумачний словник української мови. У 3 т. Т. 1. — К. : Аконіт, 2003. — 928 с.
15. Богінич О. Л. Гарантії застосування норм права / О. Л. Богінич // Юридична енциклопедія. — К. : Укр. енцикл. ім. М. П. Бажана, 1998. — Т. 1. — С. 553–554.
16. Спільній висновок щодо Закону України «Про судоустрій і статус суддів» Венеціанської комісії та Дирекції з технічного співробітництва Генеральної дирекції з прав людини та правових питань Ради Європи від 18 жовтня 2010 року. — Страсбург, 2010. — 26 с.
17. Грушанська Н. І. Недоторканність народного депутата України / Н. І. Грушанська // Юридична енциклопедія. — К. : Укр. енцикл. ім. М. П. Бажана, 2002. — Т. 4. — С. 122.
18. Кивалов С. В. Судова реформа в Україні: проблеми правової регламентації / С. В. Кивалов // Актуальні проблеми держави і права. — 2007. — Вип. 32. — С. 5–14.

А н о т а ц і я

Полянський Ю. Є. Незалежність судді — правова і соціальна цінність. — Стаття.

У статті розглядаються актуальні проблеми забезпечення незалежності суддів загальної юрисдикції України. Аналізується сутність суддівської незалежності як держав-

но-правового інституту і як соціальної цінності, співвідношення незалежності суддів і самостійності судів, незалежності і свободи суддівського розсуду при виконанні професійних обов'язків. Коментуються положення норм міжнародного і європейського права, присвячених незалежності суддів, рішень Європейського суду з прав людини, досліджуються перспективи їх врахування у законодавстві України про статус суддів. Розкривається зміст окремих гарантій незалежності суддів, які носять внутрішній і зовнішній характер. Обґрутується необхідність обмеження суддівського імунітету відповідно до рекомендацій Венеціанської комісії, доцільність притягнення суддів до матеріальної відповідальності за заподіяну ними шкоду.

Ключові слова: незалежність суддів, суддівський розсуд, рекомендації Венеціанської комісії, гарантії, суддівський імунітет.

Аннотация

Полянский Ю. Е. Независимость судьи — правовая и социальная ценность. — Статья.

В статье рассматриваются актуальные проблемы обеспечения независимости судей общей юрисдикции Украины. Анализируется сущность судейской независимости как государственно-правового института и как социальной ценности, соотношение независимости судей и самостоятельности судов, независимости и свободы судейского усмотрения при исполнении профессиональных обязанностей. Комментируются положения норм международного и европейского права, посвященных независимости судей, решений Европейского суда по правам человека, исследуются перспективы их учета в законодательстве Украины о статусе судей. Раскрывается содержание отдельных гарантий независимости судей, которые носят внутренний и внешний характер. Обосновывается необходимость ограничения судебного иммунитета в соответствии с рекомендациями Венецианской комиссии, целесообразность привлечения судей к материальной ответственности за причиненный ими вред.

Ключевые слова: независимость судей, судебское усмотрение, рекомендации Венецианской комиссии, гарантii, судебский иммунитет.

Summary

Polyansky Y. E. Judge's independence — legal and social value. — Article.

Actual aspects of independence guaranteeing of common jurisdiction courts are scrutinized in the article. Judge's independence essence is analyzed as legal institution and social value, correlation of judge's independence and court autonomy, judicial discretion are researched. Provisions of international and European law concerning judge's independence, decisions of European Court on Human Rights are commented, the prospects of their consideration in national legislation on judge's status are investigated. The essence of several judge's independence guarantees, having interior and exterior character, are exposed. Necessity of limitation judicial immunity due to recommendations of Venice Commission is substantiated, likewise reasonability of material responsibility for inflicted harm.

Keywords: judicial independence, discretion, Venice Commission recommendations, guarantees, judicial immunity.

УДК 351.713:347.991

Є. В. Додін

РОЛЬ СУДУ В ЗАБЕЗПЕЧЕННІ ЗАКОННОСТІ ПРАВООХОРОННОЇ ДІЯЛЬНОСТІ МИТНИХ ОРГАНІВ

Суди є заключною інстанцією у системі структур, які шляхом застосування заходів державного впливу здійснюють свої повноваження у протидії митній злочинності та порушенням митних правил, забезпечені законності у правоохоронній діяльності митних органів.

У зв'язку з підвищеннем ролі митної справи в економічному та політичному житті України, підвищується роль та місце судів у системі механізму, що забезпечує законність здійснення цієї справи, особливо її правоохоронного сегмента. Увага судової системи до цієї категорії справ має давню історію.

Митні органи завжди розглядалися як органи, наділені державновладними повноваженнями, у тому числі такими, що дають можливість втрутатися у сферу особливих прав та інтересів осіб, що є суб'єктами митної справи. Тому кожна держава, незалежно від рівня її цивілізованості та демократичності, вживала заходів щодо врегулювання стосунків між цими зацікавленими сторонами у митній сфері. Протягом всієї історії вирішення цих проблемних питань стало зрозумілим, що роль арбітра в їх вирішенні може бути віддана судовим органам. Більш того, деякі держави, враховуючи значення судового контролю за діяльністю митної служби, створювали митні суди як окрему гілку судової влади.

Можна нагадати про більш ніж вікове існування у судовій системі держави митних судів. На жаль, в історичній літературі про них не згадується, тому лише вкажемо, що вони виникли у Росії на початку XVIII століття.

До 1727 р. в митних судах розглядалися лише митні спори, що підтверджується пунктом 1.6 регламенту Комерц-колегії 1724 р., в якому зазначено: «Ежели кто, иноземцы или российские купцы, товари свои в таможнях неверно явят, или в неуказанных местах выгружать будут, также как в своих, так и иных купеческих делах, что до таможен-

ного дела касається — в том рішення надлежить в таможнях, ежели кто таможенным судом буде недоволен, то апеляции быть в комерц-коллегии. А прочим партикулярним делам, до купечества не касающимся, а именно процессам тяжебным купеческим, как российского, так и иностранного народа людей, которые до таможен не принадлежат быть» [1]. У статуті про ліхтери та розвантаження морських суден від 17 червня 1727 р. в параграфі 15 також передбачались справи про шкіперів здійснювати в портових митницях усним судом [1].

Наступний крок уряду, спрямований на посилення статусу митного суду, був зроблений 26 серпня 1727 р. У цей день згідно з указом Верховної таємної ради затверджується Статут про митний словесний суд. Відповідно з цим указом при міських ратушах та митницях створювались суди, в яких судочинство здійснювалось усно. Відповідно до Статуту про митний словесний суд на розгляд приймалась така номенклатура справ: спори між митницями і купцями про сплату митних зборів; про якість товару; кредитні угоди; про збереження та транспортування товару; про порушення термінів доставки товарів. У 1729 р. згідно з новим Вексельним статутом до юрисдикції митних судів також передавались і спори за вексельними угодами. Митна реформа 1753 р., яка увійшла в історію під назвою шуваловська реформа, фактично припинила подальший розвиток митних словесних судів. Незважаючи на припинення діяльності митних судів, продовжувалася діяльність «митних служителів» о «проступках по регулах и тарифах», які продовжували свою діяльність на підставі Указу Петра I 1724 року [2]. Пункт 17 Указу передбачав «в приморських та прикордонних містах» створення особливої групи «митних службовців» (достойних вимогам Комерц-колегії), на яких покладалися обов'язки щодо вжиття заходів протидії порушенням митних правил. Зміст цього пункту свідчить про високі вимоги, які пред'являються до претендентів на цю посаду, особливою вимогою є знання морського та митного права. Тобто вже із давніх часів було визначено, що митні справи мають значну специфіку, розв'язувати які можуть лише фахівці цієї сфери або суб'єкти правозастосованої діяльності, що зумовлюють цю специфіку.

З того часу пройшли кінцеві кардинальні зміни у завданнях та характері роботи судів. Зараз суди виступають не тільки як арбітражні суди при вирішуванні суперечок у митної сфері, органи кримінальної та адміністративної юрисдикції, але й як органи, завданням яких відповідно до ст. 3 Закону України «Про судоустрій України» [3] є обов'язок всесвітньо зміцнювати законність, забезпечувати правопорядок, запобігати злочинам та іншим правопорушенням, виховувати громадян в дусі відданості Вітчизні, точного і неухильного виконання Конституції і законів України, додержання дисципліни праці, чесного ставлення до державного і громадського обов'язку [4]. Це обумовлює необхідність керування існуючою судовою практикою усіма юрисдикційними органами, у тому числі митними, оскільки суди не тільки визначають ім'ям України оцінку

у справах, що були у провадженні митної служби, але їй фіксують недоліки в її правоохранній роботі та реагують на них відповідним чином. Особливе місце серед них займають постанови Пленуму Верховного Суду України (ВСУ), які дуже щільно фіксують зміни у криміналістичній, кримінологічній характеристиках та адміністративно-деліктних характеристиках митних правопорушень та рекомендує судам при розгляді цих справ враховувати ці зміни. Митне законодавство дуже мобільне. Як свідчить історія розвитку нашого національного митного законодавства, тільки воно за 20 років незалежності України тричі було кодифіковано, причому, у кожному разі в тій чи іншій мірі змінювалися підстави та порядок відповідальності за митні правопорушення.

У 1991 р. був прийнятий перший в Україні кодифікований акт — Митний кодекс України [5], у 2002 р. був прийнятий новий Митний кодекс України [6], в 2011-му — ще один [7]. До речі, Кримінальний кодекс України [8] (ККУ), Криміально-процесуальний кодекс України [9] (КПКУ) та деякі інші акти мають чинність ще з часів СРСР! Тому слід звернути увагу на оперативність реагування на ці зміни у митному законодавстві України Пленумом Верховного Суду. Так, 26 лютого 1999 р. була прийнята постанова «Про судову практику у справах про контрабанду та порушення митних правил» № 2 [10], але 3 червня 2005 р. на підставі вивчення значного масиву справ про контрабанду та порушення митних правил була прийнята нова постанова «Про судову практику у справах про контрабанду та порушення митних правил» № 8 [11], яка, адекватно оцінюючи стан цієї протиправної діяльності, сформулювала нові вимоги для роботи судів при розгляді цієї категорії справ. Зрівнюючи ці акти, необхідно знайти суттєві зміни підходу Вищої судової інстанції до окремих матеріально-правових та процесуальних питань розгляду справ про контрабанду та порушення митних правил.

Прийняття Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України (щодо гуманізації відповідальності за правопорушення у сфері господарської діяльності)» [12] привело до деяких змін у розподілі юрисдикційних повноважень при вирішенні проблем, що виникають у сфері митної справи, у тому числі до підвищення ролі судової системи у забезпечені законності у діяльності митних органів. Це пов'язано з декриміналізацією так званої «товарної контрабанди», яка зараз вважається відповідно до ст. ст. 351, 352 МКУ 2002 р. митним правопорушенням, що розглядається митними органами. Санкція цих статей передбачає конфіскацію товарів та транспортних засобів, що використовувалися для переміщення товарів — безпосередніх предметів порушення митних правил через митний кордон України (ст. 351 МКУ 2002 р.). Але, як вважає ст. 41 Конституції України [13], така санкція, як конфіскація, застосовується лише судом. Тобто остаточне рішення у справах, які передбачені ст. ст. 351, 352 МКУ 2002 р., зараз приймається судом, який здійснює перевірку законності та обґрунтованості усіх процесуальних дій митних органів.

Значно підвищується роль суду у застосуванні так званої «спеціальної конфіскації», у зв'язку з чим змінилися санкції ст. 201 та 305 ККУ, але й зараз використання судами конфіскації не тільки впливає на стан правоохоронної діяльності митних органів, а й на стан державного бюджету. Але, на жаль, судові органи не завжди при розгляді цієї категорії справ дотримуються таких шляхів. І вони на це відповідним чином не реагують, тому митники продовжують їх допускати. Так, за 5 місяців 2011 р. митні органи порушили 157 кримінальних справ на суму майже 185 млн грн. А конфісковано лише на 15 млн грн, стягнуто до бюджету — 0 грн. У 2010 р. — порушено 377 справ на 695 млн грн, конфісковано на 22,2 млн грн, стягнуто до бюджету — 0,8 млн грн [14]. Розширення застосування такої санкції за порушення митних правил ще значно посилило вплив оцінки судовими органами на стан протидії та боротьби компетентних органів з митними деліктами. Однак вже вказувалося на мобільність підстав та порядку проваджень у справах про порушення митного законодавства, тому Пленум ВСУ інколи затримується із рекомендаціями судовим органам щодо визначення напрямків розв'язання митних справ. Це стосується застосування такої санкції, як конфіскація. Так, Пленум Верховного Суду України постановою «Про судову практику у справах про контрабанду та порушення митних правил» від 3 червня 2005 р. № 8 у п. 13 вказує, що предмети зі спеціально виготовленими сховищами та транспортні засоби, які використовувалися для приховання контрабандного товару при переміщенні через митний кордон, можуть бути конфісковані на підставі ст. 81 КПКУ за умови визнання їх речовими доказами.

Нова редакція ст. 351 та ст. 352 МКУ, ст. 201 та ст. 305 ККУ такого застереження не має, тобто митні органи можуть ставити питання перед судом про конфіскацію предметів, не посилаючись на ст. 81 КПКУ.

Однак не менш важливим щодо стану законності у правоохоронній діяльності митної системи є узагальнення судової практики по цих видах кримінальних та адміністративних справ (або її вивчення в окремих ланках з аналізом визначених недоліків та рекомендації щодо їх усунення у судовій діяльності). Їх виконання потягне услід посилення судового контролю за правоохоронною діяльності митників, а це, звісно, буде сприяти підвищенню стану законності у сфері митної справи. Тому не можна не відмітити тенденцію зростання уваги судових органів (починаючи з ВСУ) до з'ясування стану правосуддя по цих справах. Конче, значна кількість матеріалів цієї судової практики була покладена у формування позиції ВСУ у справах про контрабанду та порушення митних правил у їх постановах 1999 р. та 2005 р. Однак в них були визначені лише напрямки здійснення основних процесуальних дій по встановленню усіх елементів злочину (деліктів) та визначеню міри покарання. В той же час узагальнення (вивчення) цієї судової практики деталізує усі кримінологічні та деліктологічні їх характеристики, що сприяє повсякденній діяльності митних органів при вирішенні справ про

порушення митного законодавства. Таке обстеження судової практики по такій категорії справ, як правило, здійснюється по ініціативі ВСУ, коли ним визнається за необхідність проведення цієї роботи у зв'язку з розбіжностями підходу судів до їх розгляду, але воно може бути здійснено у відповідності до розпоряджень (рекомендацій) відповідних державних ланок. Прикладом останньої підстави проведення такого узагальнення судової практики у справах про контрабанду та порушення митних правил є вимога Президента України, викладена у п. 21 «Програми боротьби з контрабандою та порушенням митних правил на 2008–2009 роки» [15].

На виконання цього завдання Верховний Суд України наприкінці листопада 2008 р. вивчив здійснення правосуддя Малиновським та Приморським районними судами м. Одеси. Аналогічний аналіз у січні 2008 р. був здійснений в Любомльському та Ратнівському районних судах Волинської області. За результатами вивчення в апеляційних судах Одещини та Волині були проведені відповідні наради, під час яких проаналізовано недоліки судочинства та систематизовано практику розгляду «контрабандних» справ.

Під час узагальнення судової практики із вказаних категорій справ було виявлено ряд недоліків у діяльності судів, що потягло услід й недоліки у правоохранній діяльності митників, оскільки вони при прийнятті рішень по кримінальних та адміністративних справах вільно й опосередковано орієнтуються на судову практику. Так, судами допускаються помилки при вирішенні питань застосування конфіскації предметів контрабанди, застосуванні конфіскації транспортних засобів, що використовувалися для переміщення безпосередніх предметів порушення митних правил. Всупереч закону деякі суди приймають до розгляду матеріали про порушення митних правил у тому разі, коли не встановлена особа правопорушника. Не завжди обґрутованими були судові рішення про закриття справ про порушення митних правил за малозначністю вчиненого правопорушення. Тому й митні органи досить часто користувалися цієї підставою для відмовлення відкриття провадження по митному правопорушенню.

Недоліки судочинства у справах цих категорій певною мірою обумовлені недосконалістю чинного законодавства. Верховний Суд України аналізуючи стан розгляду цієї категорії справ зазначив, що якість матеріалів, які передаються до суду працівниками митниці, часто викликає істотні зауваження, що призводить до негативних правових наслідків.

Так, у багатьох випадках задоволення судами скарг на постанови щодо порушення кримінальних справ про контрабанду обумовлюється ненаданням органом досудового слідства до суду у встановлений термін матеріалів, на підставі яких було прийнято рішення про порушення справи (причини такого ненадання можуть мати й суб'єктивний характер). Органами досудового слідства допускається неповнота слідства у справах про контрабанду, яку неможливо усунути у судовому засіданні,

що є підставою для повернення справ на додаткове розслідування. Всупереч вимогам кримінально-процесуального закону органами досудового слідства кримінальні справи, у випадках встановлення особи, яка вчинила контрабанду, нерідко порушуються не щодо цієї особи, а за фактом вчинення злочину. При вчиненні контрабанди із використанням транспортних засобів такі засоби органами досудового слідства не завжди визнаються знаряддями злочину, що позбавляє суд можливості застосовувати їх конфіскацію. Протоколи про порушення митних правил іноді складаються особами, які не мають на це повноважень. У деяких протоколах не чітко вказується сутність правопорушення, місце його вчинення, кількість і загальна вартість товару, що у подальшому ускладнює постановлення судом відповідного рішення.

Посадові особи митних органів не завжди складають протоколи про усне опитування громадян при забезпечені здійснення митного контролю, коли громадяни в усній формі повідомляють про наявність у них певної суми валюти чи товарів. Митними органами допускаються порушення прав осіб, які притягаються до відповідальності: їм не дають можливості скористатися послугами адвоката, іноземним громадянам — послугами перекладача. Численні процедурні помилки призводять до обґрунтованого закриття справи судом, що зменшує ефективність правоохранної діяльності митної служби.

Оскільки найбільше помилок у провадженні справ про контрабанду були зроблені у судовій практиці у справах про контрабанду наркотичних (та відповідних) засобів, тому ВСУ неодноразово зазначав свою позицію відносно кваліфікації цих правопорушень та визначення міри покарання за їх скоєння. Тому, услід за прийняттям 26 квітня 2002 року Пленумом Верховного Суду України постанови № 4 «Про судову практику у справах про злочини у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів» [16], в якій рекомендується судам керуватися зазначеними законами і відомчими нормативними актами, було проведено узагальнення судової практики по цих справах. Найбільш цікавим у цьому може бути проведення Верховним Судом України у 2010 р. узагальнення практики розгляду судами справ про злочини у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів та прекурсорів* на підставі аналізу сучасного стану митної деліктності (з точки зору правосуддя!). По-перше, визначені основні напрямки переміщення контрабандою наркотичних засобів, психотропних речовин та прекурсорів; по-друге, визначені переважаючи засоби та заходи їх здійснення, що не тільки орієнтує митні служби на підвищення уваги до переміщення товарів цими маршрутами, але й звертає увагу на зміни юридичних характеристик митних правопорушень.

Наведемо лише деякі вилучення з цього об'ємного документа, який, на жаль, не знайшов своєї належної оцінки у правників. Аналіз роботи щодо боротьби з контрабандою наркотиків свідчить, що контрабандисти постійно удосконалюють, змінюють методи, спрямованість своєї злочин-

ної діяльності та використовують такі головні шляхи переміщення наркотиків через територію України.

По-перше, Балканський маршрут: починається у Південно-Західній Азії, проходить через території Ірану та Туреччини, а потім поділяється на два розгалуження, які пролягають через Балкани. Перше з них, яке називають «Північна дорога», пролягає через Болгарію, Румунію, Угорщину, Австрію, Німеччину. Друге розгалуження — «Південна дорога» — морем через Туреччину та Грецію має вихід до Італії.

Як «Північна дорога», так і «Південна дорога» Балканського маршруту пролягають і через територію України:

а) «Північна дорога» — через автомобільні пункти пропуску (далі — п/п) на українсько-молдавському та українсько-румунському державних кордонах «Могилів-Подільський-авто», «Мамалига», «Порубне» і транзитом через територію України до Республіки Польща через п/п на українсько-польському державному кордоні «Ягодин», «Устилуг», «Рава-Руська», «Краківець», «Шегині».

До країн Балтії — через автомобільні п/п на українсько-білоруському державному кордоні «Сеньківка», «Грем'яч», «Нові Яриловичі», «Виступовичі-авто», «Доманове».

Основні організатори перевезень через територію України — афганська, пакистанська та китайська общини, центри яких розташовані в містах: Одесі (Україна), Кишиневі (Республіка Молдова), Бухаресті (Республіка Румунія), Стамбулі (Туреччина). Основними перевізниками є водії вантажних автомобілів на маршрутах регулярних та нерегулярних перевезень — громадяни Туреччини, Молдови, Румунії;

б) «Південна дорога» проходить через морські п/п України від п/п «Одеса-1, 2, 3», «Іллічівськ — 1, 2», «Скадовськ», «Євпаторія», «Ізмаїл — торговий порт», «Рені — торговий порт», далі до Італії транзитом територією України через п/п на українсько-угорському й українсько-словацькому державних кордонах «Тиса», «Ужгород», «Лужанка», «Вилок».

Основні види наркотиків, які перевозяться «Південною дорогою», — героїн та група амфітамінів. Основними організаторами перевезень через територію України є: китайська община в м. Одесі, організовані кримінальні угруповання Автономної Республіки Крим, Молдови, Туреччини.

В українські порти наркотики потрапляють з іноземними суднами з азійських країн Середземномор'я, у тому числі морськими поромами з Туреччини, Болгарії, Грузії. Основні перевізники наркотиків: водії мікроавтобусів — громадяни України (транзит країнами Східної Європи до Італії — регулярні та нерегулярні перевезення) та водії вантажних автомобілів на маршрутах регулярних перевезень — громадяни Туреччини, Молдови, Румунії.

По-друге, визначені найбільш поширені способи, заходи та засоби правопорушень, що скуються на цьому «маршруті». Для перевезення використовуються особливості конструкції вантажних транспортних

засобів (тягачів), а також спеціально обладнані сховища у багажних і вантажних відсіках автомобілів та у причепах. У мікроавтобусах — серед речей багажу та в кордонних передачах і посилках. Крім того, для перевезення використовуються й легкові автомобілі. У них наркотики можуть перевозитись у салоні автомобіля на задньому сидінні під чохлами або зберігатись у запасному колесі, у дверцях, бамперах, бензобаку, кріпитися до днища.

Таке узагальнення судової практики слід вважати особливим напрямком судової системи щодо забезпечення законності у правоохоронній діяльності митників. Й, конче, не можна забувати такі традиційні засоби впливу судової влади на стан законності цієї діяльності митної служби, як вироки та постанови у митних справах. Однак вивчення змісту цих процесуальних документів свідчить, що суди рідко аналізують причини та умови скоєння та реагують відповідним чином на це.

П р и м і т к а

- * Узагальнення підготовлене суддею Верховного Суду України В. І. Қосаревим, науковим консультантом управління вивчення та узагальнення судової практики О. Г. Литвинко, начальником відділу контролю за культівуванням нарковмісних рослин Департаменту боротьби з незаконним обігом наркотиків МВС України А. Г. Скибінським. Витяг опрацьовано та підготовлено до друку начальником відділу узагальнення судової практики Л. В. Гавриловою.

Л і т е р а т у р а

1. Гальський К. Є. Торгівля і митна справа в Україні (XVI–XVIII ст.) / К. Є. Гальський. — К. : Панорама, 2010. — 400 с.
2. Полное собрание законов Российской империи с 1649 года. Т. 7. 1723–1727. — Печатано в Тип. 2-го Отд. Собственной Его Императорского Величества Канцелярии, 1830.
3. Про судоустрій і статус суддів : Закон України від 7 лип. 2010 р. № 2453-VI // Відомості Верховної Ради України. — 2010. — № 41–42, 43, 44–45. — Ст. 529.
4. Судоустрій України : підручник / за ред. С. В. Ківалова, д.ю.н., проф., акад. НАПрН України та АПН України. — К. : Юрінком Інтер, 2011. — С. 35.
5. Митний кодекс України від 12 грудня 1991 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1992. — № 16. — Ст. 203.
6. Митний кодекс України від 11 липня 2002 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2002. — № 38–39. — Ст. 288.
7. Проект Закону про внесення змін до Митного кодексу України та деяких інших законодавчих актів України від 12.05.2011 р. (дата реєстрації) № 8130-д [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?id=&pf3511=40331
8. Кримінальний кодекс України від 5 квітня 2001 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2001. — № 25–26. — Ст. 131.
9. Кримінально-процесуальний кодекс України від 28 грудня 1960 р. // Відомості Верховної Ради УРСР. — 1961. — № 2. — Ст. 15.
10. Про судову практику в справах про контрабанду та порушення митних правил :

- постанова Пленуму Верховного Суду України від 26 лют. 1999 р. № 2 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0002700-99>.
11. Про судову практику у справах про контрабанду та порушення митних правил : постанова Пленуму Верховного Суду України 3 черв. 2005 р. № 8 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0008700-05>.
12. Проект Закону «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України (щодо гуманізації відповідальності за правопорушення у сфері господарської діяльності)» від 27 верес. 2011 р. (дата реєстрації) № 9221 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?id=&pf3511=41271.
13. Конституція України від 28 червня 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 30. — Ст. 141.
14. Митна служба за 5 місяців 2011 року перерахувала до бюджету майже 40 мільярдів гривень // Митна газета. — 2011. — 12 черв. — С. 1.
15. Про Програму боротьби з контрабандою та порушенням митних правил на 2008–2009 роки : указ Президента України від 4 берез. 2008 р. № 195/2008 // Офіційний вісник Президента України. — 2008. — № 7. — Ст. 346.
16. Про судову практику в справах про злочини у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів : постанова Пленуму Верховного Суду України 26 квіт. 2002 р. № 4 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0004700-02>.

А н о т а ц і я

Додін Є. В. Роль суду в забезпеченні законності правоохранної діяльності митних органів. — Стаття.

У статті розглядається роль та місце судів у забезпеченні законності правоохранної діяльності митних органів. Визначається необхідність керування існуючою судовою практикою усіма юрисдикційними органами, а особливо митними органами України з урахуванням мобільності митного законодавства, декриміналізації товарної контрабанди, застосування «спеціальної конфіскації» та ін.

Автором аналізується значення рекомендацій Верховного Суду України 1999 р. № 2, 2005 р. № 8 при прийнятті рішень у справах про митні правопорушення.

Ключові слова: законність, контрабанда, митна злочинність, митні органи, порушення митних правил, правоохранна діяльність, судова система.

А н н о т а ц и я

Додін Е. В. Роль суда в обеспечении законности правоохранительной деятельности таможенных органов. — Статья.

В статье рассматривается роль и место судов в обеспечении законности правоохранительной деятельности таможенных органов. Определяется необходимость управления существующей судебной практикой всеми юрисдикционными органами, а особенно таможенными органами Украины с учетом мобильности таможенного законодательства, декриминализации товарной контрабанды, применения «специальной конфискации» и т.д.

Автором анализируется значение рекомендаций Верховного Суда Украины 1999 г. № 2, 2005 г. № 8 при принятии решений по делам о таможенных правонарушениях.

Ключевые слова: законность, контрабанда, таможенная преступность, таможенные органы, нарушение таможенных правил, правоохранительная деятельность, судебная система.

S u m m a r y

Dodin Y. V. The court's role in ensuring the rule of law enforcement activity of customs authorities. — Article.

The article examines the role and place of the courts to ensure the rule of law enforcement activity of customs authorities. Determined by the need to manage the existing jurisprudence of all jurisdictional authorities, and especially the customs authorities of Ukraine, taking into account the mobility of the customs legislation, decriminalization of commodity smuggling, the use of «special forfeiture,» etc.

The author examines the importance of the recommendations of the Supreme Court of Ukraine, 1999 N 2, 2005, N 8, with decision-making in cases of customs violations.

Keywords: rule of law, contraband, customs crime, customs authorities, the violation of customs regulations, law enforcement, the judicial system.

УДК 347.97/99 (477).001.73

B. В. Долежан

СУДОВА РЕФОРМА І РАЦІОНАЛІЗАЦІЯ СУДОВОЇ СИСТЕМИ УКРАЇНИ

Не черговому етапі судової реформи в Україні, який ознаменувався прийняттям чинного Закону України «Про судоустрій і статус суддів» [1], було вирішено низку невідкладних завдань оптимізації судової влади і судової системи. Одним з них була раціоналізація судової системи (системи судів).

У найпростішому розумінні судова система може розглядатись як сукупність судів, які існують у державі. Проте обмежуватися таким поглядом не можна. При визначенні будь-якої системи не можна забувати, що вона являє собою не просто сукупність, а «сукупність яких-небудь елементів, одиниць, частин, об'єднуваних за спільною ознакою, призначенням» [2, с. 286]. Отже, наявність системи судів обумовлена тим, що вона об'єднує елементи, для яких такою ознакою і водночас призначенням є здійснення судочинства.

Об'єднуючим чинником системи є її структурованість. Саме структура системи обумовлює «внутрішню будову і зв'язок окремих частин чого-небудь» [3, с. 865].

Досконалість структури судів є важливою умовою функціонування судової системи, виконання завдань, покладених на них статтею 2 зазначеного Закону.

Формування досконалої структури судів загальної юрисдикції закликано забезпечити:

- єдність судової системи;
- уніфікацію підходів до застосування судами законодавства і додержання законності при розгляді справ;
- належні умови для звернення громадян і юридичних осіб до суду по цивільних, господарських і адміністративних справах;
- належні умови для розгляду у розумні строки кримінальних справ і справ про адміністративні правопорушення;

— безперешкодне оскарження у порядку, встановленому законом, судових рішень в апеляційному і касаційному порядку;

— створення оптимальної системи структур суддівського самоврядування, пов'язаних з певними рівнями системи судів.

У загальних рисах судова система України складається з таких частин:

— підсистем судової системи за характером юрисдикції окремих із них;

— судів, які входять до складу зазначених підсистем: загальних, апеляційних, вищих спеціалізованих (касаційних);

— структурних частин судів (судових палат);

— суддів, які входять до особового складу (колективів) окремих судових органів.

Зазначений перелік можна було б викласти і в зворотному порядку.

В літературі поставлено під сумнів правомірність вважати суддів елементами судової системи. Як зазначив І. В. Назаров, «...суддя порівняно із судом не має внутрішньої структури, склад і повноваження його відрізняються в рази. Тому бути рівноцінним елементом, що утворює єдину систему разом із судами, суддя не може» [4, с. 173]. Це твердження, на нашу думку, є досить сміливим і водночас спірним. Воно має право на існування лише у разі, якщо вважати, що судова система складається із самих лише судових органів. Але будь-який державний орган, в тому числі і суд, складається з посадових осіб, у тому числі суд — із суддів. Причому саме вони є носіями (представниками) судової влади, а не суд. Суд як юридична особа публічного права не здійснює судочинства. Отже, не можна стверджувати, що повноваження судді відрізняються від повноважень суду «в рази», оскільки ці повноваження є принципово різними за своїм характером. Для застосування кількісних оцінок в даному разі немає підстав.

Судді, кількість яких в Україні за штатними розписами сягає тисячі, ε, з одного боку, — основним, а з іншого, — первинним елементом судової системи. Це, очевидно, було однією з причин об'єднання в чинному Законі питань судоустрою і статусу суддів.

Важливим показником структуризації судової системи є її поділ на ланки та інстанції.

«Ланка судової системи — це сукупність судів, які мають однакову структуру, організаційну побудову, повноваження й у більшості випадків діють у межах територіальних одиниць, прирівняних за адміністративним статусом» [5, с. 113]. Зауважимо, що остання з наведених ознак ланки судової системи не стосується Верховного Суду України й вищих спеціалізованих судів, юрисдикція яких поширюється на всю територію України.

Поняття ланки судової системи не фігурує ані в Конституції України, ані в Законі «Про судоустрій і статус суддів», але фактично як державно-правова конструкція існує на практиці.

Судова інстанція — різновид ланки судової системи в юридичній доктрині розглядається як частина судової системи, що залежить від стадії судового розгляду справ [6, с. 695].

Здебільшого ланки судової системи і судові інстанції в Україні збігаються, за деякими винятками. Виходячи з цього, одним з принципів системи судів загальної юрисдикції є принцип інстанційності (ч. 1 ст. 17 зазначеного Закону).

І. В. Назаровим внесено пропозицію вважати принципами побудови судової системи також ступінчастість та ієрархічність. [4, с. 144—153]. Керуючись цим критерієм, він, як і деякі інші автори, використовує стосовно структури судової системи термін «рівень», вбачаючи у цьому прояв як ступінчатості, так і ієрархічності.

Перш ніж висловити своє ставлення до терміна «рівень», дозволимо собі висловити думку, що використання понять «ступінчастість» і особливо «ієрархічність» нічого не додає до розуміння структури судової системи.

Слово «ступінчастість», очевидно, походить від слова «ступінчастий», тобто такий, який своїм виглядом нагадує сходи, який відбувається, проводиться певними стадіями, етапами [2, с. 466]. З людиною, яка пересувається по сходах знизу догори, можна порівняти учасника судового процесу, який «по сходах» просувається спочатку у напрямі до апеляційної, потім — до касаційної інстанції, а далі, можливо, — ще вище. Отже запропонований термін ступінчастість по суті нічим не відрізняється від інстанційності.

Що ж до ієрархічності, то сама етимологія цього слова виключає його використання для характеристики структури судової системи. Цей термін походить від слова «ієрархія», яка означає «поділ на вищі і нижчі посади, чини, суворий порядок підлегlostі щодо посади або чину нижчих осіб вищим» [3, с. 452]. Обов'язковою ознакою ієрархічності є субординація — система службової підпорядкованості молодших старшим, що ґрунтуються на принципах службової дисципліни [3, с. 867]. Природно, що для судової системи не існує підпорядкованості «молодших» «старшим», а тому про застосування до неї принципу ієрархічності не може бути й мови. Відносини між окремими складовими судової системи ґрунтуються і надалі ґрунтуються виключно на нормах процесуальних кодексів.

Останнім часом серед науковців і практиків замість терміна «ланка» дедалі частіше використовується термін «рівень (рівні) судової системи». Це, зокрема, є властивим для документів Європейської комісії за демократію через право (Венеціанської комісії). Ці рівні, як і ланки судової системи, можуть збігатися або не збігатися із судовими інстанціями. Це особливо характерно для тих країн Європи, в яких суди першої інстанції складаються з двох рівнів, причому суди другого рівня по частині справ виступають як суди апеляційної інстанції щодо судів першого рівня. Так, у Франції цивільні справи по першій інстанції розгля-

дають трибунали малої інстанції з обмеженою юрисдикцією. Натомість трибунали великої інстанції розглядають, по-перше, по першій інстанції справи, які перевищують компетенцію трибуналів малої інстанції, а по-друге, мають право переглядати їх рішення в апеляційному порядку, за винятком справ, розгляд яких віднесено до компетенції апеляційних судів. Аналогічні системи існують в сучасних Німеччині (дільничні суди і земельні суди), в Російській Федерації (мирові суди і районні суди) і в деяких інших країнах. Поєднання першої і апеляційної інстанції досить часто має місце і в судах апеляційної інстанції (розгляд справ по першій інстанції судом присяжних, справ особливої важливості апеляційними адміністративними судами тощо). У цих випадках рівень судової системи визначається, як правило, за характером справ, які складають його основну юрисдикцію: перший і другий рівень судів першої інстанції, апеляційні суди (третій рівень), касаційні суди (четвертий рівень).

Загалом слід відзначити, що у 42 державах Європи, не кажучи вже про інші континенти, існують різні підходи до визначення кількості рівнів судовоих систем: від двох до чотирьох. Це значною мірою залежить від форми державного устрою (федеративної чи унітарної), характеристики адміністративно-територіального поділу, національних традицій. Вирішальну роль, на нашу думку, відіграють розміри території і кількість населення. Наприклад, для Ісландії, кількість населення в якій дорівнює Приморському району Одеси, цілком достатньо двох рівнів: першої і апеляційної інстанцій, що, природно, є неприйнятним для найбільших країн Європи: Росії, Німеччини, Франції, Італії, Іспанії, Польщі, тієї ж України. Не можна не брати до уваги ставлення і підходи до застосування принципів територіальності і спеціалізації при визначенні структури судової системи.

Варто відзначити, що у переважній більшості країн Європи кількість рівнів судової системи не визначається, а самі ці рівні не виділяються у конституційних актах. Здебільшого автори конституцій обмежились тим, що назвали вищі органи судової системи, а решту залишили на розсуд законодавців. Що ж стосується України, то у ст. 125 чинного Основного Закону передбачено діяльність найвищого судового органу — Верховного Суду України, вищих спеціалізованих судів, апеляційних та місцевих судів. Проте в сучасних умовах зміст цієї норми не дозволяє дійти остаточного висновку щодо кількості рівнів судової системи. Необхідно при цьому взяти до уваги результати чергового етапу судової реформи, які дістали закріплення у Законі України «Про судоустрій і статус суддів».

Річ у тім, що до останнього часу статус Верховного Суду України, по суті, був поділений навпіл. Стосовно рішень судів нижчого рівня по кримінальних і цивільних справах він виступав як звичайний суд касаційної інстанції. По господарських і адміністративних справах касаційними судами були вищі спеціалізовані суди, а Верховному Суду надавалось право переглядати рішення цих судів через істотні порушення норм закону в порядку так званої повторної касації.

Для сучасної структури судової системи України є властивими дві істотні, можна навіть сказати, революційні зміни.

По-перше, — це усунення асиметричності структури судів загальної юрисдикції. Слід підкresлити, що діагноз «асиметричність» як ознаку серйозної хвороби української судової системи уперше поставив академік С. Ківалов. Він звернув увагу на те, що система загальних судів, які розглядають кримінальні і цивільні справи, складається з трьох ланок (місцеві суди — апеляційні суди — Верховний Суд), а система спеціалізованих судів — з чотирьох (місцеві суди — апеляційні суди — вищі спеціалізовані суди — Верховний Суд). «За такої умови, — відзначив він, — між дахом і двоповерховою будівлею утворюється порожнеча через відсутність вищих загальних судів. Архітектора, який запропонує проект такого будинку, оголосять божевільним, а от у побудові судової системи, як бачимо, все можливо» [7, с. 185–180]. Гадаємо, що така різкість у висловлюваннях була цілком доречною і якоюсь мірою сприяла подоланню спротиву корегуванню структури судової системи. І справа тут, звичайно, була не в зовнішній привабливості чи непривабливості судової структури через її асиметричність, а в тому, щоб зробити її зрозумілою для громадян і надати їм рівні можливості для оскарження судових рішень через встановлення однакових інстанцій для оскарження по усіх судових юрисдикціях.

По-друге, було подолано невідповідність між принципом спеціалізації, який за смыслом ч. 1 ст. 125 Конституції України стосувався судової системи загалом, і віднесення до числа спеціалізованих лише частини судів загальної юрисдикції: адміністративних і господарських.

Тривалий час поділ судів на спеціалізовані і неспеціалізовані залишався непоміченим теоретиками права і суддями-практиками. Між тим елементарний здоровий глузд підказував, що оскільки кожний суд, який входить до системи судів загальної юрисдикції, розглядає не будь-які справи, а лише ті, які віднесені до його компетенції процесуальним законом, він об'єктивно є спеціалізованим. Цей постулат було покладено в основу висновку Національної комісії зі зміцнення демократії та утвердження верховенства права, відповідно до якого «спеціалізованою має бути вся система судів загальної юрисдикції, а не лише окрема її частина... Спеціалізація судів має відбуватися за галузевою ознакою та обумовленим нею видам судочинства. Це дозволяє вирізняти в межах загальної юрисдикції — цивільну, кримінальну, адміністративну, а також господарську як особливий вид цивільної юрисдикції» [8, с. 10].

Іншу думку висловив суддя Верховного Суду України В. Косарєв, який вважав, що «спеціалізованими судами... можуть бути суди, які розглядають спори, не пов’язані з основними конституційними правами та свободами громадян, а лише спори щодо предмета, який потребує фахової експертизи у сфері науки, культури, техніки тощо... Про такі суди і йдеться у статті 125 Конституції України» [9, с. 6]. Невже автор вважає можливим поділити конституційні права і свободи на основні

і неосновні? Як він уявляв собі втручання суду у вирішення проблем наукового, технічного характеру, а також у сферу культури. Навряд чи дістанемо відповідь на ці запитання!

Щоправда, сумнів у тому, що законодавець визнав всі суди спеціалізованими, можуть посісти назви «місцеві загальні суди», якими є районні, районні у містах, міські та міськрайонні суди (ч. 1 ст. 121 Закону України «Про судоустрій і статус суддів»). Останні, як і апеляційні суди областей, розглядають цивільні, кримінальні справи і справи про адміністративні правопорушення. Проте, на наш погляд, словосполучення «загальний суд» у даному разі носить чисто умовний характер і зазначений термін використовується виключно для того, щоб зробити назви цих судів якомога коротшими.

Проте можна відзначити певну непослідовність створення підсистем спеціалізованих судів, як і окремих судових органів, з інших причин. Одним з попередніх проектів Закону «Про судоустрій і статус суддів» було передбачено створення окремих апеляційних судів адміністративної, господарської, цивільної, кримінальної юрисдикції [10, с. 9, 13]. На такій же основі передбачалося поділити вищі спеціалізовані суди. Ці пропозиції обстоювалися навіть в останньому проекті зазначеного Закону, і від них відмовилися буквально напередодні голосування. Причиною стали побоювання щодо додаткових організаційних, кадрових і особливо фінансових труднощів. Проте не виключено, що ця ідея може бути реалізована у майбутньому.

Закріплення касаційної юрисдикції на рівні трьох вищих спеціалізованих судів об'єктивно обмежило компетенцію Верховного Суду України, Його місце як найвищого суду у системі судів загальної юрисдикції проявляється зараз у наділенні юрисдикційними і деякими конституційно-процесуальними повноваженнями, які не є властивими іншим судам загальної юрисдикції. Зараз як ініціатори прийняття Закону, так і його опоненти, і сам Президент України визнають необхідність внесення коректив до цього Закону, зокрема, деякого розширення повноважень Верховного Суду України. Планом заходів із виконання обов'язків та зобов'язань України, що випливають з її членства в Раді Європи (п. 1.4), передбачено до 1 серпня 2011 року подати відповідний проект на розгляд Верхової Ради України [11]. Судячи із змісту законопроектних робіт, які зараз проводяться, ці зміни не приведуть до докорінного перегляду статусу Верховного Суду України, зокрема, надання йому повноважень розглядати справи в касаційному порядку. Втім ці питання є темою самостійного дослідження.

На структуру судової системи України також значною мірою впливає реалізація принципу територіальності у поєднанні з принципом спеціалізації.

Територіальна компетенція місцевих судів і апеляційних судів з розгляду цивільних, кримінальних справ і справ про адміністративні правопорушення в принципі залишилася такою ж, як і до прийняття чинного

Закону «Про судоустрій і статус суддів». Це стосується і місцевих господарських судів, територіальна компетенція яких поширюється на регіони. Значно рухливішою є територіальна компетенція апеляційних господарських і адміністративних судів, яка постійно змінюється окремими указами Президента України, причому в сторону збільшення кількості судів у міру створення для цього матеріально-технічних, фінансових і кадрових умов.

Зараз принцип територіальності при побудові структури судової системи проявляється у таких формах:

а) один суд — одна адміністративно-територіальна одиниця (район, місто обласного значення, область, Автономна Республіка Крим, Київ, Севастополь);

б) один суд — дві або більше адміністративно-територіальні одиниці (місто обласного значення і прилеглий район — для місцевих загальних судів, декілька регіонів — для апеляційних господарських і адміністративних судів).

Характерною ознакою застосування в Україні принципу територіальності при визначенні структури судової системи є те, що компетенція одного суду не поширюється на частини території декількох адміністративно-територіальних одиниць, як в окремих країнах Європи.

На думку авторів Концепції удосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні, «територіальну організацію місцевих та апеляційних судів не потрібно жорстоко прив'язувати до адміністративно-територіального поділу. Юрисдикцію суду одного рівня доцільно поширити на територію з приблизно однаковою кількістю населення» [8, с. 10].

Реалізація такої пропозиції «відповідно до кількості населення на певній території» призвела б до істотного перегляду самої суті принципу територіальності. Сподівання на те, що така структура сприятиме підвищенню рівня незалежності судів від органів влади на місцях, є просто найвними, якщо врахувати багаторівантність способів такого впливу і винахідливість представників вітчизняних владних структур. Не можна не враховувати також, що розпорощеність судових округів по різних адміністративно-територіальних одиницях неминуче дезорієнтуватиме громадян у пошуках потрібного їм суду, а відтак і ускладнить доступ до правосуддя.

Підсумовуючи сказане, доходимо висновку, що сучасна система судів України являє собою класичну трирівневу систему, складаючись із судів першої, апеляційної і касаційної інстанцій. Особливий статус Верховного Суду України не дає підстав для визнання його самостійним, четвертим рівнем судової системи. Певною мірою існуюча система нагадує недавно введену в ужиток формулу 3+1.

Даючи належну оцінку уже вжитим заходам з реформування судової системи, слід пам'ятати про наявність резервів дальнішого удосконалення її структури на основі послідовного впровадження принципу спеціалізації.

Це може бути пов'язано з розширенням мережі уже існуючих судів, починаючи із створення в найбільших регіонах двох або навіть декількох господарських і адміністративних судів першої інстанції, а також нових апеляційних судів.

У більш віддаленій перспективі в Україні можуть з'явитися підсистеми інших спеціалізованих судів з урахуванням багатого європейського досвіду їх функціонування: підліткових (ювенальних), трудових, фінансових, соціальних, патентних тощо. Звичайно, не слід форсувати їх утворення без огляду на реальні можливості держави. Досить при цьому згадати болісну десятирічну епопею створення адміністративної юстиції України.

Остаточно, принаймні на досить тривалий історичний період, структура судів загальної юрисдикції України має дістати відображення у новій або оновленій Конституції України [12, с. 31].

Пропонуємо такий варіант відповідної норми Основного Закону.

«Судову систему України складають:

- місцеві суди;
- апеляційні суди окремих юрисдикцій;
- вищі суди окремих юрисдикцій.
- Верховний Суд України».

Розпочинати цей перелік із судів нижчого рівня є доцільним, враховуючи їх найбільшу питому вагу у здійсненні судочинства.

На жаль, доводиться констатувати, що проблема удосконалення структури судової системи України перетворилася на «камінь спотикання» у відносинах нашої держави з Венеціанською комісією (далі — ВК), чому немалою мірою сприяла обструкціоністська позиція деяких впливових українських політиків. При цьому звертає на себе увагу непослідовність висновків ВК.

Так, у п. 20 висновку від 12–13 березня 2010 р. за проектом Закону «Про судоустрій і статус суддів» стверджувалось, що «існують чотири рівня судочинства, хоча, напевно, після касаційного провадження у вищому спеціалізованому суді Верховний Суд переглядатиме їхні рішення лише у зв'язку зі справді винятковими обставинами, що на практиці означатиме три судові інстанції» [13, с. 6]. Так все-таки чотири чи три рівня?

У наступному п. 21 було відзначено, що «система судів виглядає непотрібно громіздкою. Оскільки вищі спеціалізовані суди мають діяти як касаційні інстанції, відтак, виконуватимуть функції, які зазвичай належать Верховному Суду, постає питання, чи не слід було б злити ці два рівні в один і в такий спосіб хоча б спробувати спростити систему, позбавивши її звойвої бюрократії та адміністративного тягара». У п. 22 автори Висновку називають зазначену структуру «премудрою» (чи не дивне слово для юридичного документа — щось на кшталт вправ у фольклористиці), в якій тається ризик (не існує навіть, а «таїться»).

У Висновку ВК від 18 жовтня 2010 р. за наслідками вивчення чинного Закону України «Про судоустрій і статус суддів» підтверджується у цій частині попередній висновок і знову стверджується, що «існування такої кількості рівнів призводить до надмірної складності і затримки» [14, с. 4].

Всі ці твердження стосовно «надмірної складності», «премудрості», «бюрократизації», «адміністративного тягаря» тощо ані найменшим чином не мотивовані. Якщо навіть вважати, що сучасна структура судів України є чотирирівневою, то це є властивим і для тих країн Європи, де існують два рівні судів першої інстанції, чого немає в Україні. То чому б не висловити на їх адресу відповідні зауваження з боку ВК або навіть самої ПАРЄ?

Наприклад, відповідно до ч. 1 ст. 111 Конституції Литви, країни з тримільйонним населенням, існує чотири рівні судової системи: Верховний Суд Литви, Апеляційний Суд Литви, окружні суди, апілінкові (дільничні) суди. Існування такої структури виправдовується одним, але вагомим аргументом: вона влаштовує Литву як суверенну державу. Це ж можна сказати про архаїчну і вкрай заплутану судову систему Англії як частини Великобританії. Чогось не чути, щоб британські політики і законодавці зверталися за рекомендаціями до ВК, як їм «облаштовувати» свою судову систему.

Не заперечуючи корисності звіряння практики вітчизняної законотворчості у сфері судоустрою, і не тільки, з ВК, всебічної співпраці з нею у реалізації положень, визначених Статутом ВК, С. В. Ківалов вважає за потрібне використовувати такі варіанти реагування на її висновки: а) беззаперечна згода з ними і використання у законотворчості; б) прийняття до відому окремих пропозицій, в тому числі для використаннях їх у разі потреби; в) визнання окремих пропозицій доцільними, проте передчасними, зокрема, якщо вони суперечать нормам Конституції, до перегляду цих норм; г) незгода з окремими висновками і пропозиціями, якщо вони є необґрунтovanими або суперечать національним інтересам України [15, с. 104–106].

Загальні підходи до вирішення цих питань мають бути, на наш погляд, такими.

По-перше, слід виходити з того, що рекомендації (саме рекомендації, а не вказівки) ВК відповідно до її статуту носять консультативний характер.

По-друге, відповідність законодавства України так званим європейським стандартам означає, що у правотворчій і правозастосовчій практиці наша держава обов'язково повинна додержуватись фундаментальних принципів і цінностей, які обумовлюють суть демократичної судової системи. Якщо ВК вважає, що окремі з цих зasad порушуються, поряд з констатацією таких звинувачень є бажанім, щоб вони мотивувалися. Відсутність мотивації не може не впливати на характер реагування на них.

По-третє, конкретні моделі, які стосуються структури судів, або їх фрагменти у країнах Європи відзначаються винятковою строкатістю. Відтак будь-яка пострадянська країна, в тому числі і Україна, може взяти за взірець той чи інший варіант. У такому разі навряд чи будуть підстави для докорів у частині недотримання європейських стандартів, особливо коли йдеться про держави «патентованої демократії», тобто члени Європейського Союзу.

Розглянемо ще раз саме під цим кутом зору проблему співвідношення правового статусу Верховного Суду України і вищих спеціалізованих судів. Для цього процитуємо ст. 95 Основного Закону ФРН у редакції Закону від 18 червня 1968 р.

«1. Для здійснення правосуддя у галузях загальної, адміністративної, трудової, фінансової і соціальної юрисдикції Федерація встановлює як вищі судові інстанції: Федеральну судову палату, Федеральний адміністративний, Федеральний фінансовий, Федеральний трудовий і Федеральний соціальний суди». Більше того, відповідно до статті 96-1 Конституції центральна влада (Федерація) уповноважена створити ще й спеціалізованій Федеральний суд для правового захисту комерційної діяльності (аналог нашого Вищого господарського Суду). Що ж стосується Верховного Суду, то його у звичному для нас розумінні в Німеччині взагалі немає. Його віддаленим аналогом є Єдиний Сенат вищих судових органів для вирішення конфліктних ситуацій між окремими федеральними судами і забезпечення єдності судової практики (частина 3 статті 95 Конституції). Склад Єдиного Сенату не є постійним і визначається щоразу для розгляду конкретних справ.

Варто підкреслити, що зазначена структура судової системи Німеччини жодною мірою не пов'язана з федеративним устроєм цієї держави.

У низці європейських країн, починаючи з Франції, на чолі підсистем адміністративних судів перебувають відповідні вищі суди, не пов'язані із іншими судами загальної юрисдикції. Як же можна наполягати на тому, щоб саме в Україні були ліквідовані вищі спеціалізовані суди і відбулося їх об'єднання з Верховним Судом України?

Відомо, як багато зусиль доклав Голова Комітету Верховної Ради України С. В. Ківалов для гармонізації відносин української влади з Венеціанською комісією. Проте і він цілком обґрунтовано вважає, що «не варто сприймати рекомендації Венеціанської комісії як догму» [16, с. 5].

На закінчення ще раз підкреслимо, що подальше реформування судової системи України слід проводити наполегливо, послідовно, проте водночас зважено, з опорою як на міжнародний, так і на власний досвід і традиції.

Література

1. Відомості Верховної Ради України. — 2010. — № 41—42. — Ст. 529.
2. Новий тлумачний словник української мови. Т. 3. — К.: Аконіт, 2003. — 864 с.

3. Словник іншомовних слів / Л. О. Пустовіт, О. Я. Скопенко, Ю. Є. Сюта, Т. В. Цимбалюк. — К.: Довіра, 1990. — 452 с.
4. Назаров І. В. Судові системи країн європейської союзу та України: генезис та по-рівняння / І. В. Назаров. — Х.: Фінн, 2011. — 432 с.
5. Руденко М. В. Судова влада та правоохоронні органи України / М. В. Руденко, М. М. Говоруха, Г. С. Рибалко. — Х.: Харків юрид., 2007. — 548 с.
6. Шибіко В. П. Інстанція судова / В. П. Шибіко // Юридична енциклопедія. — К.: Укр. енцикл. ім. М. П. Бажана. — Т. 2. — С. 695–696.
7. Ківалов С. В. Шляхи удосконалення конституційних основ судоустрою і судочинства / С. В. Ківалов // Голос України. — 2008. — 24 черв. — С. 6–7.
8. Концепція удосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів: ухвалена на шостому пленарному засіданні Комісії 22 берез. 2006 р. — К., 2006. — 28 с.
9. Косарев В. Судова реформа — розквіт чи занепад? / В. Косарев // Юридичний вісник України. — 2010. — № 16. — С. 6.
10. Закон України «Про судоустрій і статус суддів». Проект, тираж 08.07.2008 р. — К., 2008. — 85 с.
11. Про план заходів із виконання обов'язків та зобов'язань України, що випливають з її членства в Раді Європи: указ Президента України № 24/2011 // Офіційний вісник України. — 2011. — № 4, т. 2. — Ст. 197.
12. Долежан В. В. Удосконалення Конституції України як передумова судової реформи / В. В. Долежан // Право України. — 2007. — № 11. — С.Е30–34.
13. Спільний експертний висновок щодо проекту Закону України «Про судоустрій і статус суддів»: ухвалений Венеціанською комісією на 82-му пленарному засіданні 12–13 берез. 2010 р. — Страсбург, 16 березня 2010 р. — 27 с.
14. Спільний висновок щодо Закону України «Про судоустрій і статус суддів» Венеціанської комісії та Дирекції з технічного співробітництва Генеральної дирекції з прав людини та правових питань Ради Європи № 588/2010: ухвалений Венеціанською комісією на 84му пленарному засіданні 15–16 жовт. 2010 р. — Страсбург, 18 жовтня 2010 р. — 26 с.
15. Ківалов С. В. Судебная реформа в Украине: разочарования и надежды : монография / С. В. Ківалов. — О. : Юрид. л-ра, 2010. — 312 с.
16. Ківалов С. Не стоит воспринимать рекомендаций Венецианской комиссии как догму / Сергей Ківалов // Комсомольская правда в Украине. — 2010. — 25 окт. — С. 5.

А н о т а ц і я

Долежан В. В. Судова реформа і раціоналізація судової системи України. — Стаття.

Статтю присвячено аналізу структури судової системи України на нинішньому етапі її реформування. Висловлено позиції автора щодо завдань формування структури судів загальної юрисдикції, переліку елементів цієї структури. Досліджено вплив принципів територіальності, спеціалізації та інстанційності на формування структури судової системи України. Детально проаналізовано стан визначення рівнів судової системи України і решти європейських країн, висловлено пропозиції щодо удосконалення відповідних норм українського законодавства. Висловлено думку щодо перспектив розвитку спеціалізації судів в Україні. Проаналізовано характер проблем, які виникають у цій сфері між Україною та Венеціанською комісією, і окреслено шляхи їх вирішення.

Ключові слова: судова влада, судова система, структура судів, судова спеціалізація, рівні судової системи, інстанційність.

Аннотация

Долежан В. В. Судебная реформа и рационализация судебной системы Украины. — Статья.

Статья посвящена анализу структуры судебной системы Украины на нынешнем этапе ее реформирования. Высказаны позиции автора относительно задач формирования структуры судов общей юрисдикции, перечня элементов этой структуры. Исследовано влияние принципов территориальности, специализации и инстанционности на формирование структуры судебной системы Украины. Детально проанализировано состояние определения уровней судебной системы Украины и остальных европейских стран, высказаны предложения по совершенствованию соответствующих норм украинского законодательства. Высказано мнение о перспективах развития специализации судов в Украине. Проанализированы характер проблем, возникающих в этой сфере между Украиной и Венецианской комиссией, и намечены пути их решения.

Ключевые слова: судебная власть, судебная система, структура судов, судебная специализация, уровни судебной системы, инстанционность.

Summary

Dolezhan V. Judicial reforms and rationalization of judicial system of Ukraine.
— Article.

This article analyzes the structure of the judicial system of Ukraine at the present stage of its reform. Expressed the author's position relative to the tasks of forming the structure of courts of general jurisdiction, the list of elements of this structure. The influence of the principles of territoriality and specialization instantsionnosti on the structure of the judicial system of Ukraine. Analyzed in detail the state determination of the levels of the judicial system of Ukraine and other European countries, suggestions for improvement of the relevant norms of Ukrainian legislation. Expressed about the prospects of specialization of courts in Ukraine. Analyzed the nature of problems in this sphere between Ukraine and the Venice Commission and outlined ways to resolve them.

Keywords: judiciary, the judicial system, the structure of courts, judicial specialization, levels of the judiciary, instantsionnost.

УДК 342.56:346.91

O. П. Подцерковний

ПРО ПРОЦЕСУАЛЬНІ ЧИННИКИ ПІДВИЩЕННЯ АВТОРИТЕТУ СУДДІ ТА СУДУ (НА ПРИКЛАДІ ГОСПОДАРСЬКОГО СУДОЧИНСТВА)

Незалежність та дієвість судової гілки влади стає необхідним елементом просування не лише економічних реформ, що потребують захисту прав інвесторів, але й загалом розвитку держави. Натомість незалежність та дієвість судів зазвичай сприймається досить усічено — через призму обмеження стороннього впливу на діяльність суддів або створення організаційно-фінансових передумов діяльності судів. Наприклад, представник держдепартаменту США оцінює цю незалежність із погляду впливу на суддів виконавчої влади, адже судді мають «виносити вироки, не озираючись на наслідки для свого професійного майбутнього» [1].

Але не менш важливим у цій справі є підвищення авторитету судів та суддів, надання останнім реальних процесуальних повноважень для реалізації завдань судочинства, усунення правопорушень та попередження зловживання правами, самостійності у прийнятті неупереджених рішень для захисту прав та законних інтересів суб'єктів права, зокрема учасників господарських правовідносин.

На жаль, підрив авторитету органів влади усіх рівнів, корупційні скандали та намагання окремих політиків перекласти вади правозастосування на судову гілку влади привели до того, що у законодавстві про судоустрій та процесуальному законодавстві реалізований згубний підхід: «суддя часто діє неправомірно при здійсненні судочинства, а тому його необхідно обмежувати». Завдяки цьому у господарському процесі, зокрема, запроваджені положення, непритаманні європейським стандартам правосуддя, коли суд та судді позбавлені реальної влади та авторитету, а лібералізацією процесуальних повноважень сторін спору підірвані принципи правової певності, стабільності та оперативності судових рішень.

Варто зазначити найбільш відчутні проблеми у цій сфері.

1. Незважаючи на суттєве скорочення повноважень Верховного Суду України відповідно до Закону України «Про судоустрій та статус суддів» в Україні зберігається багатоланкова — 4-рівнева структура оскарження судових рішень.

У таких умовах про жоден авторитет судового рішення не може вестися мова. Особливо це позначається на господарських справах, де потреби господарського обігу вимагають прийняття оперативних рішень. Не випадково Венеціанською комісією на кожний з законопроектів про судоустрій та ухвалений Закон було надано висновок, що система судів, що складається з 4 рівнів, є надзвичайно складною та «призводить до надмірної складності та затримок» [2].

Яскравим прикладом затягувань розгляду справи, що виникають за такої системи, є те, що справи, які розглядаються в касаційному порядку та у порядку розгляду Верховним Судом, витребовуються з нижчестоящих судів, у зв'язку із чим неможливо здійснити зміну способи виконання відповідних рішень, оскаржити окремі частини рішень, захистити права осіб, що не були залучені до справи тощо.

Відповідно до Рішень Європейського суду з прав людини, зокрема у справах Ryabykh v. Russia i Volkova v. Russia, від 24 липня 2003 р. і 5 квітня 2005 [3] Суд одностайно дійшов висновку, що в результаті застосування процедури перегляду остаточних судових постанов має додержуватися принцип правової певності (стійкості рішень, що набрали законної сили), інакше буде ущемлене гарантоване заявникам параграфом 1 статті 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод право на доступ до правосуддя. Повноваження вищестоящих судів по перегляду рішень нижчих інстанцій повинні використовуватися для усунення судових помилок, зловживання правосуддям, а не замінити повторний розгляд. Ті саме висновки зроблені Європейським судом з прав людини у справі «Пономарьов проти України».

Разом із тим попередження необґрутованого надмірно тривалого слухання справ узгоджується із обопільними інтересами сторін господарської справи щодо забезпечення своєчасного судового розгляду спору, що відповідає завданням правосуддя та міжнародним стандартам судочинства.

Як зауважив академік В. К. Мамутов на парламентських слуханнях «Про стан правосуддя в Україні», існування чотирьох інстанцій у господарському судочинстві гальмує обертання капіталів в економіці. «Нехай буде 1–2 % неправильних рішень. Але гроші мають обертатися... тому стосовно господарських судів можна диференціювати справи та прибрати щонайменше 1–2 інстанції» [4].

Цей підхід повністю збігається із позицією Комітету Міністрів Ради Європи, висловленою у висновку № 6 Консультативної ради європейських суддів (ділі — КРЄС) до уваги Комітету Міністрів Ради Європи щодо справедливого суду в розумний строк та ролі судді в судових

процесах з урахуванням альтернативних засобів вирішення спорів на засіданні № 5 від 22–24 листопада 2004 р. Зокрема, у п. 134–136 за-значено, що «жодне з положень Європейської конвенції з прав людини не вимагає наявності права на апеляцію. Усвідомлюючи значення тра-дицій у деяких країнах, що віддають перевагу необмеженому праву на (насправді) повторний судовий розгляд питань під час апеляції в другій інстанції, КРЄС хотіла б вказати на своє *негативне ставлення у прин-ципi до такого підходу*, який *«підриває роль судді першої інстанції i потенційно може зробити недоцільним будь-яке управління (веден-ня. — О. П.) справами суддею першої інстанції»*... «Такий підхід також тяжіє до нівелювання правомірних очікувань іншої сторони судового процесу і *збільшення тривалостi, вартостi i напруженостi судових проваджень*»... «Навіть у країнах, які приймають *ius litiatigonis*, ство-рені механізми (наприклад право оголошувати безнадійні апеляції «оче-видно необґрунтованими»), які частково становлять собою *«випускний клапан»* що зменшує певною мірою надмірне навантаження на апеля-ційну систему» (курсив мій. — О. П.) [5].

Саме тому при подальшому вдосконаленні законодавства про госпо-дарське судочинство, в тому числі при розроблені нового Господарсько-го процесуального кодексу, варто ще жорсткіше обмежити розгляд гос-подарських справ Верховним Судом України, а також запровадити май-новий ценз (наприклад, ціна позову — понад 100 тис. грн.) для оскар-ження рішень місцевих судів в апеляційному та касаційному порядку. Тим паче що положення Конституції України дозволяють зробити ос-таннє, передбачаючи у ст. 129 «забезпечення апеляційного та касацій-ного оскарження рішення суду, *крім випадків, встановлених законом* (курсив мій. — О. П.)».

Одним з ефективних варіантів відповідного реформування могло б стати також запозичення досвіду Німеччини, де Верховний суд (Єдиний сенат) не є постійним органом, а діє як Загальна колегія верховних (вищих федеральних) судів [6]. За такого підходу Верховний Суд може збиратися з числа представників вищих спеціалізованих судів для вир-ішення питань про правомірність того чи іншого судового рішення, лише якщо один з вищих спеціалізованих судів відступає від рішення іншого вищого спеціалізованого суду.

У цьому разі прийматимуться за основу не інтереси окремої сторони спору щодо нового перегляду його справи, а інтереси усієї правової системи на забезпечення однаковості правозастосування.

При цьому Верховний Суд, на противагу недостатньо ефективному вітчизняному положенню про виправлення неоднакових рішень одного і того самого Вищого спеціалізованого суду, має бути наділений правом виправляти неоднакове застосування права у рішеннях різних вищих спеціалізованих судів. Лише за допомогою такого механізму забезпечу-ватиметься єдність та цілісність судової гілки влади.

При цьому відповідним удосконаленням не заважають положення

Конституції України, де у ст. 125 йдеться про те, що найвищим судовим органом у системі судів загальної юрисдикції є Верховний Суд України. Конституція у цьому разі не встановлює, у якій формі Верховний Суд України здійснюватиме повноваження як найвищого судового органу. Згідно з рішенням Конституційного Суду України від № 8-рп/2010 від 11 березня 2010 р. конституційний статус Верховного Суду України не передбачає наділення його законодавцем повноваженнями суду касаційної інстанції щодо рішень вищих спеціалізованих судів, які реалізують повноваження касаційної інстанції. Таким чином повноваження Верховного Суду мають носити не лише винятковий, але й, передусім, системоутворюючий характер.

2. Господарський процесуальний кодекс не містить положень щодо порядку заповнення прогалин у господарсько-процесуальному законі. У результаті, судді не приймають на себе відповідальність за застосування аналогії процесуального закону та процесуального права. Не випадково переважає буквальне тлумачення ГПК, що спроворює інколи загальні засади судочинства та його призначення. Прикладом може слугувати ситуація із скасуванням ВГСУ постанови апеляційного господарського суду, якою припинено провадження у справі щодо оскарження ухвали про забезпечення позову, яку було скасовано у першій інстанції. У результаті буквальне тлумачення ст. 80 ГПК — обмеженість підстав припинення справи переважило логіку та засади процесуального права.

3. Велика кількість скасувань через процесуальні порушення, що не привели чи не могли привести до невірного вирішення справи (процес заради процесу), підриває авторитет судів нижчестоячої інстанції без достатньої суспільно-правової потреби.

Натомість реальне судочинство потребує беззаперечного висновку — за будь-яких обставин процесуальні порушення не можуть ставати підставою для скасування, якщо не доведено, що це призвело чи могло привести до прийняття неправильного рішення. Навіть порушення правил підвідомчості розгляду справи не можуть слугувати підставою для оскарження рішень, якщо справу вирішено правильно, а скаржником не доведено, яким чином за іншого юрисдикційного розгляду справу могло бути вирішено на його користь.

4. Часте перевищення касаційною інстанцією повноважень щодо оцінки факту при оскарженні судових рішень нижчих інстанцій, коли багато оскаржень відбувається з причини неповного з'ясування обставин справи. По-перше, у багатьох випадках при такому оскарженні не аналізується — з яких причин ці обставини не були з'ясовані, чи не виникло це через недбалість заявитика, чи не порушуватиме скасування рішення з цієї підстави інтереси сторін та призводитиме до зловживання процесуальними правами. По-друге, часто і касаційна інстанція досить довільно застосовує положення ст. 111-7 про межі перегляду справи в касаційній інстанції: «касаційна інстанція не має права встановлювати

або вважати доведеними обставини, що не були встановлені у рішенні або постанові господарського суду чи відхилені ним, вирішувати питання про достовірність того чи іншого доказу, про перевагу одних доказів над іншими, збирати нові докази або додатково перевіряти докази». Відповідно до ст. 111-10 ГПК «неповне з'ясування обставин справи» не називається у якості окремої підстави скасування або зміни рішень господарських судів в касаційній інстанції. У порівняні — ст. 104 ГПК стосовно підстав скасування або зміни рішення господарського суду в апеляційному порядку, поряд із порушенням норм матеріального чи процесуального права (п. 4 ч. 1), називає окремою підставою «невірне з'ясування обставин справи».

На противагу цим положенням ГПК, Вищий господарський суд надзвичайно часто застосовує таку підставу оскарження рішень, як неповне з'ясування обставин справи. Невже суди місцевої та апеляційної інстанції не можуть правильно визначити обставини справи? Такий підхід має бути рішуче відкинутий. Він підриває авторитет місцевих та апеляційних судів, порушує засади рівності перед законом у відносинах між ланками судової системи, по суті, є зловживанням процесуальними правами, що шкодить оперативності розгляду судових справ. Касаційна інстанція не має займатися питаннями факту, а лише питаннями законності ухваленого рішення.

Крім того, є тут і професійно-етичний аспект, який не може бути визначено у законі, але має стати духом господарського судочинства — оскарження рішень місцевих судів має стати винятковим випадком, поєднаним лише із грубим порушенням норм права чи оцінки обставин справи, що свідчать про упередженість суду.

Показовим у цьому випадку є досвід Англії, де оскаржуються в апеляційному порядку лише 0,1 % справ (з 2 млн справ до апеляції доходить 2–2,5 тис.) [7], а до Верховного суду — 60–70 справ на рік) [8], бо у суспільній свідомості зміцніла думка — суди приймають лише правильні рішення. Звідси і авторитет до суду у суспільстві та порядок у державі.

5. Невідповідність кількості справ фізичним можливостям суддів їх розглянути, що ускладнює обґрунтування судових рішень та зменшує їх якість. І справа не лише у тому, що у ГПК (п. 1 ч. 1 ст. 2-1) передбачається принцип автоматизованої системи справ з додержанням принципів черговості та рівної кількості справ для кожного судді, хоча черговість та рівна кількість справ не забезпечує справедливого та рівномірного навантаження на одного суддю — мають враховуватися, передусім, складність справи, у тому числі її обсяг та кількість учасників процесу.

Йдеться, передусім, про те, що у процесуальний закон не закладено запобіжників від дрібного сутяжництва, не розвинуті положення роблять судове вирішення крайньою, безвихідною потребою учасників правових конфліктів.

Великий недолік у цьому сенсі мають положення Конституції, прийомні так, як вони були витлумачені Конституційним Судом України, щодо неконституційності обов'язкового досудового порядку вирішення спорів. Ця проблема сьогодні захиснула її адміністративну юстицію, що дає змогу на позитивне очікування зміни Конституції у цьому контексті.

Утруднення можливостей для третейського розгляду спорів — постійне розширення справ, що їм непідівтомчі. Це стосується, особливо, справ, що виникають з корпоративних відносин, справ у спорах щодо нерухомого майна, включаючи земельні ділянки — зміни внесено законом. А законом від 3 лютого 2011 р. виключено з підвідомчості третейських судів справи у спорах щодо захисту прав споживачів, у тому числі споживачів послуг банку (кредитної спілки). Але ж відповідно до законодавства України поняття споживача є дуже широким. Зокрема, у Законі «Про житлово-комунальні послуги» споживачем вважається не лише фізична особа, як це передбачено у Законі «Про захист прав споживачів», але й також юридична особа. Те саме стосується законів України «Про природні монополії», «Про засади функціонування ринку природного газу», «Про хімічні джерела струму». Неточність закону провокує збільшення справ, що цілком правомірно могли б бути розглянуті у порядку третейського судочинства. Натомість держава, замість намагання завадити зловживанням з боку третейських суддів, притягнувши винних осіб до відповідальності, накладає новий тягар та обмеження на всіх суб'єктів господарювання, збільшуючи навантаження на судову систему (лише у 2009 році — це 39 000 справ [9]). Про який авторитет суду може вестися мова, якщо сторонам нав'язується безальтернативна суспільна система вирішення конфліктів, яка не здатна у розумні строки та ефективно їх вирішити?

6. Судді господарських судів є цілком обмеженими та несамостійними у процесі у силу положень ст. 38 ГПК, відповідно до яких господарський суд не наділений повноваженнями щодо витребування доказів за власною ініціативою, крім випадку підготовки справи до розгляду (ст. 65 ГПК). Це не можна вправдати необхідністю доказування сторонами обставин, на які вони посилаються. Адже неповне з'ясування обставин справи є підставою для скасування або зміни рішення місцевого господарського суду, зокрема, відповідно до ст. 104 ГПК України.

7. Те саме стосується позбавлення права господарського суду ухвалювати комплексні рішення з господарських справ, що містять поєднання публічно-правових та приватно-правових вимог, у зв'язку із виокремленням системи адміністративної юстиції.

Їдеться про невиправдане інтересами прискореного обігу капіталів у сфері господарювання та таке, що суперечить принципу процесуальної економії, окремий розгляд справ, які містять пов'язані один з одним майнові вимоги приватно-правового характеру (наприклад, щодо визнання права власності, визнання правочину недійсним, розірвання договору, виконання зобов'язання у натурі, примусу до укладання договору тощо)

та публічно-правові вимоги до суб'єкта, наділеного владними повноваженнями (наприклад, щодо скасування акта, який порушує право власності) спочатку у системі адміністративних судів, а згодом — у системі господарських судів.

Це підриває авторитет суду як органу, де можна знайти вирішення економіко-правового конфлікту.

У ст. 22 Закону України «Про судоустрій та статус суддів» зазначається, що господарські суди розглядають справи, що виникають із господарських правовідносин, а також інші справи, віднесені процесуальним законом до їх підсудності. Натомість штучне розведення публічно-правових вимог та приватно-правових вимог не дозволяє розглянути господарську справу у цілому.

Сьогодні суб'єкти господарювання, маючи пов'язані публічно-правові та приватно-правові вимоги, не можуть ініціювати розгляд цих справ у єдиному процесі (ч. 3 ст. 58 ГПК).

Прихильники адміністративної юстиції зазвичай зазначають, що процедури адміністративного судочинства надають скаржникам більше процесуальних гарантій, ніж в інших процесах. Але ці гарантії нічого не варти, якщо справи розглядаються роками, а суб'єкт господарювання не може оперативно отримати відповідне комплексне рішення суду про захист майнових — вихідних, базисних економічних прав.

Утворення системи адміністративних судів не ставило і не могло ставити за мету погіршити процесуальні можливості сторін для захисту своїх прав та законних інтересів. Суб'єкт господарювання може не бажати користуватися додатковими процесуальними правами на шкоду комплексності та оперативності розгляду справи. Адже в економічних відносинах, елементом яких є, зокрема, процесуальні відносини, важливим є результат вирішення саме справи як комплексу взаємопов'язаних конфліктів. У цьому разі «чистота спеціалізації» не може бути поставлена над інтересами економіки та правами громадян і юридичних осіб на справедливий суд.

Принцип соціальної справедливості та соціального призначення держави вимагає, аби суб'єктам права було надано вибір — об'єднати пов'язані вимоги публічно-правового та приватноправового характеру в одному процесі, заснованому на рівності процесуальних прав сторін (господарський та цивільний процеси), або заявити їх в окремому адміністративному (пільговому) та господарському чи цивільному (звичайних) процесах. Це не було б порушенням чи звуженням існуючих прав, адже положення закону стають диспозитивними, надають особі право визначитися із пріоритетом використання додаткових процесуальних гарантій.

Відповідне об'єднання вимог (крім випадків відшкодування шкоди, завданої неправомірною поведінкою органу публічної влади) не можна здійснювати у межах адміністративного процесу, який за природою не розрахований на оцінку змісту приватно-правових відносин. Захист прав

держави у цивільно-правових та господарсько-правових відносинах приватного характеру має здійснюватися на принципах рівності із іншими сторонами.

7. Необхідно також надати судді можливість більше впливати на недбайливих учасників процесу, які з різних причин не з'являються до суду, затягують процес непотрібними клопотаннями. Фактично вони змушуються над правосуддям, а у судді немає реальних важелів впливу (скажімо, залучати до матеріальної відповідальності, як це роблять у Європі) [10].

У цьому контексті не можна оминути увагою питання відповідальності учасників господарського процесу за неповагу до суду. Хоча Законом України «Про судоустрій та статус суддів» було внесено зміни до ст. 221 КУпАП, уповноваживши господарські суди розглядати справи про адміністративні правопорушення, передбачені ст. 185-3 КУпАП (Прояв неповаги до суду). Але у ст. 185-3 КУпАП єдиним засобом відповідальності називається накладення штрафу. Цього недостатньо. Очевидним та таким, що відповідає зарубіжному досвіду щодо системи засобів забезпечення порядку під час ведення судових засідань, є запровадження адміністративного арешту за дії, пов'язані із злісною неповагою до суду.

Крім того, на часі є зміни до ст. 221-1 Кодексу про адміністративні правопорушення у частині відповідальності за невживання заходів відповідно до окремої ухвали суду.

8. Нарешті, у багатьох випадках суворі межі статей ст. 20 ГК та ст. 16 ЦК про вичерпний перелік способів захисту порушеного права учасників господарських відносин не дозволяють судам застосувати адекватний правопорушенню спосіб захисту, що іноді призводить до усунення від реального захисту, містить приховану відмову від правосуддя.

Усунути вищенаведені негативні умови діяльності суддів, підвищити авторитет судді та його самостійність у прийнятті рішень — значить досягти позитивних рис незалежності судової гілки влади, що слугує вагомим елементом правопорядку, зокрема господарського.

Це дасть змогу зменшити обсяг законодавства та підвищити стан праворозуміння. Адже більшість питань, у тому числі економіко-правового регулювання, можна вирішити загальними інститутами, без деталізованих законів, коли потреби комерційного обігу, загальновживані вимоги та ділові звичаї, нарешті, кодифікаційні акти стають критерієм добросовісної поведінки. У такому разі загалом процвітає правопорядок, а не лише окремий закон, у тому числі несправедливе буквоїдство — «диктат закону».

Підвищуючи довіру до суду та зменшуючи кількість оскаржень, перенісши центр ухвалених рішень до місцевих судів, як наслідок можна досягти скорочення часу для розгляду справ. Це прямий шлях до порядку в господарських відносинах та інтенсифікації економіки.

Таким чином, для вирішення наведених проблем пропонується:

А. У п. 1 ч. 1 ст. 2-1 слова «чесноти та рівної кількості справ для кожного судді» замінити словами «чесноти, рівної кількості справ для кожного судді та складності справи, що визначається з урахуванням кількості учасників процесу та обсягу матеріалів справи».

Б. Статтю 4 ГПК доповнити реченням такого змісту: «У випадку відсутності законодавства, що регулює господарські та господарсько-процесуальні відносини, суд застосовує аналогію права та аналогію закону».

В. Частину 3 ст. 38 доповнити реченням другим такого змісту: «Суд може витребувати докази за власною ініціативою, якщо це необхідно для повного з'ясування обставин справи».

Г. Статтю 58 ГПК необхідно доповнити ч. 4 такого змісту:

«Позивач має право об'єднати майнові вимоги до суб'єкта, наділеного владними повноваженнями, із вимогами про оскарження його рішень (нормативно-правових актів чи правових актів індивідуальної дії), дій чи бездіяльності за умови додержання порядку, встановленого частиною першою цієї статті. У цьому разі розгляд справи здійснюється у порядку, встановленому цим Кодексом».

Г. Частину 2 ст. 111-7 ГПК доповнити словами «виришувати питання про повноту з'ясування обставин справи».

Д. Зняти у ст. 20 ГК та ст. 16 ЦК законодавче обмеження застосування лише тих способів захисту порушеного права, які передбачено у законі чи договорі, дозволивши суддям застосовувати способи захисту за загальним критерієм — права виходить за межі встановлених у законі способів захисту: а) відповідність способу захисту наявному правопорушення; б) здатність способу захисту забезпечити реальний захист порушеного права із урахуванням мети судового розгляду та необхідності подальшого виконання прийнятого судом рішення; в) відповідність способу захисту загальним засадам відповідно законодавства (господарського, земельного, цивільного, міжнародного тощо).

Е. Виправити нові проекти Господарського процесуального кодексу (Кодексу господарського судочинства), усунувши з них зайду деталізацію процесу, додавши положення про досудовий розгляд справ (принаймні для передбачених у договорі випадків) та переддоговірні спори, а також повною мірою зберігши традиційний для судового вирішення господарських спорів принцип арбітування, коли безпосередньо суддя вирішує порядок розгляду справи, сприяючи сторонам у подоланні конфлікту.

Ж. Доповнити ст. 185-3 Кодексу про адміністративні правопорушення положеннями, що надають право суду застосовувати адміністративний арешт до осіб, які виявляють злісну неповагу до суду, зокрема, абзац 2 ч. 1 ст. 185-3 доповнити словами «або адміністративний арешт на строк до п'ятнадцяти діб».

Цій пропозиції кореспондує також надання суду права застосовувати заходи відповідальності за невиконання окремої ухвали суду: у ч. 1 ст. 221-1 Кодексу після цифри «185-3» доповнити цифрами «185-6».

Л і т е р а т у р а

1. Силіна Т. Інтерв'ю з Томасом Мелія: «Україні під силу вибирати, в якому напрямку рухатися — позитивному чи протилежному» / Т. Силіна // Дзеркало тижня. Україна. — 2011. — № 26, 15 лип [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://dt.ua/articles/84549>.
2. CDL-AD(2010)026: Joint opinion on the law on the judicial system and the status of judges of ukraine by the Venice Commission and the Directorate of Co-operation within the Directorate General of Human Rights and Legal Affairs of the Council of Europe Adopted by the Venice Commission at its 84th Plenary Session (Venice, 15-16 October 2010) — Р. 5 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : [http://www.venice.coe.int/docs/2010/CDL-AD\(2010\)026-e.pdf](http://www.venice.coe.int/docs/2010/CDL-AD(2010)026-e.pdf).
3. Дело Волкова против России, Жалоба № 48758/99, 5 апреля 2005 г. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www1.umn.edu/humanrts/russian/euro/Rvolkovacase.html>.
4. Виступ В. К. Мамутова на Парламентських слуханнях «Про стан правосуддя в Україні» 18 берез. 2009 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://bihun.in.ua/jushits/jurhit/article/398/>
5. Міжнародні стандарти у сфері судочинства. — К. : Істина, 2010. — С. 338.
6. Шишкін В. І. Судові системи країн світу. Кн. 2 / В. І. Шишкін. — К. : Юрінком Інтер, 2001. — С. 73.
7. Judicial and Court Statistics 2009: UK Ministry of justis [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.justice.gov.uk/publications/docs/jcs-stats-2009-211010.pdf>.
8. Frequently Asked Questions: UK Supreme Court [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.supremecourt.gov.uk/faqs.html#1a>
9. АУБ: третейське судочинство в Україні під загрозою ліквідації [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.ukrbanks.info/news/AUB-Treteiske-sudochinstvo-v-Ukraini-pod-zagrozoju-lkvdac.html>.
10. Побережний В. Наши судьи — забытые, запуганные системой [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://glavred.info/archive/2008/01/30/141731-0.html>.

А н о т а ц і я

Подцерковний О. П. Про процесуальні чинники підвищення авторитету судді та суду (на прикладі господарського судочинства). — Стаття.

Стаття присвячена процесуальним заходам щодо підвищення авторитету господарських судів та суддів. Зроблено низку пропозицій до Господарського процесуального кодексу та Кодексу України про адміністративні правопорушення щодо розширення повноважень судів, уведення майнового цензу для оскарження рішень в апеляційному та касаційному порядку, посилення відповідальності за неповагу до суду.

Ключові слова: господарські суди, судді, Господарський процесуальний кодекс, повноваження судів, судова реформа.

А н н о т а ц и я

Подцерковный О. П. О процессуальных факторах повышения авторитета судьи и суда (на примере хозяйственного судопроизводства). — Статья.

Статья посвящена процессуальным мерам по повышению авторитета хозяйственных судов и судей. Сделан ряд предложений в Хозяйственный процессуальный кодекс и Кодекс Украины об административных правонарушениях относительно расширения пол-

номочий судов, введения имущественного ценза для обжалования решений в апелляционном и кассационном порядке, усиления ответственности за неуважение к суду.

Ключевые слова: хозяйственные суды, судьи, Хозяйственный процессуальный кодекс, полномочия судов, судебная реформа.

S u m m a r y

Podtserkovny O. P. About the Procedural Factors Raise the Profile of the Judge and the Court (on the example of Economic Litigation). — Article.

The article is devoted to remedial measures to improve the credibility of the economic courts and judges. Made a number of proposals to the Economic Procedure Code and the Code of Administrative Offences involving the expansion of powers of the courts, the introduction of property qualifications for appealing decisions of the appellate and cassation, increasing liability for contempt of court.

Keywords: economic courts, judges, Economic Procedural Code, the powers of courts and judicial reform

УДК 349.2:331.105.44

Г. І. Чанишева

ПРОФСПІЛКОВЕ ПРЕДСТАВНИЦТВО У СОЦІАЛЬНОМУ ДІАЛОЗІ У СФЕРІ ПРАЦІ

На сучасному етапі розвитку національного трудового законодавства існують об'єктивні підстави для висновку про те, що у трудових правовідносинах склалася та продовжує розвиватися система відносин представництва, основою якої є відносини із соціального діалогу у сфері праці. Йдеться про відносини із представництва, що виникають між суб'єктами представництва: тими, кого представляють (працівники і роботодавці), їхніми представниками (профспілки, організації роботодавців, інші представники працівників і роботодавців) та третіми особами (працівники, роботодавці, органи виконавчої влади, органи місцевого самоврядування та ін.). У даному випадку має місце не делегування повноважень, а представництво у трудових правовідносинах, оскільки йдеться про створення, зміну та припинення прав осіб, яких представляють, настання для них правових наслідків, що є невід'ємною ознакою представництва.

Проблеми представництва у трудових правовідносинах набули особливої актуальності у зв'язку з дальшим розвитком соціального діалогу у сфері праці, оскільки соціальна стабільність у правовідносинах між сторонами соціального діалогу значною мірою залежить від того, хто і як представляє їхні інтереси.

Проблеми представництва працівників і роботодавців досліджуються у працях вітчизняних науковців, присвячених різним аспектам соціального діалогу у сфері праці, колективно-договірного процесу, правового статусу представників працівників та роботодавців: Н. Б. Болотіної, Г. С. Гончарової, М. Л. Дубровського, І. М. Дубровського, В. В. Жернакова, В. І. Жукова, З. Я. Козак, В. В. Лазор, П. Д. Пилипенка, В. М. Покотило, О. І. Процевського, В. Г. Ротаня, О. А. Трюхан, С. Я. Українця, О. І. Уманського, Н. М. Хуторян, Г. І. Чанишевої, а також російських вчених: І. Я. Кисельова, К. Д. Крилова, С. П. Мавріна, М. В. Лушнікової, А. М. Лушнікова, Н. М. Лютова, А. Ф. Нуртдинової, Ю. П. Орловського,

О. С. Пашкова, І. О. Снігірьової, Г. Ю. Семігіна, В. М. Скобелкіна, Є. Б. Хохлова, А. І. Щепіна, С. Ю. Чуча та ін.

У вітчизняній науці трудового права першим спеціальним дослідженням проблем представництва у трудових правовідносинах стала кандидатська дисертація Г. М. Ніколайченко «Представництво у трудовому праві України», захищена у 2007 році [1].

До прийняття рамкового Закону України «Про соціальний діалог в Україні» від 23 грудня 2010 року [2] правовою основою представництва у трудових правовідносинах були закони України «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності» та «Про організації роботодавців». У ст. 3 Закону України «Про соціальний діалог в Україні» серед основних принципів соціального діалогу закріплений принцип репрезентативності і правоможності сторін та їх представників. Вперше у законодавстві України у Законі передбачено загальні критерії репрезентативності для суб'єктів профспілкової сторони та сторони роботодавців (ст. 5), визначення критеріїв репрезентативності на рівнях соціального діалогу (ст. 6), оцінку відповідності критеріям репрезентативності та її підтвердження (ст. 7). У зв'язку з цим існує необхідність дослідження інституту представництва у соціальному діалозі у сфері праці з урахуванням вищезазначених законодавчих новел.

Метою даної статті є аналіз положень чинного законодавства, у тому числі Закону України «Про соціальний діалог в Україні», і проекту Трудового кодексу України про профспілкове представництво та внесення конкретних пропозицій щодо їх удосконалення.

Представництво у соціальному діалозі у сфері праці є специфічним видом представництва у трудовому праві. Існування представництва обумовлено характером та особливостями відносин із соціального діалогу у сфері праці, їх роллю у системі відносин, що регулюються трудовим правом.

Міжнародними актами, національним законодавством законними представниками працівників визнано профспілки. Законом України «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності» [3] профспілкам надане право на представництво та захист трудових, соціально-економічних прав та інтересів членів профспілки, яке носить універсальний характер.

Право профспілок, їх об'єднань представляти і захищати права та інтереси членів профспілки передбачено ст. 19 Закону України «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності». Згідно з частиною першою даної статті профспілки, їх об'єднання здійснюють представництво і захист трудових, соціально-економічних прав та інтересів членів профспілок в органах державної влади і місцевого самоврядування, у відносинах з роботодавцями, а також з іншими об'єднаннями громадян.

У питаннях колективних інтересів працівників профспілки, їх об'єднання здійснюють представництво та захист інтересів працівників незалежно від їх членства у профспілках (ч. 2 ст. 19 Закону).

У питаннях індивідуальних прав та інтересів своїх членів профспілки здійснюють представництво та захист у порядку, передбаченому законодавством та їх статутами (ч. 3 ст. 19 Закону).

Отже, Законом України «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності» встановлено подвійний стандарт представництва профспілками трудових прав та інтересів працівників залежно від виду їх носіїв. У сфері колективних інтересів профспілки представляють та захищають працівників незалежно від їхнього членства у профспілках у разі наділення їх повноваженнями на представництво у встановленому порядку, у питаннях індивідуальних трудових прав та інтересів — тільки своїх членів. Із останнього правила зроблено виключення, коли профспілка представляє і захищає права окремого працівника — нечлені профспілки в органах з розгляду трудових спорів, в тому числі й за власною ініціативою. Так, відповідно до п. 8 ст. 247 КЗпП виборний орган первинної профспілкової організації на підприємстві, в установі, організації представляє інтереси працівників за їх дорученням під час розгляду індивідуальних трудових спорів та у колективному трудовому спорі.

Представництво індивідуальних трудових прав та інтересів працівників — членів профспілки здійснюється в силу їхнього членства без спеціальних на то повноважень з боку працівника, як правило, у формі дачі згоди на розірвання трудового договору з ініціативи роботодавця (ст. 43 КЗпП), проведення надурочних робіт (ст. 64 КЗпП), залучення до роботи у вихідні дні, святкові і неробочі дні (ст. ст. 71, 73 КЗпП) та ін.

Потрібно відзначити, що ані КЗпП, ані Закон України «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності» не передбачають порядку профспілкового представництва індивідуальних прав та інтересів працівників, які не є членами профспілки. У зв'язку з цим заслуговують на увагу положення частини другої ст. 30 ТК РФ, відповідно до якої працівники, які не є членами профспілки, можуть уповноважити орган первинної профспілкової організації представляти їх інтереси у взаємовідносинах з роботодавцем з питань індивідуальних трудових і безпосередньо пов'язаних з ними відносин на умовах, встановлених даною первинною профспілковою організацією [4].

Законодавство України (Кодекс законів про працю України, закони України «Про колективні договори і угоди», «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)») встановлює різний порядок представництва інтересів працівників при колективних переговорах на рівні підприємства (установи, організації), укладенні та зміні колективного договору, участі працівників в управлінні організацією, вирішенні трудових спорів і реалізації інших організаційно-правових форм соціального діалогу у сфері праці та на інших рівнях соціального діалогу (укладення і зміна колективних угод на державному, галузевому, регіональному рівнях, формування та діяльність органів соціального діалогу).

У першому випадку інтереси працівників представляють первинна профспілкова організація, а у разі її відсутності — представники, вільно обрані на загальних зборах найманих працівників або уповноважених ними органів. У другому випадку інтереси працівників представляють тільки відповідні профспілки (їх об'єднання).

Саме таку модель профспілкового представництва передбачено ст. 4 Закону України «Про соціальний діалог в Україні». У частині другій зазначененої статті визначаються сторони соціального діалогу на національному, галузевому, територіальному і локальному рівнях. На перших трьох рівнях сторонами соціального діалогу є профспілкова сторона, сторона роботодавців і сторона органів виконавчої влади. На території відповідної адміністративно-територіальної одиниці стороною соціально-го діалогу можуть бути органи місцевого самоврядування в межах повноважень, визначених законодавством. На локальному рівні сторонами соціального діалогу є сторона працівників і сторона роботодавця.

При цьому профспілки та їх об'єднання, організації роботодавців та їх об'єднання з визначенням Законом статусом іконкретні органи виконавчої влади отримали статус суб'єктів відповідно профспілкової сторони, сторони роботодавців і сторони органів виконавчої влади. Так, на національному рівні суб'єктами профспілкової сторони визнано об'єднання професійних спілок, які мають статус всеукраїнських, суб'єктами сторони роботодавців — об'єднання організацій роботодавців із всеукраїнським статусом, суб'єктом сторони органів виконавчої влади — Кабінет Міністрів України. На галузевому рівні суб'єктами профспілкової сторони є всеукраїнські профспілки та їх об'єднання, що діють у межах певного виду або кількох видів економічної діяльності, суб'єктами сторони роботодавців — всеукраїнські об'єднання організацій роботодавців, що діють у межах певного виду або кількох видів економічної діяльності, суб'єктами сторони органів виконавчої влади є відповідні центральні органи виконавчої влади. На територіальному рівні суб'єктами профспілкової сторони є профспілки відповідного рівня та їх об'єднання, що діють на території відповідної адміністративно-територіальної одиниці; суб'єктами сторони роботодавців є організації роботодавців та їх об'єднання, що діють на території відповідної адміністративно-територіальної одиниці; суб'єктами сторони органів виконавчої влади — місцеві органи виконавчої влади, що діють на території відповідної адміністративно-територіальної одиниці. На локальному рівні суб'єктами сторони працівників визначено первинні профспілкові організації, а у разі їх відсутності — вільно обрані для ведення колективних переговорів представники (представник) працівників; суб'єктами сторони роботодавців є роботодавець та/або уповноважені представники роботодавця.

Таким чином, у Законі не вирізняються сторони соціального діалогу та їх представники. На нашу думку, сторонами соціального діалогу слід визнавати працівників і роботодавців, а профспілки та організації робо-

тодавців — їх представниками. Останнє прямо випливає із законів України «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності» та «Про організації роботодавців». Тобто на національному та територіальному рівнях стороною соціального діалогу є наймані працівники, а не профспілкова сторона, як це передбачено Законом.

До прийняття Закону України «Про соціальний діалог в Україні» законодавством України не передбачалася процедура визнання представницького статусу профспілки. Цей юридичний вакуум викликав проблеми у ситуації, коли на підприємстві діяло кілька профспілок, і вони не могли досягнути порозуміння про сумісну участь у колективних переговорах. Відсутність чіткого регулювання профспілкового представництва законодавством України в умовах профспілкового плюралізму ускладнювало процес колективних переговорів, затягувало утворення єдиного представницького органу, укладення колективних договорів і угод. Лише частиною третьою ст. 4 Закону України «Про колективні договори і угоди» [6] передбачено, що у разі недосягнення згоди у спільному представницькому органі угода вважається укладеною, якщо її підписали представники профспілок чи їх об'єднань або інші уповноважені трудовим колективом на представництво органів, до яких входить більше половини найманіх працівників держави, галузі, території. Однак у даному разі йдееться про діяльність вже створеного спільногопредставницького органу, а питання про визнання представницького статусу профспілок при його утворенні залишалося відкритим.

Для визначення складу профспілкової сторони та сторони роботодавців Законом України «Про соціальний діалог в Україні» вперше передбачені критерії репрезентативності. Відповідно до ст. 5 Закону загальними критеріями репрезентативності для суб'єктів профспілкової сторони та сторони роботодавців є:

- легалізація (реєстрація) зазначених організацій (об'єднань) та їх статус;
- для профспілок, їх організацій та об'єднань — загальна чисельність їх членів, для організацій роботодавців та їх об'єднань — загальна чисельність працівників, які працюють на підприємствах — членах відповідних організацій роботодавців;
- галузева та територіальна розгалуженість.

Потрібно відзначити, що у законодавстві багатьох країн використовується механізм профспілкового представництва, коли вирішується питання про «найбільш представницьку профспілку», що визнається роботодавцем або державою, та встановлюється критерій для її визначення. Це питання є особливо актуальним в умовах профспілкового плюралізму. Законодавством таких країн, як Франція, Бельгія, Італія, Іспанія, встановлено правила щодо надання деяким найбільш численним і впливовим профспілкам статусу «найбільш представницької профспілки», яка отримує певні переваги, пільги та повноваження при здійсненні представництва працівників перед державними органами, під

час колективних переговорів, трудових спорів, при виборах до органів представництва працівників на підприємстві і т.ін. Необхідність законодавчого визначення поняття «найбільш представницька профспілка» викликана визнанням плюралізму профспілкового руху і наявністю різних за своєю чисельністю і впливом профспілок [5].

Пунктом 3 ст. 3 Кодексу законів про працю Болгарії закріплюється, що профспілка вважається представницькою, якщо до неї входять не менш 50 000 працівників, вона має організації більш ніж у половині галузей промисловості чи сфер діяльності в економіці країни, і утворила структури на національному та місцевому рівнях. Рада міністрів на загальнонаціональному рівні визначає, які профспілки є представницькими. Якщо профспілку визнано представницькою на загальнонаціональному рівні, усі організації та відділення, які входять до неї, також вважаються представницькими. Такі профспілки мають дві наступні переваги: вони можуть брати участь у тристоронніх переговорах і укладати колективні трудові угоди.

Розділ 29 Трудового кодексу Угорщини визначає представницьку профспілку як таку, чиї кандидати у виробничу раду одержують не менш 10% голосів. Профспілка також вважається представницькою, якщо не менш ніж 2/3 працівників однієї професії з даного підприємства є її членами.

Законодавство Польщі не встановлює загальної юридичної процедури для визначення представницької або найбільш представницької профспілки. Передбачено процедуру визначення представницького статусу для ведення переговорів на галузевому рівні. Представницькою вважається профспілка, членами якої є: не менше 500 000 працівників, або не менш 10 % від загальної кількості працівників, які, за статутом, можуть бути членами профспілки, але не менш 5000 осіб, або більшість працівників, на яких поширюється дія галузевої угоди. Статус представницької профспілки визначається судом провінції у Варшаві за запитом профспілки. Якщо загальнонаціональне об'єднання одержує статус представницького, то усі організації, які входять до нього, вважаються представницькими і можуть вести колективні переговори (розділ 241-17 глави 11 Трудового кодексу Польщі). Якщо така участь не досягнута, у переговорному процесі можуть брати участь ті профспілки, членами яких є не менше 50 % усіх працівників підприємства. Такий підхід заслуговує на увагу і є цікавим для національного законодавця.

У рамках профспілкового представництва залежно від ступеню охоплення працівників профспілковим членством у ТК РФ виділяється поняття найбільш представницької профспілки (найбільш представницької профспілкової організації), що охоплює не менш половини працівників, наділяючи її додатковими правами у системі соціального

партнерства. Наприклад, тільки найбільш представницька первинна профорганізація має право на урахування своєї думки при прийнятті роботодавцем локальних нормативних актів (ч. 1 ст. 372 ТК). Згідно з ч. 3 ст. 37 ТК первинна профспілкова організація, що об'єднує більш половини працівників організації, індивідуального підприємця, має право за рішенням свого виборного органу направити роботодавцю (його представнику) пропозицію про початок колективних переговорів від імені усіх працівників без попереднього утворення єдиного представницького органу.

Отже, як критерій належності профспілки до категорії «найбільш представницька профспілкова організація» російський законодавець обрав кількісний критерій — чисельність найбільш представницької профспілкової організації повинна бути не менш 50 відсотків від числа працівників підприємства.

У США також використовується критерій чисельності, оскільки відповідно до законодавства найбільш представницькою вважається профспілка, яка об'єднує не менш 30 відсотків працівників підприємства. Такій профспілці видається сертифікат, що підтверджує її презентативність. В інших зарубіжних країнах використовуються й інші критерії: а) кількісний — загальні розміри профспілкових внесків; б) якісні: незалежність, досвід, тривалість існування профспілки; в) інституційні: участі в органах функціонального представництва і результати виборів в органи представництва трудових колективів; г) функціональні: участі в укладенні загальнонаціональних колективних договорів [5, с. 238].

Особливістю національної моделі, передбаченої Законом України «Про соціальний діалог в Україні», є те, що для визначення складу суб'єктів профспілкової сторони та сторони роботодавців передбачено декілька критеріїв: наявність легалізації (реєстрації) зазначених організацій (об'єднань); 2) їх статус; 3) критерій чисельності; 4) галузева та територіальна розгалуженість.

На національному рівні для участі у колективних переговорах з укладення генеральної угоди, для делегування представників до Національної тристоронньої соціально-економічної ради, до органів управління фондами загальнообов'язкового державного соціального страхування та інших тристоронніх органів соціального діалогу, участі у міжнародних заходах репрезентативними є об'єднання профспілок, які:

- легалізовані (зареєстровані) відповідно до закону;
- є всеукраїнськими об'єднаннями профспілок, що налічують не менш як сто п'ятдесяти тисяч членів;
- мають у своєму складі профспілки, їх організації у більшості адміністративно-територіальних одиниць України, визначених ч. 2 ст. 133 Конституції України, а також не менш як три всеукраїнські профспілки.

На галузевому рівні для участі у колективних переговорах з укладення галузевих (міжгалузевих) угод та для делегування представників

до органів соціального діалогу на відповідному рівні репрезентативними є професійні спілки та їх об'єднання, які легалізовані (зареєстровані) відповідно до закону; є всеукраїнськими профспілками, членами яких є не менш як три відсотки працівників, зайнятих у відповідній галузі.

На територіальному рівні для участі у колективних переговорах з укладення територіальних угод та для делегування представників до органів соціального діалогу репрезентативними є професійні спілки та їх об'єднання, які, крім легалізації (реєстрації) відповідно до закону, є обласними, місцевими профспілками, їх організаціями та об'єднаннями, створеними за територіальною ознакою, членами яких є не менш двох відсотків зайнятого населення у відповідній адміністративно-територіальній одиниці.

На локальному рівні для участі у колективних переговорах з укладення колективних договорів відповідно до закону репрезентативною є сторона працівників, суб'єктами якої є первинні профспілкові організації, а у разі їх відсутності — вільно обрані представники (представник) працівників.

Що стосується профспілок та їх об'єднань, які не відповідають критеріям репрезентативності, то вони за рішенням своїх виборних органів можуть надавати повноваження репрезентативним організаціям та об'єднанням відповідно рівня для представлення своїх інтересів або вносити на розгляд відповідних органів соціального діалогу свої пропозиції, які є обов'язковими для розгляду сторонами під час формування узгодженії позиції та прийняття рішень.

Оцінка відповідності критеріям репрезентативності профспілок та їх об'єднань проводиться на національному та галузевому рівнях Національною службою посередництва і примирення, а на територіальному рівні відповідними відділеннями Національної служби посередництва і примирення. За результатами оцінки відповідності критеріям репрезентативності та підтвердження репрезентативності Національна служба посередництва і примирення та її відділення ведуть реєстр цих організацій (об'єднань).

Таким чином, важливе значення Закону України «Про соціальний діалог в Україні» полягає не тільки у визначені правових зasad організації та порядку ведення соціального діалогу, а й у закріпленні юридичного механізму визнання репрезентативності профспілок та їх об'єднань і організацій роботодавців та їх об'єднань для участі у колективних переговорах з укладання колективних договорів і угод, тристоронніх або двосторонніх органах та у міжнародних заходах.

Останнє положення потребує окремого коментарю. Зі змісту Закону України «Про соціальний діалог» випливає, що визнання репрезентативності профспілок та їх об'єднань і організацій роботодавців та їх об'єднань є необхідним тільки у випадках, передбачених даним Законом. Проте на практиці соціальний діалог відбувається й в інших формах,

крім закріплених у частині першій ст. 8, та форм, про які йдеться у ч. 3 ст. 4 Закону. Згідно із ч. 1 ст. 8 соціальний діалог здійснюється між сторонами соціального діалогу відповідного рівня у формах: обміну інформацією; консультацій; узгоджувальних процедур; колективних переговорів з укладення колективних договорів і угод. У цій статті не передбачені такі форми соціального діалогу, як участь працівників та їх представників в управлінні організацією, участь представників працівників і роботодавців у вирішенні трудових спорів, формування і діяльність органів соціального діалогу, здійснення контролю за виконанням колективних договорів і угод, спільних рішень та деякі інші форми. Таким чином, із передбачених ст. 8 Закону форм соціального діалогу визнання репрезентативних профспілок та їх об'єднань передбачено лише для однієї форми — колективних переговорів з укладення колективних договорів і угод.

З такою позицією законодавця важко погодитися. В умовах профспілкового плюралізму визнання репрезентативності профспілок та їх об'єднань доцільно передбачити й при реалізації інших форм соціального діалогу. У зв'язку з цим ч. 3 ст. 4 Закону України «Про соціальний діалог в Україні» пропонується викласти у наступній редакції: «Для здійснення соціального діалогу склад суб'єктів профспілкової сторони та сторони роботодавців визначається за критеріями репрезентативності».

Питання профспілкового представництва не отримали належного законодавчого закріплення у проекті Трудового кодексу України. У главі 1 «Соціальний діалог» книги шостої «Колективні трудові відносини» відсутні спеціальні норми про представників працівників і роботодавців у соціальному діалозі. На нашу думку, необхідно вирізняти сторони соціального діалогу та їх представників. Сторонами соціального діалогу слід визнати працівників і роботодавців, а профспілки та організації роботодавців — їх представниками. Тобто на національному, галузевому та територіальному рівнях стороною соціального діалогу є наймані працівники, а не профспілкова сторона, як це передбачено новим Законом і проектом Трудового кодексу України.

У зв'язку з цим становить інтерес законодавчий досвід регулювання профспілкового представництва у ТК РФ, розділ II «Соціальне партнерство у сфері праці» якого містить окрему главу 4 «Представники працівників і роботодавців у соціальному партнерстві». У ч. 1 ст. 29 ТК РФ перераховані організації, які можуть представляти інтереси працівників. Передусім, йдеться про профспілки та їх об'єднання. Представляти інтереси працівників може й первинна профспілкова організація, а також інші представники, обрані працівниками. Дані норма та інші норми глави 4 ТК РФ визначають статус представників працівників і роботодавців у соціальному діалозі, що необхідно зробити і у Законі України «Про соціальний діалог в Україні», і у книзі шостій нового Трудового кодексу України.

Л і т е р а т у р а

1. Ніколайченко Г. М. Представництво у трудовому праві України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.05 / Г. М. Ніколайченко. — О., 2007. — 20 с.
2. Про соціальний діалог в Україні : Закон України від 23 груд. 2010 р. № 2862-VI // Урядовий кур'єр. — 2011. — 16 лют.
3. Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності : Закон України від 15 верес. 1999 р. № 1045-XIV // Відомості Верховної Ради України. — 1999. — № 45. — Ст. 397.
4. Комментарий к Трудовому кодексу Российской Федерации / отв. ред. проф. Ю. П. Орловский. — М. : Юрид. фирма «КОНТРАКТ», «ИНФРА-М», 2007. — С. 99.
5. Мачульская Е. Е. Управление предприятием и трудовое право: опыт США / Е. Е. Мачульская. — М., 1996.
6. Киселев И. Я. Сравнительное трудовое право : учебник / И. Я. Киселев. — М. : ТК Велби : Проспект, 2005. — С. 238.
7. Про колективні договори і угоди : Закон України від 1 лип. 1993 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1993. — № 36. — Ст. 361.

А н о т а ц і я

Чанишева Г. І. Профспілкове представництво у соціальному діалозі у сфері праці. — Стаття.

У статті аналізуються положення чинного законодавства, у тому числі Закону України «Про соціальний діалог в Україні», і проекту Трудового кодексу України про профспілкове представництво та вносяться конкретні пропозиції щодо їх удосконалення.

Ключові слова: соціальний діалог, працівники, профспілки, профспілкове представництво.

А н н о т а ц и я

Чанышева Г. И. Профсоюзное представительство в социальном диалоге в сфере труда. — Статья.

В статье анализируются положения действующего законодательства, в том числе Закона Украины «О социальном диалоге в Украине», и проекта Трудового кодекса Украины о профсоюзном представительстве и вносятся конкретные предложения по их совершенствованию.

Ключевые слова: социальный диалог, работники, профсоюзы, профсоюзное представительство.

S u m m a r y

Chanyshewa G. I. Trade union's representation in the social dialog in the field of labour. — Article.

In the article the provisions of current legislation are being analyzed, including the Law of Ukraine «On the social dialog in Ukraine», and Draft of the Labour Code of Ukraine on the trade union's representation, and specific proposals on their improvement are being made.

Keywords: social dialog, employees, trade unions, trade union's representation.

УДК 342.98:35.08

Л. Р. Біла-Тіунова

ФУНКЦІЇ НАЦІОНАЛЬНОГО АГЕНТСТВА З ПИТАНЬ ДЕРЖАВНОЇ СЛУЖБИ УКРАЇНИ

В ході реформування системи органів виконавчої влади утворено новий спеціальний орган управління державною службою України. Відповідно до Указу Президента України від 18 липня 2011 р. «Питання управління державною службою в Україні» [1] на базі Головного управління державної служби України (далі — Головдержслужба) створено Національне агентство з питань державної служби України (далі — Нацдержслужба України), основною метою діяльності якого є формування та реалізація єдиної державної політики у сфері державної служби і здійснення функціонального управління державною службою. Реформування спеціального органу управління державною службою зумовлено, насамперед, необхідність реформування інституту державної служби і адаптації його до стандартів Європейського Союзу. Зміна однієї назви державного органу на іншу передбачає оновлення завдань і функцій цього органу, його компетенції. Одним із важливих чинників статусу Нацдержслужби України є її функції.

В адміністративно-правовій науці прийнято вважати, що функції — це: а) самостійна складова змісту управлінської діяльності; б) елемент адміністративно-правового статусу; в) основні напрямки діяльності суб'єкта державного управління; г) державний вплив на об'єкт управління; д) вид взаємодії між суб'єктом і об'єктом управління. При цьому науковці вкладають у це поняття різне змістовне навантаження. Так, І. Л. Бачило вважає, що функції управління характеризують спроможність суб'єкта управління виконувати відповідні дії. При цьому кожна функція включає низку послідовних дій і операцій, які самі по собі також є функціями, але менш загального характеру [2, с. 64]. На думку Г. В. Атаманчука, функції управління — це види владних, цілеорганізуючих і регулюючих впливів держави та її органів на суспільні процеси [3, с. 72]. Ю. М. Старілов під основними функціями державної служби

розуміє «загальні, типові, що мають спеціальну спрямованість види взаємодії між суб'єктами та об'єктами управління, характерні для всіх управлінських зв'язків, що забезпечують досягнення узгодженості і впорядкованості у сфері державного управління» [4, с. 190]. В. В. Волошина та К. О. Титов під функціями, що здійснюються державною службою, розуміють основні, головні напрями діяльності держапарату. «Їх можна поділити на загальні і специфічні» [5, с. 27]. В. В. Волошина виокремлює ще одну групу (вид) функцій державної служби в Російській Федерації — допоміжні (факультативні) [6].

Не заперечуючи в цілому проти зазначених точок зору і враховуючи їх при досліженні функцій Нацдержслужби України, важливо зазначити, що у цій статті функції розглядається у розумінні їх як основних напрямків діяльності спеціальних органів управління державною службою.

Насамперед слід звернути увагу на те, що функції Нацдержслужби України є похідними від функцій державного управління та функцій державної служби. Водночас функції управління державною службою не є результатом автоматичного поєднання перших і других. В адміністративно-правовій науці традиційно виокремлюють такі функції державного управління, як: прогнозування, планування, організаційне проектування, регулювання, керівництво, координація, організація, реорганізація, раціоналізація, контроль, кадрове забезпечення, фінансування, стимулювання тощо. У свою чергу, основними функціями державної служби є: інформаційне забезпечення, прогнозування й моделювання, планування, організація, керівництво, координація, контроль, регулювання, облік, надання управлінських послуг, надання методичних рекомендацій тощо. Безперечним є той факт, що функції державного управління та функції державної служби у більшості випадків збігаються, оскільки державна служба є складовою державного управління.

Аналіз основних мети і завдань діяльності Нацдержслужби України дає підстави виокремити такі спеціальні функції її діяльності:

1. Законотворча і нормотворча діяльність. Одним з найважливіших напрямків діяльності Нацдержслужби України є її законотворча і нормотворча діяльність, яка здійснюється відповідно до Закону України «Про державну службу» [7], Положення про Національне агентство з питань державної служби України [1], Порядку розробки проектів нормативно-правових актів у Головдержслужбі України, затвердженого наказом Головдержслужби від 31 серпня 2010 р. [8], Порядку підготовки, подання на державну реєстрацію до Міністерства юстиції України нормативно-правових актів Головдержслужби України, затвердженого наказом Головдержслужби від 13 жовтня 2010 р. [9]. Законотворча діяльність здійснюється Нацдержслужби України відповідно до доручень Президента України і Кабінету Міністрів України щодо питань державної політики у сфері державної служби і здійснення функціонального управління державною службою. Нормотворча діяльність є право-

вою формою реалізації повноважень Головодержслужби щодо управління у сфері державної служби, визначених, насамперед, Законом України «Про державну службу» щодо: а) прогнозування і планування потреб державних органів та їх апарату в кадрах; б) забезпечення разом з іншими державними органами реалізації загальних напрямів політики у сфері державної служби в державних органах та їх апараті; в) розробки і внесення на розгляд Кабінету Міністрів України проектів нормативних актів з питань державної служби в державних органах та їх апараті; г) розробки, координації і контролю здійснення заходів щодо підвищення ефективності державної служби у державних органах та їх апараті; д) здійснення методичного керівництва проведенням конкурсного відбору державних службовців в державних органах та їх апараті; ж) організації навчання і професійної підготовки державних службовців державних органів та їх апарату; з) контролю дотримання визначених законодавством умов реалізації громадянами права на державну службу; і) організації, координації та забезпечення умови для розвитку наукових досліджень з питань державної служби.

2. Адаптація державної служби до стандартів ЄС. З огляду на стратегічне завдання України щодо здійснення комплексу системних перетворень та створення реальних (внутрішніх) передумов для вступу до Європейського Союзу наближення державної служби до загальноприйнятих її зasad для країн — членів ЄС набуває особливо актуального значення. Діюча система державної служби в Україні має певні проблеми, які потребують подальшого вирішення, у тому числі шляхом адаптації цього інституту до стандартів ЄС. Зокрема, це стосується: а) суміщення політичних та адміністративних повноважень у межах однієї посади; б) підвищення ефективності системи управління державною службою; в) проходження державної служби в державних органах, діяльність яких регламентується спеціальним законодавством; г) функцій державних службовців щодо їх участі у розробленні та забезпеченні реалізації державної політики; д) впровадження єдиної системи оцінювання та стимулювання роботи державних службовців; ж) удосконалення системи оплати праці державних службовців; з) питання щодо порядку надання державних послуг та нормативного врегулювання вимог професійної етики державних службовців; і) системи добору, призначення на посади, просування по службі, ротації державних службовців та їх професійного навчання.

Концепція адаптації інституту державної служби в Україні до стандартів Європейського Союзу, схвалена Указом Президента України від 5 березня 2004 р. [10] (далі — Концепція), спрямована на подальше вдосконалення інституту державної служби в Україні в рамках адаптації його до стандартів Європейського Союзу, що, зрештою, сприятиме більш повній реалізації конституційних прав, свобод та законних інтересів громадян, наданню їм у належному обсязі якісних державних послуг. Аналіз цієї Концепції дає підстави стверджувати, що адаптація

інституту державної служби в Україні до стандартів Європейського Союзу має здійснюватися за такими пріоритетними напрямами: 1) вдосконалення правових засад функціонування державної служби; 2) реформування системи оплати праці державних службовців; 3) встановлення порядку надання державних послуг та вдосконалення нормативного регулювання вимог професійної етики державних службовців; 4) вдосконалення та підвищення ефективності управління державною службою; 5) професіоналізація державної служби.

3. Професійне навчання. Становлення демократичної, правової, соціальної держави, розвиток засад громадянського та інформаційного суспільства, європейська інтеграція України, проведення політичної, адміністративної та інших реформ вимагають, щоб такі чинники, як компетентність, професіоналізм, інтелект, творчість відігравали провідну роль у діяльності органів державної влади та органів місцевого самоврядування. Пріоритетним напрямом державної політики має бути створення повноцінної ефективної системи неперервного професійного навчання державних службовців і посадових осіб місцевого самоврядування (далі — службовці), що відповідала б європейським фаховим стандартам формування адміністративної спроможності держави та кращим вітчизняним традиціям і вимогам утворення єдиного європейського освітянського простору.

Аналіз організаційних і правових засад функціонування професійного навчання державних службовців, дієвість процесу підготовки, перепідготовки та підвищення кваліфікації державних службовців і службовців органів місцевого самоврядування свідчить про ряд недоліків, які суттєво впливають на ефективність функціонування державної служби в цілому, професіоналізму і компетентності державних службовців зокрема: а) професійне навчання не забезпечує підготовку професіоналів у сфері державного управління та місцевого самоврядування, не спрямоване на формування службовця нової формациї, не виконує виховної функції; б) професійне навчання не стало органічною складовою державного управління та місцевого самоврядування, інститутом державної служби та служби в органах місцевого самоврядування, не забезпечує результативність їх діяльності через розвиток інтелектуального потенціалу працівників, не охоплює всіх службовців, особливо навчанням перед участю в конкурсі на заміщення посади та після призначення на посаду; в) зміст, організація та форми професійного навчання службовців не відповідають сучасній парадигмі державного управління та місцевого самоврядування — надання конституційно і законодавчо визначених послуг особі, громадянину та населенню з необхідною якістю за змістом і терміном; г) науково-педагогічні та наукові працівники закладів професійного навчання відірвані від діяльності органів державної влади та органів місцевого самоврядування; д) професійне навчання не забезпечено необхідною законодавчою базою, демократичними стандартами щоденної професійної діяльності державних службовців, ефектив-

ними механізмами вивчення потреб і оцінки якості професійної діяльності та навчання, достатнім ресурсним забезпеченням; ж) суб'єкти професійного навчання мають різний організаційно-правовий статус і різну підпорядкованість, що не забезпечує результативного й ефективного їхнього функціонування; з) відсутні унормовані механізми та процедури залучення молоді до навчання за спеціальностями, спрямованими на державну службу та службу в органах місцевого самоврядування, відбору претендентів на адміністративні посади — випускників вищих навчальних закладів I—II рівнів акредитації до навчання в закладах професійного навчання з подальшим працевлаштуванням на службу.

З метою ліквідації зазначених проблем і підвищення ефективності та дієвості професійного навчання Стратегією модернізації системи підготовки та підвищення кваліфікації державних службовців і посадових осіб місцевого самоврядування передбачено створення Системи підготовки, перепідготовки та підвищення кваліфікації державних службовців, посадових осіб місцевого самоврядування (далі — Система), метою якої є формування та розвиток інтелектуального капіталу науково обґрунтованого, системно-організованого, ситуаційно-виправданого та публічно-підтриманого управління демократичною правою соціальною державою, а цілями — надання освітніх послуг з: підготовки фахівців для професійної діяльності в органах державної влади та органах місцевого самоврядування за відповідними спеціальностями та освітньо-кваліфікаційними рівнями; післядипломної освіти державним службовцям, посадовим особам місцевого самоврядування, депутатам рад усіх рівнів, особам, які за сферою своєї діяльності надають публічні послуги.

4. Запобігання проявам корупції. Одним з пріоритетних напрямків діяльності Нацдержслужби України є запобігання проявам корупції. Зазначений напрямок діяльності набуває особливого значення особливо з огляду на удосконалення чинного законодавства щодо боротьби з корупцією. З метою запобігання проявам корупції на державній службі, Головодержслужбою, в межах повноважень, вживаються такі заходи. Відповідно до Положення про Національне агентство з питань державної служби України [1], доручень Президента та Кабінету Міністрів України, звернень народних депутатів України та громадян, протягом дев'яти місяців 2010 р. Головдержслужбою проведено 238 перевірок стану дотримання вимог Законів України «Про державну службу», «Про боротьбу з корупцією» та інших актів законодавства з питань державної служби. Проведення спеціальних перевірок дало змогу встановити, що, найпоширенішими порушеннями, зокрема, є: а) порушення законодавства під час проведення конкурсів на заміщення вакантних посад державних службовців; б) формування кадрового резерву; в) проходження державної служби. Одним із пріоритетних напрямків щодо реалізації цієї функції є вдосконалення нормативно-правової бази з питань запобігання корупції. Так, з метою виконання Указу Президента України від 26 березня 2010 р. «Питання Національного антикорупційного комітету» Головдержслужбою

опрацьовано проекти законів України «Про внесення змін до деяких законів України щодо удосконалення зasad запобігання та протидії корупції», «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям Закону України «Про засади запобігання та протидії корупції», «Про внесення змін до Кримінального та Кримінально-процесуального кодексів України щодо вдосконалення процедур здійснення конфіскації», до яких надано відповідні пропозиції, які майже у повному обсязі враховані Міністерством юстиції України та в подальшому знайшли своє підтвердження у рішенні Конституційного Суду України.

З метою посилення боротьби з корупцією Нацдержслужбою України розроблено Загальні правила поведінки державних службовців (нова редакція), що дає можливість запровадити стандарти етичної поведінки державних службовців, визначити шляхи та способи врегулювання конфлікту інтересів на державній службі, у цілому підвищити її авторитет. Запровадження цих Правил сприятиме виконанню Україною рекомендації Групи держав проти корупції (ГРЕКО) щодо створення нового модельного кодексу поведінки для публічних службовців для того, щоб покращати їх обізнаність з відповідними обов'язками та належною поведінкою стосовно проходження ними служби, зокрема, щодо повідомлення про ймовірні корупційні діяння, виникнення конфлікту інтересів і добросовісного служіння суспільству.

7. Функціонування системи управління якістю. Одним з пріоритетних напрямків функціонування Нацдержслужби України є удосконалення системи управління якістю Головодержслужби, її територіальних органів і підвідомчих установ. Основним документом системи управління якістю є Настанова з якості Головного управління державної служби України [11] (далі — Настанова), яку розроблено відповідно до вимог стандарту ДСТУ ISO 9001:2009, Положення про Національне агентство з питань державної служби України, Положення про Центр адаптації державної служби до стандартів Європейського Союзу, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 4 червня 2008 р. [12], Положення про Школу вищого корпусу державної служби, затвердженого наказом начальника Головного управління державної служби України від 27 жовтня 2008 р. [13], Типового положення про управління державної служби Головного управління державної служби в Автономній Республіці Крим, області, м. Києві та Севастополі, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 5 травня 2004 р. [14].

Сфера застосування системи управління якістю поширюється на надання послуг державного управління загального характеру центральним апаратом, територіальними органами та підвідомчими установами Головодержслужби, а виконання її вимог є обов'язковим для всіх структурних підрозділів, територіальних органів та підвідомчих установ Головодержслужби.

Настанова передбачає, насамперед, перелік послуг, що надаються центральним апаратом, територіальними органами та підвідомчими уста-

новами Головдержслужби, серед яких слід виокремити: надання відповідей на звернення громадян, листи організацій та установ у межах компетенції Головдержслужби; проведення службових розслідувань; надання допомоги у вирішенні питань щодо поліпшення житлових умов державних службовців; нагородження відомчими заохочувальними відзнаками державних службовців; надання консультацій та довідок щодо локальних версій системи «Картка» органам державної влади; консультативне та методичне забезпечення проходження державної служби та служби в органах місцевого самоврядування; організація видання та поширення «Вісника державної служби України»; організація підготовки магістрів у галузі знань «Державне управління»; створення умов для перепідготовки та підвищення кваліфікації державних службовців і посадових осіб органів місцевого самоврядування; організація проведення комунікативних заходів з питань державної служби; проведення перевірок щодо дотримання законодавства про державну службу, про боротьбу з корупцією, а також фактів порушення етики поведінки державних службовців; формування та ведення реєстру посад державних службовців і надання необхідної інформації з реєстру; формування та ведення переліку державних органів, посади керівників і спеціалістів яких віднесено до категорій посад державних службовців, та інформації про правову основу їх організації і розвитку; попередній розгляд та підготовка висновків щодо призначення на посади та звільнення з посад окремих категорій державних службовців; підготовка звітів, аналітичних та інформаційних довідок; підготовка аналітичних та інформаційних довідок щодо підвищення ефективності державної служби, включаючи підготовку пропозицій для Кабінету Міністрів України щодо підвищення ефективності діяльності органів виконавчої влади за результатами їх функціонального обстеження; внесення пропозицій щодо присвоєння рангів державним службовцям; погодження продовження терміну перебування на державній службі; формування та ведення центральної бази даних державних службовців I–VII категорії і надання інформації з неї; розробка та участь у розробці нормативно-правових актів з питань державної служби та служби в органах місцевого самоврядування; розробка та участь у розробці нормативно-правових актів з питань державної служби та служби в органах місцевого самоврядування; організація роботи щодо формування кадрового резерву на керівні посади державних службовців; аналіз вікового складу державних службовців, яких призначає на посади та звільняє з посад в установленому порядку Верховна Рада України, Президент України або Кабінет Міністрів України та підготовка інформації за підсумками аналізу; проведення обов'язкових спеціальних перевірок стосовно відомостей, що подають кандидати на зайняття посад державних службовців, призначенні на які здійснює Президент України, або Кабінет Міністрів України; надання відповідей на запити та звернення депутатів; підготовка експертних висновків до законопроектів, що розглядаються Верховною

Радою України, та їх супровід; організація підготовки та виконання тренінгових програм і заходів із розвитку вищого корпусу державної служби; організація підвищення кваліфікації фахівців у сфері європейської та євроатлантичної інтеграції; виконання функцій адміністративного офісу програми Twinning та надання роз'яснень щодо особливостей застосування Порядку організації роботи з підготовки та реалізації проектів Twinning в Україні; організація підготовки та виконання плану застосування зовнішньої допомоги Європейської Комісії в рамках ТАІЕХ, а також надання особливостей застосування роз'яснень щодо відповідного плану; організаційне та методичне забезпечення використання в Україні інституціонального інструменту SIGMA; методичне та організаційне супроводження діяльності груп аналізу політики; організація проведення функціонального обстеження органів виконавчої влади, ведення Реєстру державних та адміністративних послуг та підготовка пропозицій щодо оптимізації їх структури та системи; організація проведення наукових досліджень і прикладних розробок у сфері державної служби та її адаптації до стандартів Європейського Союзу.

Окрім переліку управлінських послуг, Настанова передбачає перелік процесів управління якістю, який становлять: стратегічний аналіз і планування; моніторинг діяльності та удосконалення; впровадження нових послуг; Консультації з громадськістю; інформування громадськості; управління персоналом Головодержслужби та її територіальних підрозділів; управління фінансовими ресурсами; Міжнародне співробітництво; управління інфраструктурою; вивчення очікувань споживачів; супроводження веб-сайтів і надання інформації з них; управління інформаційними ресурсами, засобами їх зберігання та передачі; координація діяльності територіальних органів Головодержслужби; виконання актів і доручень Президента України і Кабінету Міністрів України, Головодержслужби України; розроблення Типових професійно-кваліфікаційних характеристик посад державних службовців; встановлення відомчих заохочувальних відзнак та вирішення питання про нагородження ними державних службовців; участь у вирішенні питань щодо поліпшення житлових умов державних службовців; розгляд звернень громадян, листів установ та організацій з питань проходження державної служби та служби в органах місцевого самоврядування; розгляд депутатських запитів та звернень; підготовка експертних висновків до законопроектів, що розглядаються Верховною Радою України, та їх супровід; розробка та участь у розробці нормативно-правових актів з питань державної служби та служби в органах місцевого самоврядування; організація підготовки магістрів у галузі знань «Державне управління»; створення умов для перепідготовки та підвищення кваліфікації державних службовців; ведення комп’ютерного обліку даних про державних службовців першої — сьомої категорій; формування та ведення Переліку державних органів, установ та організацій, посади керівників працівників та спеціалістів яких віднесено до категорій посад державних службовців, та

реєстру посад державних службовців; організація видання та поширення «Вісника державної служби України»; проведення службових розслідувань; проведення перевірок; узагальнення звітності з питань додержання вимог законодавства про боротьбу з корупцією; проведення обов'язкових спеціальних перевірок; внесення пропозицій щодо присвоєння рангів державним службовцям; погодження продовження терміну перебування на державній службі; поперединій розгляд та підготовка висновків щодо призначення на посади та звільнення з посад окремих категорій державних службовців; методичне керівництво діяльністю кадрових служб щодо проведення атестації та щорічної оцінки, формування кадрового резерву на посади державних службовців; аналіз вікового складу державних службовців, яких призначає на посади та звільняє з посад в установленому порядку Верховна Рада України, Президент України або Кабінет Міністрів України; надання методично-консультаційної допомоги територіальними органами Головдержслужби з організаційно-кадрових питань державним органам та органам місцевого самоврядування; координація впровадження інструментів інституціонального розвитку державної служби; супровід діяльності груп аналізу політики; організація та проведення функціонального обстеження; організація наукових досліджень та прикладних розробок; організація тренінгів для вищого корпусу державної служби; організація проведення комунікативних заходів з питань державної служби.

6. Міжнародне співробітництво. Побудова в Україні ефективної системи державного управління та державної служби, яка задовольняла б потреби країни та відповідала б сучасним стандартам, вимагає постійного пошуку нових методик, вивчення кращих світових практик, аналізу іноземного досвіду. Заради цієї мети Нацдержслужба України велику увагу приділяє розвитку міжнародного співробітництва, налагодженню співробітництва з іноземними партнерами. Переосмислення міжнародної діяльності привело до необхідності розробки Стратегії міжнародного співробітництва Головдержслужби України на 2009–2011 рр., яку було затверджено наказом Головдержслужби від 4 червня 2009 р. [15] (далі — Стратегія). Стратегія є своєрідною дорожньою картою розвитку співробітництва Головдержслужби з іноземними партнерами, насамперед з країнами — членами ЄС, а також пострадянськими країнами та міжнародними організаціями. Вона містить детальний аналіз міжнародної діяльності Головдержслужби за весь час її існування, визначає пріоритети співпраці з країнами та міжнародними організаціями, а також містить механізми, за допомогою яких будуть реалізовані стратегічні завдання. Відповідно до Стратегії основними стратегічними напрямами міжнародного співробітництва Головдержслужби України на 2009–2011 рр. є: а) побудова сучасної системи управління персоналом на державній службі; б) модернізація системи професійного навчання державних службовців та розвиток спроможності Школи вищого корпусу державної служби; в) розширення можливостей для залучення міжнародної

технічної допомоги; г) використання електронного урядування у функціональному управлінні державною службою; д) удосконалення системи планування та координації державної політики; ж) упорядкування системи та структури органів виконавчої влади.

Важливим результатом міжнародного співробітництва Головодержавної служби внаслідок реалізації цієї Стратегії має стати: а) розширене представництво і посилення ролі України у рамках міжнародних організацій, що займаються питаннями державної служби та державного управління, зокрема в Робочій групі з інституційного відновлення та належного управління Організації чорноморського економічного співробітництва та Комітеті з питань державного управління Організації економічного співробітництва та розвитку, набуття членства України в Європейському інституті публічної адміністрації, набуття Україною статусу спостерігача в Європейській мережі державного управління; б) поглиблена та спеціалізована співпраця з країнами Європи та Північної Америки, зокрема, практична реалізація щорічних планів дій із країнами-партнерами та міжнародними організаціями на період 2009–2011 рр. та поглиблення відносин України з Європейським Союзом з метою підписання Угоди про асоційоване членство України в ЄС; в) посилення статусу України як регіонального лідера, у першу чергу в регіоні Південного Кавказу, що надасть нові аргументи у переговорах щодо членства України в ЄС.

Таким чином, можна стверджувати, що виокремлені функції Національної служби України є основними напрямками її діяльності в умовах реформування як системи органів виконавчої влади, так і інституту державної служби.

Література

- Питання управління державною службою в Україні : указ Президента України від 18 лип. 2011 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : www.rada.gov.ua.
- Бачило І. Л. Функции органов управления (правовые проблемы формирования и реализации) / И. Л. Бачило. — М. : Юрид. лит., 1976. — 200 с.
- Атаманчук Г. В. Обеспечение рациональности государственного управления / Г. В. Атаманчук. — М. : Юрид. лит., 1990. — 352 с.
- Старилов Ю. Н. Служебное право : учебник / Ю. Н. Старилов. — М. : БЕК, 1996. — 698 с.
- Волошина В. В. Государственная служба Российской Федерации : теоретико-правовые аспекты / В. В. Волошина, К. А. Титов. — М. : Луч, 1995. — 179 с.
- Волошина В. В. Правовые проблемы регулирования государственной службы в Российской Федерации : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / В. В. Волошина. — М., 1993. — С. 12–13.
- Про державну службу : Закон України від 30 груд. 1993 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : www.rada.gov.ua.
- Порядок розробки проектів нормативно-правових актів у Головодержавслужбі України : наказ Головодержавслужби від 31 серп. 2010 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : www.rada.gov.ua.
- Порядок підготовки, подання на державну реєстрацію до Міністерства юстиції України нормативно-правових актів Головодержавслужби України : наказ Головодержавслужбі

- би від 13 жовт. 2010 р.[Електронний ресурс]. — Режим доступу : www.rada.gov.ua.
10. Концепція адаптації інституту державної служби в Україні до стандартів Європейського Союзу : указ Президента України від 5 берез. 2004 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : www.rada.gov.ua.
 11. Настанова з якості Головного управління державної служби України : наказ Головодержслужби від 25 лип. 2008 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : www.rada.gov.ua
 12. Положення про Центр адаптації державної служби до стандартів Європейського Союзу : постанова Кабінету Міністрів України від 4 черв. 2008 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : www.rada.gov.ua.
 13. Положення про Школу вищого корпусу державної служби : наказ Головодержслужби України від 27 жовт. 2008 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : www.rada.gov.ua.
 14. Типове положення про управління державної служби Головного управління державної служби в Автономній Республіці Крим, області, м.м. Києві та Севастополі : постанова Кабінету Міністрів України від 5 трав. 2004 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : www.rada.gov.ua.
 15. Стратегія міжнародного співробітництва Головодержслужби України на 2009–2011 рр. : наказ Головодержслужби від 4 черв. 2009 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : www.rada.gov.ua.

А н о т а ц і я

Біла-Тіунова Л. Р. Функції Національного агентства з питань державної служби України. — Стаття.

В умовах реформування органів виконавчої влади суттєвих змін зазнав спеціальний орган управління державною службою України — Головне управління державної служби України, на базі якого створено Національне агентство з питань державної служби України. Зміна назви цього органу зумовила й оновлення його завдань, принципів, функцій, компетенції. У статті аналізуються основні функції Нацдержслужби України у контексті оновлення її статусу. Виокремлюються і характеризуються основні функції органу. Зазначається, що особливої значення набувають такі функції, як міжнародне співробітництво, боротьба з корупцією, надання адміністративних послуг.

Ключові слова: управління, Головодержслужба, Нацдержслужба, функції, адаптація державної служби, стандарти Європейського Союзу.

А н н о т а ц и я

Била-Тіунова Л. Р. Функции Национального агентства по вопросам государственной службы Украины. — Статья.

В условиях реформирования органов исполнительной власти существенным изменениям подвергся специальный орган управления государственной службой Украины — Главное управление государственной службы Украины, на базе которого создано Национальное агентство по вопросам государственной службы Украины. Изменение названия этого органа обусловило и обновление его задач, принципов, функций, компетенции. В статье анализируются основные функции Нацгосслужбы Украины в контексте обновления ее статуса. Выделяются и характеризуются основные функции органа. Отмечается, что особое значение приобретают такие функции, как международное сотрудничество, борьба с коррупцией, предоставление административных услуг.

Ключевые слова: управление, Главгосслужба, Нацгосслужба, функции, адаптация государственной службы, стандарты Европейского Союза.

S u m m a r y

Bila-Tiunova L. R. Functions of National agency on the questions of the state service of Ukraine. — Article.

In the process of the bodies of executive power reformation a special body of the state service of Ukraine management was changed a lot, it was a Head Department of state service of Ukraine, on the basis of which there was created a National agency on the questions of the state service of Ukraine. The changes name of that body leaded to renovation of its aims, principles, functions, competence. In the article main functions of the National agency on the questions of the state service of Ukraine in the context of its renovation are analyzed. There are separated and characterized main functions of the body. It is mentioned that such functions as international cooperation, fight against corruption, administrative services giving are getting a specific importance.

Keywords: management, Head Department of state service of Ukraine, National agency on the questions of the state service of Ukraine, functions, adaptation of the state service, European Union standards.

УДК 352

Н. В. Мишина

**ОРГАНЫ ТЕРРИТОРИАЛЬНОГО
ОБЩЕСТВЕННОГО САМОУПРАВЛЕНИЯ
В СИСТЕМЕ МЕСТНОГО САМОУПРАВЛЕНИЯ**

Актуальность разработки проблематики доктринально-правового обеспечения гарантий местного самоуправления обуславливается чрезвычайной важностью института местного самоуправления для каждого государства. В частности, исследователями неоднократно высказывалась идея о муниципализме как о локальной форме проявления конституционализма (например [1, с. 585]). Традиционно ученые наибольшее внимание уделяют исследованию специально-правовых гарантий местного самоуправления. Однако комплексное рассмотрение института местного самоуправления, в том числе в его взаимоотношениях с органами государственной власти, с гражданским обществом, подтверждает: для его надлежащего функционирования намного более важны весомые и действенные гарантии, традиционно классифицируемые как общие гарантии местного самоуправления. Одной из таких гарантий, стимулирующих эффективное функционирование и дальнейшее развитие института местного самоуправления, является реализация положений глав I и VIII Конституции Российской Федерации в нормах муниципального права, закрепляющих организационные основы местного самоуправления в государстве. Конкретизация конституционных норм осуществляется в ряде нормативно-правовых актов, в первую очередь — в Федеральном законе от 6 октября 2003 г. «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации». В нем, помимо основных принципов, закрепляются и основы системы местного самоуправления в стране. Представляется, что наличие эффективной системы местного самоуправления является одной из тех гарантий местного самоуправления общего характера, доктринально-правовое обеспечение которой выходит на первое место в демократических странах. Ведь эффективность системы зависит как от гармоничной и слаженной работы всех

элементов системы в отдельности, так и от структуры системы, — включение в нее чуждых по природе или функциям элементов негативно сказывается на функционировании всей системы в целом.

Федеральный закон от 6 октября 2003 г. «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» предусматривает наличие в системе местного самоуправления как обязательных (представительных органов муниципальных образований, местных администраций и др.), так и facultативных элементов (территориального общественного самоуправления, которое не является обязательным, а осуществляется по инициативе жителей населенных пунктов или их составных частей). Территориальное общественное самоуправление (далее — ТОС) — это «самоорганизация граждан по месту их жительства на части территории поселения для самостоятельного и под свою ответственность осуществления собственных инициатив по вопросам местного значения» [2]. ТОС осуществляется населением непосредственно путем проведения собраний и конференций, а также опосредовано — через формируемые им органы ТОС.

При исследовании органов ТОС обращает на себя внимание тот факт, что ученые, занимающиеся муниципальной проблематикой, крайне редко уделяют внимание этим органам (Г. В. Барабашев [3], А. А. Замотаев [4], О. Е. Кутафин, В. И. Фадеев [5] и др.). Это наблюдение относится как к исследователям советского, так и современного периодов. Гораздо чаще органы ТОС привлекают внимание специалистов, исследующих общественные организации (Ц. А. Ямпольская [6], А. И. Щиглик [7], И. Е. Кокарев [8]), в том числе в жилищной сфере (Е. И. Шомина [9], И. П. Прокопченко [10]).

Аналогичная ситуация характерна и для украинских общественных наук. Вообще, изучение зарубежного опыта позволяет сделать вывод о том, что иностранные аналоги органов ТОС в настоящее время существуют только в немногочисленных странах, все из которых в недавнем прошлом были либо союзными республиками СССР (Республика Беларусь, Республика Узбекистан, Украина, др.), либо социалистическими государствами (Республика Македония, Республика Словения, Республика Черногория и др.). В этих государствах, как и в Российской Федерации, аналоги органов ТОС включены в систему местного самоуправления. В то же время Республика Литва, Республика Латвия, Эстонская Республика, Республика Чехия, Республика Словакия и некоторые другие бывшие социалистические страны Центральной и Восточной Европы отказались от практики существования аналогов органов ТОС как элемента института местного самоуправления. В этих государствах аналоги органов ТОС существуют как общественные объединения.

Наличие неодинаковых подходов к определению природы и места органов ТОС в современном обществе делает резонным вопрос: будет ли система местного самоуправления функционировать более эффективно, если органы ТОС будут исключены из ее состава?

Для ответа на этот вопрос обратимся к краткой историографии проблемы. На территории Российской Федерации первые аналоги органов ТОС — домовые комитеты — появились в 1917 году. Они образовывались стихийно, по инициативе жителей многоквартирных домов, для охраны имущества и для защиты жилищных прав в период революции. Домовые комитеты имели исключительно общественную природу, государственные органы никак не регламентировали порядок их создания и функционирования, не устанавливали их правовой статус. Упоминания об этих комитетах в нормативно-правовых актах сводятся к возложению на них, вместе с другими органами и организациями, выполнения тех или иных полномочий: заверения подписей, выдачи удостоверений личности и т.д.

Первые уличные, квартальные, участковые комитеты возникли в 1933 г. в городе Горловка достаточно стихийно; в первые годы существования для них не было даже единого названия. Со временем по аналогии с «домовыми комитетами» эти институты стали именовать уличными, квартальными, участковыми и др. комитетами. Их появление было инициировано борьбой за улучшение бытовых условий жизни населения, особенно рабочих, а также конкурс-соревнование городских советов по возобновлению и сохранению жилфонда и благоустройству, улучшению технического и санитарного состояния жилфонда, выполнение плана жилстроительства и ремонта.

Период с 1933 по 1937 г. характеризуется бурным развитием уличных, квартальных, участковых комитетов. Просмотр материалов периодических изданий того времени не дает четкого ответа на вопрос, от кого исходила инициатива образования первых комитетов в Горловке, где они появились, — от государственных органов либо (что вероятнее) от населения. Однако принципиального значения этот факт не имеет. Создание новых и развитие всех видов комитетов происходило под пристальным контролем и под руководством государственных органов. Следовательно, комитеты возникли как общественные объединения и лишь позднее, когда эффективность их деятельности привлекла внимание органов публичной власти, были «огосударствлены» и преобразованы в институты публичной природы.

Опыт СССР и других стран с тоталитарным режимом в сфере территориальной самоорганизации населения позволяет связать используемую ими государственную теорию местного самоуправления с характерными чертами органов ТОС. При использовании в стране государственной теории местного самоуправления, органы ТОС существуют почти везде, фактически преобразуются из факультативных в обязательные. Такой подход имеет как свои положительные, так и отрицательные черты. К положительным чертам относится то, что:

— увеличивается количество таких органов, поскольку они образуются по указанию органов публичной власти. Вследствие этого, органы ТОС охватывают всю территорию, так что каждый житель населенного пункта

имеет возможность воспользоваться их услугами и помощью, в результате права всех жителей будут защищаться на одинаковых уровнях;

— такие органы, бесспорно, будут иметь финансирование и политическую поддержку местных властей;

— органы ТОС в таком случае создаются и их персональный состав формируется, скорее всего, без нарушений действующего законодательства;

— таким органам ТОС скорее, чем органам, образованным по инициативе населения, будут делегированы собственные полномочия местного совета; все вышесказанное может привести к тому, что значительное количество населения получит более качественные услуги.

Наиболее весомыми аргументами в пользу существования органов ТОС в муниципальной системе является то, что в этом случае они будут иметь представительный характер и всестороннюю поддержку со стороны других органов местного самоуправления. Члены органов ТОС будут должностными лицами, избираемыми населением. Кроме того, должностные лица местного самоуправления нередко проявляют некомпетентность в своей профессиональной деятельности, коррумпированность, а органы ТОС как элементы системы местного самоуправления могут использоваться для политических манипуляций и влияния на взгляды жителей. Таким образом, к отрицательным чертам такого подхода к созданию домовых, уличных и др. комитетов принадлежит высокая степень зависимости органов ТОС от органов государственной власти и возможное нежелание жителей участвовать в их мероприятиях, а также низкий уровень инициативности жителей.

Существование органов ТОС публичной, а не общественной природы, уменьшает сферу влияния гражданского общества, а следовательно — сферу свободной самореализации индивидов. Также создание органов ТОС в «распорядительном» порядке, а не по инициативе населения может привести к уменьшению эффективности функционирования этих органов, в частности к уменьшению интереса населения к участию в их работе, к уменьшению доверия к ним.

Эти недостатки исчезают, когда органы ТОС имеют общественную природу. Органы ТОС могут иметь общественную природу:

— в случае если их создание инициировано населением, а не публичными органами и их должностными лицами;

— в случае если они получают большую часть денежных средств не от органов публичной власти, или от органов публичной власти, но эта материальная поддержка не сопровождается четкими указаниями о том, на что эти средства тратить,

— в случае если большинство персонального состава органов ТОС одновременно являются лицами, независимыми от органов публичной власти.

Такие органы предоставляют услуги целенаправленно, то есть именно те, которые необходимы на соответствующей территории, удовлетво-

ряя тем самым насущные потребности населения и тратя денежные средства эффективнее, чем органы ТОС публичной природы. Если органы ТОС входят в систему местного самоуправления, перечень их полномочий закреплен в нормативно-правовых актах. Они действуют по принципу «запрещено все, что не разрешено законом». Если органы ТОС в муниципальную систему не включены, они сами выбирают, какие полномочия будут выполнять, руководствуясь потребностями населения и действующим законодательством. В этом случае они функционируют по принципу «разрешено все, что не запрещено законом».

Именно поэтому более привлекательными являются независимые органы ТОС, которые создаются по инициативе населения и имеют его трудовую, интеллектуальную и финансовую поддержку. Их наличие позволяет реализовать принцип субсидиарности, деполитизировать предоставление публичных услуг, сосредоточить ресурсы на выполнении тех полномочий, которые необходимы с точки зрения населения соответствующей территории.

К недостаткам органов ТОС общественной природы относится то, что они образуются только по инициативе населения, а значит, их по количеству меньше, чем органов ТОС публичной природы, таким образом, меньшее число жителей получает дополнительные услуги. С представлением органами ТОС общественной природы услуг может быть связан еще один недостаток — как правило, централизованное предоставление услуг, особенно если речь идет о закупках, может оказаться дешевле. Что касается финансов, то органы ТОС общественной природы скорее будут иметь большие материальные трудности, чем органы ТОС публичной природы.

Следовательно, существование органов ТОС и публичной, и общественной природы имеет как преимущества, так и недостатки. Сравнение каждой группы преимуществ и недостатков позволяет сделать вывод, что на современном этапе более перспективными и прогрессивными представляются органы ТОС общественной природы.

Конституционные гарантии местного самоуправления в Российской Федерации позволяют говорить о существовании демократического института местного самоуправления, в концепцию которого не укладываются органы ТОС публичной природы. Такая природа органов ТОС характеризует местное самоуправление при антидемократическом режиме.

Целесообразно ли существование в системе местного самоуправления органов с общественной природой? Этот вопрос имеет дискуссионный характер, но учитывая тот факт, что в Российской Федерации (и в Украине) большинство исследователей проблем муниципального права отдают предпочтение государственной теории местного самоуправления, а практика подтверждает такую точку зрения, думается, что нет.

В связи с этим представляется целесообразным преобразование органов ТОС в общественные объединения. Такое реформирование предполагает исключение органов ТОС из муниципальной системы и предо-

ставление населению возможности создавать домовые, уличные, квартальные и другие комитеты в одной или нескольких организационно-правовых формах, предусмотренных Федеральным законом от 19 марта 1995 г. «Об общественных объединениях».

Л и т е р а т у р а

1. Батанов О. В. Муниципализм как основа гражданского общества и современного конституционализма / *О. В. Батанов* // Курс конституционного права Украины. — Х. : Одиссей, 2008. — С. 569—588.
2. Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации: Федеральный закон Российской Федерации от 6 окт. 2003 г. № 131-ФЗ.
3. Барабашев Г. В. Советское строительство : учебник / *Г. В. Барабашев, К. Ф. Шеремет*. — М. : Юрид. лит., 1988. — 560 с.
4. Замотаев А. Территориальное общественное самоуправление в контексте реформы местного самоуправления [Электронный ресурс] / *А. Замотаев*. — Режим доступу : http://locgov.mpsf.org/bible_attachments/html/cd2/IZD_TXT/mun2/12.htm.
5. Кутафин О. Е. Муниципальное право Российской Федерации / *О. Е. Кутафин, В. И. Фадеев*. — М. : Велби Проспект, 2008. — 672 с.
6. Ямпольская Ц. А. Общественные организации в СССР / *Ц. А. Ямпольская*. — М. : Наука, 1972. — 216 с.
7. Щиглик А. И. Закономерности становления и развития общественных организаций в СССР / *А. И. Щиглик*. — М. : Наука, 1977. — 256 с.
8. Кокарев И. Е. Как я строил гражданское общество / *И. Е. Кокарев*. — М. : Такер ТМ, 2004. — 456 с.
9. Шомина Е. С. Городские общественные движения на разных фазах развития гражданского общества (сравнительный анализ жилищного движения в России и за рубежом) : дис. ... д-ра полит. наук : 23.00.02 / *Шомина Елена Сергеевна*. — М., 2001. 385 с.
10. Прокопченко И. П. Общественные организации в жилищном хозяйстве / *И. П. Прокопченко*. — М. : Изд-во лит. по строительству, 1966. — 168 с.

А н н о т а ц и я

***Мишина Н. В. Органы территориального общественного самоуправления в системе местного управления.* — Статья.**

В статье рассматривается проблема целесообразности существования органов территориального общественного самоуправления в муниципальной системе. Рассматривая недостатки и достоинства различных подходов, автор обращается к историческому и зарубежному опыту.

Ключевые слова: территориальное общественное самоуправление, местное самоуправление, общественные объединения.

А н н о т а ц і я

***Мишина Н. В. Органи територіального громадського самоврядування у системі місцевого самоврядування.* — Стаття.**

У статті розглядається проблема доцільності існування органів територіального гро-

мадського самоврядування в муніципальній системі. Розглядаючи недоліки і переваги різних підходів, автор звертається до історичного та зарубіжного досвіду.

Ключові слова: територіальне громадське самоврядування, місцеве самоврядування, громадські об'єднання.

S u m m a r y

Mishyna N. V. Bodies of the Territorial Community Self-Government in the Municipal System. — Article.

The article is dedicated to the problem of reasonability of including the bodies of territorial social self-government to the municipal system. Author bases pros and contras of different approaches on the historic and foreign experience.

Keywords: territorial community self-government, local self-government, NGOs.

УДК 342.84 (477)

M. В. Афанасьєва

ЗЛОВЖИВАННЯ ПРАВОМ У ВИБОРЧОМУ ПРОЦЕСІ

Конституційне право громадян обирати та бути обраним містить у собі різні правоможності (висування на виборах в ролі кандидата, проведення передвиборної агітації, фінансування виборчої кампанії, участь в адмініструванні та спостереженні за виборчим процесом і т. ін.), реалізація яких одним суб'єктом може як сприяти здійсненню прав іншими учасниками виборчого процесу, так і обмежувати або навіть унеможливлювати їх повноцінну реалізацію.

У юридичній науці панує думка про те, що здійснення прав не може бути безмежним і будь-який суб'єкт при здійсненні наданих йому можливостей не повинен виходити за певні рамки, встановлені законом, заради загального блага. Ще Г. Ф. Шершеневич вказував, що «здійснення права, нічим не стиснуте, здатне відобразитися досить шкідливо на інтересах інших членів того ж суспільства, на інтересах самого суспільства» [1, с. 175].

Для запобігання безмежному здійсненню суб'єктами виборчого процесу своїх прав державою окреслюються граници реалізації уповноваженими особами можливостей, що становлять зміст суб'єктивного виборчого права. Разом з тим сутність і характер виборчих правовідносин, різноманіття фактичних життєвих ситуацій, що виникають у ході виборчих кампаній, не дозволяють законодавців передбачати всі можливі нюанси й тонкощі, заздалегідь визначити ту грань, на якій необхідно встановити пропорційне обмеження прав особистості заради загального блага. До того ж заява урегульованість, інструктивність і складність виборчого законодавства справедливо критикуються [2, с. 4] та вважаються одним з недоліків системи сучасного українського виборчого права.

Суб'єктами виборчого процесу для задоволення власних політичних потреб та інтересів нерідко здійснюються діяння, які зовнішньо не порушують встановлених законодавством обмежень і заборон, але нано-

сять неправомірну шкоду іншім суб'єктам (учасникам) виборчих перегонів або суспільним відносинам у сфері проведення виборів, така поведінка отримала назву зловживання правом.

Категорія «зловживання правом» суперечливо визначається у науковій літературі, серед наявних підходів зустрічаються концепції відповідно до яких зловживання правом це різновид правопорушення [3, с. 113], самостійний вид правої поведінки [4, с. 183–184; 5, с. 413], аморальне здійснення права [6, с. 122], юридично припустимі, правомірні соціально шкідливі дії [7, с. 184], деякі дослідники взагалі заперечують наявність можливості у суб'єкта зловживати своїм правом [8, с. 160]. Таке різноманіття ускладнює вирішення питань як наукового, так і практичного характеру, одночасно роблячи проблематику зловживання правом актуальною. А. Б. Венгеров писав, що зловживання правом — явище, мало вивчене в теоретичному плані, але яке набуває часом зловісну, навіть згубну властивість для всієї правої системи [9, с. 431]. У свою чергу В. І. Крусс вказує, що науці прийшов час визнати, що користування основними правами та свободами може породжувати зло, заподіюючи шкоду соціальним ідеалам і деформуючи культурні цінності. Питання про допустимість такої поведінки повинне бути поставлене в один ряд з найбільш актуальними проблемами правознавства [10, с. 27].

Поняття зловживання правом є достатньо розглянутим у цивільному, цивільному процесуальному та кримінальному праві, тоді як в межах конституційного, зокрема в трудах по виборчому праву, проблеми зловживання розглядалися лише фрагментарно. Однак рівень розповсюдження подібного деструктивного явища в електорально-правовій сфері свідчить про нагальну необхідність комплексних теоретичних досліджень. Необхідно визначити правову природу та технологію здійснення зловживання суб'єктивним виборчим правом, визначити характерні ознаки, проаналізувати прояви та детермінанти цього явища у виборчому процесі.

Не вдаючись до дискусії щодо віднесення зловживання правом до правомірної чи неправомірної поведінки, в межах цієї статті обґрунтована вважаємо позицію авторів згідно з якою зловживання правом являє собою здійснення суб'єктивного права у протиріччі з його призначенням, у результаті чого суб'єкт заподіює шкоду іншим учасникам суспільних відносин [11, с. 27], правам і законним інтересам громадян, державі і суспільству в цілому [12, с. 324].

Призначення конкретних суб'єктивних прав та свобод обумовлюється загальними та галузевими принципами права, метою і змістом правої норми і полягає у гарантуванні суб'єкту можливості задоволити свої потреби, інтереси, не порушуючи інтересів інших осіб, суспільства і держави. Законодавець, визначаючи призначення конкретного суб'єктивного права, має вписати людські потреби у юридичні рамки, обумовлені максимально припустимими межами дозволеної поведінки [11, с. 26]. При реалізації суб'єктивного права всупереч призначенню

відбувається конфлікт між інтересами суспільства і особистості, колізії між суб'єктивним та об'єктивним правом, створюється ситуація, при якій об'єктивне право не виконує належним чином свої регулятивні й охоронні функції, а від цього страждає правопорядок у цілому.

Стосовно виборчого права, говорячи про зловживання, йдеться про реалізацію суб'єктами та учасниками виборчого процесу правових можливостей формально у межах виборчого законодавства, але не у відповідності з сутністю, метою виборчої норми. Наслідком такої реалізації є соціально негативний результат, і це не лише шкода завдана правам і законним інтересам інших учасників виборчого процесу, це і спотворення політико-правових принципів та цінностей, небезпека руйнації політичної системи, загроза стабільноті конституційного ладу.

Цілком очевидно, що правильна кваліфікація діяння як зловживання правом має не тільки важливе наукове, але і практичне значення, однак вона викликає складності, обумовлені оціночним характером самого явища, відсутністю чітких законодавчих критеріїв зловживання тим або іншим правом та неоднозначністю доктринального розуміння аналізованого феномена.

Аналіз правої природи зловживання правом розкриває технологію зазначененої діяльність, яка включає в себе такі елементи, як: «потреба — інтерес — неправова мета — намір — правовий засіб — формально правова поведінка — неправовий результат».

Потреба — нестаток у тому, що необхідно для особистості, для її нормального функціонування, протиріччя між наявним і необхідним, дефіцит у чому-небудь істотному. Потреба є першоджерелом мотивації, головною рушійною силою діяльності індивіда, колективу, суспільства. Це об'єктивно обумовлений запит особистості стосовно необхідних для неї благ і діяльності по їхньому придбанню. Політичні потреби можна визнати як природні потреби людини як «істоти політичної». Це потреба в участі у житті співтовариства вільних і рівних громадян, потреба у свободі політичного вибору, політичної активності, потреба участі у діяльності політичної партії або суспільного руху, у свободі впливати на діяльність держави та у захисті від тиску державних, політичних інститутів, потреба політичної рівності у міжособистісній конкуренції і т. ін.

Усвідомлена суб'єктом об'єктивно існуюча потреба набуває ознак інтересу. В абстрактній формі інтерес виступає як спрямованість на задоволення потреби, а в конкретній формі як спрямованість на «засвоєння» предмета задоволення потреби. Стосовно виборчих суб'єктивних прав інтерес має прояв у насиченні політичних потреб шляхом отриманням пов'язаних з владою благ та вигід.

Інтерес може бути як охоронюваним законом, правоохранюваним, законним, так і незаконним, тобто таким, що не захищається ні законом, ні правом, не повинен задовольнятися чи забезпечуватися ними, оскільки такий інтерес спрямований на ущемлення прав і свобод інших фізичних і юридичних осіб, обмежує захищені Конституцією та законами

України інтереси суспільства, держави або не відповідає Конституції чи законам України, загальнозванім принципам права. Наголос на «охоронюваності законом» чи законності того чи іншого інтересу законодавець робить не завжди, зважаючи на те, що згадувані у законах інтереси не суперечать Конституції України або випливають з її змісту. Але таке акцентування має застосовуватися завжди, коли не виключена можливість шляхом зловживання інтересами, прагненнями, використовуючи ті чи інші юридичні норми, забезпечити реалізацію незаконних інтересів [13].

Стосовно виборів об'єктом політичного інтересу виступає: виборна посада, політична діяльність партій, суспільно-політичних рухів, громадських організацій, механізми й способи проведення виборчого процесу і т. ін.; а предметом є вся сукупність електоральних процесів, явищ і подій. Вони сприймаються й оцінюються суб'єктами з погляду корисності й можливості використання для досягнення своїх цілей.

Необхідність задоволення політичних потреб і інтересів веде до постановки мети. Саме через мету інтереси суб'єкта виборчого процесу «вплітаються» в зміст його діяльності. Мета може ставитися тільки свідомо, тому що вона — уявне випереджальне відображення майбутнього стану наявної дійсності, це репродукція, образ того результату, який ще не настав, але який у своїй ідеальній формі вже спонукує людину до дій, спрямованих на перенесення ідеального в матеріальну форму.

Цілеспрямованість поведінки суб'єкта має збігатися з метою правової норми, тобто цілі-причини, які ставить суб'єкт, реалізуючи суб'єктивне виборче право, мають співвідноситися з цілями-цінностями — ідеальним призначенням самого суб'єктивного права, закріпленого у законі.

В залежності від того, про якого суб'єкта виборчого процесу йдеться, можна виокремити такі цілі-цінності: для виборців це усвідомлене, зважене, вільне волевиявлення та формування представницького органу, відносно конкурючих політичних суб'єктів (кандидатів на виборні посади, політичних партій) це забезпечення рівних можливостей у боротьбі за голоси виборців, як наслідок за отримання представницького мандата; стосовно виборчих комісій та офіційних спостерігачів — це легальна та легітимна організація та проведення виборів, встановлення об'єктивних результатів волевиявлення громадян.

Коли цілі-причини, поставлені суб'єктами виборчого процесу, обумовлені виключно власними прихованими потребами та інтересами, що не відповідають ідеї справедливості, тобто є неправовими, констатуємо наявність однієї з ознак зловживання — не відповідність призначеню норми права.

Визначивши ціль, суб'єкт зловживання правом приступає до формування плану, програми своєї діяльності, на цьому етапі обираються засоби, шляхи та способи для досягнення поставленої мети, послідовність й інтенсивність відповідних дій. Безпосередня настанова суб'єкта на дії з ідеально виробленим планом поведінки являє собою

намір. Намір — це суб'єктивно-об'єктивна, прикордонна категорія, яка відповідає за засоби для досягнення поставленої мети. Для того щоб кваліфікувати ті або інші дії як зловживання правом, необхідно звернутися до наміру суб'єкта, тому що там, а не зовні формується істинна ціль особи як суб'єкта права [14, с. 33].

За наявності множинності способів задоволення своєї тієї чи іншої потреби, інтересу у результаті боротьби мотивів обираються саме ті засоби та способи, які, на погляд суб'єкта, найбільш раціональні. При зловживанні правом внутрішня, прихована, неправова мета суб'єкта прикрита зовнішнім легальним правовим засобом. Суб'єктивні права, що належать особі на законних підставах, опиняються інструментом, використання якого приводить до реалізації поставленої неправової мети. На відміну від правопорушення, зловживання правом передбачає поведінку, яка формально не суперечить праву і ззовні «спирається» на суб'єктивне право, але результатом такого формально правового використання буде соціально-негативний результат. Ж.-Л. Бержель зазначає, що є випадки, коли особи, надаючи своїм діям повну видимість юридичної правильності, насправді використовують свої права у цілях, протилежних тим, що переслідується позитивним правом, право не може захищати випадки, які його порушують, закони не можуть вже однією свою буквою легітимізувати чи виправдовувати випадки ігнорування сенсу їх існування [15, с. 441, 447].

Зловживання суб'єктивним виборчим правом не порушує напряму жодну норму закону, однак при цьому суб'єктивне право здійснюється не у відповідності до конституційно закріплених політико-правових принципів: прямого, рівного, загального виборчого права при таємному голосуванні.

Під час виборів зловживання можливі на різних стадіях виборчого процесу, і переважно це стосується реалізації пасивного виборчого права з боку конкурючих суб'єктів: вибуття кандидатів на виборну посаду безпосередньо перед днем голосування; висування кандидатів, що мають підтримку у виборців без мети подальшого отримання ними представницького мандата; поширення серед виборців під час агітації товарів формально в межах допустимого законом розміру; зловживання правом на відповідь при поширенні неправдивої інформації в засобах масової інформації; зловживання правом на подання скарг до виборчих комісій без необхідності захисту порушеного права і т. ін. Але зустрічаються зловживання і в діях виборців: голосування поза межами виборчої дільниці без наявності реальної в цьому необхідності, голосування, обумовлене матеріальною зацікавленістю, та інші.

Стосовно пасивного виборчого права широко використовуваною у виборчій практиці при висуванні кандидатів є виборча технологія «двійників», які висуваються командою одного з кандидатів і усі свої дії погоджують з нею. Двійників, які висуваються на виборах, можна поділити на кілька видів. Перші висуваються з метою ведення передвибор-

ної агітації її організаційної діяльності, спрямованої на обрання основного кандидата. Наприклад, такий кандидат використовує свій ефірний час, надану друковану площу в інтересах основного кандидата, від свого імені подає скарги на конкурентів, призначає від свого імені в допомогу основному кандидатові членів виборчих комісій, спостерігачів і т. ін. Інші кандидати-двійники чимось схожі на конкурента (прізвищем, статусом, передвиборною програмою і т. д.), частіше за всіх використовуються кандидати-двійники з однаковими прізвищами. Ця технологія застосовується з метою «розтягування» голосів виборців опонентів та розрахована, у першу чергу, на низьку інформованість виборців, що дозволяє знизити кількість голосів, відданих за основного кандидата, за рахунок того, що частина виборців ставить позначку в бюллетені напроти кандидата-двійника. На практиці кандидати-двійники підбираються таким чином, щоб їхнє ім'я (по батькові) починалося з букви, яка знаходитьться ближче до початку алфавіту, і, отже, у бюллетені для голосування прізвище кандидата-двійника розташовується вище за прізвище основного кандидата. Навіть добре проінформованому виборцю важко розібратися: за кого голосувати у випадках, коли, крім однакових прізвищ, імен та по батькові, створюються також схожі місця роботи. У ході парламентських виборів 2002 р. в 47 одномандатних округах України кандидатами в депутати зареєстровані по 2, 3 і навіть 4 кандидати з однаковими прізвищами. Наприклад, на чергових виборах 31 березня 2002 р. в одномандатному виборчому окрузі № 107 намагалися зареєструватися три кандидати із прізвищем Коломієць, в одномандатному окрузі № 97 — кілька осіб із прізвищем Іщенко, у виборчому окрузі № 70 — кілька кандидатів із прізвищем Ратушняк, а в ході повторних виборів 14 липня 2002 р. в одномандатному окрузі № 18 балотувалося троє громадян із прізвищем Мірошник, серед яких двоє — з однаковим ім'ям і по батькові [16].

Аналіз цього технологічного прийому показує, що його ефективність досить висока, особливо якщо має місце гостра боротьба та розрив між кандидатами-лідерами мінімальний. Адже здебільшого виборці, ставлячи позначку в бюллетені напроти прізвища кандидата, не займаються ідентифікацією його за посадою, місцем роботи, іменем чи по батькові. Незважаючи на соціально негативний результат подібної практики, з правової точки зору формально такі кандидати не порушують закону, оскільки вони не позбавлені права бути обраними і їм не можна заборонити балотуватися, мова йде про зловживання пасивним виборчим правом. Завдання законодавця у боротьбі з технологією зловживання пасивним виборчим правом складається у тому, щоб, захистивши суб'єктивні виборчі права одного з кандидатів, не порушити при цьому права та свободи інших осіб.

Для розрізнення в бюллетенях кандидатів з однаковими прізвищами виборчими комісіями та законодавцем пропонувалися різні міри: проставляти порядковий номер перед кожним прізвищем або дозволити

використання кандидатом на виборну посаду псевдоніма, але вони виявилися малоекективними і навпаки породжували нові зловживання. Так, включивши положення про можливість реєстрації псевдоніма, російський законодавець хотів передбачити додаткові гарантії при реалізації пасивних виборчих прав, однак цим положенням відразу ж скористалися окремі кандидати та стали реєструвати для своїх кандидатів-двійників псевдоніми з певним значеннюм навантаженням, які вводяться в оману виборців: «губернатор», «комуніст», «дійсний», «мер» тощо [17]. Ця технологія зловживання також прямо не суперечить законодавству, але її застосування призводить до обмеження права громадян на вільний вибір, тому що в цій ситуації виборці вводяться в оману щодо ідентифікації особистості кандидата.

Реалізуючи пасивне виборче право кандидати-двійники не ставлять ціллю отримання представницького мандата, єдиною прихованою метою їх дій є нанесення шкоди іншому суб'єкту виборчого процесу. І хоча формально дії кандидата двійника не суперечать нормам виборчого законодавства, вони не відповідають призначенню пасивного виборчого права і призводять до соціально негативних наслідків.

В якості засобу обмеження чи усунення зловживання громадянином пасивним виборчим правом розглядається, наприклад, запровадження у виборче законодавство грошової (виборчої) застави. На думку Конституційного Суду України, застава застосовується з метою забезпечення відповідального ставлення громадян як юмовірних кандидатів у депутати до їх участі у виборах, сприяє прийняттю виважених рішень кандидатом у депутати щодо реалізації пасивного виборчого права, а також упереджує можливі невідправдані витрати з державних фондів [18]. Але грошова застава, на жаль, не відграє ролі ефективного запобіжного засобу, оскільки кандидати-двійники, як правило, діють не самостійно, а як інструмент політичних сил у передвиборній боротьбі, тому очікуваний останніми неправовий результат є значно вагомішим, ніж витрачені на грошову заставу кошти.

В якості протидії зазначеному зловживанню І. В. Советников пропонує законодавчо закріпити можливість звернення в суд зацікавлених кандидатів, виборців, виборчих комісій із заявою про скасування реєстрації кандидата-двійника як особи, що зловживає своїм правом. Але складно уявити доказову базу наявності неправомірної цілі, якщо об'єктивні дії кандидата-двійника відповідають встановленим законодавством вимогам [2, с. 21–22].

Активне виборче право, а саме право голосувати передбачає особистий, безпосередній, заснований на власному переконанні виборця того або іншого кандидата, списку кандидатів політичної партії. Будь-яке використання активного виборчого права в супереч з вищевказаним його призначенням, якщо це приносить шкоду суспільно значимим цінностям або правам інших осіб, буде зловживанням правом, чим є, наприклад, «продаж» свого голосу виборцем при голосуванні.

Незважаючи на наявність у законах про вибори забороняючої норми про підкуп виборців, суб'єкти виборчої кампанії не припиняють використання виборчих технологій, пов'язаних з матеріальною зацікавленістю виборців. Якщо відносно конкурючих політичних суб'єктів такі дії вважаються правопорушенням, то стосовно виборця забороняюча норма відсутня і мова йде про зловживання правом, оскільки такі дії виборця мають неправову ціль, суперечать принципам свободи та таємності голосування і їх наслідком є соціально негативний результат — спотворене волевиявлення громадян. У ряді європейських країн (Голландія, Швеція, Данія, Німеччина, Швейцарія) відповіальність за підкуп на виборах установлена для обох суб'єктів цієї незаконної дії — для того, хто підкупає, і того, хто підкуповується [19, с. 46–47]. Навряд чи можуть існувати аргументи на користь звільнення виборця від відповіальності за одержання винагороди залежно від «очікуваного» результату голосування. Подібна норма повинна знайти своє відображення і в українському законодавстві.

Можливість зловживання суб'єктивним правом детермінована об'єктивними та суб'єктивними чинниками. Слід погодитися з А. О. Малиновським, що суб'єктивно, психологічно детермінантою зловживання правом є деформація індивідуальної правосвідомості суб'єкта у формі правового егоцентризму, який характеризується прагматичним знанням індивідом своїх прав і наявністю бажання до їх винятково утилітарного здійснення. Правовий егоцентризм обумовлює сформованість у суб'єкта специфічної правової настанови, що виражається в його готовності задовольнити свою конкретну потребу за допомогою здійснення будь-якого права будь-яким способом. Правовий егоцентризм як би «дозволяє» індивідові здійснювати суб'єктивне право як у суперечності з його призначенням, так і соціально шкідливим способом, оскільки визначає негативне ставлення індивіда до юридичних обов'язків і правових заборон. Людина на інтелектуальному, емоційному або вольовому рівні активно приймає ту частину права, що, образно виражаючись, потурає його потребам і одночасно рішуче відкидає іншу частину права, що «заважає жити». У результаті виходить, що суб'єкт ставиться до права в цілому як до нормативного регулятора й позитивно, і негативно. Для егоцентричної особистості потреби інших людей, їхні права та свободи, а також інтереси суспільства як би не існують [11, с. 46].

Ще з часів римського права вважається, що ідеальним засобом боротьби із зловживанням є «добрі звичаї» та «добра совість» суб'єктів права, засновані на кращих людських спонуканнях. Тому перешкодою на шляху цього негативного явища може стати належний рівень правосвідомості, яка має ціннісно-орієнтаційне значення у поведінці суб'єкта права [20, с. 21], та електорально-правова культура як готовність дотримуватися і виконувати виборчі закони, поважати права інших суб'єктів, виконувати свої обов'язки. Сучасна ситуація в країні, пов'язана з реалізацією виборчого права, характеризується дефіцитом елек-

торально-правової культури, для мінімізування якого необхідно використовувати найрізноманітніші форми роботи із громадянами: правовий всеобуч, пропаганду виборчого права, правовиховну роботу, спрямовану на підвищення громадянської самосвідомості, впевненості у необхідності та дієвості участі у вирішенні спільних справ.

До об'єктивних детермінант зловживання виборчим правом можна віднести недосконалість законодавства в частині встановлення відносно визначених меж здійснення суб'єктивного права, заснованих на диспозитивному методі правового регулювання, які дають можливість суб'єкту використовувати надане їому суб'єктивне виборче право на власний розсуд з неправовою метою на цілком законних підставах. Встановлення додаткових законодавчих заборон та обмежень принципово не буде сприяти викорінюванню зловживань, більш того може привести до виникнення нових способів деструктивної поведінки у виборчому процесі, що варто враховувати при конструюванні нових виборчих норм, заздалегідь передбачаючи можливі міри протидії таким діянням.

З метою запобігання зловживанню правом у виборчому процесі в законодавстві про вибори необхідно закріпити принцип неприпустимості зловживання правом і наділити судові органи та виборчі комісії повноваженнями по припиненню діянь, заснованих на зловживанні.

Зловживання правом у виборчому процесі відноситься до негативних явищ сучасної правової реальності, яке підриває основи народовладдя, загрожує конституційній законності та правопорядку, призводить до поширення правового нігілізму та абсентеїзму серед громадян. Протидія зловживанням суб'єктивним виборчим правом, розробка дієвих механізмів запобігання проявам цього деструктивного явища є насущною потребою Української держави та громадянського суспільства.

Література

1. Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права (по изданию 1907 г.) / Г. Ф. Шершеневич. — М. : Фирма «СПАРК», 1995. — 556 с.
2. Советников И. В. Злоупотребление правом в избирательном процессе : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.02 / И. В. Советников. — М., 2006. — 26 с.
3. Текаев Х. А. Злоупотребление правом / Х. А. Текаев // Проблемы реализации права : межвуз. сб. науч. работ / Свердл. юрид. ин-т им. Р. А. Руденко. — Свердловск : СЮИ, 1990. — С. 112–116.
4. Янев Я. Правила социалистического общежития (их функции при применении правовых норм) / Я. Янев. — М. : Прогресс, 1980. — 281 с.
5. Теория государства и права / [С. С. Алексеев, С. И. Архипов, Г. В. Игнатенко и др.]; под ред. В. М. Корельского, В. Д. Перевалова. — М. : Изд. группа ИНФРА — М-НОРМА, 1997. — 570 с.
6. Шрам В. П. Интересная книга о злоупотреблении правом / В. П. Шрам // Государство и право. — 1997. — № 4. — С. 122–124.
7. Сенников И. Е. Злоупотребление правом и социально допустимое поведение граждан [Электронный ресурс] / И. Е. Сенников // Вестник Нижегородского университета им. Н. И. Лобачевского. Серия «Право». — 2002. — № 1. — С. 178–187. — Режим

- доступа : [http://www.cir.pnnov.ru/pages/e-library/vestnik/99990195_West_pravo_2002_1\(5\)/B_21.pdf](http://www.cir.pnnov.ru/pages/e-library/vestnik/99990195_West_pravo_2002_1(5)/B_21.pdf).
8. Малеин Н. С. Юридическая ответственность и справедливость / Н. С. Малеин. — М. : Манускрипт, 1992. — 204 с.
 9. Венгеров А. Б. Теория государства и права : учеб. для юрид. вузов / А. Б. Венгеров. — [3-е изд.]. — М. : Юриспруденция, 2000. — 528 с.
 10. Крусс В. И. Актуальные аспекты проблемы злоупотребления правами и свободами человека / В. И. Крусс // Государство и право. — 2002. — № 7. — С. 46–53.
 11. Малиновский А. А. Злоупотребление субъективным правом как юридический феномен : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.01 / А. А. Малиновский. — М., 2009. — 52 с.
 12. Общая теория права и государства : учебник / [В. С. Афанасьев, А. Л. Герасимов, В. И. Гойман и др.] ; под ред. В. В. Лазарева. — [3-е изд.]. — М. : Юристъ, 2001. — 520 с.
 13. Рішення Конституційного Суду України від 1 грудня 2004 року № 18-рп/2004 у справі за конституційним поданням 50 народних депутатів України щодо офіційного тлумачення окремих положень частини першої статті 4 Цивільного процесуального кодексу України (справа про охорону вальний законом інтерес) // Офіційний вісник України. — 2004. — № 50. — Ст. 3288.
 14. Волков А. В. Цель и средства при злоупотреблении правом: философско-правовой подход / А. В. Волков // Философия права. — 2009. — № 4. — С. 31–35.
 15. Бержель Ж.-Л. Общая теория права / Ж.-Л. Бержель ; под ред. В. И. Даниленко ; [пер. с фр. Г. В. Чуршукова]. — М. : Изд. дом NOTA BENE, 2000 — 576 с.
 16. Звіт Комітету виборців України про порушення під час виборчої кампанії по виборах народних депутатів України 2002 року [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.cvu.kiev.ua>.
 17. Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме Российской Федерации : Федеральный Закон № 67-ФЗ от 12 июня 2002 г. // Собрание законодательства Российской Федерации. — 1997. — № 38. — Ст. 4339.
 18. Рішення Конституційного Суду України від 30 січня 2002 року № 2-рп/2002 у справі за конституційним поданням 63 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 43 Закону України «Про вибори народних депутатів України» (справа про виборчу заставу) [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=v002p710-02>.
 19. Мачковский Л. Г. Уголовная ответственность за воспрепятствование осуществлению избирательных прав в России и за рубежом / Л. Г. Мачковский // Юридический мир. — 2002. — № 3. — С. 43–48.
 20. Тимошенко В. І. Деформація індивідуальної правосвідомості як передумова зловживання правом / В. І. Тимошенко // Бюлєтень Міністерства юстиції України. — 2009. — № 3. — С. 13–22.

А н о т а ц і я

Афанасьєва М. В. Зловживання правом у виборчому процесі. — Стаття.

Зловживання правом — суперечливе наукове поняття, майже не досліджено в межах виборчого права, але широко розповсюджене на практиці. Стаття розкриває особливості та технологію зловживання правом у межах виборчого процесу, аналізує приклади зловживання активним та пасивним виборчим правом. Автором пропонується законодавчо закріпити принцип неприпустимості зловживання правом у виборчому процесі.

Ключові слова: вибори, виборчий процес, зловживання виборчим правом, електорально-правова культура.

А н н о т а ц и я

Афанасьева М. В. Злоупотребление правом в избирательном процессе. — Статья.

Злоупотребление правом — противоречивое научное понятие, практически не исследованное в рамках избирательного права, но широко распространенное на практике. Статья раскрывает особенности и технологию злоупотребления правом в рамках избирательного процесса, анализирует примеры злоупотребления активным и пассивным избирательным правом. Автором предлагается законодательно закрепить принцип недопустимости злоупотребления правом в избирательном процессе.

Ключевые слова: выборы, избирательный процесс, злоупотребление избирательным правом, электорально-правовая культура.

S u m m a r y

Afanasyeva M. V. Abuse of the right in the electoral process. — Article.

Abuse of the right — a contradictory scientific concept, practically no analyze on the subject of the electoral process, but a widespread in practice. The article reveals the characteristics and technology of the abuse of the right in the electoral process, analyzed examples of abuse of the active and passive electoral right. The author is propose incorporated the principle of non-abuse of rights in the electoral process into the legislation.

Keywords: elections, electoral process, the abuse of the electoral right, electoral-legal culture.

УДК 341.231.14

O. K. Вишняков

ВПЛИВ ПРЕЦЕДЕНТНОЇ ПРАКТИКИ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ НА СУДОВУ ПРАКТИКУ УКРАЇНИ: НОВІ МОЖЛИВОСТІ

Як відомо, останніми роками склалася та продовжувала розвиватися ситуація із надмірним збільшенням кількості нерозглянутих справ, що знаходяться в Європейському суді з прав людини (далі — ЄСПЛ). Станом на 31 грудня 2010 р. таких справ налічувалося 139650 [1], причому, очевидь, ця негативна тенденція має розвиватися надалі, якщо не буде змінено існуючий стан речей. Ця ситуація відображає лише видиму частину айсберга. Вона є індикатором недосконалості усієї системи розгляду звернень до ЄСПЛ.

Що стосується вдосконалення системи в частині розгляду справ власне в ЄСПЛ, то цій проблемі приділено чимало уваги в юридичній літературі та практично здійснено вже декілька реформ, зокрема, прийняттям Протоколу № 14 від 13 травня 2004 р. [2] до Європейської конвенції про захист прав людини та основоположних свобод від 4 листопада 1950 р. [3] (далі — Конвенція). Але, разом з тим, серед причин все чіткіше вимальовується ще одна — так звані «структурні (системні) недоліки», які існують на національному рівні. Ця проблема є відносно новою, тому її у вітчизняній науковій літературі вона ще не займає відповідного її місця. Метою цієї статті є визначення напрямку в розвиткові судової практики України, який має стати одним з суттєвих чинників подолання зазначених «системних недоліків».

Перш за все, розглядаючи «недоліки», так би мовити, «національно-системного» рівня, варто відзначити, що це поняття виникло в результаті спостереження диспропорції у кількості поданих звернень, спрямованих проти різних країн — порушників Конвеції. За статистичними даними, завеликою абсолютною кількістю звернень (78 %) виділяються десять країн (в тому числі й Україна). Ці ж країни є лідерами за кількістю звернень відносно кількості населення. Окрім великої

кількості звернення стосовно цих країн як відповідачів характерні повторюваністю за своєю сутністю. Як правило, йдеться про чотири-п'ять типових порушень з боку цих держав, тобто про так звані «справи-клони». Саме типовий, повторюваний характер порушень приводить ЄСПЛ до висновку про їх системну природу. Так, характерними національно-системними недоліками відзначаються невиконання рішень національних судів, завелика тривалість розгляду судових справ, жорстоке поводження з затриманими та засудженими, порушення майнових прав приватних осіб. Таким чином, завантаженість ЄСПЛ зверненнями, спрямованими проти країн — носіїв «недоліків», пов’язується причинно-наслідковим зв’язком з відносно вузьким за фабулою, але непропорційно великим за кількістю колом справ.

Зазначені «недоліки» є в розрізі різних країн «десятки» неоднозначними, мають певні особливості, як особливості мають й певні причини, що кореспонduють «недолікам». В українському контексті «системними недоліками» виступають, зокрема, невиконання остаточних рішень національних судів, занадто тривалі процедури судового розгляду, затримка з реформою кримінального судочинства, незабезпеченість повної незалежності та неупередженості суддів та недостатня боротьба зі зловживанням повноваженнями співробітників міліції та незабезпечення ефективного розслідування заяв щодо жорстокого поводження з іх боку, безкарність та уникнення відповідальності за злочини [4]. Нагальним завданням наразі є ідентифікація причин «системних недоліків», визначення та запровадження заходів для їх подолання (так званих «заходів загального характеру»).

Причини «системних недоліків» існують у різній площині, зокрема, у правовому регулюванні. У свою чергу, це стосується й судової практики. Як правовий регулятор остання виконує не тільки функцію інтерпретації та застосування законодавства, а й функцію забезпечення верховенства права в цілому і подолання колізій і прогалин в законодавстві та механізмі його застосування відносно верховенства права та задля цього принципу. На відміну від верховенства закону принцип верховенства права не має національних кордонів, — він діє незалежно від виду правової системи, має глобальний характер. Але, з другого боку, ці обидва принципи мають, між іншим, важливу спільну сутність — їх запровадження має забезпечувати єдність у застосуванні норм права, створювати особливого роду норми, спрямовані на уніфіковане застосування норм законодавства та інших правових норм. У країнах кодифікованого права такі особливі норми створюються судовою практикою у «проміжній зоні» між законодавством та правом як явищем у його широкому розумінні.

Прикладом створення таких особливих норм може служити відома справа ЄСПЛ Юрій Миколайович Іванов проти України [5]. Сутністю справи є те, що хоча українські суди винесли рішення на користь позивача — Ю. М. Іванова, виконати їх було практично неможливим. Це

пов'язано з законодавчим мораторієм на стягнення за рахунок майна відповідача та законодавчою неврегульованістю порядку здійснення судових стягнень з держави, коли для таких стягнень не передбачено бюджетних коштів. Отже, позов до ЄСПЛ був пов'язаний саме з невиконанням рішень українських судів. ЄСПЛ пітверджив правильність цих рішень; крім того, зважаючи на повторюваність подібних справ, що свідчить про системний характер порушення, своєму рішенню ЄСПЛ надав «пілотного» характеру. Останнє означає поширення цього рішення ЄСПЛ на усі подібні справи, як ті, що знаходяться на розгляді в ЄСПЛ, так й ті, що виникли та будуть виникати на національному рівні в усіх країнах — членах Ради Європи.

З іншого боку, варто зазначити, що «пілотне» рішення у справі Ю. М. Іванова є компромісом, який надав можливість Україні у відповідь на виявлені ЄСПЛ системні недоліки протягом тривалого строку (у даному випадку — протягом півтора років) прийняти «заходи загального характеру» задля подолання цих системних прогалин. До таких заходів віднесено не тільки законодавчу, а й судову реакцію у країнах — порушниках Конвенції.

«Пілотне» рішення, як й інші остаточні рішення ЄСПЛ, є обов'язковими для виконання державою-порушником Конвенції. На відміну від інших остаточних рішень ЄСПЛ, «пілотні» рішення: 1) є рішеннями узагальнюючого характеру; 2) в результаті узагальнення практики подібних справ, розглянутих ЄСПЛ, визначають системні недоліки у країні-відповідача; 3) зобов'язують країну-відповідача усунути ці недоліки протягом певного періоду часу шляхом запровадження адекватних «заходів загального характеру»; 4) визначають цю практику як обов'язкову для застосування країнами-членами Ради Європи у будь-яких справах, у яких ці країни є стороною (ст. 46 Конвенції). З цього випливає й обов'язковість конкретного рішення ЄСПЛ для національних державних судів при розгляді аналогічних справ, а також обов'язковість застосування практики ЄСПЛ, що узагальнюється цим рішенням.

Україна визнала рішення ЄСПЛ обов'язковими для виконання (ст. 2 Закону «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» [6]). Під виконанням рішення ЄСПЛ розуміється: а) виплата стягувачеві відшкодування та вжиття додаткових заходів індивідуального характеру; б) вжиття заходів загального характеру (ст. 1 Закону). Невиконання «пілотного» рішення має наслідком, поміж іншим, в тому, що аналогічні справи будуть розглядатися в ЄСПЛ таким чином, що й «пілотна» справа. Отже, «пілотні» рішення ЄСПЛ у справі Ю. М. Іванова та у інших справах спрямовані на уніфікацію правового регулювання в країнах-членах РЄ, в тому числі практики національних судів з подібних справ.

Варто зауважити, що вищезазначений захід з боку ЄСПЛ є, мабуть, єдиним заходом у відповідь на можливе неприйняття заходів з боку держави — члена РЄ щодо усунення того чи іншого «недоліку». Але на

рівні РЄ можливі більш суворі санкції. Так, у разі постійного та брутального нехтування прецедентного права ЄСПЛ можливе застосування ст. 8 Стату Ради Європи 1949 року [7], що передбачає призупинення членства та подальший вихід зі складу РЄ чи припинення перебування у складі РЄ [8].

Правовий прийом «пілотної» справи, дійсно, має певні вади, — перш за все — він передбачає відносно довгий період, якого потребуватимуть так звані «заходи загального характеру», при тому, що на цей період призупиняється винесення рішень ЄСПЛ щодо подібних справ, які перебувають на його розгляді (а це ніяк не покращує вищезазначену негативну статистику). Проте, з іншого боку, такий прийом здатен сформувати стійку національну судову практику стосовно справ, що масово повторюються (так званих «справ-клонів»). Він має створити ситуацію, за якої «пілотне» рішення, котрим вимога заявитника до владних структур не задовольняється, суттєво перетинає шлях до ЄСПЛ іншим «справам-клонам», оскільки в ЄСПЛ такі вимоги не матимуть перспектив на успіх. У разі ж винесення «пілотного» рішення на користь заявитника (поки що «пілотні» рішення мали саме такий характер) національна судова система має відреагувати рішенням на користь заявитників в усіх подібних спірних правовідносинах, зважаючи, принаймні, на неминучість такого ж майбутнього рішення ЄСПЛ за іншою справою аналогічно до «пілотної». Достоїнством «пілотного» прийому є й те, що узагальнення практики ЄСПЛ відбувається не за окремим узагальнюючим документом, видання якого потребує певного часу, а за рішенням у конкретній справі, тобто за процесуальним документом, що скорочує період невизначеності у застосуванні правової норми чи принципу та зменшує таким чином втрати заявитника.

Практика «пілотних» рішень ЄСПЛ ніяк не виключає видання національними судами окремих документів непроцесуального характеру, що узагальнюють практику у тих справах, які є потенційно «прийнятними» для розгляду в ЄСПЛ. Оскільки в силу Закону від 23 лютого 2006 р. як спеціального закону передбачається застосування в Україні практики ЄСПЛ, можна вважати, що не виключається узагальнення цієї практики судами. Але, як відомо, узагальнення судової практики українськими судами вищого рівня мають не зобов'язуючий, а інформаційний та методично-рекомендаційний характер щодо вирішення судами нижчого рівня конкретних справ.

Статтею 17 Закону від 23 лютого 2006 р. передбачано застосування практики ЄСПЛ судами України як джерела права. Ця норма має зобов'язуючий характер (до речі, це положення знайшло законодавче відображення й раніше, щоправда, в дещо іншій площині [9]). Це положення означає обов'язковість застосування рішень ЄСПЛ українськими судами у конкретних справах. Разом з тим, застосування у конкретній справі практики ЄСПЛ пов'язане, звичайно, з певними умовами, серед яких можливість застосування принципів, опрацьованих ЄСПЛ, та певне

тлумачення тих чи інших норм Конвенції у відповідності з тлумаченням ЄСПЛ у аналогічних обставинах. При цьому слід вважати, що у правовому полі України Конвенція імплементується разом з тим тлумаченням, яке ЄСПЛ надав її положенням. З іншого боку, та обставина, що Конвенція в силу ст. 9 Конституції України є частиною національного законодавства України, дає підґрунтя для можливості тлумачення її норм і принципів Конституційним Судом України, який, як відомо, має монополію на тлумачення законів України (ст. 147 Конституції України). Але, оскільки зобов'язання України поширяються й на судову систему України в цілому, в тому числі на Конституційний Суд, останній також має зобов'язання застосовувати практику ЄСПЛ, включаючи тлумачення Конвенції.

Новий закон про судоустрій та статус суддів від 7 липня 2010 р. [10] відкриває нові перспективи в напрямку розвитку прецедентної судової практики в Україні, — Верховний Суд України отримав принципово нову функцію з розгляду справ щодо неоднакового застосування судами касаційної інстанції однієї і тієї ж норми матеріального права у подібних правовідносинах (ст. 38). Процесуальні кодекси передбачають на розвиток цих положень, що такі рішення ВСУ є обов'язковими для всіх суб'єктів владних повноважень, які застосовують у своїй діяльності нормативно-правовий акт, що містить зазначені норми права, та для всіх судів України, причому суди зобов'язані привести свою практику у відповідність з рішенням ВСУ, а невиконання цього рішення тягне за собою відповідальність, установлену законом. Отже, правило про загальну обов'язковість рішення у конкретній справі щодо застосування певної норми у подібних правовідносинах, встановлену на невизначений час на майбутнє, дає підстави стверджувати про прецедентний характер зазначених рішень ВСУ відносно застосування певних правових норм чи правових принципів.

При цьому варто також взяти до уваги, що ВСУ, як відомо, виконує функцію перегляду справ у разі встановлення міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною (отже, до таких установ відноситься й ЄСПЛ), порушення Україною міжнародних зобов'язань при вирішенні справи судом. Це, безумовно, формує у ВСУ певні стандарти щодо тої чи іншої категорії справ, які можуть потенційно бути поданими на розгляд або вже розглянуті в ЄСПЛ. Оскільки Конвенція в силу ст. 9 Конституції є частиною національного законодавства України, запровадження практики винесення ВСУ зазначених рішень має суттєво знизити кількість звернень до ЄСПЛ з заявами, що повторюються.

Приєднання Європейського Союзу до Конвенції ставить перспективне питання про можливість конкуренції Конвенції та Хартії ЄС про основоположні права [11], яка після набрання чинності Лісабонським договором ЄС набула, своєю чергою, юридичної сили на рівні установчих документів ЄС (ст. 6 Договору про Європейський Союз [12]). Можна передбачити також посилення впливу ЄС, зокрема практики Суду

ЄС, на практику ЄСПЛ. В цьому аспекті заслуговує на увагу досвід ЄС щодо застосування так званої «преюдиціальної процедури», коли національні суди країн ЄС, розглядаючи справи, в разі виникнення труднощів у тлумаченні норм і принципів, що входять до правового надбання ЄС (EU *acquis*), звертаються до Суду ЄС за офіційним роз'ясненням, яке, у свою чергу, набуває обов'язкового характеру як для суду у конкретній справі, що звернувся із запитом, так й для інших національних судів країн ЄС. Таке положення спрямоване на зміцнення зв'язку між Судом ЄС та національними судами при одночасному збереженні принципу розмежування системи Суду ЄС та національних судових систем країн ЄС. На наш погляд, було б доцільним запровадження аналогічного порядку й для системи розгляду справ ЄСПЛ, за якого вищі судові інстанції країн — членів РЄ при розгляді справ, потенційно «прийнятих» у ЄСПЛ, мали би право на попереднє звернення до ЄСПЛ за офіційним роз'ясненням щодо застосування норм і принципів, закладених в Конвенції. Таке положення відповідало би глобальному характеру, що притаманний принципу верховенства права, розширило би існуюче повноваження ЄСПЛ на надання «консультативних висновків» (ст. 47 Конвенції), створило би умови для наближення практики національних судів до «усталеної практики» ЄСПЛ (ст. 28 Конвенції), служило би посиленню зв'язків незалежних судових систем країн РЄ з ЄСПЛ, не порушуючи принципу їх незалежності та утверджуючи тим самим принцип субсидіарності ЄСПЛ щодо національних судових систем країн — членів РЄ. Це значною мірою вплинуло би й на позитивне вирішення поточної «проблеми завантаженості» ЄСПЛ, а отже підвищило б дієвість національних засобів захисту прав людини.

Література

1. States with major structural/systemic problems before the European Court of Human Rights: statistic / Council of Europe. Parliamentary Assembly. Committee on Legal Affairs and Human Rights / AS/Jur/Inf (2011) 05 rev 2. 18 April 2011 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://assembly.coe.int>.
2. Протокол № 14 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, який змінює контрольну систему Конвенції [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua>.
3. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua>.
4. Implementation of judgments of the European Court of Human Rights. Resolution 1787 (26 January 2011) / Council of Europe. Parliamentary Assembly [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://assembly.coe.int>.
5. Справа «Юрій Миколайович Іванов проти України» (Заява № 40450/04). Страсбург, 15 жовтня 2009 року. Остаточне рішення 15 січня 2010 року. Офіційний переклад // Юридичний журнал. — 2011. — Квіт. — С. 120–134.
6. Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини : Закон України від 23 лют. 2006 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2006. — № 30. — Ст. 260.

7. Implementation of judgments of the European Court of Human Rights. Recommendation 1955 (26 January 2011) / Council of Europe. Parliamentary Assembly [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://assembly.coe.int>.
8. Устав Совета Европы. Лондон, 5 мая 1949 года // Право Совета Европы: схемы, таблицы, определения и комментарии : учеб. пособие / Т. А. Анцупова, М. А. Дамирили. — О. : Фенікс, 2007. — С. 120–132.
9. Кодекс адміністративного судочинства України // Відомості Верховної Ради України. — 2005. — № 35–36, 37. — Ст. 446 (Стаття 8).
10. Відомості Верховної Ради України. — 2010. — № 41–42, 43, 44–45. — Ст. 529.
11. Charter of Fundamental Rights of the European Union // Official Journal of the European Union. — 2010. — C 83. — P. 389–403.
12. Consolidated version of the Treaty on European Union // Official Journal of the European Union. — 2008. — C 115. — P. 13–46.

А н о т а ц і я

Вишняков О. К. Вплив прецедентної практики Європейського суду з прав людини на судову практику України: нові можливості. — Стаття.

Неадекватне зростання кількості звернень до Європейського суду з прав людини стосовно деяких держав — членів Ради Європи спричиняється так званими «системними недоліками» всередині цих держав. Одним з чинників, що їх породжують, є дефіцит впливу практики на національну судову практику. Запровадження судами прецедентної практики ЄСПЛ є одним з шляхів подолання цього дефіциту в Україні.

Ключові слова: захист прав людини; системні недоліки; судова практика; прецедент.

А н н о т а ц и я

Вишняков А. К. Влияние прецедентной практики Европейского суда по правам человека на судебную практику Украины: новые возможности. — Статья.

Неадекватное возрастание количества обращений в Европейский суд по правам человека в отношении некоторых государств — членов Совета Европы вызывается так называемыми «системными недостатками» внутри этих государств. Одним из факторов, которые их порождают, является дефицит влияния практики ЕСПЧ на национальную судебную практику. Имплементация судами прецедентной практики ЕСПЧ является одним из путей преодоления этого дефицита в Украине.

Ключевые слова: защита прав человека; системные недостатки; судебная практика; прецедент.

S u m m a r y

Vyshniakov O. K. Impact of European Court on Human Rights precedent practice on Ukrainian judicial practice: new opportunities. — Article.

The inadequate growth of amount of appeals before the European Court on Human Rights in regard to some Council of Europe member-states is caused by the so-called «systemic deficiencies» into these states. One of factors that generate them is a deficit of impact of ECHR practice on national judicial practice. Implementation of precedent practice of ECHR by courts is one of ways to overcome this deficit in Ukraine.

Keywords: protection of Human Rights; systemic deficiencies; judicial practice; precedent.

УДК 341.4

Н. А. Зелинская

ТРАНСНАЦИОНАЛЬНОЕ УГОЛОВНОЕ ПРАВО: НОВЫЕ ВОЗМОЖНОСТИ И РИСКИ

Современная преступность все больше выходит за пределы государственного контроля и вступает в противостояние с мировым правопорядком, становясь фактором, который имеет дестабилизирующее влияние на все мировое сообщество и требует глобальных мер реагирования. В докладе «Глобализация преступности: оценка угрозы транснациональной организованной преступности», представленном ЮНОДК в 2010 году, приводятся, среди прочих, следующие данные: только в Европе насчитывается 140 тыс. жертв торговли людьми, которых поставляют в целях сексуальной эксплуатации и которые приносят своим эксплуататорам ежегодный валовой доход в размере 3 млрд дол. США. Из Латинской Америки в Соединенные Штаты ежегодно незаконно ввозятся 2,5–3 млн мигрантов, что приносит контрабандистам около 6,6 млрд дол. США; Европа является самым дорогим рынком героина (20 млрд дол. США), а Россия — крупнейшим из всех стран мира потребителем героина (70 тонн). Основные доходы от наркотиков образуются в богатых странах назначения. Так, афганским крестьянам, торговцам и повстанцам достается лишь около 5 % (2,3 млрд дол. США) от предположительно 55 млрд дол. США, составляющих стоимость мирового рынка афганского героина. Из 72 млрд дол. США, составляющих стоимость рынка кокаина в Северной Америке и Европе, около 70 % остается в виде прибыли у дилеров среднего звена в странах потребления кокаина. Мировой незаконный рынок огнестрельного оружия оценивается в 170–320 млн дол. США в год, что составляет 10–20 % от стоимости законного рынка. Незаконная эксплуатация природных ресурсов и незаконный оборот дикой флоры и фауны из Африки и Юго-Восточной Азии наносят ущерб хрупким экосистемам и приводят к исчезновению отдельных видов. По оценкам ЮНОДК, стоимость древесины, незаконно вывезенной из Азии в ЕС и Китай в 2009 году, составила около

2,5 млрд дол. США. Количество контрафактной продукции, обнаруживаемой на границах Европы, выросло за последнее десятилетие в десять раз, и ее годовой объем превышает 10 млрд дол. США. До половины лекарственных средств, проанализированных в Африке и Юго-Восточной Азии, являются контрафактными и не соответствуют стандартам качества, что повышает, а не снижает вероятность заболеваний. Ежегодно более полутора миллиона человек становятся жертвами хищения личных данных, ущерб от которого, по оценкам, составляет около 1 млрд дол. США, а киберпреступность ставит под угрозу безопасность государств: преступникам удается проникать в системы энергоснабжения, управления воздушными перевозками и эксплуатации ядерных установок. Это лишь некоторые примеры из множества новых данных, включенных в доклад ЮНОДК [1].

Организация Объединенных Наций неоднократно принимала решения, в которых признавалось, что действия против транснациональной организованной преступности и терроризма являются «общей и разделяемой ответственностью», и подчеркивалась необходимость коллективной работы для предупреждения транснациональной преступности [2]. Участники Специального заседания высокого уровня по проблемам борьбы с транснациональной организованной преступностью (2010) констатировали, что терроризм, незаконный оборот наркотиков, торговля людьми, коррупция, киберпреступность и другие проявления транснациональной преступности создают угрозу для развития мировой экономики и служат препятствием для гармоничного развития национальных сообществ. В современном мире эффективно бороться с ними можно лишь совместными усилиями всех государств, базирующимися на надлежащей международно-правовой основе. Участники совещания заявили о своей готовности к конструктивному взаимодействию по формированию под эгидой Организации Объединенных Наций общего антикриминального политico-правового пространства, расширению межгосударственного взаимодействия по сближению уголовного законодательства, правоохранительных национальных процедур и правоприменительной практики [3].

Комплекс международно-правовых норм, регламентирующих международное сотрудничество в противодействии преступности, образует международное уголовное право как самостоятельную отрасль международного права. Составляющие эту отрасль нормы неоднородны. Поскольку уголовное преследование лиц, совершивших международные преступления, осуществляется в рамках национальной или международной юрисдикции, солидарное уголовное преследование может выражаться: а) во взаимодействии национальных юрисдикций, то есть принимать транснациональный характер; б) в деятельности органов международной юстиции, то есть носить международный характер в строгом значении. Соответственно, в международном уголовном праве можно выделить две подотрасли. Первая подотрасль международного уголовно-

го права регламентирует основания и порядок привлечения индивидов к уголовной ответственности органами международной уголовной юстиции, устанавливая редкие для международно-правовой системы вертикальные отношения, в силу чего за ней утвердились название «международное уголовное право *stricto sensu*». Эта подотрасль регулирует не только материально-правовые основания привлечения к международной уголовной ответственности, но и международное уголовное судоустройство и судопроизводство [4].

В то время как международное уголовное право *«stricto sensu»* криминализирует и пенализирует определенные деяния непосредственно по международному праву, то есть устанавливает редкие для международно-правовой системы вертикальные отношения, в остальной части международного уголовного права юридические отношения остаются традиционно горизонтальными, и основной категорией второй подотрасли является преступление транснациональное, криминализированное внутригосударственным правом. Очевидно, что столь существенные различия в подотраслях международного уголовного права требуют терминологической определенности.

Вторая подотрасль может быть обозначена как «транснациональное уголовное право» [5; 6]. «Использование термина «транснациональное уголовное право» — не попытка выдумать новую терминологию ради самой себя, — пишет Н. Бойстер (Boister). — Это, скорее, попытка выдвинуть на первый план существующее различие между международным уголовным правом *stricto sensu* и нормами, установленными в соглашениях, направленных на противодействие определенным видам преступлений... Транснациональная преступность — стремительно развивающийся феномен. Отвечая на его рост, транснациональное уголовное право становится, вероятно, наиболее существенным механизмом глобализации национальных уголовно-правовых норм» [5].

Термин «транснациональное уголовное право» оказался весьма востребованным и используется в различных интерпретациях с учетом его материально-правовых и процессуальных аспектов [7]. Транснациональное уголовное право содержит международно-правовые нормы, регламентирующие взаимодействие государств в сфере противодействия преступности, а именно: 1) транснациональное материальное уголовное право, представляющее собой систему международно-правовых норм, направленных на регламентацию материально-правовых вопросов национальной уголовной юрисдикции и экстрадиции, а также на гармонизацию криминализации наиболее значимых в международном плане правонарушений и установление соразмерных и эффективных уголовных санкций; 2) транснациональное процессуальное уголовное право, состоящее, как минимум, из двух частей: а) международно-правовых норм, регламентирующих взаимодействие национальных правоохранительных и судебных органов в целях привлечения к ответственности виновных лиц («право взаимной помощи государств по уголовным делам», вклю-

чая процессуальные аспекты экстрадиции); в) международно-правовых норм, направленных на оптимизацию функционирования национальных правоохранительных и судебных систем и обеспечение гарантий прав человека в уголовном судопроизводстве; 3) транснациональное уголовно-превентивное право, регламентирующее взаимодействие государств в предупреждении преступности.

Понятие «транснациональное преступление» является основной категорией транснационального уголовного права. Оно не имеет однозначного толкования и используется в различных, прежде всего, криминологических интерпретациях [8]. На наш взгляд, в международно-правовом контексте понятие «транснациональное преступление» включает в себя широкий спектр деяний различной степени общественной опасности, квалифицируемых как преступные в праве, по меньшей мере, двух государств, под юрисдикцию которых они подпадают [9].

Транснациональная преступность во многих ее проявлениях представляет собой реальную угрозу международному миру и безопасности. На рубеже XX и XXI столетий эта фраза, используемая в международно-правовом контексте, перешла из разряда научной и политической риторики в констатацию особой ситуации, которая охватывается главой VII Устава ООН («Действия в отношении угрозы миру, нарушенный мира и актов агрессии»), что влечет за собой чрезвычайно серьезные правовые и политические последствия.

Современное транснациональное уголовное право претерпевает радикальные изменения. С 90-х годов прошлого века заметное место в глобальном правовом режиме противодействия транснациональной преступности занимает серия резолюций Совета Безопасности, которые были приняты на основании главы VII, наделяющей Совет Безопасности правом принимать резолюции, которые являются юридически обязательными для всех государств — членов Организации Объединенных Наций. Важным элементом борьбы с международным терроризмом стали резолюции Совета Безопасности ООН, содержащие санкции против частных лиц и корпораций и налагающие на государства обязательства общего характера [10]. С одной стороны, это существенно расширило возможности транснационального уголовного права, с другой — создало новые риски. Сложившаяся ситуация получила различные, порой прямо противоположные, оценки со стороны юристов-международников [11].

Первые резолюции, содержавшие ссылку на главу VII Устава ООН в отношении проявлений транснациональной преступности, были связаны с возрастающей террористической угрозой. В частности, резолюции 1997 и 1998 годов налагали финансовые и иные ограничения в отношении УНИТА (Национальный союз за полную независимость Анголы, UNITA (порт. — União Nacional para a Independência Total de Angola, UNITA — повстанческая группировка в Анголе). В Резолюции 1127 (1997), принятой 28 августа 1997 года, Совет Безопасности определил, что сложившаяся в Анголе ситуация создает угрозу международному

миру и безопасности в регионе, и, действуя в соответствии с главой VII Устава Организации Объединенных Наций, постановил предпринять ряд мер, направленных на устранение этой угрозы [12]. Резолюцией 1173 (1998), принятой 12 июня 1998 года, Совет Безопасности, действуя, на основании главы VII, наложил ряд санкций в отношении УНИТА [13]. Важное положение содержится в резолюции 1196 (1998), принятой 16 сентября 1998 года: Совет Безопасности, подтвердив обязанность всех государств-членов осуществлять решения Совета в отношении УНИТА, призвал каждое государство «рассмотреть вопрос о принятии законов или других правовых мер, квалифицирующих нарушение вводимых Советом эмбарго на поставки оружия уголовным преступлением» [14]. Эта резолюция стала прямым «вторжением» в сферу материального транснационального уголовного права, непосредственно затронув проблематику транснациональной криминализации.

Названные резолюции положили начало новой стратегии Совета Безопасности ООН, которая была вскоре реализована в отношении движения «Талибан» и организации «Аль-Каида». В Резолюции 1267 (1999), принятой 15 октября 1999 года, Совет Безопасности постановил, что исходящая от «Аль-Каиды» угроза имеет глобальное значение и поэтому заслуживает ответных международных мер. Поскольку Совет обычно имеет дело с государствами, он решил, что для борьбы с «Аль-Каидой» ее нужно лишить инфраструктурной поддержки, которую оказывал «Талибан». Констатировав, что невыполнение руководством движения «Талибан» требований мирового сообщества представляет собой угрозу международному миру и безопасности, и сославшись на главу VII Устава ООН, Совет Безопасности, среди прочего, постановил, что все государства «заморозят средства и другие финансовые ресурсы, включая средства, получаемые или извлекаемые благодаря имуществу, находящемуся во владении или под прямым или косвенным контролем движения «Талибан», или любого предприятия, находящегося во владении или под контролем движения «Талибан»... и обеспечат, чтобы ни эти, ни любые другие средства или финансовые ресурсы, установленные таким образом, не предоставлялись их гражданами или любыми лицами на их территории для использования движением «Талибан» или любым предприятием, находящимся во владении или под прямым или косвенным контролем движения «Талибан» [15].

Последующие нападения «Аль-Каиды» обусловили принятие Советом Безопасности в декабре 2000 года Резолюции 1333 (2000). Весьма характерно то, что в этой резолюции, также содержащей ссылку на главу VII Устава ООН, не только подтверждена «убежденность в том, что пресечение международного терроризма крайне необходимо для поддержания международного мира и безопасности», но и обращено внимание на то, что «Талибан» непосредственно получает выгоды от незаконного выращивания опийного мака [16]. В связи с этим Совет Безопасности постановил предпринять не только меры, непосредственно направлен-

ные на борьбу с терроризмом, но и потребовал прекращения всей незаконной деятельности, связанной с наркотиками, и ликвидации незаконного выращивания опийного мака, доходы от которого используются для финансирования террористической деятельности «Талибана»; указал на то, что «все государства должны предотвращать продажу, поставку или передачу своими гражданами или со своей территории химического ангидрида уксусной кислоты любому лицу на территории Афганистана, находящейся под контролем «Талибана» [16]. Таким образом, меры, предпринятые Советом Безопасности, были распространены и на противодействие наркотической транснациональной преступности. Позднее Советом Безопасности была принята Резолюция 1363 (2001) об учреждении механизма для наблюдения за реализацией мер, введенных резолюциями 1267 (1999) и 1333 (2000) [17].

Особое значение приобрела Резолюция 1373 (2001), принятая 28 сентября 2001 года, налагавшая на государства обязательства общего характера. Действуя на основании главы VII Устава ООН, Совет Безопасности выразил свое безоговорочное осуждение террористических нападений, которые были совершены 11 сентября 2001 года в Нью-Йорке, Вашингтоне (округ Колумбия) и Пенсильвании и заявил, что такие действия, как и *любой акт международного терроризма, представляют собой угрозу для международного мира и безопасности* (выделено мной. — Н. З.) [18].

Резолюция 1373 содержит два обязательства в отношении установления уголовной ответственности за финансирование терроризма. Первое относится к финансированию террористических актов, второе — к финансированию террористов. Первое обязательство изложено в пунктах 1(a) и 1(b): в пункте 1(a) резолюции постановлено, что государства должны «предотвращать и пресекать финансирование террористических актов», в пункте 1(b) говорится, что они должны «ввести уголовную ответственность за умышленное предоставление или сбор средств, любыми методами, прямо или косвенно, их гражданами или на их территории с намерением, чтобы такие средства использовались — или при осознании того, что они будут использованы, — для совершения террористических актов». Эта формулировка близка к формулировке в Конвенции о финансировании терроризма 1999 года. В пункте 3 (d) резолюции Совет Безопасности «призывает все государства» присоединиться к Конвенции. Кроме того, государства должны обеспечить, чтобы такие террористические акты квалифицировались как серьезные уголовные правонарушения в их внутригосударственном законодательстве и чтобы наказание должным образом отражало тяжкий характер таких преступлений. Конвенция содержит аналогичные положения. Пункты 1 (a) и 1 (b) резолюции, таким образом, косвенно ссылаются на Конвенцию, однако пункт 1(a) резолюции распространяется на все террористические акты независимо от наличия транснационального элемента, в то время как Конвенция 1999 года применяется только при наличии такого транс-

национального элемента. Второе обязательство содержится в пункте 1 (д) резолюции, который гласит, что государства должны «запретить своим гражданам или любым лицам и организациям на своей территории предоставление любых средств, финансовых активов или экономических ресурсов, или финансовых или иных соответствующих услуг, прямо или косвенно, для использования в интересах лиц, которые совершают или пытаются совершить террористические акты, или содействуют или участвуют в их совершении, организаций, прямо или косвенно находящихся в собственности или под контролем таких лиц, а также лиц и организаций, действующих от имени или по указанию таких лиц». Эта часть резолюции создает автономное обязательство, не содержащееся в Конвенции. Пункт 2 (е) обязывает государства «обеспечивать, чтобы любое лицо, принимающее участие в финансировании, планировании, подготовке или совершении террористических актов или в поддержке террористических актов, привлекалось к судебной ответственности, и обеспечить, чтобы, помимо любых других мер в отношении этих лиц, такие террористические акты квалифицировались как серьезные уголовные правонарушения во внутригосударственных законах и положениях и чтобы наказание должным образом отражало серьезность таких террористических актов» [19, п. 41–42].

В Резолюции 1373 (2001) Совет Безопасности отметил тесную связь между международным терроризмом и транснациональной организованной преступностью, незаконным оборотом наркотиков, отмыванием денег, незаконным оборотом оружия и незаконными перевозками ядерных, химических, биологических и других потенциально смертоносных материалов. В соответствии с вытекающими из резолюции обязательствами государствам следует разработать эффективную национальную стратегию борьбы с терроризмом во всех его проявлениях, включая финансирование террористической деятельности.

Таким образом, в этой резолюции Совет Безопасности впервые ввел в отношении всех государств — членов Организации Объединенных Наций бессрочные обязательства по криминализации определенных деяний, а также совершенствованию и активизации мер международного сотрудничества в противодействии терроризму. Несмотря на то, что эта резолюция была принята в ответ на террористические акты, совершенные 11 сентября 2001 года в Соединенных Штатах, предусмотренные в ней меры значительно шире и не ограничиваются конкретной конфликтной ситуацией. Эти меры носят общий характер и направлены на предотвращение любых действий по финансированию и поддержке терроризма, преследование и наказание за них, а также в значительной степени на сотрудничество в области уголовного правосудия [19]. По существу, такие меры представляют собой установление Советом Безопасности новых обязательных норм международного права, которые не имеют ни временных, ни географических ограничений и относятся к любому террористическому акту в любом регионе мира [20].

Несмотря на то, что Устав ООН не содержит положений относительно права Совета Безопасности принимать подобные решения, государства не выразили прямых возражений против Резолюции 1373 и ее предположительно законодательного характера. Эмоциональный шок, вызванный атаками 9/11, вполне объясняет нежелание государств высказывать в сложившейся ситуации абстрактные опасения по поводу осуществления Советом нормативных полномочий [21]. Трагические события 11 сентября 2001 года стали катализатором создания новых юридических парадигм в национальных и международной правовых системах [22].

Резолюция 1373 (2001) и последовавшие за ней антитеррористические резолюции, содержащие ссылку на главу VII Устава ООН Совета Безопасности и создающие нормативные обязательства для государств — членов ООН, дали основания утверждать, что борьба с терроризмом «затрагивает фундаментальные положения международного права» [23], в том числе касающиеся процесса нормообразования [24]. Наиболее очевидным проявлением нормотворческой деятельности Совета Безопасности стала Резолюция 1450 «Угрозы международному миру и безопасности, создаваемые террористическими актами», принятая Советом Безопасности 28 апреля 2004 года.

В Резолюции 1540 (2004) Совет Безопасности, выразив обеспокоенность угрозой терроризма и опасностью того, что негосударственные субъекты могут приобретать, разрабатывать, осуществлять оборот или применять ядерное, химическое и биологическое оружие и средства его доставки, подтвердил необходимость борьбы всеми средствами, в соответствии с Уставом ООН, с угрозами международному миру и безопасности, создаваемыми террористическими актами, и действуя на основании главы VII Устава ООН, в числе прочего, постановил, что «все государства в соответствии со своими национальными процедурами принимают и эффективно применяют соответствующие законы, запрещающие любому негосударственному субъекту производить, приобретать, обладать, разрабатывать, перевозить, передавать или применять ядерное, химическое или биологическое оружие и средства его доставки, в особенности в террористических целях, равно как и попытки участвовать в любых из вышеупомянутых действий, участвовать в них в качестве сообщника, оказывать им помощь или финансирование». Значительным, что данная резолюция не явилась ответом на угрозу, созданную конкретным террористическим актом. Ее положения налагают на государства — члены ООН обязательство воздержаться от оказания любой формы поддержки негосударственным акторам в приобретении и владении оружием массового поражения. Действуя в соответствии с обязательством, государства должны принять и провести в жизнь эффективные законы, чтобы его осуществить. Таким образом, как подчеркивает А. Бьянчи, резолюция создает правовую норму общего характера, то есть норму, направленную к неопределенным адресатам и способ-

ную к неоднократному применению в течение неопределенного времени [21]. Эта резолюция вызвала особенно острую дискуссию относительно того, насколько правомерна такая деятельность Совета, не выходит ли она за пределы его полномочий [25]?

К принятию «квазизаконодательных» актов Совет Безопасности подтолкнула необходимость эффективного и быстрого ответа на возрастающую угрозу терроризма — одного из самых опасных проявлений транснациональной преступности [26]. В ряде документов ООН, в частности в «Руководстве для законодательных органов по универсальному правовому режиму против терроризма», подготовленном Управлением Организации Объединенных Наций по наркотикам и преступности в 2008 году, говорится, что «резолюции Совета Безопасности, касающиеся терроризма, многие из которых были приняты на основании главы VII Устава Организации Объединенных Наций, наделяющей Совет Безопасности правом принимать резолюции, имеющие обязательную силу для всех государств — членов Организации Объединенных Наций» рассматриваются как одна из «ключевых составляющих глобального правового режима борьбы с терроризмом» [27].

Вместе с тем контртеррористический режим Совета Безопасности несет в себе весьма существенные риски, в частности, с точки зрения защиты прав человека [28]. По истечении почти десяти лет с момента принятия резолюции 1373 (2001), она и последовавшие за ней резолюции, содержащие финансовые и иные санкции, поверглись резкой критике стороны Специального докладчика по вопросу о поощрении и защите прав человека и основных свобод в условиях борьбы с терроризмом М. Шейнина. В докладе, представленном Генеральной Ассамблее, Специальный докладчик утверждает, что каким бы ни было обоснование принятия Советом Безопасности Резолюции 1373 в сентябре 2001 года, ее дальнейшее применение девять лет спустя нельзя рассматривать как надлежащую реакцию на конкретную угрозу международному миру и безопасности. Резолюция 1373, по мнению М. Шейнина, выходит за рамки полномочий, возложенных на Совет Безопасности, и не соответствует ряду международных стандартов в области прав человека. В частности, Специальный докладчик считает, что введение Советом Безопасности санкций в отношении лиц и организаций является превышением полномочий, возложенных на Совет Безопасности в соответствии с главой VII. Этот вывод мотивирован тем, что глава VII не может служить надлежащим правовым основанием для сохранения нынешнего механизма обязательных и бессрочных резолюций Совета Безопасности, имеющих квазизаконодательный или квазисудебный характер характер [29, paras. 69, 70].

М. Шейнин обращает внимание на то, что ст. 39 Устава регулирует определение Советом Безопасности существования любой угрозы миру, любого нарушения мира или акта агрессии. Исходя из этого определения, Совет Безопасности уполномочен решать, какие меры мо-

гут быть приняты для поддержания или восстановления международного мира и безопасности, в том числе меры, не связанные с использованием вооруженных сил, в соответствии со ст. 41 Устава. Хотя Совету Безопасности предоставлена большая свобода действий в определении того, что составляет угрозу для мира, это определение всегда должно быть привязано к отдельной конкретной ситуации, а не к абстрактной проблеме или гипотетической будущей ситуации. Кроме того, меры, принятые Советом Безопасности на основании главы VII, должны приниматься исходя из каждого конкретного случая в соответствии с принципом пропорциональности. Совет Безопасности должен использовать свои исключительные полномочия сугубо в целях принятия мер, которые считаются необходимыми для разрешения той или иной конкретной ситуации, представляющей угрозу международному миру и безопасности. Совет Безопасности несет главную ответственность за поддержание международного мира и безопасности в конкретных ситуациях, но он не наделен полномочиями для поощрения прогрессивного развития международного права и его кодификации [29, paras. 36, 37].

На заседании Комитета по социальным и гуманитарным вопросам и вопросам культуры (Третий комитет), состоявшемся 26 октября 2010 года, М. Шейнин заявил, что в 2010 году уже не существует какого-либо обоснования для таких полномочий. По его мнению, несмотря на принимаемые меры по предупреждению нарушений прав человека, характер *ultra vires* контртеррористической архитектуры Организации Объединенных Наций создает угрозу для прав человека и международного верховенства права [30, paras. 30, 33].

Позиция М. Шейнина вызвала резкое неприятие со стороны представителей ряда государств. В частности, представитель США заявил, что Соединенные Штаты не могут согласиться с данной Специальным докладчиком оценкой сферы полномочий ООН по главе VII Устава и авторитета Совета Безопасности в более общем смысле [30, paras. 38–40]. Представитель Российской Федерации сообщила, что ее страна категорически возражает против предпринятой Специальным докладчиком попытки превысить свой мандат и рассматривать правомерность действий Совета Безопасности в рамках своих функций, заявив, что выводы и рекомендации Специального докладчика «представляются поверхностными и лишенными объективности» [30, paras. 45, 46]. Представитель Соединенного Королевства также сделал заявление о том, что его страна не согласна с приведенной в докладе Специального докладчика оценкой, где говорится, что введением режимов санкций согласно его резолюциям 1267 (1999) и 1373 (2001) Совет Безопасности превысил возложенные на него полномочия в соответствии с главой VII Устава Организации Объединенных Наций [30, para. 48].

Последующее развитие событий, в частности, принятие Советом Безопасности 17 июня 2011 года резолюции 1989, содержащей ссылку

на главу VII Устава ООН и подтверждающей, что «терроризм во всех его формах и проявлениях представляет собой одну из самых серьезных угроз миру и безопасности и что любые акты терроризма являются не имеющими оправдания преступлениями, независимо от их мотивации, когда бы и кем бы они ни совершились», свидетельствует о том, что принятие основанных на главе VII Устава ООН антикриминальных резолюций стало одним из механизмов международного сотрудничества в борьбе с транснациональной преступностью [31].

Серьезным подтверждением этому служат «антиpirатские» резолюции Совета Безопасности, которые, при существенной специфике предпринимаемых на их основании мер, задействуют тот же уникальный механизм принятия обязательного для всех государств — членов ООН решения — использование полномочий, представляемых главой VII Устава. Как известно, Совет Безопасности принял ряд беспрецедентных резолюций, направленных на борьбу с морским разбоем у побережья Сомали [32] в совершенно новом юридическом контексте. В частности, «обратное право преследования», установленное в резолюции 1816 (2008) и поддержанное в ряде последующих резолюций Совета Безопасности, предоставляет морским силам, сотрудничающим с Переходным федеральным правительством, право заходить в сомалийские территориальные воды для преследования и задержания лиц, подозреваемых в пиратстве. Впервые в мирное время во имя достижения общей цели были объединены военно-морские силы Европейского союза, Организации Североатлантического договора (НАТО), Объединенной целевой группы (ОЦГ 151) — коалиции под руководством Соединенных Штатов Америки; и ряд объединений военно-морских сил, действующих под национальным командованием, в частности Индии, Исламской Республики Иран, Йемена, Китая, Малайзии, Республики Корея, Российской Федерации, Саудовской Аравии и Японии [33]. В резолюциях неоднократно и настойчиво подчеркивается, что разрешение применяется лишь в отношении ситуации в Сомали и не затрагивает права, обязательства или обязанности государств-членов по международному праву и что резолюции не должны рассматриваться как устанавливающие нормы международного обычного права.

Вместе с тем резолюции касаются вопросов, которые выходят за пределы конкретной ситуации, например, общих вопросов криминализации. Так, резолюция 1976 (2011), принятая Советом Безопасности на заседании 11 апреля 2011 года, призывает все государства «предусмотреть в своем внутреннем законодательстве уголовную ответственность за пиратство, подчеркивая значение уголовной ответственности за подстрекательство к совершению актов пиратства, оказание содействия в их совершении, сговор об их совершении и попытки их совершить» (п. 13). Как видим, в данном случае транснациональное уголовное право опирается на фундамент главы VII Устава ООН. Насколько прочен этот фундамент и насколько правомерно его использование?

Ответ на этот вопрос, на наш взгляд, не может быть однозначным. С одной стороны, приходится признать, что Совет Безопасности не может претендовать на роль «всемирного законодателя»: глава VII Устава ООН не является надлежащим правовым основанием для квазизаконодательной деятельности. Положения относительно криминализации, при их безусловной значимости, носят скорее рекомендательный, нежели общеобязательный характер, они не создают нормы, которые могли бы выполнять функции уголовно-правового запрета.

С другой стороны, не вызывает сомнения, что стремительно возрастающие масштабы и опасность транснациональной преступности позволяют рассматривать ее как угрозу международному миру и безопасности, требующую нестандартных и оперативных мер реагирования. Такие меры могут и, в определенных случаях, должны приниматься Советом Безопасности на основании главы VII Устава ООН. Конвенционный механизм противодействия преступности незаменим, но он имеет множество пробелов, восполнение которых — длительный и не всегда результативный процесс. Принятие резолюций должно быть связано с конкретными ситуациями, представляющими угрозу международному миру и безопасности, и способствовать устраниению или минимизации этой угрозы. Таким образом, резолюции Совета Безопасности играют значительную роль в формировании под эгидой Организации Объединенных Наций общего антикриминального политico-правового пространства.

Л и т е р а т у р а

1. Организованная преступность приобрела глобальный характер и превратилась в угрозу безопасности / Vienna International Centre UNIS/CP/618 — 3 июня 2010 года [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://www.unis.unvienna.org>.
2. UN Doc. A/RES/64/179; UN Doc. A/RES/65/232.
3. Организация Объединенных Наций. Генеральная Ассамблея. Шестьдесят четвертая сессия. 21 июня 2010 года. Специальное заседание высокого уровня по проблемам борьбы с транснациональной организованной преступностью. — UN Doc. A/64/PV.99.
4. Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law: The Experience of International and National Courts, Commentary / ed. by G. K. McDonald, O. Swaak-Goldman. — Kluwer Law Intl, 1999; Safferling C. J. M. Towards an International Criminal Procedure / C. J. M. Safferling. — Oxford : Oxford University Press, 2003.
5. Boister N. «Transnational Criminal Law? / N. Boister // European Journal of International Law. — 2003. — Vol. 14, N 5. — P. 956, 963.
6. Broomhall B. International justice and the International Criminal Court: between sovereignty and the rule of law / B. Broomhall. — Oxford : Oxford University Press, 2003. — P. 12–13; Зелинская Н. А. Транснациональное преступление и транснациональное право / Н. А. Зелинская // Актуальні проблеми політики : зб. наук. пр. — О., 2002. — Вип. 15. — С. 287–293; Зелинская Н. А. Международные преступления и международная преступность : монография / Н. А. Зелинская. — О. : Юрид. л-ра, 2006. — С. 16–17, 196–211; Зелінська Н. А. Транснаціональний злочин і транснаціональне кримінальне право / Н. А. Зелінська // Актуальні проблеми політики : зб.

- наук. пр. — О. : Феникс, 2007. — Вип. 30. — С. 177–186; Зелинская Н. А. Глобализация преступности и транснациональное уголовное право / Н. А. Зелинская // Уголовное право: стратегия развития в XXI веке: материалы 6-й междунар. науч.-практ. конф. 29–30 янв. 2009 г. — М. : Проспект, 2009. — С. 474–478.
7. Reza S. Transnational Criminal Law and Procedure: An Introduction / S. Reza // Journal of Legal Education. — 2006. — N 56. — P. 430; Luban D. International and Transnational Criminal Law / D. Luban, J. R. O'Sullivan, D. P. Stewart. — New York : Aspen Publishers, 2009; Currie R. J. International and transnational criminal law / R. J. Currie. — Toronto : Irwin Law, 2010; Guilfoyle D. Transnational Criminal Law as a Governance Strategy in the Global Labour Market: Criminalizing Globalization from Below / D. Guilfoyle // Refugee Survey Quarterly. — 2010. — Vol. 29, N 1. — P. 185–205; Joseph S. L. Research handbook on international human rights law / S. L. Joseph. — Edward Elgar Publishing, 2010. — P. 242–244.
8. United Nations & Transnational Organized Crime / Ph. Williams, E. U. Savona (editors). — Frank Cass & Co, 1996; Godson R. Strengthening cooperation against transnational crime / R. Godson, P. Williams // Survival. — 1998. — Vol. 40, N 3. — P. 66–88; Combating Transnational Crime: Concepts, Activities and Responses / Ph. Williams, D. Vlassis (editors). — Frank Cass & Co., 2001; Transnational Organised Crime: Perspectives on Global Security / A. Edwards, P. Gill, A. Edwards (editors). — Routledge, 2003; Albanese J. Organized Crime in Our Times / J. Albanese. — LexisNexis/Anderson, 2004; Mueller G. O. W. Transnational crime: Definitions and Concepts / G. O. W. Mueller // Combating Transnational Crime / P. Williams, D. Vlassis (eds). — 2001; Albanese J. Transnational Crime: An Introduction / J. Albanese // International Journal of Comparative Criminology. — 2004. — Vol. 4, N 1. — P. 1–3; Williams P. Anticipating organized and transnational crime / P. Williams, R. Godson // Crime, Law and Social Change. — 2002. — Vol. 37, N 4. — P. 311–355; Ruggiero V. Transnational Crime: Official and Alternative Fears / V. Ruggiero // International Journal of the Sociology of Law. — Vol. 28, N 3. — P. 187–199.
9. Зелинская Н. А. Политические преступления в системе международной преступности / Н. А. Зелинская. — О. : ФЕНІКС, 2003. — С. 113; Зелинская Н. А. Основные параметры и виды международных преступлений / Н. А. Зелинская // Актуальні проблеми держави та права : зб. наук. пр. — О., 2002. — Вип. 14. — С. 52–57.
10. Bianchi A. Security Council's anti-terror resolutions and their implementation by Member States / A. Bianchi // Journal of International Criminal Justice. — 2006. — Vol. 4, N 5. — P. 1044–1073.
11. Happold M. Security Council Resolution 1373 and the Constitution of the United Nations / M. Happold // September 11, 2001: a Turning Point in International and Domestic Law / ed. by P. Eden, T. O'Donnell. — 2005. — P. 617–645; Rosand E. Resolution 1373 and the CTC: the Security Council's Capacity-Building / E. Rosand // International Cooperation in Counter-Terrorism: the United Nations and Regional Organizations in the Fight against Terrorism / ed. by G. Nesi. — 2006. — P. 81–88; Heupel M. Adapting to Transnational Terrorism: the UN Security Council's Evolving Approach to Terrorism / M. Heupel // Security Dialogue. — 2007. — Vol. 38, N 4. — P. 477–499; Orakhelashvili A. The Acts of the Security Council: Meaning and Standards of Review / A. Orakhelashvili // Max Planck Yearbook of United Nations Law. — 2007. — Vol. 11. — P. 143–195; Johnstone I. Legislation and Adjudication in the UN Security Council: Bringing Down the Deliberative Deficit / I. Johnstone // American Journal of International Law. — 2008. — Vol. 102, N 2. — P. 275–308; Boulden J. The Security Council and Terrorism / J. Boulden // The United Nations Security Council and War: the Evolution of Thought and Practice since 1945 / ed. by V. Lowe. — 2008. — P. 608–623.
12. UN Doc. S/RES/1127 (1997).
13. UN Doc. S/RES/1173 (1998).

14. UN Doc. S/RES/1196 (1998).
15. UN Doc. S/RES/1267 (1999).
16. UN Doc. S/RES/1333 (2000).
17. UN Doc. S/RES/1363 (2001).
18. UN Doc. S/RES/1373 (2001).
19. Руководство по включению в законодательство и применению универсальных документов о борьбе с терроризмом / Управление Организации Объединенных Наций по наркотикам и преступности. — Нью-Йорк : ООН, 2007.
20. Elberling B. The ultra vires character of legislative action by the Security Council / *B. Elberling* // International Organizations Law Review. — 2005. — Vol. 2. — P. 337–360.
21. Bianchi A. Assessing the Effectiveness of the UN Security Council's Anti-terrorism Measures: the Quest for Legitimacy and Cohesion / *A. Bianchi* // The European Journal of International Law. — 2006. — Vol. 17, N 5. — P. 884.
22. Donnelly E. Raising Global Counter-terrorism Capacity: the Work of the Security Council's Counter-terrorism Committee / *E. Donnelly* // September 11, 2001: a Turning Point in International and Domestic Law / ed. by P. Eden, T. O'Donnell. — 2005. — P. 757–779.
23. Marschik A. The Security Council's Role: Problems and Prospects in the Fight against Terrorism / *A. Marschik* // International Cooperation in Counter-Terrorism: the United Nations and Regional Organizations in the Fight against Terrorism / ed. by G. Nesi. — 2006. — P. 69–80.
24. Martínez L. M. H. The legislative role of the Security Council in its fight against terrorism: legal, political and practical limits / *L. M. H. Martínez* // International and Comparative Law Quarterly. — 2008. — N 57. — P. 333–359.
25. Ham P. Global Non-Proliferation and Counter-Terrorism: the Role of Resolution 1540 and its Implications / *P. Ham, O. Bosch* // Global Non-Proliferation and Counter-Terrorism: the Impact of UNSCR 1540 / ed. by O. Bosch, P. Ham. — 2007. — P. 3–23.
26. Rosand E. The Security Council as "Global Legislator": Ultra Vires or Ultra Innovative? / *E. Rosand* // Fordham International Law Journal. — 2005. — Vol. 28, N 3. — P. 542–590; Leurdijk D. A. Decision-making by the Security Council: terrorist acts which threaten international peace and security, 1989–2004: a survey of resolutions / *D. A. Leurdijk, G. Steeghs*. — 2005.
27. Руководство для законодательных органов по универсальному правовому режиму против терроризма / Управление Организации Объединенных Наций по наркотикам и преступности. — Нью-Йорк : ООН, 2008.
28. Hudson A. Not a Great Asset: the UN Security Council's Counter-Terrorism Regime: Violating Human Rights / *A. Hudson* // Berkeley Journal of International Law. — 2007. — Vol. 25, N 2. — P. 203–227.
29. United Nations. General Assembly. 6 August 2010. Promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism. Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism UN Doc. A/65/258.
30. United Nations. General Assembly. 8 December 2010. Third Committee. Summary record of the 30th meeting, 26 October 2010. UN Doc. A/C.3/65/SR.30.
31. UN Doc. S/RES/1988 (2011); S/RES/1989 (2011).
32. UN Doc. S/RES/1816 (2008); UN Doc. S/RES/1838 (2008); UN Doc. S/RES/1844 (2008); UN Doc. S/RES/1846 (2008); UN Doc. S/RES/1851 (2008); UN Doc. S/RES/1897 (2009); UN Doc. S/RES/1918 (2010); UN Doc. S/RES/1950 (2010), UN Doc. S/RES/ 1976 (2011).
33. Організація Об'єднаних Насій. Совет Безпеки. 25 января 2011. Доклад Спеціального советника Генерального секретаря по правовим вопросам, касающимися пиратства у берегов Сомали. — UN Doc. S/2011/30.

А н н о т а ц и я

Зелинська Н. А. Транснаціональне уголовне право: нові можливості та ризики. — Стаття.

В статті розглядається поняття і структура транснаціонального уголовного права, нові тенденції його розвитку. Важливим елементом боротьби з транснаціональною злочинністю стали обґрунтовані застосуванням глави VII Статуту ООН антикримінальні резолюції Ради Безпеки ООН. С однієї сторони, вони суттєво розширили можливості транснаціонального кримінального права, з іншого — створили нові ризики. Автор приходить до висновку, що такі резолюції відіграють значну роль у формуванні під егідою Організації Об'єднаних Націй загального антикримінального політико-правового простору. Однак вони не можуть носити квазізаконотворчий характер: їх прийняття має бути пов'язане з конкретними ситуаціями, що являють загрозу міжнародному миру і безпеці.

Ключові слова: глобалізація, транснаціональна преступність, транснаціональне уголовне право, безпека, боротьба з преступністю.

А н н о т а ц і я

Зелінська Н. А. Транснаціональне кримінальне право: нові можливості та ризики. — Стаття.

У статті розглядається поняття та структура транснаціонального кримінального права, нові тенденції його розвитку. Важливим елементом боротьби з транснаціональною злочинністю стали обґрунтовані застосуванням глави VII Статуту ООН антикримінальні резолюції Ради Безпеки ООН. З одного боку, вони суттєво розширили можливості транснаціонального кримінального права, з іншого — створили нові ризики. Автор доходить висновку, що такі резолюції відіграють значну роль у формуванні під егідою Організації Об'єднаних Націй загального антикримінального політико-правового простору. Проте вони не можуть носити квазізаконотворчий характер: їх прийняття має бути пов'язане з конкретними ситуаціями, що являють загрозу міжнародному миру і безпеці.

Ключові слова: глобалізація, транснаціональна злочинність, транснаціональне кримінальне право, безпека, боротьба зі злочинністю.

S u m m a r y

Zelinskaya N. Transnational criminal law: new possibilities and risks. — Article.

The concept and structure of transnational criminal law, and its new development trends are discussed in the article. Important elements in the fight against transnational crime are the UN Security Council resolutions against crime under Chapter VII of the Charter of the UN. On one hand, they have greatly expanded the possibilities of transnational criminal law, while having created new risks on the other. The author concludes that such resolutions play a significant role in the formation of a common anticrime political and legal space under the auspices of the United Nations. However, they cannot be quasi-legislative by nature: their adoption should be linked to specific situations that threaten international peace and security.

Keywords: globalization, transnational crime, transnational criminal law, security, crime prevention.

УДК 341.3

T. P. Короткий

ЕКОЛОГІЗАЦІЯ МІЖНАРОДНОГО ПРАВА

У пострадянській доктрині сучасне міжнародне право розглядають найчастіше як систему права. Такий підхід цілком обґрутований як при викладі навчального матеріалу, так і певною мірою при розгляді періодизації міжнародного права і феномена сучасного міжнародного права з позиції позитивізму.

Однак, на наш погляд, такий підхід не відображає розвитку всього різноманіття міжнародно-правових відносин у системі міжнародних відносин, взаємодії всіх компонентів, що опосередковують функціонування міжнародного права. Як зазначає Г. В. Ігнатенко, «двоаспектний зміст може розглядатися як підстава для розуміння права, включаючи міжнародне право, як компонент більш складного явища — правової системи, у тому числі міжнародно-правової системи, маючи на увазі при цьому фактори, що забезпечують правореалізаційний процес» [38, с. 41]. На думку В. Г. Буткевича, «визначати міжнародне право як систему норм, що склалось у класичний період міжнародного права, означало б гальмувати його розвиток, консервувати на рівні минулого стану, ігнорувати міжнародно-правові процеси, що відбуваються нині, звужувати суть міжнародного права до одного нормативного компонента. Сьогодні погляд на міжнародне право лише як на систему норм явно недостатній і застарілий» [15, с. 22].

Тому, на нашу думку, необхідні дослідження міжнародно-правової системи [21; 27], до складу якої входять як добре вивчені компоненти — система міжнародного права і інституціональний компонент (різноманіття міжнародних організацій і органів, що забезпечують функціонування міжнародного права), так і такі недостатньо вивчені компоненти, як ідеологічний (що включає міжнародну правосвідомість, міжнародну ідеологію, міжнародно-правову культуру) й імплементаційний (міжнародно-правові відносини, міжнародна законність і правопорядок), причому не як самостійні об'єкти, не в контексті теоретичного аналізу, а як по-

вноцінні компоненти, що забезпечують функціонування цілісної і єдиної міжнародно-правової системи та її взаємодію із системою міжнародних відносин у процесі нормативно-управлінського впливу на останню. Саме міжнародної правової системи, а не міжнародного права, системи як багатокомпонентного явища, зв'язки між окремими компонентами якої мають системний характер.

Визначившись з об'єктом дослідження — міжнародно-правова система, уточнимо предмет дослідження — це ознаки, властиві міжнародно-правовій системі в цілому на сучасному етапі її розвитку [25]. На нашу думку, до таких ознак належать гуманізація [22; 24; 49], демократизація [26; 28; 35], екологізація і закріплення принципу панування права [23; 25].

На нашу думку, така ситуація пов'язана із схильністю міжнародно-правової системи у своїй еволюції до загальних тенденцій розвитку цивілізації. Причому ці процеси в міжнародному праві відбуваються вже після їх поширення у внутрішньодержавних правових системах. Така тенденція найбільш характерна і для екологізації суспільних відносин, домінування якої на внутрішньодержавному рівні стало тенденцією останньої чверті ХХ століття.

Однак, якщо гуманізація, демократизація і закріплення принципу панування права історично мають досить тривалу історію свого розвитку і тісний взаємозв'язок, то екологізація — це нове явище, що виникло в результаті значного погрішення якості навколошнього природного середовища на початку ХХ століття і з досить невеликим розривом охопило міжнародні відносини і міжнародно-правову систему в 70-х рр. ХХ століття.

Тому метою даної роботи є дослідження феномена екологізації суспільних відносин стосовно міжнародно-правової системи.

Виходячи із заявленої мети, ми сформулювали такі завдання: охарактеризувати природу і зміст екологізації міжнародних відносин; провести аналіз передумов екологізації міжнародно-правової системи; уяснити вплив глобальних проблем на розвиток міжнародного права; досліджувати вплив концепцій сталого розвитку й екологічної безпеки на еволюцію міжнародно-правового регулювання як прояву екологізації міжнародного права; вивчити особливості становлення і розвитку самостійної галузі — міжнародного права навколошнього середовища та його принципів як найбільш повного відображення екологізації міжнародного права; провести дослідження впливу екологізації на різні компоненти міжнародно-правової системи.

1. У ХХ столітті відбулася екологізація суспільних відносин: «...проблема захисту навколошнього середовища буквально пронизує всі суспільні й міжнародні відносини» [14, с. 6], і, як наслідок, екологізація нормативного регулятора цих відносин — права: «охорона навколошнього середовища стала предметом численних національних, наднаціональних і міжнародних норм» [39, с. 569].

Поняття «екологізація» права не є абсолютно новим у юриспруденції. Одним із перших учених, що використовували цей термін, був професор В. В. Петров, котрий вказував, що «під екологізацією нормативно-правових актів треба розуміти впровадження еколого-правових вимог у зміст, правову тканину нормативно-правового акта» [40, с. 95].

Явище екологізації властиво міжнародним відносинам і міжнародному праву. Як указує М. М. Копилов, «з розширенням предмета міжнародного екологічного права прямо зв'язане таке всіма визнане явище, як «екологізація» міжнародних відносин. Включення еколого-орієнтованих норм у джерела, що традиційно належать до інших галузей міжнародного права, найчастіше відбувається внаслідок сформованої традиції чи по розуміннях зручності не веде до розширення предметної сфери таких галузей» [20, с. 735].

Така тенденція характерна для внутрішньодержавного права, і цілком обґрунтовано вона знайшла відображення й у праві міжнародному — від екологізації міжнародних відносин до екологізації міжнародного права і міжнародно-правової системи.

У чому причини екологізації? На наш погляд, екологізація відбила певні тенденції в розвитку цивілізації, коли вплив на навколошнє середовище став фактором такого розвитку, що лімітує, і безпосередньо став загрозою реалізації основних прав людини — права на життя і здоров'я. Тому спочатку на національному рівні відбулося виникнення екологічних норм і формування права навколошнього середовища (екологічного права).

На думку віце-президента Міжнародного Суду ООН К. Г. Веєрамантрі, захист навколошнього середовища є *sine qua non* для багатьох прав людини (право на здоров'я, право на життя і т. д.), а шкода навколошньому середовищу може спричинити порушення і підрив усіх прав людини¹.

З посиленням антропогенного впливу на навколошнє середовище, виходу за рамки державних територій, посиленням трансграничного впливу проблема охорони навколошнього середовища перейшла в розряд міждержавних. Як зазначає В.-Г. Вітцтум, трансграничний характер проблем навколошнього середовища обумовлює їх вирішення тільки на основі міжнародного співробітництва [39, с. 570]. Із створенням програмами Організації Об'єднаних Націй з навколошнього середовища (ЮНЕП) екологічні питання стали невід'ємним аспектом роботи всієї системи ООН [32, с. 11].

На початковому етапі, на думку Н. А. Соколової, питання охорони навколошнього середовища об'єктивно інтегровані в контекст інших глобальних проблем, і в якийсь момент виправдано може виникнути впевненість, що екологічні інтереси не мають самостійної цінності. Проте екологічна проблематика, нехай дуже й обережно, знаходить реальні риси [43, с. 99].

На такий перехід справив вплив науково-технічний прогрес, під впливом якого природне середовище існування спочатку людини, локального

співтовариства, а потім цілих регіонів і значних груп населення, а потім і всього людства виявилося під загрозою.

2. Необхідно відзначити, що екологізація міжнародного права значно ширше за міжнародно-правовий захист екологічних прав людини, вона не замикається в них, а є загальним імперативом розвитку міжнародно-правової системи в цілому.

На наш погляд, потреба охорони навколошнього середовища є самостійною метою, похідною від абсолютної унікальної цінності природи, і не тільки як середовище існування людини. Дано теза, за аналогією з обґрунтуванням природних прав людини, далеко виходить за рамки правової сфери і носить загальнофілософський характер, однак, природно, сама «охорона», з одного боку, похідна від абсолютної цінності природи, з іншого — є виключно соціальним явищем, оскільки відносини з охорони навколошнього середовища є суспільними відносинами і виникають виключно в соціумі. Тому необхідно « знайти ту міру стимулювання, що не зупинила би людство в його розвитку, не зламала б моральний стрижень особистісного ставлення людини до навколошнього середовища» [42, с. 54].

Не є винятком і міжнародні відносини. Декларація тисячоріччя ООН виходить з того, що повага до природи як однієї з фундаментальних цінностей буде мати істотно важливе значення для міжнародних відносин у ХХІ столітті.

Практично всі галузі сучасного міжнародного права піддаються впливу екологічного імператива. Адже міжнародна діяльність з охорони навколошнього середовища не може розглядатися у відриві від суміжних економічних і міжнародно-правових питань (транспорту, торгівлі, видобутку корисних копалин, туризму), соціальних проблем (бідності, голоду, міграції, становища корінних народів, релігії). Взаємозв'язки виникають у площині прав людини (права «третього покоління»). Охорона навколошнього середовища також відіграє певну роль у праві, що стосується збройних конфліктів і охорони культурних цінностей [39, с. 570–571], у міжнародному морському праві, у праві міжнародної безпеки, у міжнародному економічному праві, у міжнародному повітряному і космічному праві.

Внаслідок цього при дослідженні феномена екологізації міжнародного права доцільно його розглядати в контексті загальних принципів права і теоретичних передумов, виявлення особливостей екологізації системи міжнародного права на прикладі окремих галузей і, природно, міжнародного права навколошнього середовища, а також дослідження відповідних тенденцій у рамках кожного з інших компонентів міжнародно-правової системи — екологізація інституціонального, ідеологічного і імплементаційного компонентів.

3. Екологічні проблеми є глобальними проблемами сучасності. Вони стосуються всіх держав без винятку (трансграничне забруднення, виснаження озонового шару, глобальне потепління) і ставлять під загрозу

існування людства. Як укажує І. Б. Лянгер, екологічна криза, яка поширюється, унеможливлює сталий розвиток цивілізації [37, с. 5].

Глобальний характер загальних проблем і необхідність спільного їх вирішення відзначалися на багатьох рівнях і вже усвідомлені як об'єктивна реальність [54]. У доповіді, поданій на 64-й сесії Генеральної Асамблеї ООН у вересні 2009 р., Генеральний секретар назвав зміну клімату визначальним викликом для нашого покоління, що стосується всіх сфер діяльності — від енергетики до охорони здоров'я, продовольства, розвитку, безпеки [6]. Глобальні проблеми відрізняють планетарний масштаб [36, с. 7]. Причому вирішення цих проблем можливо лише за умови більш активного й ефективного співробітництва держав. Регламентація охорони навколошнього середовища часто здійснюється в глобальному масштабі, щонайменше, на рівні континентів [39, с. 571].

А. Г. Лисицин-Светланов укажує на особливе значення, що набуває забезпечення дії ефективної системи управління глобальними процесами. При цьому розвиток системи управління можливий тільки на загальній правовій основі. У зв'язку з чим головною турботою держав стає зміцнення міжнародного правопорядку [34, с. 11]. Таким чином, існує тісний взаємозв'язок між глобальними проблемами як зовнішніми факторами, які спроявляють вплив на становлення і розвиток системи глобального управління, що, у свою чергу, заснована й одночасно повинна забезпечити сучасний міжнародний правопорядок.

У зв'язку з цим вирішення певних глобальних проблем (екологічної і, зокрема, проблеми захисту Світового океану як частини цілого) необхідно розглядати через призму особливостей глобального управління (регулювання співробітництва) в частині забезпечення ефективного правопорядку у Світовому океані як складової міжнародного правопорядку в цілому. Захист Світового океану, як укажує В. М. Гуцуляк, вважається однією з найбільш гострих проблем сучасності, що носить яскраво виражений міжнародний характер [17, с. 73].

У відповідь на екологічні проблеми теорія і практика виробила адекватну відповідь — необхідність формування ефективної глобальної політики сталого соціального й екологічного розвитку [34, с. 15; 56].

4. Наприкінці ХХ століття відбувся перехід до нової цивілізаційної парадигми — сталого розвитку, що потребував вироблення нових міжнародних відносин і еволюції їх нормативної підсистеми — міжнародного права. Нові міжнародні відносини повинні опосередковуватися новими нормами і принципами, що складають систему права сталого розвитку. Сталий розвиток базується на трьох «китах» — стабільності екологічної, соціальної й економічної. Фактично концепція сталого розвитку є свідченням екологізації міжнародних відносин. Ще однією особливістю сталого розвитку є можливість його здійснення виключно в глобальних масштабах, усіх рівнях і формах — від державно-правових інститутів до глобального управління, від індивідуальної правосвідо-

мості до міжнародної правосвідомості, від національного до глобального правопорядку.

Під сталим розвитком розуміється модель поступального розвитку суспільства, при якій досягається задоволення життєвих потреб нинішнього покоління без позбавлення такої можливості майбутніх поколінь людей [11].

Завдання переходу цивілізації до сталого розвитку закладені в Декларації тисячоріччя ООН. Підтвердивши в Декларації тисячоріччя зобов'язання держав про підтримку принципів сталого розвитку, що викладені на Порядку денному на ХХІ століття, твердий намір дотримуватися в екологічній діяльності нової етики дбайливого і відповідального ставлення до природи, ООН активно провадить політику реалізації заявленої програми.

У прийнятому Генеральною Асамблеєю ООН підсумковому документі Всесвітнього саміту 2005 р. глави держав і урядів заявили про тверду прихильність справі досягнення цілей сталого розвитку, у тому числі за допомогою здійснення Порядку денного на ХХІ століття. Учасники саміту знову відзначили необхідність виконання всіх зобов'язань, прийнятих за Рамковою конвенцією про зміну клімату 1992 р. і іншими міжнародними угодами. На саміті було прийняте зобов'язання в інтересах сталого розвитку провадити міжнародне десятиліття «Вода для життя», вживати заходів для зниження темпів зменшення біологічної розмаїтості відповідно до Конвенції про біологічну розмаїтість 1992 р. і Картахенського протоколу до неї, підтримувати реалізацію ініціативи Конвенції ООН їзборотьби з опустеленням, посилення заходів для збереження, раціонального використання всіх видів лісів на благо нинішнього і майбутнього поколінь. Учасники також зобов'язалися вживати подальших заходів для заохочення інновації, екологічно безпечної енергетики, збереження джерел енергії, впровадження більш безпечних технологій, надання допомоги країнам, що розвиваються, заохочувати комплексне освоєння і сталий розвиток Світового океану та ін. [16].

5. Однією з тенденцій, що відображають процес екологізації міжнародного права, є генезис міжнародно-правових принципів, прямо чи побічно спрямованих на охорону навколошнього середовища. Ця тенденція досить добре вивчена в науковій літературі, насамперед щодо дій основних принципів міжнародного права стосовно міжнародного права навколошнього середовища і щодо каталогу і змісту спеціальних принципів цієї галузі міжнародного права [57]. Як приклад спеціальних принципів можна вказати на принципи незаподіяння шкоди території інших держав, охорони і раціонального використання живих ресурсів моря, принцип неприпустимості радіоактивного забруднення вод Світового океану та ін.

У комплексному вигляді основні принципи міжнародного права навколошнього середовища не кодифіковані й можуть бути виявлені при аналізі природоохоронних і інших договорів, декларацій і інших актів

нормоутворюючого характеру [32, 16]. Наслідком генезису цих принципів є охоплення ними дедалі більшого числа міжнародних правовідносин (як, наприклад, принцип обережності), що свідчить про становлення нового основного принципу міжнародного права — принципу охорони навколошнього середовища, що стане найяскравішим свідченням екологізації останнього. На думку В. П. Кириленко, під впливом соціального і науково-технічного прогресу формується комплексний принцип міжнародного права — принцип екологічної безпеки [19].

6. Про екологізацію міжнародного права свідчить становлення і розвиток концепції міжнародної екологічної безпеки. Ця концепція одержала розвиток як у національному праві, так і в міжнародному [19; 29; 32; 41; 55].

Концепція екологічної безпеки почала розроблятися у 80-ті рр. ХХ століття як відповідь міжнародного співтовариства на різку деградацію навколошнього середовища. Вона була включена у всеосяжну систему міжнародної безпеки як один із складових елементів, що поступово набуває дедалі більшого значення. Включена спочатку як один із елементів у всеосяжну систему міжнародної безпеки, екологічна безпека поступово стає однією з найзначніших складових цієї системи [32, с. 12].

Так, наприклад, у резолюції 42/93 Генеральної Асамблеї ООН про всеосяжну систему міжнародного миру і безпеки відзначається, що співробітництво в екологічній сфері повинне стати невід'ємним елементом усеосяжної системи міжнародної безпеки, що полягає в тому, що невирішені екологічні проблеми легко можуть перерости в міжнародну напруженість і конфлікти [9].

Екологічна безпека в міжнародно-правовій доктрині розуміється неоднозначно. Деякі автори, по суті, указуючи на її самостійний характер, зводять її до захисту навколошнього середовища в період збройних конфліктів і пов'язують із проблематикою роззброювання [32]. Багато які вчені, розробляючи цю концепцію, екстраполюють конструкції воєнної безпеки на екологічні проблеми [32, с. 12]. Мінімізація шкоди навколошньому середовищу і захист навколошнього середовища під час збройних конфліктів є важливою складовою забезпечення і підтримки як усеосяжної системи міжнародної безпеки, так і міжнародної екологічної безпеки [13, с. 103].

Широке розуміння міжнародної екологічної безпеки притаманне значній кількості вчених. На думку А. С. Тимошенко, «екологічна безпека як сталій стан глобального характеру становить складну політико-правову єдність, систему окремих, але взаємозалежних елементів» [47, с. 87]. На думку А. А. Шишко, «екологічна безпека становить комплекс правових, організаційних і матеріальних гарантій захисту навколошнього середовища кожної держави від шкідливого впливу, джерела якого розташовані за межами даної держави» [51, с. 4]. Однак ці два визначення розглядають екологічну безпеку в політико-правовому вимірі, коли нас цікавить більшою мірою екологічна безпека як об'єкт

міжнародно-правового регулювання. Такий підхід більшою мірою притаманний А. В. Кукушкіній, котра робить висновок про те, що «екологічну безпеку можна визначити як складну взаємозалежну систему міжнародних екологічних норм, спрямованих на забезпечення безпеки всіх життєво важливих для людства екологічних компонентів планети, а також збереження і підтримку існуючого природного балансу між ними» [32, с. 14].

Широке розуміння міжнародної безпеки характерно і для міжнародних документів. Проект спільної резолюції України і Чехословаччини, який вони внесли на 42-й і 43-й сесіях Генеральної Асамблей ООН, говорить про екологічну безпеку як «пов’язану із забезпеченням сталого розвитку всіх держав у безпечних екологічних умовах» (Doc. ООН A/C 2142/L. 34, 1987, October 30.). У звіті Ради керуючих ЮНЕП про роботу її першої спеціальної сесії говориться, що «екологічна безпека має на увазі раціональний і сталий розвиток екологічних ресурсів на благо нинішнього і майбутнього поколінь» [8]. Міжнародна екологічна безпека припускає такий стан міжнародних відносин, при якому забезпечуються збереження, раціональне використання, відтворення і підвищення якості навколошнього середовища. Будь-яка діяльність повинна здійснюватися таким чином, щоб виключити заподіяння шкоди не тільки іншим державам, але і всьому міжнародному співтовариству в цілому. Можна вважати, що ці зобов’язання держав становлять зобов’язання erga omnes [32, с. 21].

7. Питання міжнародно-правової відповідальності за завдання шкоди навколошньому середовищу мають важливе значення для обґрунтування явища екологізації міжнародного права. Як зазначають А. Х. Абашідзе й О. М. Солнцев [12, с. 258–272], у даний час кодифіковані (чи перебувають у стадії завершення кодифікації) норми у сфері міжнародно-правової екологічної відповідальності: відповідальності за шкідливі наслідки дій, не заборонених міжнародним правом (позитивна відповідальність — liability); відповідальності за діяльність в Антарктиці; відповідальності за збиток від трансграничного переміщення генетичномодифікованих організмів; відповідальності за забруднення моря нафтою; відповідальності за збиток, заподіяний трансграничним транспортуванням небезпечних відходів і їх видаленням [4]; відповідальності за збиток, заподіяний під час перевезення небезпечних вантажів [3]; відповідальності за ядерний збиток [1; 2].

8. Одним із проявів екологізації міжнародного права є виникнення концепції екоцида як міжнародного злочину в доктрині міжнародного права в другій половині ХХ століття.

А. В. Кукушкіна під екоцидом розуміє одну з крайніх форм руйнування навколошнього середовища і як приклад наводить війну в Перській затоці [32]. Як відзначає Е. Н. Трикоз, злочин екоциду зазіхає на безпечні умови існування екосистем, він призводить до прямих порушень екологічних зв’язків між людиною і природою, а також фізичного зни-

щення природних ресурсів шляхом застосування зброї масового знищення, деяких видів звичайної зброї, а також технічних засобів, що не мають відношення до зброї, але здатні за певних умов негативно впливати на динаміку і структуру Землі, включаючи її біосферу, гідросферу, літосферу чи космічний простір [48, с. 191].

Шкода, заподіяна США навколошньому середовищу під час війни у В'єтнамі, змусила світове співтовариство звернути серйозну увагу на дану проблему. У результаті вперше норми про захист навколошнього середовища під час збройних конфліктів були закріплені в міжнародних договорах лише в другій половині 70-х рр. ХХ століття. До них належать: Конвенція про заборону військового чи будь-якого іншого ворожого використання засобів впливу на природне середовище 1976 р. і Додатковий протокол І до Женевських конвенцій про захист жертв війни 1949 р., що стосується жертв міжнародних збройних конфліктів 1977 р.

9. У міжнародному праві сформувалася самостійна галузь права — міжнародне право навколошнього середовища, що регулює міжнародні екологічні відносини між суб'єктами міжнародного права. Виникнення цієї галузі стало результатом екологізації міжнародних відносин і звязано з виділенням у достатньому обсязі нормативного матеріалу і самостійних предметних сфер регулювання. Найважливіші політико-правові стимули розвитку права в цій сфері дали конференції ООН у Стокгольмі (1972 р.) і в Ріо-де-Жанейро (1992 р.).

Подальша екологізація міжнародних відносин виявилася й у доповненні двох традиційних предметних сфер регулювання міжнародного права навколошнього середовища (відносин із приводу охорони навколошнього середовища і відносин із приводу раціонального природокористування) двома новими — відносини з приводу забезпечення екологічної безпеки і відносини з приводу забезпечення дотримання екологічних прав людини [38, с. 739]. Ці процеси припадають на кінець ХХ століття і відбиті в резолюціях ООН, багатосторонніх і двосторонніх угодах.

10. Екологізація міжнародного права знайшла відображення в рамках міжнародного гуманітарного права в результаті закріплення принципу заборони заподіяння серйозної, довгострокової і значної шкоди навколошньому середовищу. У міжнародному праві навколошнього середовища закріплений принцип про те, що держави повинні поважати міжнародне право, забезпечуючи захист навколошнього середовища при виникненні збройних конфліктів і співробітничати за необхідності його подальшого розвитку (Принцип 24 Декларації Ріо-92). Можна говорити про формування самостійного інституту в міжнародному гуманітарному праві — інституту захисту навколошнього середовища в період збройного конфлікту [44, с. 61–62].

Проблематика захисту навколошнього середовища під час збройних конфліктів привертає увагу міжнародного співтовариства², знаходить

висвітлення в діяльності міжнародних організацій, насамперед ЮНЕП [13, с. 16–17] і МКЧХ [18; 44].

Міжнародно-правовий режим захисту природного середовища в період збройного конфлікту забезпечують звичаєві норми міжнародного права і міжнародні договори [44, с. 62]. До них належать: Конвенція про заборону військового чи будь-якого іншого ворожого використання засобів впливу на природне середовище 1976 р. і Додатковий протокол І до Женевських конвенцій про захист жертв війни 1949 р., що стосується жертв міжнародних збройних конфліктів 1977 р.

11. Однією з перших галузей міжнародного права, в якій виник самостійний інститут охорони навколошнього середовища, стало міжнародне морське право. Така обставина була пов'язана з двома причинами — первісною спрямованістю міжнародно-правових норм у розглянутій сфері на міжнародні простори (відкрите море) і різким погіршенням ситуації із забрудненням морського середовища в результаті судноплавства в 50-ти рр. ХХ століття. Надалі екологічна складова міжнародно-правового регулювання діяльності держав у морських просторах тільки підсилилася, що привело не тільки до бурхливого розвитку міжнародного договірного регулювання наприкінці 60–70-х рр. ХХ століття питань захисту і збереження морського середовища, але й закріплення природоохоронної функції у спеціалізованій установі ООН — Міжнародній морській організації.

Як зазначає В. М. Гуцуляк, «екологізація дедалі більше стає характерною рисою сучасного міжнародного морського права». На це вказує імперативне закріплення в міжнародному морському праві принципу охорони морського середовища (ч. XII Конвенції ООН з морського права 1982 р.), що фактично визначає сучасний міжнародно-правовий режим охорони морського середовища [17, с. 73–74].

12. Екологізація міжнародного права спричинила появу окремої категорії міжнародних спорів — міжнародних екологічних спорів [46, с. 89] і виникнення системи інституціональних механізмів з їх вирішення [38, с. 745]. Дано проблема досить широко досліджувалася в працях з міжнародного права [43; 45; 46].

Даючи поняття міжнародного екологічного спору як протистояння правових аргументів або інтересів суб'єктів міжнародного права, яке приймає форму конfrontуючої специфічної вимоги й торкається антропогенної зміни екосистем, що має негативний вплив на людей і веде до виснаження природних ресурсів, О. М. Солнцев робить застереження про те, що «більшість міжнародних спорів мають екологічну складову, оскільки стосуються розподілу контролю над природними ресурсами» [46, с. 89]. До власне екологічних спорів учений відносить справу «Про греблю Гат»; справу «Трейл Смелтер», а до спорів з екологічною складовою — справу «Габчиково-Надьмарош» (Угорщина проти Словаччини), справу «Волга».

Міжнародні екологічні спори розглядалися і розглядаються як у рамках арбітражу, так і міжнародними судами. Серед них існує ряд міжна-

родних органів, адаптованих для вирішення міжнародних екологічних спорів. До них належать: Міжнародний Суд ООН, у складі якого в 1993 р. була створена камера по екологічних питаннях; Міжнародний Трибунал з морського права, у складі якого в 2002 р. була створена камера для вирішення екологічних спорів; Постійна палата третейського суду; Орган з вирішення спорів при ВТО; Суд Європейських Співтовариств. У 1994 р. був заснований Міжнародний суд екологічного арбітражу і примирення (міжнародна неурядова організація).

Аналізуючи діяльність Міжнародного Суду ООН після розгляду справ, що стосуються захисту навколошнього середовища, О. М. Солнцев виділяє такі категорії спорів: про трансграничне забруднення територій (справа «Про протоку Корфу» (Велика Британія проти Албанії); справа «Про ядерні випробування» (Нова Зеландія й Австралія проти Франції); справа «Про фосфати Науру» (Науру проти Австралії); справа «Про розпилення токсичних гербіцидів» (Еквадор проти Колумбії); захист живих морських ресурсів (две справи «Про рибальську юрисдикцію»; справа «Китобійний промисел в Антарктиці» (Австралія проти Японії); спільне використання водотоків (справа «Про гідрозвузол Габчиково-Надьмарош» (Угорщина проти Словаччини); справа «Про целюлозно-паперові комбінати» (Аргентина проти Уругваю) [45, с. 94]. При розгляді консультативного висновку про законність загрози ядерною зброєю Міжнародний Суд ООН приділив значну увагу питанням охорони навколошнього середовища в період збройних конфліктів.

13. Під впливом екологізації зміни відбуваються не тільки в позитивному міжнародному праві, але й в інституціональному компоненті міжнародно-правової системи. І тут можна виділити декілька пов'язаних між собою тенденцій: по-перше, відбувається адаптація, підстроювання існуючих міжнародних міжурядових організацій, насамперед універсального характеру, під вирішення екологічних проблем, що носять глобальний характер. По-друге, скликаються міжнародні конференції, спеціально присвячені охороні навколошнього середовища: Стокгольмська конференція ООН з проблем навколошнього щодо людини середовища 1972 р., Конференція ООН з навколошнього середовища і розвитку 1992 р., Всесвітня зустріч на вищому рівні із сталого розвитку 2002 р. По-третє, створюються нові міжнародні спеціалізовані організації, прямо пов'язані з міжнародною природоохороною — Програма ООН з навколошнього середовища (ЮНЕП). По-четверте, у рамках існуючих і створюваних регіональних і субрегіональних організацій питання природоохоронного співробітництва посідають дедалі більш значиме місце (Міжнародна екологічна рада СНД).. По-п'яте, дедалі більший вплив на міжнародну правотворчість і правозастосування справляють природоохоронні неурядові організації (Міжнародний союз охорони природи і природних ресурсів).

Таким чином, можна констатувати, що екологізація міжнародного права носить об'єктивний характер, відображається як у нормативній

системі міжнародного права, так і у всіх інших компонентах міжнародно-правової системи. Екологізація міжнародного права — явище, що відображається не тільки у виникненні спеціалізованих галузей і принципів міжнародного права, це процес еволюції всіх норм, інститутів і галузей міжнародного права під впливом екологічного імператива. Цей імператив відображається в концепції переходу міжнародного права від «права співробітництва» ХХ століття до «права економічного співробітництва і розвитку» ХXI століття [52, с. 8], де співробітництво і розвиток означають єдність і боротьбу двох фундаментальних основ цивілізації — тенденції до розвитку, зросту, економічного прогресу і необхідність забезпечити фізичне виживання, якість навколошнього середовища, що втілилося в концепції сталого розвитку. Значення міжнародного права полягає саме в тому, щоб забезпечити баланс інтересів між цими цілями.

П р и м і т к и

1. Окрема думка віце-президента Міжнародного Суду ООН К. Г. Веєрамантрі у справі «Габчиково-Надьмарош» (Угорщина проти Словакії, 1997 р.).
2. У п. 3 Резолюції Генеральної Асамблеї ООН «Охорона навколошнього середовища в періоди збройних конфліктів» A/RES/47/37 від 25 листопада 1992 р. підкреслюється, що руйнування навколошнього середовища, не виправдане військовою необхідністю і здійснюване довільно, явно суперечить існуючому міжнародному праву, і міститься заклик ужити заходів з включення положень міжнародного права, застосовних до охорони навколошнього середовища, у військові статути держав і забезпечити їх ефективне поширення; Резолюцією ГА ООН 56/4 від 1 листопада 2001 р. 6 листопада оголошено Міжнародним днем запобігання експлуатації навколошнього середовища під час війни і збройних конфліктів. Див.: Послання Генерального секретаря ООН з нагоди Міжнародного дня запобігання експлуатації навколошнього середовища під час війни і збройних конфліктів від 6 листопада 2004 р.

Л і т е р а т у р а

1. Венская Конвенция о гражданской ответственности за ядерный ущерб 1963 г. с доп. от 1988 г. [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://www.bellona.ru/Casefiles/vienna>.
2. Конвенция об ответственности в отношении третьих лиц в области ядерной энергии 1960 г. (с изм., внесенными Дополнительными Протоколами 1964 г., 1982 г. и 2004 г.) [Электронный ресурс]. — Режим доступа: www.nea.fr.
3. Конвенция ООН о гражданской ответственности за ущерб, причиненный при перевозке опасных грузов автомобильным, железнодорожным и внутренним водным транспортом 1989 г. [Электронный ресурс]. — Режим доступа: http://jurconsult.net.ua/zakony/zakon_show.php?zakon_id=3954&dbname=laws_uk_1990.
4. Протокол к Базельской конвенции 1989 г. об ответственности и компенсации за ущерб, причиненный трансграничной транспортировкой опасных отходов и их удалением 1999 г. [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://basel.int/text/conv-rev-g.pdf>.

5. Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН «Охрана окружающей среды в периоды вооруженных конфликтов» A/RES/47/37 от 25 ноября 1992 г. [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N93/086/94/IMG/N9308694.pdf?OpenElement>.
6. Доклады Генерального секретаря по пунктам повестки дня 64-й сессии ГА [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://www.un.org/ru/ga/64/agenda/sgreports.shtml>.
7. Письмо Генерального секретаря ООН по случаю Международного дня предотвращения эксплуатации окружающей среды во время войны и вооруженных конфликтов от 6 ноября 2004 г. [Электронный ресурс]. — Режим доступа : http://www.un.org/russian/basic/sg/messages/2004/environment_war04.htm.
8. Материалы ЮНЕП. Среднесрочный план программы ООН по окружающей среде на период 1990–1995 гг. Подпрограмма 10. Мир, безопасность и окружающая среда. [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://www.unepce.org>.
9. Ежегодный доклад директора-исполнителя ЮНЕП. — Найроби, 1987.
10. Руководящие принципы для военных уставов и инструкций об охране окружающей среды в период вооруженных конфликтов // Международный журнал Красного Креста. — 1996. — № 9 (март–апрель). — С. 237–245.
11. Report of the World Commission on Environment and Development A/RES/42/187 [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://www.un.org>.
12. Абашидзе А. Х. Экоцид как международное преступление: проблемы и перспективы / А. Х. Абашидзе, А. М. Солнцев // Международное уголовное правосудие. Современные проблемы / под ред. Г. И. Богуша, Е. Н. Трикоз. — М. : Ин-т права и публ. политики, 2009. — С. 258–272.
13. Абашидзе А. Х. Международное экологическое право: документы и комментарии. Вып. II. Защита окружающей среды во время вооруженных конфликтов / А. Х. Абашидзе, Ю. Г. Васильев, А. М. Солнцев. — М. : РУДН, 2009. — 103 с.
14. Абашидзе А. Х. Международное экологическое право: документы и комментарии. Вып. III. Экологические права человека : учеб. пособие / А. Х. Абашидзе, Ю. Г. Васильев, А. М. Солнцев. — М. : РУДН, 2010. — 218 с.
15. Буткевич В. Г. Поняття, природа та сфера міжнародного права / В. Г. Буткевич // Міжнародне право. Основи теорії : підручник / В. Г. Буткевич, В. В. Мицик, О. В. Задорожній ; ред. В. Г. Буткевич. — К. : Либідь, 2002. — С. 10–49.
16. Валеев Р. М. От глобальной экологической перспективы-2000 до Копенгагенской встречи по климату-2009 [Электронный ресурс] / Р. М. Валеев // Евразийский юридический журнал. — 2010. — № 4. — Режим доступа : http://www.eurasialaw.ru/index.php?option=com_jcontentplus&view=article&id=694:-2000-2009&catid=109:2010-06-17-09-48-32&Itemid=196.
17. Гуцуляк В. Н. Актуальные проблемы современного международного морского права и тенденции его развития / В. Н. Гуцуляк // Государство и право на рубеже веков. Международное право : Всерос. конф. (Москва, 2000) : [материалы]. — М. : ИГП РАН, 2000. — С. 73–78.
18. Защита окружающей среды в международном гуманитарном праве : сб. ст. — М. : МККК, 1995 — 126 с.
19. Кириленко В. П. Принцип экологической безопасности в современном международном праве / В. П. Кириленко // Правоведение. — 1989. — № 3. — С. 49–53.
20. Копылов М. Н. Международное экологическое право / М. Н. Копылов // Международное право : учебник / отв. ред. В. И. Кузнецова, Б. Р. Тузмухamedов. — 2-е изд., перераб. и доп. — М. : Норма, 2007. — С. 575–603.
21. Короткий Т. Р. Співвідношення понять «правова система» та «система права» щодо міжнародного права / Т. Р. Короткий // Актуальні проблеми держави і права : зб. наук. пр. — О. : Юрид. л-ра, 2007. — Вип. 36. — С. 479–487.
22. Короткий, Т. Р. Гуманізація міжнародного права / Т. Р. Короткий // Наукові праці Одеської національної юридичної академії. — О. : Юрид. л-ра, 2008. — Т. 7. — С. 170–182.

23. Короткий Т. Р. Принцип панування права серед принципів сучасного міжнародного правопорядку / Т. Р. Короткий // Актуальні проблеми політики : зб. наук. пр. — О. : Фенікс, 2008. — Вип. 35. — С. 336—345.
24. Короткий Т. Р. Гуманізація міжнародного права: попытка системного анализа / Т. Р. Короткий // Российский ежегодник международного права, 2008. — СПб. : СКФ «Россия-Нева», 2009. — Спец. вып. — С. 111—123.
25. Короткий Т. Р. Господство права как принцип функционирования международной правовой системы [Электронный ресурс] / Т. Р. Короткий // Бюллетень Владикавказского института управления. — 2009. — № 31. — С. 5—19. — Режим доступа : <http://viu-online.ru/rus/science/bulletine/30.html>.
26. Короткий Т. Р. Демократизация международного права / Т. Р. Короткий // Наукові праці Національного університету «Одеська юридична академія». — О. : Юрид. л-ра, 2010. — Т. 9. — С. 347—359.
27. Короткий Т. Р. Понятие и структура международно-правовой системы / Т. Р. Короткий // Актуальные проблемы современного международного права : материалы ежегод. межвуз. науч.-практ. конф., Москва, 9—10 апр. 2010 г. / под ред. А. Х. Абашидзе, М. Н. Копылова, Е. В. Киселевой. — М. : РУДН, 2011. — Ч. I. — С. 28—39.
28. Короткий Т. Р. Демократизация международного права: попытка системного анализа / Т. Р. Короткий // Российский ежегодник международного права, 2010. — СПб. : СКФ «Россия-Нева», 2011. — С. 67—88.
29. Кукушкина А. В. Международно-правовые аспекты экологической безопасности / А. В. Кукушкина // Московский журнар международного права. — 1993. — № 2. — С. 58—70.
30. Кукушкина А. В. Концепция устойчивого развития (экологический, экономический и социальный аспекты) / А. В. Кукушкина // Московский журнал международного права. — 2002. — № 1. — С. 52—60.
31. Кукушкина А. В. Устойчивое развитие и актуальные проблемы международного экологического права / А. В. Кукушкина // Евразийское пространство: опыт создания экологического законодательства : междунар. науч.-практ. конф. (Иркутск, 2004) : [материалы]. — Иркутск, 2004. — С. 79—82.
32. Кукушкина А. В. Экологическая безопасность, разоружение и военная деятельность государств: международно-правовые аспекты / А. В. Кукушкина ; предисл. И. Б. Лянгера. — М. : Изд-во ЛКИ, 2008. — 176 с.
33. Ли Сын Мин. Отраслевые принципы международного права окружающей среды в концепции устойчивого развития / Ли Сын Мин // Московский журнал международного права. — 2003. — № 1. — С. 94—99.
34. Лисицын-Светланов А. Г. Новые вызовы, угрозы и возможность перемен: о роли государств в прогрессивном развитии международно-правового регулирования при решении глобальных проблем современного мира / А. Г. Лисицын-Светланов // Новые вызовы и международное право. — М. : Ин-т гос. и права РАН 2010. — С. 9—19.
35. Лукашук И. И. Демократия — принцип международного сообщества XXI столетия / И. И. Лукашук // Государство и право на рубеже веков. Международное право : Всерос. конф., (Москва, 2000) : [материалы]. — М. : ИГП РАН, 2000. — С. 3—10.
36. Лукашук И. И. Глобализация и право / И. И. Лукашук. — М., 2000.
37. Лянгер И. Б. Предисловие / И. Б. Лянгер // Экологическая безопасность, разоружение и военная деятельность государств: международно-правовые аспекты / А. В. Кукушкина. — М. : Изд-во ЛКИ, 2008. — С. 3—5.
38. Международное право : учебник / отв. ред. В. И. Кузнецов, Б. Р. Тузмухamedов. — 2-е изд., перераб. и доп. — М. : Норма, 2007. — 720 с.
39. Международное право = Völkerrecht : пер. с нем. Кн. 2 / Вольфганг Граф Витцтум [и др.] ; пред., сост. В. Бергман ; науч. ред. и сост. указ. Т. Ф. Яковleva. — М. : Инфотропик Медиа, 2011. — 992 с. — (Сер.: Германська юридическая литература: современный подход).

40. Петров В. В. Экологическое право России : учебник / *В. В. Петров*. — М. : БЕК, 1995. — 557 с.
41. Пушкарева Э. Ф. Международный экологический правопорядок и экологические права человека : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук / *Э. Ф. Пушкарева*. — М., 2008. — 57 с.
42. Самсонов А. Л. На пути к ноосфере / *А. Л. Самсонов* // Вопросы философии. — 2000. — № 7. — С. 53–61.
43. Соколова Н. А. Вопросы охраны окружающей среды в деятельности международных судебных учреждений / *Н. А. Соколова* // Российский ежегодник международного права, 2003. — СПб., 2003. — С. 99–110.
44. Соколова Н. А. Природная среда как объект защиты международного гуманитарного права / *Н. А. Соколова* // Международное право — International Law. — 2010. — № 3. — С. 60–67.
45. Солнцев А. М. Экологическое измерение деятельности Постоянной палаты третейского суда (к 100-летию Второй Гаагской конференции мира (15 июня — 18 октября 1907 г.) / *А. М. Солнцев* // Российский ежегодник международного права, 2007. — СПб., 2008. — С. 87–93.
46. Солнцев А. М. Роль международного суда ООН в разрешении экологических споров (к 65-летию Международного Суда ООН) / *А. М. Солнцев* // Российский ежегодник международного права, 2010. — СПб. : СКФ «Россия-Нева», 2011. — С. 89–103.
47. Тимошенко А. С. Глобальная экологическая безопасность — международно-правовой аспект / *А. С. Тимошенко* // Советское государство и право. — 1989. — № 1. — С. 84–92.
48. Трикоз Е. Н. Преступления против мира и безопасности человечества: сравнительный и международно-правовой аспекты / *Е. Н. Трикоз*. — М. : Юрлитинформ, 2007. — 512 с.
49. Тузмухамедов, Р. А. Гуманизация международного права / *Р. А. Тузмухамедов* // Советское государство и право. — 1988. — № 11. — С. 114–122.
50. Шакиров А. Д. Становление права устойчивого развития / *А. Д. Шакиров* // Современные проблемы развития международного и конституционного права : междунар. науч.-практ. конф., посвящ. памяти проф. Д. И. Фельдмана : [материалы] / отв. ред.: Г. И. Кординков, О. М. Смирнова. — Казань : Центр инновац. технологий, 2008. — С. 343–347.
51. Шишко А. А. Предупреждение трансграничного загрязнения (международно-правовые проблемы) / *А. А. Шишко*. — К., 1990. — 54 с.
52. Шумилов В. М. Международное право : учебник / *В. М. Шумилов*. — М. : ТК Велби, 2007. — 488 с.
53. Урсул А. Д. Становление права устойчивого развития [Электронный ресурс] / *А. Д. Урсул*. — Режим доступа : <http://www.mnrgov.ru>.
54. Annan K. We the peoples. The role of the UN in the XXIst Century / *K. Annan*. — UN, 2000. — 346 р.
55. Boardman R. Ecological security, the Oceans and Common Security / *R. Boardman* // Pacem in Maribus XVII. — Moscow, June 1982.
56. Rischard J. F. High Noon: 20 Global Problems, 20 Years to Solve Them / *J. F. Rischard*. — N.Y., 2002. — 241 р.
57. Wolf Susan, White Anna, Stanley Neil. Principles of Environmental Law. — Third Edition. — London Sydney, 2002. — 513 р.

А н о т а ц і я

Короткий Т. Р. Екологізація міжнародного права. — Стаття.

Стаття присвячена розгляду процесів екологізації міжнародного права і міжнародно-правової системі. Досліджуються питання закріплення в міжнародному праві принципів

та норм, які направлені на охорону навколошнього середовища і розвиток міжнародно-правових механізмів, які забезпечують реалізацію цих норм.

Ключові слова: міжнародно-правова система, екологізація, міжнародно-правовова охорона навколошнього середовища; міжнародне право навколошнього середовища.

Аннотация

Короткий Т. Р. Экологизация международного права. — Статья.

В статье рассматриваются процессы экологизации международного права и международно-правовой системы. Исследуются вопросы закрепления в международном праве принципов и норм, направленных на охрану окружающей среды и развитие международно-правовых механизмов, обеспечивающих реализацию этих норм.

Ключевые слова: международно-правовая система, экологизация, международно-правовая охрана окружающей среды; международное право окружающей среды.

S u m m a r y

Korotkyi T. R. Ecologization of international law. — Article.

The article deals with the processes of ecologization of international law and international legal systems. Investigated the issues enshrined in international law principles and norms directed at protecting the environment and the development of international legal mechanisms that implement these standards.

Keywords: international legal system, the ecologization, the international legal protection of the environment, international environmental law.

УДК 341.231.14:316.647.82

Н. В. Дрёмина-Волок

**ЭКОНОМИЧЕСКОЕ НЕРАВЕНСТВО
И ДИСТРИБУТИВНАЯ ПАРАДИГМА МЕЖДУНАРОДНОГО
АНТИДИСКРИМИНАЦИОННОГО ПРАВА**

Ликвидация всех форм дискриминации как неотъемлемый компонент международной защиты прав человека стала одной из наиболее насущных задач в современном мире [38]. Дискриминация подрывает осуществление экономических, социальных и культурных прав для значительной доли мирового населения. Экономический рост сам по себе не привел к устойчивому развитию, и отдельные лица и группы людей по-прежнему сталкиваются с социально-экономическим неравенством, что часто обусловлено укоренившимися историческими и современными формами дискриминации. Условия жизни за последнее столетие улучшились больше, чем за всю предыдущую историю, — глобальное богатство, глобальные связи и технические возможности никогда не столь велики. Но распределяются эти глобальные достижения крайне неравнно. Средние доходы в 20 наиболее богатых странах в 37 раз превышают средние доходы в 20 беднейших, и за последние 40 лет этот разрыв удвоился. Бедные лишены надлежащего питания и кровя, не получают образования, лишены здравоохранения — то есть не имеют всего того, что обуславливает качество жизни во всеобщем понимании. Они также крайне уязвимы перед болезнями, экономическими потрясениями и стихийными бедствиями [39]. В период с 1990 по 2005 год примерно две трети стран испытали увеличение неравенства [20].

Люди, живущие в условиях нищеты, претерпевают многочисленные трудности, ограничения возможностей и социальную изоляцию. Число людей, страдающих от недоедания, увеличилось с 817 млн человек в 1990—1992 годах до более 1 млрд человек в 2009 году. Доля голодающих людей по-прежнему выше всего в странах Африки к югу от Сахары — на уровне 30 % в 2010 году. В Демократической Республике Конго она увеличилась до 69 % с 29 % в 1990—1992 годах [20]. Наибольшее

число голодающих людей (642 млн человек) зарегистрировано в Азии и Тихоокеанском регионе; затем следуют страны Африки, расположенные к югу от Сахары (264 млн человек) [17, п. 13]. Экономический кризис привел к резкому падению занятости и заработной платы. В общемировом масштабе число безработных, по некоторым оценкам, со 178 млн в 2007 году достигло 210 млн в 2010 году. Согласно оценкам численности работающих малоимущих, в 2008 и 2009 годах до 215 млн работников присоединились к категории людей, имеющих доход менее 1,25 дол. США в день, что является шагом назад после многих лет прогресса в области уменьшения дефицита достойных рабочих мест [20, п. 20].

Многие меньшинства исторически были изолированы от всестороннего и эффективного участия в экономической жизни как в развитых, так и в развивающихся странах. Масштабные проекты экономического развития или коммерческая деятельность, осуществляемые на землях и территориях, где проживают представители меньшинств, нередко вызывают негативные последствия, включая перемещение населения и закрепление нищеты. Экономическая изоляция — это причина, проявление и следствие дискриминации в отношении лиц, принадлежащих к меньшинствам [17, п. 19].

Ухудшение экономических условий и усиление дискриминации могут усугублять изоляцию меньшинств. В некоторых странах неравное распределение ресурсов и услуг по регионам, а также отсутствие базовой инфраструктуры в регионах проживания меньшинств лишают их возможности в полной мере осуществлять свои экономические и социальные права. Минувшее десятилетие стало свидетелем появления новых, неожиданных проблем, включая глобальный продовольственный и экономический кризис, который оказал несоразмерно глубокое воздействие на уязвимые группы [17, пага. 55]. Как говорится в Докладе о развитии человека «Реальное богатство народов: пути к развитию человека» (2010), «забота о социальной справедливости в концепции развития человека напрямую трансформируется в открытую сосредоточенность на неравенстве» [4, с. 23].

В резолюции «Укрепление международного сотрудничества в области прав человека», принятой Генеральной Ассамблеей ООН 18 декабря 2009 года, заявлено: «Генеральная Ассамблея признает, что в дополнение к своим отдельным обязанностям в отношении своих собственных обществ государства несут коллективную ответственность за защиту принципов человеческого достоинства, равенства и справедливости на глобальном уровне» [16]. Принятие международно-правовых мер и стандартов справедливого распределения благ, необходимых для обеспечения достойного уровня жизни каждого человека, является одной из задач международного антидискриминационного права.

Антидискриминационному праву уделяется большое внимание в западной юриспруденции. Среди ученых, посвятивших этой проблематике свои труды, могут быть названы М. Бантон, М. Белл, М. Боссайт,

Дж. Голдстон, Р. Гольдман, М. Конноли, С. Фредман, С. Макгрудден, М. Макивен, М. Мин, Дж. Ньюссен, Р. Тоуншенд-Смит, Р. Хански, И. Чопин, М. Шейнин. Отдельным аспектам противодействия дискриминации в контексте защиты прав человека уделяют внимание известные украинские правоведы В. Мицик, П. Рабинович, С. Шевчук и другие исследователи. Правовые меры борьбы с дискриминацией рассматриваются в трудах российских ученых, в частности Н. Н. Бабаяна, М. Н. Варламовой, С. М. Кочои, Н. Кравчука, Н. В. Козюк, Г. Н. Комковой, А. Г. Осипова, М. Т. Тимофеева.

Международное антидискриминационное право, в самом общем виде, может быть идентифицировано как концептуально целостный международно-правовой нормативный комплекс, который регламентирует международное сотрудничество в противодействии дискриминации как нарушении права человека на справедливое равенство. Существует множество конкурирующих понятий равенства и справедливости [2; 3]. Со временем Платона и Аристотеля эти понятия находятся в центре философских учений. Теория Аристотеля о справедливости тысячелетия сохранила свою значимость и остается основой современных концепций. Основными видами справедливости, по классификации Аристотеля, являются справедливость дистрибутивная (распределительная), ретрибутивная (воздающая) и коммутативная (обменяющая) [7, с. 92]. «Равенство, — писал Аристотель, — бывает двоякого рода: равенство по количеству и равенство по достоинству... безусловно, справедливым может быть только равенство по достоинству» [1, с. 345]. Аристотель обращал внимание на опасность имущественного неравенства, способного привести к социальному взрыву. Вместе с тем он полагал, что «имущественное равенство представляется до некоторой степени полезным во взаимных отношениях граждан, устранивая между ними несогласия, но, вообще говоря, большого значения оно отнюдь не имеет. Ведь люди одаренные станут, пожалуй, негодовать на такое равенство, считая его недостойным себя; поэтому они зачастую оказываются зачинщиками возмущений» [1, с. 232].

«Где и когда люди впервые начали размышлять о природе распределительного процесса и причинах неравенства — можно только гадать. Факт неравенства почти наверняка столь же древний, как и человечество. Ни одно из известных обществ не имеет и не имело совершенно эгалитарной системы. Неравенство имелось всегда, начиная с примитивных общин каменного века и кончая сложными индустриальными обществами, хотя его формы и степень существенно различались», — замечает Г. Ленски [11]. Философские взгляды на понятия равенства и справедливости прошли долгий и противоречивый путь развития, меняясь под влиянием социально-политических и исторических факторов. В доктрине Руссо и следовавших за ним мыслителей свобода и равенство были сведены к понятию политической свободы, которая была определена как равенство всех перед законом. Свобода, как и равенство, по-

нималась тут в смысле формально-юридическом и отрицательном; закон предоставлял всем равенство в проявлении свободы, уравнивая их в признании этой свободы и уничтожая все ограничения, противоречащие равенству прав. Однако еще в XVIII веке понятию о равенстве как о равноправии было противопоставлено иное представление, вытекавшее из требования равенства материального [13, с. 267]. «...Во имя охраны свободы, — писал П. И. Новгородцев, — право должно взять на себя заботу о материальных условиях существования; во имя достоинства личности оно должно взять на себя заботу об ограждении права на достойное человеческое существование» [14, с. 6]. «Та свобода, в которую верили Смит и Бентам, не обеспечила людям равенства; это была свобода для немногих, а не для всех. Для того чтобы обеспечить равенство, его надо провести далее; не равенство всех перед законом, а равенство возможностей или равенство исходного пункта» [13, с. 285].

В дальнейшем именно материальное равенство оказалось в центре серьезных философских исследований. «Хотя идея справедливого распределения стара как мир, дистрибутивная парадигма общей справедливости является, преимущественно, достоянием XIX века. В философии Гоббса, Локка, а позже Канта, Бентами, Дж. Ст. Милля, Д. Юма сложилось представление о социальной (распределительной) справедливости как рациональной и моральной основе социальных взаимоотношений», — отмечает Б. Н. Кашников [8, с. 30]. Эгалитарные взгляды составляли основу концепций утопического социализма и коммунизма. Видными представителями этих взглядов были Г. Бабеф, Т. Кампанелла, Т. Мор, А. Сен-Симон, Р. Оуэн, Ф. Фурье и др. Одни из них рассматривали идею равенства как абсолютное равенство всех и во всем, другие соглашались с необходимостью сохранения определенных различий в сфере производства и потребления материальных благ [24, с. 198]. Соединение идеи права с идеей блага придавало толкованию права социальный смысл» [15, с. 256].

Академик Н. И. Козюбра пишет: «Опыт индустриальных стран показал, что даже закрепленные в конституциях гарантии равенства гражданских и политических прав людей сами по себе не способны устранить их фактическое неравенство... В связи с этим постепенно начала складываться новая философия прав человека, в основу которой были положены социал-демократические идеалы социальной справедливости, социальной солидарности, социальных обязательств и тому подобное. Она существенно расширила представление о правах человека: наряду с гражданским и политическим аспектами права дополнились социальным аспектом, что в свою очередь привело к существенному расширению их каталога за счет включения в него социально-экономических прав...» [9].

В западной философии интерес к проблемам дистрибутивной справедливости существенно возрос во второй половине XX столетия. В этот период были сформулированы дистрибутивные парадигмы, кото-

рые предлагают различные критерии распределения благ. С точки зрения антидискриминационного права особый интерес представляют, безусловно, эгалитаристские концепции. Современная дистрибутивная парадигма антидискриминационного права базируется, в частности, на работах таких философов, как Дж. Ролз, Р. Дворкин, У. Кимлика, Н. Фрейзер, А. Сен, Т. Нагель.

Теория справедливости Дж. Ролза, одного из выдающихся политических философов XX столетия, наиболее полно изложенная в его книге «Теория справедливости» (1971), может рассматриваться как вариант дистрибутивной концепции справедливости. В ней сформулирована модель общественного равенства как равенства честных возможностей. Дж. Ролз сместил акцент «с формального равенства перед законом на компенсацию социального неравенства, направил вектор человеческого соучастия на обездоленных, причем на уровне и в масштабе общества как целого, так что такое участие становится совместной заботой сообщества людей» [22, с. 80]. Общая концепция справедливости в теории Дж. Ролза выражена в следующей формуле: «Все первичные общественные блага — свобода и возможности, доходы и богатства, а также условия самоуважения — должны быть распределены поровну, если только неравное распределение каких-либо или всех этих благ не служит благу наименее преуспевающей части общества» [34, р. 303]. Ролз сформулировал два принципа справедливости: 1) каждый индивид должен обладать равным правом в отношении наиболее общей системы равных основных свобод, совместимой с подобными системами свобод для всех остальных людей (принцип равных свобод); 2) социальные и экономические неравенства должны быть организованы таким образом, что они одновременно (а) ведут к наибольшей выгоде наименее преуспевших (принцип дифференциации) и (б) делают открытыми для всех должности и положения в условиях честного равенства возможностей (принцип равных возможностей) [34, р. 60, 61]. Принципы справедливости Ролза предполагают строгую иерархию: принцип равных свобод имеет приоритет перед принципом дифференциации, который, в свою очередь, имеет приоритет перед принципом равных возможностей. Теория Дж. Ролза оказала существенное влияние на формирование концептуальных основ международного антидискриминационного права.

Другим известным политическим философом, труды которого стали доктринальным фундаментом антидискриминационного права, явился Р. Дворкин. По общему признанию, Р. Дворкину принадлежит приоритет в оформлении развернутой концепции особого типа равенства — «либерального» [5, с. 142]. Именно дистрибутивное равенство становится стержневым принципом или, как пишет философ, «нервом» либеральной теории. В центре теории Р. Дворкина находится концепция, которую он определяет как равенство ресурсов. Ее фундамент составляют два принципа. Первый, принцип равенства значимости (*principle of equal importance*), сводится к признанию равенства любого смысла че-

ловеческой жизни: важным представляется лишь то, что человек должен преуспеть в том, что он считает нужным. Вторым принципом является принцип ответственности (*principle of special responsibility*), представляющий собой сочетание объективной и личной ответственности за проживание жизни человеком. Это, по мнению философа, помогает избежать главной ошибки, заключающейся в представлении о том, что равенство возможно только в случае, если у каждого человека имеется равная доля благ, независимо от того, кто он и какой вклад был им внесен в образование этой доли. Принцип равенства значимости (*principle of equal importance*) содержит понимание равенства смысла любой человеческой жизни. Принцип ответственности (*principle of special responsibility*) означает сочетание объективной и личной ответственности за развитие человеческой жизни. Эти принципы формируют фундаментальное основание равенства — отношение к людям как к равным. Согласно Дворкину, государство может относиться к своим гражданам, как к равным (*treat those in its charge as equals*), и государство может относиться к гражданам равным образом (*treat those in its charge equally*). Главное основание равенства — то, что каждый человек имеет право на равную заботу и уважение [6].

Заметное место в развитии теории справедливости в антидискриминационном дискурсе заняла дискуссия, инициированная известным американским философом Н. Фрейзер. В ходе этой дискуссии активно обсуждаются две аналитические парадигмы справедливости, под углом зрения которых рассматриваются основные направления развития антидискриминационного права: парадигма признания и дистрибутивная парадигма [29; 32; 33]. Дискуссия была перенесена в правовую плоскость и нашла отражение, в частности, в статье С. Чаудри «Распределение против признания: в контексте антидискриминационного права» («*Distribution vs. Recognition: The Case of Anti-Discrimination Laws*», 2000) [26].

Н. Фрейзер исходит из того, что любая дискриминация включает в себя как экономическое ущемление, так и недостаточное признание. При этом она обращает внимание на сдвиг в проблематике эгалитарных теорий от дистрибутивной парадигмы в сторону парадигмы признания. Она отмечает, что в дистрибутивной парадигме справедливость охватывает вопросы экономического неравенства и препятствий, начиная от распределения материальных благ и заканчивая организацией самих способов производства. Необходимые средства правовой защиты от несправедливости, соответственно, содержат эгалитарные схемы перераспределения материальных благ. Несмотря на то, что от дистрибутивной несправедливости страдают социальные группы, определяемые невыгодным экономическим положением, несправедливость в конечном итоге, является результатом неспособности признания моральной равноценности людей. По мнению Н. Фрейзер, в реальном мире культура и политическая экономика всегда накладываются друг на друга, и практи-

чески всякая борьба против несправедливости подразумевает требования как перераспределения, так и признания. Тем не менее, в эвристических целях, необходимо концептуализировать понятия перераспределения и признания как две аналитически различные парадигмы справедливости — перераспределение-признание» [29]. Одна из них, парадигма распределения, была фундаментом научного анализа справедливости в течение, по меньшей мере, 150 лет, она была предметом интенсивных философских исследований. Вторая парадигма, напротив, сформулирована относительно недавно — она сосредоточена на нормативном содержании концепции признания и в настоящее время разрабатывается такими философами, как А. Хоннес и Ч. Тейлор [30].

Выступая на XXII Всемирном конгрессе «Право и справедливость в глобальном обществе» с докладом на тему «Изменение структуры справедливости в глобализирующемся мире», Н. Фрейзер обратила внимание на то, что глобализация изменяет сам способ обсуждения справедливости. При традиционной кейсианско-вестфайльской системе, которая рассматривала сферой применения справедливости лишь государство в его границах, а субъектом — соответствующих граждан, все явления, связанные с международной деятельностью, оставались как бы вне действия справедливости. Обсуждение справедливости включало лишь два аспекта: требования экономического перераспределения и культурного признания. Однако не рассматривался вопрос о процедуре отнесения тех или иных элементов общества к субъектам справедливости, о том, кто именно имеет на это право, а соответственно может определять условия распределения и признания. Развивая свою концепцию парадигмы справедливости «перераспределение-признание», Н. Фрейзер приходит к выводу, что теория справедливости, адекватная для решения проблем в условиях глобализирующегося общества, должна включать наряду с экономическим измерением перераспределения и культурным измерением признания политическое измерение представительства. Это означает парадигмальный сдвиг в осмыслении справедливости, ставящий на место кейсианско-вестфайльской социальной справедливости пост-вестфальскую демократическую справедливость [12].

Развитие философской мысли оказало самое непосредственное влияние на формирование дистрибутивной парадигмы международного антидискриминационного права. В условиях глобализации его задачи и значение стремительно возрастают. Эгалитаристы утверждают, что антидискриминационное право является обязательным компонентом справедливого распределения благ и бремени социального сотрудничества. Проблемы, стоящие перед антидискриминационным правом в вопросах минимизации дистрибутивного неравенства, чрезвычайно сложны. Хотя категории «равенство» и «дискриминация» занимают доминирующее место в международном праве прав человека, в международно-правовых источниках отсутствует их единое согласованное определение [25]. Признавая неизбежность и даже, в определенных случаях, справедливость

неравенства в распределении материальных благ, необходимо решить центральную задачу — определить, какие именно неравенства или различия допустимы.

Международное антидискриминационное право базируется на эгалитарной модели дистрибутивной справедливости, в основе которой лежит признание основополагающего равенства как фундаментального этического и правового принципа. В преамбуле, п. 3 ст. 1 и ст. 55 Устава Организации Объединенных Наций, пункте 1 статьи 2 Всеобщей декларации прав человека содержится запрет дискриминации в отношении пользования экономическими и социальными правами. Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах, международные договоры, касающиеся расовой дискриминации, дискриминации в отношении женщин и беженцев, апатридов, детей, трудящихся-мигрантов и членов их семей, инвалидов, и многие другие источники международного антидискриминационного права содержат положения об обеспечении экономического равенства.

Важнейшую роль в системе договорных источников международного антидискриминационного права играет Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах. Как подчеркивает М. Крейвен, Пакт создавался как «один из столпов в международной системе защиты прав человека, которую разрабатывала Организация Объединенных Наций после 1945 года. Таким образом, он стоит вровень с Международным пактом о гражданских и политических правах и со Всеобщей декларацией прав человека, которые вместе составляют Международный билль о правах [10, с. 103, 107]. По мнению Крейвена, Пакт не предусматривает абсолютного уравнивания результата, то есть равного распределения материальных благ среди всех членов общества. Однако в нем признается необходимость процесса уравнивания, в рамках которого происходит перераспределение социальных ресурсов в целях реализации основных прав каждого члена общества на основе идеи равенства возможностей [37,рага. 42].

Недискриминация является прямой и всеобъемлющей обязанностью, содержащейся в Международном пакте об экономических, социальных и культурных правах. Пункт 2 ст. 2 обязывает каждое государство-участник «гарантировать, что права, провозглашенные в Пакте, будут осуществляться без какой бы то ни было дискриминации, как-то: в отношении расы, цвета кожи, пола, языка, религии, политических или иных убеждений, национального или социального происхождения, имущественного положения, рождения или иного обстоятельства» [36].

В Замечании общего порядка № 20 «Недискриминация экономических, социальных и культурных прав» (2009) Комитет подчеркнул, что неспособность добросовестно выполнять закрепленное в п. 2 ст. 2 обязательство гарантировать, что права, провозглашенные в Пакте, будут осуществляться без дискриминации, представляет собой нарушение (*violation*). Закрепленные в Пакте права могут быть нарушены в резуль-

тате непосредственных действий или бездействия государств-участников, в том числе их институтами или учреждениями на национальном и местном уровнях. Государствам-участникам также следует обеспечить, чтобы они воздерживались от дискриминационных видов практики в сфере международного сотрудничества и оказания помощи и предпринимали шаги для обеспечения того, чтобы аналогичным образом поступали все находящиеся под их юрисдикцией субъекты. Согласно разъяснениям Комитета, дискриминация означает любое различие (*distinction*), исключение (*exclusion*), ограничение (*restriction*) или предпочтение (*preference*) или иное дифференцированное обращение (*other differential treatment*), которое прямо или косвенно осуществляется на запрещенных основаниях для дискриминации и целью или результатом которого является умаление или отрицание признания, реализации или осуществления, наравне с другими, прав, закрепленных в Пакте (*has the intention or effect of nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise, on an equal footing, of Covenant rights*): дискриминация также предполагает подстрекательство к дискриминации и преследованиям (*incitement to discriminate and harassment*) [27, paras. 7, 9, 14].

Дистрибутивная парадигма международного антидискриминационного права не предусматривает полного равенства распределения и не исключает дифференциации. Описывая допустимые рамки дифференцированного обращения, Комитет разъяснил: «Дифференцированное обращение на запрещенных основаниях будет считаться дискриминационным, если обоснование дифференциации не является разумным и объективным. Это будет предполагать оценку того, являются ли цель и результаты мер и бездействия законными, совместимыми с характером закрепленных в Пакте прав и осуществляются ли они исключительно с целью поощрения общего благосостояния в демократическом обществе. Кроме того, должны прослеживаться четкие и обоснованные отношения соразмерности между преследуемой целью и принимаемыми мерами или бездействием и их последствиями. Неспособность покончить с дифференцированным обращением на основе недостаточности имеющихся ресурсов не является объективным и разумным оправданием, если не предпринимаются все усилия для использования всех имеющихся у государства-участника ресурсов в попытке заняться проблемой дискриминации и ликвидировать дискриминацию в первоочередном порядке» [27, para. 13].

Важнейшим антидискриминационным механизмом, направленным на достижение дистрибутивной справедливости, международное антидискриминационное право признает так называемые «специальные меры» (*special measures*) или позитивные действия (*affirmative actions*). Для ликвидации дискриминации по существу (*substantive discrimination*) государства-участники могут быть обязаны — а в некоторых случаях обязаны — принять специальные меры с целью смягчения или устранения условий, содействующих сохранению дискриминации. Такие меры

являются законными в той степени, в какой они представляют собой разумные, объективные и соразмерные средства устранения фактической дискриминации.

«Специальные меры» в контексте международного антидискриминационного права были впервые упомянуты правительством Индии в период разработки Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах. Индия предложила включить в текст ст. 2 разъяснительный пункт, который бы гласил следующее: «Специальные меры в интересах тех или иных отсталых в социальной области и в области образования слоев общества не будут истолковываться как проведение различий по смыслу данной статьи» [37, пага. 40].

В окончательном докладе «Концепция и практика позитивных действий», представленном в 2002 году Комиссии по правам человека, Специальный докладчик М. Боссайт подчеркивает: «Очевидным является то, что главной целью позитивных действий является создание более эгалитарного общества... Двумя идеалами равенства, которые имеют непосредственное отношение к позитивным действиям, являются понятия равенства возможностей и равенства результатов. Выбор одного из идеалов будет также определять то, какая из программ позитивных действий является желательной или предпочтительной, а также какую концепцию социальной справедливости общество собирается осуществлять. Равенство возможностей соответствует мнению о том, что цель антидискриминационного законодательства заключается в обеспечении уменьшения масштабов дискриминации посредством изъятия /исключения из процесса принятия решений незаконных выражений, основанных на признаке расы, пола или этнического происхождения, которые имеют вредные последствия для отдельных лиц. В данном случае речь не идет о результате, за исключением его использования в качестве показателя несовершенного процесса. Подобный подход также является индивидуалистическим, поскольку его центральным элементом является обеспечение справедливости для индивидуума. Оно основано на либеральной концепции общества, отражающей понятие уважения эффективности, достоинств и достижений. Равенство возможностей способствует свободе выбора и свободной конкуренции между индивидуумами». Отметив, что эта концепция не имеет общепринятой правовой формулировки, М. Боссайт предложил ее следующее рабочее определение: «Позитивные действия — это последовательный комплекс мер временного характера, предназначенных конкретно для исправления положения членов целевой группы в одном или нескольких аспектах их социальной жизни, с тем чтобы обеспечить эффективное равенство.... Позитивные действия всегда направлены на определенную целевую группу, в состав которой входят отдельные лица, обладающие общими чертами, которые определяют их членство в данной группе, и считающие, что они находятся в неблагоприятном положении» [37, пагас. 6, 8].

В 1992 году Д. Тюрк, Специальный докладчик Подкомиссии по предупреждению дискриминации и защите меньшинств (ныне — Подкомиссия по поощрению и защите прав человека), разработал некоторые основные принципы, которыми надлежит руководствоваться в подходе к проблематике экономических, социальных и культурных прав. В них, в частности, говорится: «Хотя некоторые обязательства государств могут различаться, все права человека должны применяться на основе равного доступа и равных возможностей, как фактически, так и юридически, для всех лиц [19, с. 11].

Формулировка «на основе равного доступа и равных возможностей», на наш взгляд, адекватно отражает суть дистрибутивной парадигмы современного международного антидискриминационного права. Дистрибутивная дискриминация состоит, прежде всего, в невыполнении государством «минимальных основных обязательств» по обеспечению базового уровня осуществления экономических, социальных и культурных прав по дискриминационным основаниям (или повлекшим дискриминационные результаты). В своем Замечании общего порядка № 3 «Природа обязательств государств-участников (п. 1 ст. 2 Пакта)» Комитет по экономическим, социальным и культурным правам утверждает, что на каждом государстве-участнике лежит минимальное основное обязательство обеспечить осуществление каждого из прав, хотя бы на минимальном уровне. Так, например, государство-участник, в котором какая-либо значительная группа лиц лишена основных продуктов питания, элементарной первичной медицинской помощи, элементарного кровя и жилья или самых элементарных форм образования, не выполняет *prima facie* своих обязательств в соответствии с Пактом. Если бы Пакт рассматривался как документ, не создающий такого минимального основного обязательства, то он во многом утратил бы свой смысл [28, para. 10].

Пункт 1 ст. 2 Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах возлагает на каждое государство-участник обязательство принять необходимые меры «в максимальных пределах имеющихся ресурсов». Хотя в ст. 2 отсутствует упоминание о справедливости, Лимбургские принципы осуществления Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах в своем толковании выражения «в максимальных пределах имеющихся ресурсов» разъясняют, что при определении того, принимаются ли надлежащие меры для осуществления прав, признанных в Пакте, следует уделять внимание справедливому и эффективному использованию и доступности имеющихся ресурсов. Государства-участники обязаны, независимо от уровня экономического развития, обеспечить всем людям уважение минимума жизненно необходимых прав. При использовании имеющихся ресурсов следует уделять должный приоритет осуществлению признанных в Пакте прав с учетом необходимости обеспечить каждому удовлетворение жизненных потребностей, а также предоставление основных услуг.

Выражение «имеющиеся ресурсы» относится как к ресурсам самого государства, так и к ресурсам, предоставляемым международным сообществом посредством международного сотрудничества и помощи [21, п. 25–28].

Неравенство и дискриминация затрагивают различные аспекты жизнедеятельности человека. Так, резолюцией 64/292 от 28 июля 2010 года Генеральная Ассамблея провозгласила право на безопасную и чистую питьевую воду и санитарию как право человека, имеющее существенное значение для полноценной жизни и полного осуществления всех прав человека, подтвердив, что оно неразрывно связано с правом на жизнь и человеческое достоинство. Совет по правам человека в резолюции 15/9 «Права человека и доступ к безопасной питьевой воде и санитарным услугам» от 30 сентября 2010 года выразил глубокую обеспокоенность тем, что около 884 млн человек не имеют доступа к улучшенным источникам водоснабжения и что более 2,6 млрд человек не имеют доступа к базовым санитарным услугам, вследствие чего ежегодно умирают около 1,5 млн детей в возрасте до пяти лет по причине заболеваний, связанных с состоянием воды и санитарии. Совет признал, что особое внимание должно быть уделено лицам, относящимся к уязвимым и маргинальным группам, в том числе посредством уважения принципов недискриминации [18].

Статья 11 Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах признает право каждого на достаточный жизненный уровень для него и его семьи, включающий достаточное питание, одежду и жилище, и на непрерывное улучшение условий жизни, а также «основное право каждого человека на свободу от голода». Экономическое неравенство, выражющееся в лишении обездоленных групп населения доступа к жизненно важным материальным благам, по-существу, нарушает не только «право на достойную жизнь», но и на основополагающее «право на жизнь» как неотъемлемое право каждого человека.

В этой связи уместно напомнить о предложенной и убедительно обоснованной академиком П. М. Рабиновичем классификации основополагающих прав, критерием которой послужили разные виды (группы, комплексы) индивидуальных потребностей, которые удовлетворяются посредством осуществления определенных прав. Первое место в этой классификации занимают физические права (или, по другой терминологии, жизненные, витальные или соматические), осуществление которых удовлетворяет важнейшие, базовые, потребности человека в обеспечении его биологического существования, выживания, безопасного психофизического развития. В случае нарушения, ликвидации прав этой группы теряют смысл, сводятся на нет любые права человека, которые принадлежат к другим группам [23].

Две группы благ (возможностей), по отношению к которым дистрибутивные принципы применяются с учетом их значимости, выделяют Э. Гутман и Д. Томпсон. Исходя из эгалитарных принципов, они призна-

ют, что некоторый социальный минимум, отражающий уровень распределения «основных возможностей», должен быть равным для всех граждан. Соответственно, распределение благ одной группы («основных возможностей» — «basic opportunities») исходит из идеи, что правительство должно «обеспечить доступ всех лиц к ресурсам, необходимым им для поддержания достойного уровня жизни» (включая медицинское обслуживание, базовое образование, основной доход и безопасность человека), в то время как распределение другой группы («non-basic opportunities» — благ, на которые граждане не всегда имеют право) зависит от того, что Гутман и Томпсон называют принципом «равных возможностей» [31, р. 217].

В Замечании общего порядка «Право на достаточное питание (ст. 11)» Комитет по экономическим, социальным и культурным правам подчеркнул, что право на достаточное питание неразрывно связано с достоинством, присущим человеческой личности, и является насущно необходимым для осуществления других прав человека, закрепленных в Международном билле о правах человека. Оно также неотделимо от социальной справедливости, требующей принятия как на национальном, так и на международном уровнях надлежащих мер экономической, экологической и социальной политики, нацеленных на искоренение нищеты и осуществление всех прав человека для всех людей. По сути дела, проблема голода и недоедания коренится не в отсутствии продовольствия, а в отсутствии доступа широких слоев населения мира к имеющемуся продовольствию, что обусловлено, в частности, нищетой. Право на достаточное питание реализуется в том случае, когда каждый человек — мужчина, женщина и ребенок — отдельно или совместно с другими в любое время имеет физические и экономические возможности для доступа к достаточному питанию или располагает средствами его получения [35, параг. 4–6].

Таким образом, обязательство обеспечения доступа к минимальному основному уровню жизненно важных материальных благ является одним из компонентов дистрибутивной парадигмы международного антидискриминационного права, существенно дополняя концепцию равенства возможностей. Дискриминация по отношению к витальным правам представляет собой дистрибутивную дискриминацию как крайнюю форму социального и экономического неравенства. В подтверждение этого тезиса приведем цитату из доклада Генерального секретаря ООН «Искоренение нищеты»: «Для того чтобы разорвать межпоколенческий круг нищеты, сохранить социальную сплоченность общества и укрепить общественный договор, необходим всеобщий доступ к базовым системам социальной защиты и основным услугам, особенно к здравоохранению и образованию. Однако эти факторы не будут иметь должного воздействия на нищету и уязвимость, если они не дополняются более широкими мерами по решению проблемы доступа к ресурсам и их перераспределения» [20].

Л и т е р а т у р а

1. Аристотель. Политика // Сочинения : в 4 т. : пер. с древнегреч. / Аристотель ; общ. ред. А. И. Доватура. — М., 1983. — Т. 4.
2. Боднар С. Б. Поняття рівності у філософії права / С. Б. Боднар // Проблеми філософії права. — 2005. — Т. III, № 1–2. — С. 311–312.
3. Васильчук В. О. Зміст і значення категорії справедливості у міжнародному праві / В. О. Васильчук // Проблеми філософії права. — 2005. — Т. III, № 1–2. — С. 293–297.
4. Доклад о развитии человека. 2010. 20-е, юбилейное издание. Реальное богатство народов: пути к развитию человека. Программа развития Организации Объединенных Наций (ПРООН). — Изд-во «Весь Мир», 2010.
5. Игнаткин О. Концепция либерального равенства Рональда Дворкина / О. Игнаткин // Космополис. — 2005. — № 1(11).
6. Игнаткин О. Б. Проблема «равенства в свободе» и концепция «равенство ресурсов» / О. Б. Игнаткин // Философские науки. — 2006. — № 6. — С. 5–21; Игнаткин О. Б. Проблема «равенства в свободе» в политической философии Рональда Дворкина / О. Б. Игнаткин // Философские науки. — № 5. — 2005. [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://www.academyrh.info/html/ref/20050502.htm>.
7. Кашиков Б. Н. Концепция общей справедливости Аристотеля: Опыт реконструкции / Б. Н. Кашиков // Этическая мысль. — М. : ИФ РАН, 2001. — Вып. 2.
8. Кашиков Б. Н. Либеральные теории справедливости и политическая практика России / Б. Н. Кашиков. — Великий Новгород, 2004.
9. Козюбра М. Права людини і верховенство права / М. Козюбра // Право України. — 2010. — № 2. — С. 25–26.
10. Крейвен М. Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах / М. Крейвен // Введение в вопросы международной защиты прав человека : учеб. пособие / под ред. Р. Хански, М. Суксон ; Ин-т прав человека Ун-та «Або Академи» Турку/Або. — 1997.
11. Ленски Г. Проблема: кто что получает и почему? / Г. Ленски // Социология : хрестоматия для высшей школы / А. И. Кравченко. — М. : Акад. проект : Фонд 'Мир', 2004. — С. 405–415.
12. Максимов С. І. XXII Всеєвітній конгрес із філософії права і соціальної філософії «Право і справедливість у глобальному суспільстві» (огляд) / С. І. Максимов // Проблеми філософії права. — 2006–2007. — Т. IV–V. — С. 52–53.
13. Новгородцев П. И. Введение в философию права. Кризис современного правосознания / П. И. Новгородцев ; Санкт-Петербург. ун-т МВД России. — СПб : Лань, 2000. — (Сер. «Мир культуры, истории и философии»).
14. Новгородцев П. И. Право на достойное человеческое существование / П. И. Новгородцев // Социально-философские этюды / П. И. Новгородцев, И. А. Покровский. — СПб. ; М., 1911.
15. Новикова Л. И. Три модели развития России / Л. И. Новикова, И. Н. Сиземская ; РАН, Ин-т философии. — М., 2000.
16. Организация Объединенных Наций. Генеральная Ассамблея. Резолюция «Укрепление международного сотрудничества в области прав человека». — Doc. UN. A/RES/64/171.
17. Организация Объединенных Наций. Генеральная Ассамблея. Эффективное содействие осуществлению Декларации о правах лиц, принадлежащих к национальным или этническим, религиозным и языковым меньшинствам. Доклад независимого эксперта Организации Объединенных Наций по вопросам меньшинств. 12 августа 2010. — Doc. UN. A/65/287.
18. Организация Объединенных Наций. Совет по правам человека. Пятнадцатая сессия. Резолюция, принятая Советом по правам человека 15/9. Права человека и доступ к безопасной питьевой воде и санитарным услугам. 30 сентября 2010 года. — Doc. UN. A/HRC/RES/15/9.

19. Организация Объединенных Наций. Управление Верховного Комиссара Организации Объединенных Наций по правам человека. Экономические, социальные и культурные права. Руководство для национальных правозащитных учреждений. — Нью-Йорк ; Женева : Изд. ООН, 2005.
20. Организация Объединенных Наций. Экономический и Социальный Совет. Комиссия социального развития. 9–18 февраля 2011 года. Искоренение нищеты. Доклад Генерального секретаря. — Doc. UN. E/CN.5/2011/3.
21. Организация Объединенных Наций. Экономический и Социальный Совет. Комитет по экономическим, социальным и культурным правам Двадцать четвертая сессия. Женева, 13 ноября. 1 декабря 2000 года. Вопросы существа, возникающие в ходе осуществления Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах. Лимбургские принципы осуществления Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах; Маастрихтские руководящие принципы, касающиеся нарушений экономических, социальных и культурных прав. Справочный документ, представленный Международной комиссией юристов. — Doc. UN. E/C.12/2000/13.
22. Плаксина О. И. Роль феномена справедливости в устойчивом развитии современного общества / О. И. Плаксина // Грані. — 2009. — № 6.
23. Рабінович П. Основоположні права людини: соціально-антропна сутність, змістова класифікація / П. Рабінович // Право України. — 2010. — № 2. — С. 18–23.
24. Шевелев А. А. Элитарность и эгалитаризм в современном российском обществе: теоретико-методологические основы трактовки / А. А. Шевелев // Известия АГУ. — 2010. — № 2. — С. 195–199.
25. Bayefsky A. F. The principle of equality or non-discrimination in international law / A. F. Bayefsky // Human rights law journal. — Vol. 11, N 1–2.
26. Choudhry S., Distribution vs. Recognition: The Case of Anti-Discrimination Laws / S. Choudhry // George Mason Law Review. — 2000. — Vol. 9, N 1 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://ssrn.com/abstract=1624085>.
27. Committee on Economic, Social and Cultural Rights. General comment N 20. Non-discrimination in economic, social and cultural rights (art. 2, para. 2, of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights). — Doc. UN. E/C.12/GC/20.
28. Committee on Economic, Social and Cultural Rights. General comment 3. The nature of States parties obligations (Art. 2, para. 1) of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights). — Doc. UN. E/1991/23.
29. Fraser N. From Redistribution to Recognition? Dilemmas of Justice in a «Post-Socialist» Age / N. Fraser // Theorizing multiculturalism : a guide to the current debate / ed. by C. Willet. — Malden, Wiley-Blackwell, 1998. — P. 19–49.
30. Fraser N. A Rejoinder to Iris Young / N. Fraser // Theorizing multiculturalism : a guide to the current debate / ed. by C. Willet. — Malden, Wiley-Blackwell, 1998. — P. 68–120.
31. Gutmann A. Democracy and disagreement / A. Gutmann, D. F. Thompson. — Cambridge, Mass. : Belknap Press of Harvard Univ. Press, 1996. — 428 p.
32. Keren-Paz T. Torts, egalitarianism and distributive justice / T. Keren-Paz. — Hampshire ; Burlington : Ashgate, 2007. — P. 9–10.
33. O'Neill J. Economy, Equality and Recognition / J. O'Neill // Culture and economy after the cultural turn / ed. by L. Ray, A. Sayer. — London : SAGE, 1999. — P. 79.
34. Rawls J. A theory of justice / J. Rawls. — Oxford : Oxford University Press, 1971.
35. Substantive issues arising in the implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural rights: General Comment 12 (twentieth session, 1999). — Doc. UN. E/C.12/1999/5. The right to adequate food (art. 11).
36. United Nations. Treaty Series. — Vol. 993. — P. 35–43.
37. United Nations. Economic and Social Council. Commission on Human Rights. Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights. Fifty-third session. Prevention of discrimination. The concept and practice of affirmative action. Final

- report submitted by Mr. Marc Bossuyt, Special Rapporteur, in accordance with Sub-Commission resolution 1998/5. — Doc. UN. E/CN.4/Sub.2/2002/21.17 June 2002.
38. United Nations. General Assembly. World Conference against racism, racial discrimination, xenophobia and related intolerance. Preparatory Committee. First session. Geneva, 15 May 2000. Racial discrimination and religious discrimination: identification and measures. Study prepared by Mr. Abdelfattah Amor, Special Rapporteur on religious intolerance. — Doc. UN. A/CONF.189/PC.1/7.
39. World Development Report. — Oxford University Press Washington. D.C., 2000/2001.

Аннотация

Дрёмина-Волок Н. В. Экономическое неравенство и дистрибутивная парадигма международного антидискриминационного права. — Статья.

В статье рассматриваются доктринальные основания и содержание дистрибутивной парадигмы международного антидискриминационного права, анализируются концепции равенства возможностей и равенства результатов и их воплощение в международном антидискриминационном праве, формулируется понятие дистрибутивной дискриминации.

Ключевые слова: дистрибутивная справедливость, международное антидискриминационное право, равенство возможностей, равенство результатов, дистрибутивная дискриминация.

Анотація

Дръоміна-Волок Н. В. Економічна нерівність та дистрибутивна парадигма міжнародного антидискримінаційного права. — Стаття.

У статті розглядаються доктринальні підстави та зміст дистрибутивної парадигми міжнародного антидискримінаційного права, аналізуються концепції рівності можливостей і рівності результатів і їх втілення в міжнародному антидискримінаційному праві, формулюється поняття дистрибутивної дискримінації.

Ключові слова: дистрибутивна справедливість, міжнародне антидискримінаційне право, рівність можливостей, рівність результатів, дистрибутивна дискримінація.

Summary

Dryomina-Voloc N.V. Economic inequality and distributive paradigm of the international anti-discrimination law. — Article.

The doctrinal foundation and maintenance of the distributive paradigm within the international anti-discrimination law are approached in the article. The concepts of equality of opportunity and equality of results and their implementation in the international anti-discrimination law are examined, and the notion of distributive discrimination is formulated.

Keywords: Distributive equity, international anti-discrimination law, equality of opportunity, equality of results, distributive discrimination.

УДК 343.222.4(73)

Є. Ю. Полянський

ДОКТРИНА ПІНКЕРТОНА В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРАВІ США: КРИТИЧНИЙ ОГЛЯД ТА ПЕРСПЕКТИВИ ВДОСКОНАЛЕННЯ

Кримінальне право США є самобутнім та концептуально відрізняється від права континентальної Європи. Розуміння системи американського кримінального права, його функцій, інститутів та ін. є нетиповим для вітчизняних фахівців в цієї галузі. За таких принципових відмінностей формується якісно різна правосвідомість: отже аксіоми американського кримінального права можуть стати нонсенсом в очах вітчизняного фахівця та навпроти. Єдиним шляхом розв'язання суперечності підходів до вирішення тих самих питань є дослідження та зіставлення відповідних концепцій, оскільки в кожній з них знаходяться як сильні, так і слабкі сторони, які, в свою чергу, мають бути подолані. Таким чином, приділення необхідної уваги закордонному досвіду правозастосування, зокрема в США, залишається актуальним та недостатньо розробленим питанням у вітчизняній науці. При цьому слід вказати на повну відсутність наукових праць, присвячених проблемам співучасті у вчиненні злочину.

Метою написання даної статті є поглиблення наукового знання про інститут співучасті в кримінальному праві США. В свою чергу об'єктом дослідження виступає теорія відповідальності співучасників у кримінальному праві США, а предметом — специфічна доктрина відповідальності за інші злочинні дії, вчинені співучасниками злочину.

Наука кримінального права США та судова практика з кримінальних справ створили декілька доктрин відповідальності за відсутності вини. Практично усі вони, за виключенням доктрини суворої відповідальності, стосуються випадків вчинення злочинів у співучасті та поширяють відповідальність за спричинені наслідки на усіх учасників злочинної поведінки.

Досить цікавим є той факт, що ці доктрини взаємодоповнюючі та у випадках, де неможливо застосування однієї із них, може бути застосована інша. Таким чином, можливість обвинуваченого уникнути об'єктив-

ного ставлення у вину за дії співучасників є практично відсутньою. Доктрини вбивства під час злочину (*felony murder*) та підбурювання і допомоги (*aiding and abetting*) потребують окремого дослідження, а основна увага в даному випадку буде приділена третій — самій сучасній та найбільш широкій за змістом доктрині Пінкертонна. Така характеристика цієї концепції зумовлена її відносною новизною, а також тим, що вона обґрунтовує можливості засудження за дії співучасників майже в усіх випадках. Співвідношення зазначених доктрин за змістом виглядає таким чином. Концепція вбивства під час злочину зумовлює засудження за випадкову смерть будь-якої особи під час вчинення злочину. Таким чином, вона може застосуватися лише у випадках, коли під час злочину хтось загинув, в інших — ні. Доктрина підбурювання та допомоги потребує активних дій від особи. А найважливіша відмінність від доктрини Пінкертонна криється саме в тому, що створюється можливість притягнення до відповідальності тих співучасників, які залишилися пасивними та фактично не мали особистого внеску у вчинення злочину.

Американська кримінально-правова доктрина виробила зовсім інше розуміння природи співучасті, яке базується на її акцесорності. При цьому є усі підстави не погодитися із Г. О. Єсаковим та його ствердженням про те, що американське право поступово відступає від цих позицій у теорії співучасті [1, с. 680]. Навпаки, глибокий аналіз законодавства, судової практики та доктринальних джерел підтверджує акцесорність співучасті, при цьому цей термін було би коректніше визначити як подвійну, або взаємну акцесорність, оскільки відповідальність усіх співучасників залежить не тільки від дій безпосереднього виконавця, а також від дій кожного із учасників вчинення злочину, незалежно від покладених на них функцій. В результаті кожна з осіб, які брали участь у вчиненні злочину, несе повну відповідальність за всі наслідки, прямо чи опосередковано спричинені злочином. Крім того, за правилами доктрини Пінкертонна мають також відповідати й ті особи, які не брали безпосередньої участі у вчиненні злочину, а раніше лише дали згоду на його вчинення, або ж погодилися вчинити певні допоміжні дії, спрямовані на сприяння вчиненню злочину. Такий підхід до вирішення питання про відповідальність співучасників засновується на так званій доктрині змови, за якою згода декількох осіб про вчинення злочину є завершеним складом злочину. Якщо же реалізація злочинного задуму перейде в практичну плоскість, то відповідальність наступатиме за сукупністю змови на вчинення злочину та замаху на злочин, або ж за закінчений злочин. Практична складова доктрини Пінкертонна реалізується в тому, що будь-який із змовників відповідатиме за усі злочинні результати незалежно від факту та ступеня особистої участі у вчиненні злочину. Зокрема, відомий американський науковець Дж. Бранден так характеризує застосування доктрини Пінкертонна: «Кожний зловмисник, що бере участь в тривалої у часі змові на вчинення злочину є відповідальним за дії його співучасників, вчинені у виконання злочинного наміру або ж

в його результаті, якщо можливість таких дій мала бути об'єктивно передбачена як реальний та можливий наслідок вчинення злочину» [2, р. 459].

Таким чином, ідеї, що панують в кримінально-правовій доктрині США стосовно відповідальності співучасників, докорінно відрізняються від традиційного бачення цієї проблематики очима українських науковців. Так праву США невідомі такі конструкції, як ексцес виконавця та індивідуальна відповідальність співучасників у межах умислу на вчинення злочину. Цікавим є той факт, що у випадках вчинення злочинів одноособово, необхідність доведення наявності суб'єктивної сторони (*mens rea*) не виключається (за винятком злочинів так званої суворої відповідальності). Прослідковується явно виражений репресивний характер відповідальності за вчинені у співчасті злочини [3, р. 614]. Судова практика та кримінальна політика держави спрямовані на радикальну кримінально-правову протидію організований злочинності, тому відповідальність за вчинення групових злочинів є значно суворішою, навіть в тих випадках, де такий підхід є нерациональним та надто суворим.

Сама ж доктрина Пінкертон походить від судового прецеденту по кримінальній справі *Pinkerton v. US* в 1946 році [4] та достатньо швидко посіла вагому позицію в судовій практиці по справах про злочини, вчинені у співчасті. По суті справи брати Пінкертон були звинувачені в незаконному виготовленні алкогольних напоїв та ухиленні від сплати податків. Але на момент реалізації злочинного задуму один із братів відбував покарання в іншому штаті за вчинення правопорушення, таким чином не брав участі у реалізації злочинного задуму. Фактична сторона злочину була скоена його братом одноособово. За вироком суду, далі підтвердженою вищою судовою інстанцією США, обидва брати були визнані винними у вчиненні усіх запланованих злочинних дій без врахування ступеня участі кожного з них [5, р. 8]. Верховний суд США не взяв до уваги доводи про те, що один із братів не брав жодної участі у вчиненні злочину, мотивувавши своє рішення обізнаністю підсудного про перспективу вчинення злочину та його бажанням настання відповідних наслідків. Результатом стало створення у судовій практиці правила про те, що за наявності змови про вчинення злочину особи несуть відповідальність за дії співучасників, якщо вони були обізнані про такі дії або ж мали змогу їх об'єктивно передбачувати, та такі дії відносяться до суті запланованого злочину — пов'язані із ним, або необхідні для забезпечення його вчинення чи приховання.

Якщо звернутися до поширення доктрини Пінкертону у судовій практиці, то спочатку його можна було охарактеризувати як помірне, проте з часом воно зазнало суттєвої ескалації. Так у відомому виданні «Довідник з кримінального права» 1972 року його автори стверджували, що доктрина Пінкертон ніколи не мала поширення на практиці. Але одне десятиріччя поспіль інший автор — Джон Мей виказав впевненість у тому, що це ствердження вже не мало жодних підстав вважатися істин-

ним [6, р. 21]. На його думку, судове застосування доктрини надзвичайно поширилося, особливо по певних категоріях справ.

Втім чимало американських авторів неоднозначно оцінюють панівну теорію відповідальності співучасників та доктрину Пінкертона в особливості. Цієї проблематиці присвячено чимало наукових праць, в яких, як правило, доктрина Пінкертон та її застосування піддаються критиці. Але в жодній з цих праць не виказується теза несправедливості об'єктивного ставлення у вину, а акценти поставлені лише на недосконалості доктрини, зокрема на невизначеності критеріїв, наявність яких є підставою для притягнення до відповідальності. Автори Модельного кримінального кодексу США відмовилися від кодифікації доктрини Пінкертон [7], законодавства більшої частини штатів позбавлені нормативного закріплення відповідного правила [8, р. 4]. Втім у переважній більшості штатів ця конструкція застосовується як судовий прецедент, тобто як частина *common law*.

Звичайно, така практика викликає певні запитання чи є взагалі справедливим та припустимим піддавати кримінальній відповідальності осіб за відсутності в них умислу на вчинення злочинних дій. Отже треба визначитися чи може особа бути винною у злочинах, вчинених співучасником лише на підставі того, що вони знаходилися в змові про вчинення якихось злочинних дій. Чи може особа бути відповідальною за вбивство, вчинене співучасником, якщо до можливих наслідків мала лише необережне ставлення? Таким чином необхідно визначитися з тим, наявність якої форми вини або ж відсутність такої є необхідною умовою для притягнення до відповідальності за правилами доктрини Пінкертони.

З позиції загального права та Модельного кримінального кодексу США мінімальним психічним станом для умисного вбивства є виняткова самовпевненість [9, р. 458]. Незважаючи на це, в деяких випадках закон визначає недбалість як достатній психічний стан для вбивства. Це припущення підтверджував, зокрема, О. Холмс в своєму трактаті «Загальне право». На його думку, «реальне психічне відношення до злочинних дій відіграє іншу роль, ніж це звичайно вбачається. Покарання не може бути абсолютно визначене лише недостойною поведінкою злочинця. Вирішення цього питання буде можливим якщо відповідатиме потребам суспільства» [10, р. 41]. І далі: «Право здатне пожертвувати індивідом заради досягнення своїх цілей... реальний ступень персональної вини в злочинній поведінці не може бути єдиним елементом, якщо він взагалі є елементом, назначеної відповідальності». Далі О. Холмс доходить висновку про те, що можна використовувати універсальне поняття «розважлива людина», тобто посереднього члена суспільства в контексті можливості передбачати наслідки злочинної поведінки. Науковець робить лише два виключення, коли особа не може вважатися «розважливою» — в разі порушення психічної діяльності або ж малолітства. В усіх інших випадках злочинець заздалегідь проголошується «розважливим», тобто таким, що мав можливість передбачати наслідки кримі-

нальної поведінки. Також Холмс прямо вказує на об'єктивний стандарт визначення вини: «Передбачення це не уявлення злочинця про майбутнє, а те, на що мала розраховувати будь-яка розумна особа». В цілому такі роздуми на тему об'єктивного характеру винності призводять до трансформації поняття в певний статус особи, який їй надається, а точніше — призначається за вироком суду. І справді, виходячи із роздумів О. Холмса, особа може бути «призначена винною» виходячи із потреб суспільства, незважаючи на обставини вчиненого злочину та на її особисту участь в ньому. На наш погляд, така аргументація не може бути достатньою саме тому, що не надає жодних пояснень стосовно характеристики особистої вини, достатньої для відповідальності за дії інших співучасників.

Можливість відповідальності за дії співучасників при наявності необережної вини обґрунтують чимало авторів. Втім слід окремо наголосити, що йдеться саме про відповідальність за умисний злочин, в той час як за формуєю вини присутня лише необережність. Так Х. Харт за свідчуює, що «в англо-американському праві існує низка статутних злочинів, в яких необережність є караною... крім того, загальному праву відомі деякі злочини, зокрема просте вбивство, які можуть бути вчинені із ненавмисною необережністю [11, р. 137]». На думку М. Поули, Харт відрізняє «ненавмисну необережність» не лише від вольового та навмисного спричинення шкоди, а також від самовпевненості, якою є свідомий рух в напрямку значного та невиправданого ризику [4, р. 8].

Вкрай важним запитанням залишається врахування фактичної участі особи у діях співучасників, які привели до настання небезпечних наслідків. Так участь обвинуваченого у вчиненні злочину може бути визнана незначною, або недостатньою, але в кожному з випадків юридична оцінка участі особи є суто ситуативною. Від визначення якихось узагальнених критеріїв суди утримуються [12, р. 18]. Що ж стосується шляхів для розв'язання цієї проблеми, то, на думку Б. Актовиака, найліпшим варіантом було би визначити такі критеріїв інструкціях для журі присяжних [13, р. 13]. І хоча така пропозиція має певну рацію, проте нічого не залишається, ніж також піддати її критиці, оскільки видані в кожному окремому штаті інструкції знову не відображатимуть єдиного підходу, що у свою чергу не змінить ситуацію на краще. Тим більше що проблема визначення «другорядних критеріїв» для застосування доктрини Пінкертона не розв'язана взагалі — практично жодний з авторів не намагається хоч спробувати надати ознаки «незначної участі особи у вчиненні злочину» та ін.

Засновуючись на викладених теоретичних положеннях та матеріалах практики, можна дійти висновку про те, що доктрина Пінкертона є універсальним інструментом для посилення репресивної відповідальності за злочини, вчинені у співчасті. Статутне законодавства США в цілому спрямоване не досягнення таких цілей, зокрема низка нормативно-правових актів 70—90-х років прошлого століття, наприклад так зва-

ний закон RICO так ін. Аналогічна політика прослідковується і в положеннях Федеральних інструкцій з призначення кримінальних покарань, за якими відповідальність за вчинення злочину групою осіб значою мірою посилюється.

Крім того, теорії відповідальності співучасників, що панують в кримінально-правовій доктрині США, не тільки посилюють, а також поширяють відповідальність за колом осіб. Враховуючи те, що індивідуалізації покарання співучасників не відбувається, то в чисельних випадках особи, участь яких у злочинах була мінімальною чи випадковою, стають певними «жертвами» правосуддя, будучи засуджені до тривалих термінів позбавлення волі.

Наводячи підсумок, слід наголосити на такому. Проблема доктрини Пінкертона залишається нерозв'язаною, як й більшість інших доктринальних суперечок в кримінальному праві США. З одного боку, вона зазнає нищівної критики в літературі, проте цей факт жодним чином не впливає на позицію судової влади, яка продовжує застосовувати ідеї доктрини на практиці. На наш погляд, підхід, виражений в доктрині Пінкертона, має раціональні прояви. Так, було би важко не погодитися з тим, що у випадку планування небезпечного насильницького злочину усі його учасники, зокрема підбурювач, який втягнув інших осіб у вчинення цього злочину, мають усвідомлювати можливість настання інших тяжких наслідків, у тому числі й вбивства, навіть якщо вони не мали умислу на вчинення таких дій іншими співучасниками.

Але ж виникає питання особистої вини співучасників у настанні злочинних наслідків. Особливо складною видається проблема встановлення можливості передбачення таких наслідків. Більшість американських науковців так чи інакше доходять висновку про те, що можливість передбачення має оцінюватися об'єктивно з позиції здорового глузду. Втім це не завжди реально. Таке припущення виходить за межі інтелектуальних можливостей так званої «пересічної особи» і вимагає від неї просто екстрасенсорних здібностей. В результаті обвинувачення засновується саме на доведенні припущення передбачення результата, а ні на самому факту такого передбачення.

В американській юридичній літературі підіймається питання про винайдення додаткових критеріїв, які би визначали можливість застосування доктрини Пінкертона на практиці, іншою мовою — значно обмежили би її застосування. Фактично у вигляді такого критерію виділяють ступінь участі особи у вчиненні злочину. Але, по-перше, судова практика не поспішає робити відповідні висновки, по-друге, ступінь участі залишається оціночним поняттям, яке за відсутністю необхідного нормативного регулювання приречене залишатися «мертвим критерієм». Крім того, надто вільне бачення причинного зв'язку практиками неминуче призводить до визнання дій усіх співучасників суттєвими для настання злочинного результата, що автоматично перекреслить актуальність врахування ступеня участі окремих осіб у вчиненні злочину.

Таким чином, формування додаткових вимог для застосування доктрини Пінкертонса залишається нерозв'язаним питанням. Ще більше воно ускладнюється з огляду на відсутність статутного регулювання в цієї сфері, бо лише воно має змогу змусити суди упорядкувати відповідну практику. На жаль, і Верховний Суд США також не впорався з цим завданням, оскільки у своїх рішеннях він розв'язував скоріше ситуативні завдання.

Можна окреслити групу факторів, які мають значення при вирішенні питання про можливість відповідальності за дії співучасників за відсутності попередньої змови про їхнє вчинення:

1. Активна участь особи у готовуванні та вчиненні злочину. Зокрема, під активною участю слід понімати свідоме надання предметів, зброї або ж особистої допомоги з метою вчинення злочину іншими особами.

2. Усвідомлення особою фактичної сторони злочинної поведінки. Так можливі випадки, коли особа не в повній мірі усвідомлює, що допомагає у вчиненні злочину. При цьому в неї, безумовно, зберігається гіпотетична можливість передбачення злочинних намірів інших осіб, проте підстави на це мають бути вагомими, а не вірогідними. Таким чином, підіймати питання про притягнення до відповідальності можна лише тоді, коли особа мала напевно знати про злочинні наміри інших осіб, а не лише їх припускати.

3. Насильницький характер запланованого злочину чи наявність вогнепальної або холодної зброї у злочинців, про що було відомо іншим учасникам злочину.

4. Згода особи із діями інших співучасників, якщо ці дії не входили до предмета згоди. В різі відмови особи діяти або у випадку активної протидії з її боку відповідальність за такі дії її співучасників не має наставати.

5. Наявність причинного зв'язку між поведінкою особи та загальним злочинним результатом. Втім даний тезис за своєю суттю є неприйнятним для доктрини Пінкертонса, оскільки її головна ідея полягає в притягненні до відповідальності фактично не за свої дії, а за дії інших осіб. Тим більше, так чи інакше, панівна теорія причинного зв'язку в кримінальному праві США є надто невизначеною та надто вільно трактується у судовій практиці.

Таким чином, доктрина Пінкертонса заслуговує на неоднозначну оцінку. Неможна не погодитися з тим, що в певних випадках відповідальність за додаткові наслідки вчинення злочину в результаті експресу виконавців мають також нести і інші учасники. Це цілком виправдано в тих випадках, коли можливість такого оберту подій була цілком очевидною для інших співучасників. Якщо трансформувати дану формулу в традиційну для суб'єктивного ставлення у вину конструкцію, то можна вважати, що імовірні наслідки також охоплюються умислом чи необережністю співучасників, хоча і входять в домовленість лише в певній «мовчазній» формі.

На жаль, судова практика в США йде надто радикальним шляхом, в результаті чого доктрина Пінкертон заходить своє застосування й у випадках, де вона жодним чином не обґрунтована. Результатом часто стає невідповідне застосування суворих покарань до осіб за відсутністю в них вини у вчиненні злочину.

Л і т е р а т у р а

1. Есаков Г. А. Англо-американское уголовное право: эволюция и современное состояние / Г. А. Есаков. — М., 2007. — 730 с.
2. Branden J. White Collar Crime: Fourth Survey of Law: Substantive Crimes / J. Branden // Am. Crim. L. Rev. — 1987. — N 24.
3. Robinson P. Imputed criminal liability / P. Robinson // The Yale Law Journal. — 1994. — Vol. 4.
4. Pinkerton v. U.S., 328 U.S. (1946) [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/328/640>.
5. Pauley M. Pinkerton doctrine and murder / M. Pauley // Pierce L. Rev. — Vol. 1, N 4.
6. May J. Pinkerton v. United States Revisited: A Defense of Accomplice Liability / J. May // Nova L.J. — 1983. — Vol. 8.
7. Model Penal Code § 2.06 cmt. (a) [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://www.ali.org/index.cfm?fuseaction=publications.ppage&node_id=92.
8. Robinson P. The five worst (and five best) American criminal codes / P. Robinson // Northwestern University Law Review. — 2000. — Vol. 1.
9. Kadish S. Criminal Law and Its Process / S. Kadish, S. Schulhofer. — 6th ed. — Little, Brown & Company, 1995,
10. Holmes O. The Common Law / O. Holmes. — Mark De Wolfe Howe ed., The Belknap Press of Harvard University 1967.
11. Hart H. Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law / H. Hart. — Oxford University Press, 1968.
12. Antkowiak B. The Irresistible Force / B. Antkowiak // TEMP. POL. & CIV. RTS. L. REV. — 2008. — Vol. 1.
13. Antkowiak B. The Ascent of an Ancient Palladium: The Resurgent Importance of Trial by Jury and the Coming Revolution in Pennsylvania Sentencing / B. Antkowiak // WIDENER L. J. — 2003. — Vol. 11.

А н о т а ц і я

Полянський Є. Ю. Доктрина Пінкертона в кримінальному праві США: критичний огляд та перспективи вдосконалення. — Стаття.

У статті автор звертається до специфіки доктрини Пінкертон — концепції відповідальності співучасників, що походить від судового прецеденту. Відповідно до концепції усі учасники злочину несуть повну відповідальність за незаплановану шкоду від злочину незалежно від ступеня участі в ньому. Такий підхід викликає обґрунтовані суперечки в науці, що, безумовно, потребує його перегляду.

Ключові слова: кримінальне право США; відповідальність співучасників; об'єктивне ставлення у вину.

А н н о т а ц и я

Полянський Е. Ю. Доктрина Пінкертон в уголовному праве США: критический обзор и перспективы усовершенствования. — Статья.

В статье автор обращается к специфике доктрины Пинкертон — концепции ответственности соучастников, берущей свое начало из судебного precedента. Согласно данной концепции, все участники преступления несут полную ответственность за незапланированный причиненный вред независимо от степени личного участия. Подобный подход вызывает обоснованные возражения в науке, что, безусловно, требует его пересмотра.

Ключевые слова: уголовное право США; ответственность соучастников, объективное вменение.

S u m m a r y

Polyansky E. Pinkerton doctrine in US criminal law: critical review and prospects of improvement. — Article.

The author applies to specific features of Pinkerton doctrine — a concept of imputed liability for conspirators, arisen from judicial case. According to the concept, the conspirators are liable for all consequences caused by criminal activity regardless to personal guiltiness and personal contribution. Such approach engenders controversy in science, and in fact — needs revision.

Keywords: U.S. criminal law; criminal legal doctrines; liability of conspirators, imputed liability.

Розділ 2

ТЕОРЕТИЧНІ ТА ПРАКТИЧНІ ПРОБЛЕМИ СУЧАСНОЇ ЮРИСПРУДЕНЦІЇ

УДК 340.116:316.42

Ю. Н. Оборотов

К ВОПРОСУ О ФОРМИРОВАНИИ ГЛОБАЛЬНОЙ ПРАВОВОЙ СИСТЕМЫ

Современный глобализм рассматривается как новейшее проявление тенденций социального универсализма, и в этой связи глобализм может идти двумя путями: демократическим путем с опорой на принципы гуманизма, плюрализма, автономии и партнерства; недемократическим путем с полной открытостью и беспощадной конкуренцией, монополизмом транснациональных лидеров экономики. Второй путь во многом враждебен культуре и универсальной сущности человека, он ведет к хаосу в отношениях цивилизаций. Лишь первый путь глобализации рассматривается в качестве такого, который способен привести существующий мир к более высокому порядку, а эта глобализация тождественна универсализации человеческого общества и не противоречит универсальности человека [1].

Представляется, что сегодня глобализация соединяет эти два пути своего движения. Не случайны столь противоречивые оценки как самой глобализации, так и формирования глобального общества, глобального порядка, глобального права.

Как отмечает Питер Л. Бергер, нужно согласиться с тем, что идет процесс становления глобальной культуры, которая по своему содержанию и происхождению является американской. Не случайно и язык этой глобальной культуры — это английский язык в его американском варианте.

Зарождающаяся глобальная культура включает сегодня, во-первых, то, что именуют давосской культурой (С. Хантингтон), — это международная культура ведущих деловых и политических кругов и, во-вторых, то, что названо клубной культурой интеллектуалов (П. Бергер), — идеи и правила, которые выработаны западными (в первую очередь, американскими) интеллектуалами. Среди положений «клубной культуры» — учение о правах человека, концепция феминизма, защита окружающей

среды и мультикультурализм, а также представления о политике и образе жизни, которые воплощают эти идеологические построения [2, с. 9–12].

При всем разнообразии процессов, протекающих при становлении глобальной культуры, есть то общее, что получает свое выражение в независимости индивида от традиций и сообщества и что именуется индивидуализацией. Не случайно глобальная культура привлекательна для тех, кто высоко ценит личную свободу и стремится реализовать ее как можно полнее [2, с. 16–17].

В сфере юриспруденции В. С. Нерсесянц в рамках современной глобализации рассматривал юридическую глобализацию как ее важную составляющую. По его мнению, успех в сфере юридической глобализации (во внутригосударственном и международном праве) будет зависеть от готовности и способности участников к предстоящим преобразованиям мирового правопорядка, сохранности правовых достижений прошлого и обеспечения их более развитыми правовыми нормами, формами, институтами и процедурами.

В этой связи В. С. Нерсесянц отмечал значение таких присущих праву свойств и характеристик, как абстрактная всеобщность (универсальность), формализованность (формальная определенность), системность, общезначимая и общеобязательная конкретизированность источников. Его вывод: чем более социально-исторически развито право, тем более оно универсально (глобально). Важнейшая идея выдающегося теоретика юриспруденции состоит в том, что формирование и развитие права от древнейших времен до современности представляет собой историю все большей универсализации и унификации права, историю движения к все более глобальному праву [3].

И действительно, сегодня под влиянием процессов глобализации складываются универсальные представления о развитии миропорядка, формирования межцивилизационных нормативов и происходит выход за рамки традиционной (государственно-центричной) организации и международных институций. При этом определяющими акторами современных отношений рассматриваются локальные цивилизации, взаимодействие которых составляет суть смыслового поля мировой политики. Взаимодействие локальных цивилизаций предстает в двух получивших распространение конструктах, таких как «столкновение цивилизаций» (С. Хантингтон) и как «диалог цивилизаций» (А. Тойнби).

С 2001 года Генеральная ассамблея ООН утвердила «Глобальную повестку дня для диалога между цивилизациями» и признала диалог между цивилизациями в качестве развернутой концепции «поощрения культуры мира и диалога между цивилизациями». В принятом документе дано определение диалога между цивилизациями как процесса, который развертывается внутри цивилизаций и на их стыке и который основан на всеобщности участия и коллективности желания учиться, открывать для себя и изучать цивилизации, выявлять сферы общего понима-

ния основных ценностей и сводить разные подходы в единое целое с помощью диалога [4, с. 142]. Объединяя в себе элементы прагматизма и утопизма (И. В. Следзевский), концепция диалога цивилизаций связана с формированием нового мировоззрения, направленного на изменение мировой политики как смысловой реальности. Реальным основанием межцивилизационного диалога рассматривается глобальная этика (Г. Кюнг) как согласованное и постепенное соединение в их базовых ценностях великих религиозных и культурных традиций мира. Отсюда становление особой сферы в идеологии глобализма — концепции этической глобализации и нормативно-ценостного измерения глобального управления. Глобальное управление связывается не с международным правом (как правом договоров суверенных государств между собой), а с приобретающей эффективность (успешное решение глобальных проблем человечества) глобальной этикой. Здесь глобальное управление выражает квазимеждународный смысл, не связанный с суверенитетом государств, а опирается на авторитет этических учений и духовных традиций [4, с. 155]. И если на этом этапе диалога цивилизаций такое состояние «бесправия» еще допустимо, то, по-видимому, в ближайшее время можно прогнозировать развитие процессов формирования норм и ценностей глобального права, которое и должно выступить основанием становления будущего глобального правопорядка.

Как отмечает известный специалист по общей теории прав человека Е. А. Лукашева, главный недостаток в управлении глобализацией в том, что она осуществляется вне правового поля, которое предполагает соблюдение принципов солидарности, справедливости и равенства. Ее вывод: «глобализация без опоры на право как внутри национальных государств, так и в международных отношениях, нормирует произвол и нарушения прав человека» [5, с. 6–7].

В юридической литературе уже делаются первые попытки осмысливания понятий, отображающих процессы глобализации в категориях юриспруденции и применяющихся к праву, проводится разграничение правовой глобализации и глобализации в правовой сфере [6, с. 368, 371]. Допуская возможность создания и функционирования глобального права, Л. Удовика отмечает, что оно не может быть сведено к системе норм и правил поведения, а предстает как специфический образ права, основанный на европейской модели и отображающий современное буржуазное мировоззрение, социальные устои, традиции. Глобализация в праве — это продукт развития Западной цивилизации, и в своей основе это дальнейшая европеизация мира [6, с. 360–361]. Однако здесь могут быть высказаны некоторые возражения автору.

Во-первых, как уже отмечалось, исследователи глобализации рассматривают ее как процесс американизации мира; и, во-вторых, сомнителен тезис о становлении глобального права как целенаправленной деятельности. Этот процесс протекает стихийно и пока можно отметить только робкие попытки включиться в формирование глобального права

со стороны некоторых международных организаций и транснациональных корпораций.

В этом плане интерес представляет развитие современного международного права и формирования в его составе все большего количества норм так называемого «мягкого права». Гибкость и приспособляемость «мягкого права» определила широкое его использование в актах-рекомендациях международных организаций. При этом заметна способность норм «мягкого права» быть заделом будущего «жесткого права», что подтверждается многочисленными примерами, которые приводятся представителями науки международного права [7, с. 5].

Различие между национальным, интегративным и международным правом, основанным на идеях верховенства права, иначе именуемым жестким правом, и глобального права как новой правовой реальности, отчасти в его характеристике как мягкого права, которое не может быть подходящим инструментом для реализации идеи верховенства права, связано не только с негосударственными участниками, от которых исходит это право, но также с «мягкой» нормативной реальностью, составляющей его содержание. В условиях глобализации, поверх установленных государственных границ идет процесс социального взаимодействия, который предполагает становление специфической (мягкой) правовой нормативности, выражающей особенности правовой глобализации.

Среди проблемных областей междисциплинарных исследований, которые имеют прямой выход на становление глобального права, — не только процессы дальнейшего развития национального права, но и проблематика адаптации государств к нарушениям их суверенитета, участие государственных и негосударственных акторов в формировании новой политической модели мира [8, с. 552].

Происходящее сегодня соревнование между национальными правопорядками с целью привлечения транснациональных корпораций, туристов или других участников глобализации, с одной стороны, создает условия для того, чтобы представить свой правопорядок как «юридический рай» [9, с. 39] для участников глобальных отношений, а с другой стороны, сближает правовые системы, создавая условия для формирования единогообразия нормативного содержания правовых систем.

Дополнительным аргументом для утверждения о самостоятельности новой правовой реальности — глобального права, являются разработки проблематики глобального менталитета как общецивилизационного менталитета, выражающего совокупность конструктивных ментальных средств, которые способны обеспечить стабильность и преемственность в развитии человечества. Глобальный менталитет имеет интернациональный характер, выражает совокупность интенсивных конструктивных сходств различных цивилизаций и культур, ядром которых выступает чувство глобальности или всечеловеческой идентичности, а составляющими являются нетерпимость к насилию, любовь к справедливости,

бережливое отношение к природе, приверженность нормам разумного потребления и т.д. [10, с. 54–55].

В связи с тем, что участники глобализации могут выбирать правовые нормы согласно своим предпочтениям, не сложно сделать вывод, что глобальный правопорядок формируется без явных проявлений принуждения. Глобализация в ее юридическом измерении не приемлет ни национальное право с его территориальной привязкой, ни международное право с его нормами коллизионного права и договорами. Глобальное право старается быть чем-то большим, нежели развивающееся международное право [9, с. 42]. Поскольку одной из основных движущих сил глобализационных процессов выступают транснациональные корпорации, то совершенно определенно одной из составляющих глобального права должны быть нормы и принципы, регулирующие правовой статус ТНК [11, с. 41–42].

По мнению Ф. Лапорта, глобальное право это новый вид права, обладающий своими институциональными и нормативными составляющими, среди которых:

а) новое торговое право (*lex mercatoria*), контролирующее коммерческие действия и стремящееся выйти за пределы государств, устанавливая обязанности без применения государственного принуждения. Стандарты, которые здесь используются, являются саморегулирующимися в силу того, что все участники заинтересованы в их соблюдении. Характерна и терминология для характеристики *lex mercatoria*, такая как «безоружность» и «необязательность» права;

б) институциональная модель глобального права связана с таким институтом как Всемирная торговая организация (ВТО). Формирование глобального управления может быть представлено на его примере. ВТО образована как организация с целью достижения широкой степени либерализации в вопросах торговли. Сейчас ВТО определяет нормы и условия для всех видов коммерческих продуктов, включая регулирование и либерализацию услуг. Решения принимаются путем переговоров и круглых столов. Члены организации договариваются и обмениваются коммерческими порядками, которые выражаются в нормах, обязательных для всех участников. ВТО состоит из государств-членов, но его принципы, правила и решения имеют приоритет над национальным правом, что вынуждает государства менять свой правопорядок.

Постепенно формируется правовая сфера, которая не вписывается ни в национальное, ни в международное право, это ничто иное, как глобальное право, нормы которого применяются особыми субъектами, а пределы действия не ограниченны государственными границами. Глобальное право в первую очередь характеризуется как «мягкое право», в отличии от национального права, применяющего нормы «жесткого права» с его последовательно проводимой идеей «верховенства». Эта мягкая нормативно-правовая реальность обусловлена тем, что она как правило исходит от негосударственных участников; содержит неясные

и неопределенные условия, которые предстают как необязательные; базируется на произвольной приверженности и одобрении; обеспечена неправовыми способами принуждения [9, с. 42].

Формирующееся глобальное право содержит нормы, которые во многом связаны с координацией и кооперацией, нежели с регулированием, когда навязываются нормы и ценности конфликта интересов, этой традиционной сферой для становления права как такового и национального права в частности.

Проблематика взаимосвязи глобализации и права уже сегодня представлена в различных ракурсах. Так, влияние глобализации на право охарактеризовано М. Н. Марченко посредством выделения тенденций развития права в условиях глобализации, среди которых: универсализация и унификация права; широкое использование принципов права как регуляторов общественных отношений; усиление роли судебского права и таких его источников как прецедента и судебской практики; расширение прав человека и гражданина; постепенное стирание границ между публичным и частным правом; политизация права [12].

В этом перечне стоило бы в качестве самостоятельной тенденции выделить тенденцию формирования глобального права как новой правовой реальности. По сути же речь идет о складывающемся новом уровне бытия права. Иными словами, наряду с национальным уровнем (национальное право), международным уровнем (международное право), интегративным уровнем (интегративное право), на глобальном (межцивилизационном) уровне формируется глобальное право.

Следует подчеркнуть, что процессы глобализации в правовой сфере касаются всех уровней существования права. В то же время это не исключает, а, наоборот, интенсифицирует проблематику становления особой правовой реальности — глобального права.

В настоящее время высказываются достаточно спорные соображения, касающиеся формирования глобальной правовой системы и глобального правопорядка. Так, по мнению В. М. Шумилова, глобализация ведет к изменениям в праве, которые формируют глобальную правовую систему. Эта глобальная правовая система соединяет в себе внутреннее (национальное) и международное право, которые формируются в неком единстве, частью которого выступает также транснациональное и наднациональное право [13, с. 19].

Такой подход объясняется тем, что национальное и международное право в процессе глобализации все более взаимопроникают друг в друга. Кроме того, в результате деятельности многонациональных предприятий создается специфическая нормативность, которую именуют транснациональным правом. В своей деятельности многонациональные предприятия заключают договоры с государствами-инвесторами, а также между собой, что и создает этот специфический правопорядок. В этой ситуации участники отношений сами вырабатывают нормы поведения, которые не охватываются ни национальным, ни международным правом [13, с. 16].

Наконец, еще одним звеном в глобальной правовой системе рассматривается наднациональное право, которое утверждается тем, что многие международные организации в силу своей уставной правосубъектности получили возможность обязывать своими конкретными решениями государства-члены, не заручаясь их согласием в каждом отдельном случае. В той или иной степени наднациональный характер права выражается в деятельности ряда международных организаций регионального и универсального уровней (Европейский Союз, МВФ, ВТО и др.) [13, с. 17–18].

Таким образом, формирование глобальной правовой системы В. М. Шумиловым связано с соединением всех правовых систем в единую глобальную правовую систему. По-видимому, это преувеличение роли глобализации в развитии правовых систем, поскольку при всем продвижении глобализации на национальном, интегративном и международном уровне бытия права они продолжают свое существование как национальные, интегративные и международная правовые системы. Думается, что глобальная правовая система — это новый уровень существования права, находящийся на стадии становления, который уже сегодня проявляет себя в особенностях мягкого права, деятельности специфических институтов (ВТО, МВФ, транснациональные корпорации и пр.), утверждении особых юридических источников права (принципы права, юридическая доктрина, юридическая практика), становлении межнормативных связей и зависимостей (рекомендуемых стандартов), проявлении глобального правового менталитета и утверждении глобальной правовой культуры.

Л и т е р а т у р а

1. Гарпушкин В. Е. Социальный универсализм: новый взгляд / В. Е. Гарпушкин // Социс. — 2010. — № 9. — С. 17–25.
2. Бергер П. Культурная динамика глобализации / П. Бергер // Многоликая цивилизация / под ред. П. Бергера и С. Хантингтона. — М. : Аспект Пресс, 2004. — С. 8–24.
3. Нерсесянц В. С. Процессы универсализации права и государства в глобализирующемся мире / В. С. Нерсесянц // Государство и право. — 2005. — № 5. — С. 38–47.
4. Следзевский И. В. Диалог цивилизаций как смысловое поле мировой политики / И. В. Следзевский // Общественные науки и современность. — 2001. — № 2. — С. 141–156.
5. Права человека и процессы глобализации современного мира / отв. ред Е. А. Лукашева. — М. : Норма, 2007. — 464 с.
6. Удовика Л. Глобалізація і право: антропологічний вимір / Л. Удовика // Антропологія права : філософський та юридичний виміри (стан, проблеми, перспективи) : матеріали Міжнар. «круглого столу» (м. Львів, 4–5 груд. 2009 р.). — Л. : Край, 2009. — С. 357–373.
7. Безбородов Ю. С. Роль норм мягкого права в международно-правовом регулировании / Ю. С. Безбородов // Международное публичное и частное право. — 2004. — № 6 (21). — С. 3–6.
8. Политология : учебник / А. Ю. Мельвиль и др. : под ред. А. Ю. Мельвилля. — М. : МГИМО (университет) МИД России : Проспект, 2011. — 624 с.

9. Лапорта Ф. Глобализация и верховенство права. Некоторые сомнения вестфальца / *Ф. Лапорта* // Проблеми філософії права. — 2006–2007. — Т. IV–V. — С. 34–49.
10. Губанов Н. И. Глобальный менталитет как условие предотвращения межцивилизационных конфликтов / *Н. И. Губанов, Н. Н. Губанов* // Социс. — 2011. — № 4. — С. 51–58.
11. Фединяк Г. С. Правосуб'єктність транснаціональних корпорацій у час глобалізаційних процесів (аспекти міжнародного права та міжнародного приватного права) : монографія / *Г. С. Фединяк*. — К. : АТИКА, 2007. — 200 с.
12. Марченко М. Н. Основные тенденции развития права в условиях глобализации / *М. Н. Марченко* // Государство и право. — 2009. — № 6. — С. 6–10.
13. Шумилов В. М. Международное право и глобальная правовая система / *В. М. Шумилов* // Московский журнал международного права. — 2002. — № 4. — С. 3–19.

А н н о т а ц и я

Оборотов Ю. Н. К вопросу о формировании глобальной правовой системы. — Статья.

В процессе глобализации происходят изменения в национальном, интегративном и международном праве, которые приводят к формированию новой правовой реальности — глобального права. Глобальное право характеризуется специфическим содержанием, выраженным в явлении «мягкого права», и появлением особых субъектов со своеобразным правовым статусом.

Ключевые слова: глобализация, глобальная культура, глобальный менталитет, транснациональное право, глобальное право, глобальная правовая система.

А н о т а ц і я

Оборотов Ю. М. До питання про формування глобальної правової системи. — Стаття.

У процесі глобалізації відбуваються зміни в національному, інтегративному та міжнародному праві, що приводять до формування нової правової реальності — глобального права. Глобальне право характеризується специфічним змістом, що виражений у явищі «м'якого права», та появою особливих суб'єктів зі своєрідним правовим статусом.

Ключові слова: глобалізація, глобальна культура, глобальний менталітет, транснаціональне право, глобальне право, глобальна правова система.

S u m m a r y

Oborotov Yu. M. To the Question of Global Legal System Forming. — Article.

In the process of globalization the national, integrative and international law are changing, what involves the forming of the new legal reality — global law. Global law has a specific content, which expressed in the phenomenon of «soft law», and implicates new special subject with peculiar legal status.

Keywords: globalization, global culture, global mentality, transnational law, global law, global legal system.

УДК 340.116+321.01

B. B. Колесниченко

ОБЩЕЕ И ОСОБЕННОЕ В ПРАВОВОЙ И ПОЛИТИЧЕСКОЙ СИСТЕМЕ ОБЩЕСТВА

В юридической науке понятие правовой системы наряду с понятием права стало использоваться во многом в связи с развертыванием сравнительно-правовых исследований, когда появилась необходимость выделения тех свойств права, которые могли выступать зрымым фактором сопоставления, в частности, романо-германского и англо-американского права. Можно вспомнить исследовательскую деятельность такого компартиависта, как Рене Давид, который широко применял понятие правовой системы и правовой семьи как объединения правовых систем [1]. В дальнейшем понятие «правовая система» перекочевало в общетеоретическую юриспруденцию.

Здесь были высказаны весьма различающиеся суждения о феномене правовой системы: от признания его в качестве весьма значимого, до отрицания необходимости его использования. Однако постепенно утверждение в категориальном аппарате юриспруденции понятия правовой системы состоялось.

Вместе с тем по-прежнему остаются дискуссионными вопросы соотношения права и правовой системы. К примеру, Н. И. Матузов считает, что право и правовая система соотносятся как часть и целое [2]. Думается, что в русле современного правопонимания все обстоит наоборот, т.е. право — это целое, а правовая система — это часть.

Сфера действия права ограничена правовым пространством, границы которого как раз заданы концептом «правовая система». При этом правовая система как внутренне согласованная, взаимосвязанная совокупность формализованных правовых ценностей, норм, связей, отношений, режимов, статусов, прав и обязанностей и т.д. имеет многослойный характер и включает различные сферы.

Не вдаваясь в полемику по этому поводу, можно провести аналогию с компонентным составом политической системы. Преобладает мнение

о том, что в составе политической системы: во-первых, институциональная подсистема, включающая политические институты, каждый из которых является относительно самостоятельной системой; во-вторых, нормативная подсистема, складывающаяся из политических и правовых норм, принципов, воззрений, традиций, направленных на регламентацию деятельности политической системы и ее отдельных элементов; в-третьих, функциональная подсистема, определяемая формами политической деятельности, способом осуществления власти, преобладанием среди них насильственных и ненасильственных методов управления; в-четвертых, коммуникативная подсистема, включающая разнообразные формы и принципы взаимодействия как внутри политической системы, так и с другими политическими системами; в-пятых, культурно-идеологическая подсистема, формирующаяся из различных по содержанию идей, взглядов, чувств участников социальной жизни [3, с. 121–122].

На этом фоне можно представить компоненты правовой системы, обособленные по таким подсистемам (направлениям):

- а) нормативная подсистема, которая связана с обособлением системы права;
- б) институциональная подсистема, которая связана с функционированием системы правотворческих и правоприменительных органов;
- в) статусная подсистема, которая представляет систему субъектов права;
- г) коммуникативная подсистема, которая выражена в системе правовых связей и правовых отношений;
- д) идеологическая подсистема, составляющая систему правовых идей, принципов, правопонимания, правовых категорий, образов права и т. д.

Заметим, что в отличие от институциональной оставляющей, которая является определяющей для политической системы, в правовой системе в качестве таковой выступает нормативная подсистема. Кроме того, для правовой системы характерно выделение статусной подсистемы, которая связана с определением правового статуса различных субъектов права (субъективных прав и юридических обязанностей).

Так же, как и политическая система, правовая система функционирует в единстве всех составляющих ее подсистем.

Понятие правовой системы является одним из наиболее общих понятий (категорий) юриспруденции, поскольку именно оно используется для характеристики существующих в современном мире правовых культур с точки зрения их формализации, действенности и разнообразия. В юридической литературе высказана мысль (Р. И. Муромцев), что понятие «правовая система» обращено за пределы структуры права, что важно, с одной стороны, для понимания того, что правовая система является одной из подсистем общества наряду с экономической, политической, религиозной и т. д. системами, а с другой стороны, для обеспечения целостности и обособленности права в его цивилизационной и культурной специфике.

Думается, однако, что категория правовой системы, конкретизируясь по таким основным направлениям и разновидностям, как национальная правовая система, интегративная правая система, международная правовая система, является способом организации правового пространства, развертывания и функционирования в нем механизма действия национального, интегративного или международного права.

Среди признаков правовой системы отмечаются:

- 1) правовая система является разновидностью социальной системы наряду с политической, экономической, религиозной и др.;
- 2) правовая система привязана к определенной территории (государство, интегративное объединение, международное объединение);
- 3) правовая система определяется менталитетом, традициями, особенностями правовых институтов и др.;
- 4) правовая система обладает внутренним единством и выступает как целостность;
- 5) правовая система находится в постоянном развитии и отображает динамику права: функции и механизм его действия;
- 6) правовая система имеет целью становление и развитие правопорядка в обществе [4, с. 120–121].

В зависимости от того, какой элемент права выводится в центр правовой системы, существуют различные виды правопонимания. Так, выведение в центр правовой системы правовой нормы характерно для нормативного правопонимания. Обозначение центром правовой системы правовых отношений связано с существованием социологического правопонимания. Центрирование правовой системы на правовых идеях свойственно философскому правопониманию. Наконец, выведение в центр правовой системы субъекта права означает антропологическое правопонимание.

Необходимо отметить, что правовая система является одной из сторон проявления бытия права. В частности, правовая система характеризуется в качестве такой стороны правовой реальности, в которой правовая система приобретает историко-культурную и пространственно-временную определенность [5, с. 61]. В этой связи правовая система как целостность выступает в виде национальной правовой системы (правовая система Украины), которая взаимодействует с политической системой Украины и оказывает воздействие на социальные процессы, происходящие в жизни нашего общества.

Современные правовые системы не только не существуют изолированно, но и постоянно взаимодействуют между собой как по горизонтали, так и по вертикали. Не случайно в этой связи навязывание некоторыми правовыми системами своих правовых моделей и моделей правового развития другим правовым системам. В условиях глобализации рассматривается вопрос о формировании новой правовой системы, которая носит название глобальной правовой системы и отличается отходом от принципа верховенства права и становлением т.н. мягких правовых норм.

При характеристике правовой системы перспективно заглянуть в сферу политики, где существуют многочисленные разработки теории политической системы, которые во многом применимы к реалиям современного мира, и целый ряд ее положений заслуживают своего развития применительно к правовой системе.

Среди этих положений, в первую очередь, выделим идею Д. Истона о том, что политическая система может быть определена как совокупность тех взаимодействий, посредством которых ценности авторитарным способом привносятся в общество [6].

Является ли правовая система такой совокупностью, посредством которой ценности авторитарным способом привносятся в общество? Можно считать, что это так, с небольшим уточнением: здесь используется свой специфический нормативный способ. Иными словами, правовая система может быть определена как система таких взаимодействий, посредством которых ценности нормативно-правовым способом привносятся в общество.

При этом, как уже отмечалось ранее, если в политической системе институциональная составляющая является определяющим компонентом ее существования, то в правовой системе таким определяющим выступает нормативный компонент. Важнейшая составляющая правовой системы выражена специфическим образом и предстает как статусная, которая включает субъектов права (индивидуальных и коллективных), обладающих субъективными правами и юридическими обязанностями [7, с. 47].

При характеристике компонентов политической системы как правило рассматривается нормативная составляющая и, более того, выделяется нормативная основа политической системы [8, с. 509–517], которая включает, в частности, не только правовые принципы, но и конституционные нормы. Такой аспект видения содержания политической системы, по-видимому, может иметь место. Однако возможен вопрос о том, как взаимодействуют политическая и правовая системы по таким параметрам, как нормативный и институциональный. Существуют ли названные системы как отдельно функционирующие либо они взаимодополняют друг друга?

Думается, что только в статике правовая и политическая системы могут быть обособлены друг от друга. В то время как в динамике нормативная составляющая правовой системы и институциональная составляющая политической системы выступают как некое единство. Характерно при этом утверждение, что подсистемы социальной системы могут сохранить жизнедеятельность лишь при условии, когда все иные функционируют безупречно или хотя бы удовлетворительно [9, с. 223].

Вряд ли можно принять предложение о включении в состав элементов правовой системы антисоциальные явления [10, с. 59]. Как раз составляющие правовой системы имеют позитивную направленность на формирование правового порядка, на вытеснение из правовой жизни негативных правовых явлений.

Правовая система предназначена для установления социальных связей между субъектами права и обеспечения их взаимодействия в рамках правовых отношений и правомерного поведения [9, с. 54]. Отмеченное целевое назначение правовой системы дает основание для ее характеристики в призме осуществляемых функций.

Весьма перспективно в этой связи рассмотрение Г. Алмондом функций политической системы, а именно на входе и выходе, среди которых на входе: 1) политическая социализация; 2) политическое регулирование; 3) организация (выражение) интересов; 4) агрегирование интересов; 5) политическая коммуникация; 6) различные виды взаимодействий. На выходе: 1) нормотворчество; 2) применение права и процедур, введение норм в действие; 3) контроль за соблюдением права; 4) истолкование законов и пресечение акций, направленных на их нарушение [10].

Если в этом аспекте проанализировать функции правовой системы, то на входе окажутся: 1) правовая социализация; 2) правовой статус и компетенция субъектов права; 3) формирование правовых требований; 4) правовое закрепление принципов, юридических конструкций, норм и ценностей; 5) правовая коммуникация в правовых отношениях и правовом общении; 6) информационное, ценностное и регулятивное взаимодействия. На выходе правовой системы среди функций: 1) правотворчество (нормотворчество) и введение норм в действие; 2) толкование права (норм, договоров, индивидуальных актов); 3) применение права; 4) контроль и надзор за применением права; 5) правовое принуждение и юридическая ответственность.

Функционирование правовой системы связано с ее рассмотрением как целостного образования, в единстве ее составляющих. Однако в ее составе могут быть выделены подсистемы, которые включают элементы и связи между ними. Заметим, что применительно к политической системе преобладает точка зрения, в соответствии с которой в ее составе выделяют такие подсистемы: институциональная, нормативная, функциональная, коммуникативная, культурно-идеологическая [11, с. 120].

По-видимому, можно отстаивать обособление этих подсистем в правовой системе с выделением на первый план нормативной подсистемы. В этой связи заметим, что функциональная подсистема — основа правового режима, который обеспечивает институциональную сторону бытия существующей государственной власти.

Среди форм реализации функций правовой системы выделяются информационная, ориентационная и праворегулятивная [12, с. 11]. С учетом все большего выдвижения субъекта права в центр правовой жизни современного общества эти формы должны быть дополнены координационной формой реализации функций правовой системы, которая представлена все большим развитием контрактивизма в жизни людей, более того, формированием самостоятельной целостности в виде договорного права и договорного правопорядка.

В отличие от политической системы, знаковой формой ориентации и функционирования всех элементов правовой системы выступают юридический процесс и правовая процедура. Потому необходимо согласиться с Н. Н. Онищенко, что юридический процесс выступает как правовая конструкция, нормативно упорядочивающая правовую деятельность [12, с. 15]. Именно процессуальная форма не только придает устойчивость правовой системе, но и является важнейшим основанием самостоятельности бытия правовых норм и правовых ценностей.

Можно утверждать, что единство и различие правовой системы и политической системы, в первую очередь, связаны с особенностями обеспечения ими существующего мира ценностей политическими и правовыми средствами, а также выстраиванием каждой их систем своих собственных ценностей: политических и правовых.

Л и т е р а т у р а

1. Давид Р. Основные правовые системы современности / Р. Давид, К. Жоффре-Спинози ; пер. с фр. В. А. Туманова. — М. : Международные отношения, 1998. — 400 с.
2. Теория государства и права : курс лекций / под ред. Н. И. Матузова и А. В. Малько. — М. : Юристъ, 2001. — 776 с.
3. Политология : учебник / А. Ю. Мельвиль и др. — М. : МГИМО (у) МИД РФ : Пропсект, 2011. — 624 с.
4. Скакун О. Ф. Теорія права і держави : підручник / О. Ф. Скакун. — К. : Алерта : КНТ : ЦУЛ, 2009. — 520 с.
5. Аюрова З. К вопросу о категории «правовая система» в современном правоведении / З. Аюрова // Современное право. — 2006. — № 7. — С. 59–62.
6. Истон Д. Категории системного анализа политики / Д. Истон // Антология политической мысли. — М. : Мысль, 1997. — Т. 2. — С. 630–642.
7. Скакун О. Ф. Общее сравнительное правоведение : основные типы (семьи) правовых систем мира / О. Ф. Скакун. — К. : Ін Юрe, 2008. — 464 с.
8. Общая теория государства и права. Академический курс. В 3 т. Т. 1. Теория государства / отв. ред. М. Н. Марченко. — Изд. 2-е. — М. : Зерцало-М, 2002.
9. Політологія : підручник / за ред. О. В. Бабкіної, В. П. Горбатенка. — 3-те вид. — К. : Академія, 2008.
10. Кутумов И. Т. Об определении элементов правовой системы / И. Т. Кутумов // Закон и право. — 2006. — № 9. — С. 59–60.
11. Алмонд Г. Гражданская культура и стабильность демократии / Г. Алмонд, С. Верба // Полис. — 1992. — № 4. — С. 127–128.
12. Оніщенко Н. М. Теоретико-методологічні засади формування та розвитку правової системи / Н. М. Оніщенко. — К. : Ін-т держ. та права ім. В. М. Корецького НАН України, 2002. — 32 с.

А н н о т а ц и я

Колесниченко В. В. Общее и особенное в правовой и политической системе общества. — Статья.

Правовая и политическая системы не только представляют собой обособления в рамках социальной системы, но в процессе функционирования они взаимопроникают

друг в друга. Это единство в функционировании правовой и политической систем обеспечивает целостность всей социальной системы и эффективность ее действия.

Ключевые слова: правовая система, политическая система, нормативный компонент политической системы, институциональный компонент правовой системы, политические и правовые ценности.

А н о т а ц і я

Колесниченко В. В. Загальне та особливе у правовій та політичній системі суспільства. — Стаття.

Правова та політична системи не тільки є відокремленими в рамках соціальної системи суспільства, але й у процесі функціонування вони взаємопронизують одну одну. Ця єдність у функціонуванні правової та політичної систем забезпечує цілісність усієї соціальної системи та ефективність її дії.

Ключові слова: правова система, політична система, нормативний компонент політичної системи, інституціональний компонент правової системи, політичні та правові цінності.

S u m m a r y

Kolesnichenko V. V. General and Special in Legal and Political Systems of Society. — Article.

The legal and political systems are not only represent a separate spheres within the social system, but during the functioning, they interpenetrate each other. This unity in the functioning of the legal and political system ensures the integrity of the entire social system and its effective action.

Keywords: legal system, political system, normative component of political system, institutional component of legal system, political and legal values.

УДК 340.132:347.965

M. P. Аракелян

ЭФФЕКТИВНОСТЬ ПРАВА В КОНТЕКСТЕ ПРАВОЗАЩИТНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ ГОСУДАРСТВА: ТЕОРЕТИЧЕСКИЙ АСПЕКТ

Проблема эффективности права сопровождает функционирование права с момента его формирования. Определение ценности права во многом зависит от его эффективности. Знание и владение методикой определения эффективности правовых процессов позволяет прогнозировать результаты осуществления данного процесса, а следовательно, и «будущее возможное состояние правовой системы, предупреждать негативные последствия, уменьшать возможные риски» [1, с. 145]. Исследование эффективности права, ее содержания, критериев измерения относится к разряду сложных проблем правовой науки.

Изменение парадигмы общественного развития требует выработки новых концептуальных подходов к исследованию эффективности правовых норм, разработки теоретических положений эффективности права, его отраслей, отдельных норм и институтов, в том числе в сфере правозащитной деятельности государства.

Активное обсуждение вопросов эффективности в праве в советской доктрине права началось со второй половины XX в., в связи с чем выделяется первый этап в процессе исследования данной проблематики — 60—80-е гг. XX ст. Среди ученых, занимавшихся в рамках теории права и отраслевых наук эффективностью действия правовых норм в данный период, необходимо назвать С. С. Алексеева, А. Б. Венгерова, В. В. Глазырина, Д. А. Керимова, В. А. Козлова, В. Н. Кудрявцева, В. И. Никитинского, А. С. Пашкова, П. М. Рабиновича, И. С. Самошенко, Ф. Н. Фаткуллина, Л. С. Явича и др. В этот период были разработаны основы теории эффективности правовой нормы, определившие направления исследования этого явления в последующие годы.

Исторически первой сферой использования и разработки понятия «эффективность» была экономика. В последующем расширение сферы

приложения этого понятия привело к необходимости обобщить его содержание.

В абстрактном смысле под «эффективностью» понимается способность средств содействовать достижению желаемой цели. Термин «эффективный» (от латинского *effectus* — действие) означает действенный, оказывающий нужное действие, дающий необходимый, обычно положительный результат, т. е. дающий какой-то результат, приводящий к каким-то нужным последствиям [2, с. 595].

Философский словарь содержит следующее определение эффективности — это существенное отношение изменений на выходе системы к изменениям на входе; это реализация энергии некоторой причины в следствие. Понятие эффективности является своеобразной мерой динамики двух противоположных процессов внутри любой системы — внешних и внутренних [3, с. 1043].

Практика использования понятия «эффективность», по мнению М. Н. Андрющенко, показывает, что эффективность выступает мерой возможности, но не любой, а той, которая выражает цель человека, реализует его идею, т. е. эффективность есть мера возможности с точки зрения ее близости к наиболее целесообразному, необходимому (нужному) человеку результату. Здесь речь идет о близости к цели в ее оптимальном выражении [4, с. 45–46]. Исходя из этого, понятие «эффективность права» И. С. Самощенко, В. И. Никитинским определялось как отношение между фактически достигнутым, действительным результатом и той целью, для достижения которой были приняты соответствующие правовые нормы [5]. Эффективность права, как отмечает П. М. Рабинович, — это соотношение фактических результатов воплощения нормы права и декларированной ею целью [6, с. 369].

В юридической литературе справедливо отмечалось, что «определение эффективности в различных отраслях права по своей сути должно быть одноплановым, однозначным и в то же время учитывать специфику регулируемых общественных отношений, особенности видов правонарушений и т. д.» [7, с. 32].

В соответствии с пониманием права как системы общеобязательных, формально определенных норм, санкционированных государством и обеспеченных государственным принуждением, проблема эффективности права фактически конкретизируется через проблему эффективности норм права, а по сути — эффективности норм законодательства, эффективности нормативных актов государства. Вопросы же эффективности права в целом как регулятора социальной и духовной жизни, как элемента культуры и формы духовного существования человечества практически не рассматривались. В ходе анализа проблем эффективности норм права в советской юридической науке первоначально акцент был сделан на ее соотношении либо отождествлении с оптимальностью, правильностью, обоснованностью самих норм. Такой подход был характерен, например, для таких ученых, как Д. А. Керимова и М. П. Лебедева.

В дальнейшем понятие «эффективность правовых норм» стало связываться в первую очередь с результативностью их действия. Исследование эффективности правовых норм тесно связано с понятием «эффективность», ее критериями, показателями и условиями.

Многие авторы продолжали формулировать рассматриваемое понятие через потенциальную способность правового решения оказывать влияние на общественные отношения в определенном направлении (А. С. Пашков, Д. М. Чечот), содействовать достижению желаемой цели (М. Д. Шаргородский), обеспечивать достижение социально полезной и объективно обоснованной цели (В. А. Козлов), обеспечивать нормальный ход правосудия (Д. М. Чечот) [8].

В целом необходимо отметить, что советская теория эффективности права формировалась в контексте инструменталистского подхода к праву как «средству руководства обществом», инструменту достижения экономических, политических, идеологических и других целей социалистического строительства. В рамках этой теории эффективность правовых норм определялась как «соотношение между фактическим результатом их действия и теми социальными целями, для достижения которых эти нормы были приняты» [9, с. 22].

Эффективность норм права рассматривалась как достижение целей права, соответствие между целями законодателя и реально наступившими результатами. Данный подход получил в литературе наименование целевого (функционально-целевого). Его сторонники понимали под эффективностью норм права отношение между фактически достигнутым результатом и той целью, ради которой были приняты соответствующие правовые предписания. Функционально-целевая позиция имеет иной, свойственный только ей самой, недостаток. Суть в том, что действительно эффективной можно считать лишь такую норму, которая способствует достижению объективно обоснованной цели. Достижение необоснованной цели — тоже результат действия нормы, но такой результат нельзя считать социально эффективным. Социально эффективной может быть лишь норма права, перед которой поставлена цель, достаточно верно отражающая объективные потребности сохранения, функционирования, развития данной социальной структуры, а в конечном счете выражаясь объективные закономерности, свойственные господствующему способу производства. В этом плане особо хотелось бы отметить роль В. И. Никитинского в разработке данного подхода (монография «Эффективность норм трудового права» [9], а также коллективная монография «Эффективность правовых норм» [10]).

Таким образом, главными направлениями изучения проблемы эффективности правовой нормы в данный период были: выработка универсальных подходов к определению понятия эффективности правовой нормы; исследование проблем соотношения понятия эффективности правовой нормы со смежными понятиями; выделение критерииев и показателей эффективности правовой нормы; определение способов измере-

ния эффективности правовой нормы; выделение главных условий обеспечения эффективности правовой нормы и др.

Изменение общественно-политической и экономической ситуации требовало новых подходов к проблематике эффективности правового регулирования общественного развития, что обусловило выделение второго этапа — начало 90-х годов XX в. и по настоящее время. Второй этап характеризуется появлением новых подходов к понятию эффективности, определению критериев и показателей эффективности, приемов и способов ее измерения [11]. Среди ученых, занимающихся проблематикой эффективности правового регулирования как в рамках общей теории права, так и в рамках отраслевых исследований, необходимо назвать С. А. Жинкина, А. П. Кузнецова, В. В. Лапаева, А. В. Малько, Л. Х. Мингазова, П. М. Рабиновича, Ю. А. Тихомирова и др. Так, В. В. Лапаев отмечает, что «целью правового регулирования является не достижение внешних по отношению к праву утилитарных целей (как это было ранее), а наиболее полное обеспечение прав и свобод человека и гражданина, т. е. в конечном итоге — расширение и укрепление сферы свободы и общественной жизни [12]. Усилия правоведов должны быть направлены на разработку новой концепции эффективности правового регулирования с учетом складывающихся в стране социально-правовых реалий и изменяющегося типа правопонимания (т.е. перехода от легистского правопонимания советского образца, согласно которому право — это совокупность норм, установленных или санкционированных государством и поддерживаемых мерами государственного принуждения, к закрепленному в конституции естественно-правовому типу правопонимания, трактующему право как систему норм, основанных на природенных и неотчуждаемых правах человека) [13, с. 72–73].

Эффективность права как системы норм государства С. А. Жинкин рассматривает в соответствии с господствующей в науке причинно-целевой концепцией эффективности норм права. Тогда и право в целом определяется как соотношение целей, которые ставит перед правом государство, и степени реального достижения правом этих целей. Такими целями могут быть демократизация общественной жизни, снижение уровня социальной конфликтности и др. [14, с. 102].

Среди современных подходов к пониманию эффективности права заслуживает внимание также позиция А. В. Малько, раскрывающего понятие эффективности через категории правовых стимулов и правовых ограничений [15].

Также представляет интерес вопрос о соотношении юридической эффективности и социальной эффективности права. Социальная ценность правовой нормы иногда включается в понятие ее эффективности и интерпретируется как эффективность со знаком плюс [9, с. 25–28]. Согласно другой точке зрения — это разные свойства по характеру, содержанию и непосредственным показателям. В отличие от эффективности, по мнению сторонников данной концепции, социальная ценность

нормы связана не с конкретной, а с широкой социальной целью правовой нормы и выражается главным образом в способности нормы отражать объективные общественные потребности и содействовать их достижению [16, с. 30–31]. Под юридической эффективностью правовых норм понимают соответствие поведения субъектов правоотношений требованиям, установленным нормой права [17, с. 57].

Совпадения юридической эффективности с социальной — это идеальный результат правового регулирования. Однако это происходит не всегда; зачастую юридическая эффективность не приводит к социальной эффективности.

Сложность изучения проблем эффективности правовых явлений связана еще и с тем, что в юридической науке пока слабо разработаны критерии, на основании которых можно определить эффективность норм права.

С. С. Алексеев критериями и условиями эффективности правовых норм считает их обоснованность и целесообразность, полезность и экономичность. При этом полезность, с точки зрения ученого, — это фактическая эффективность юридических норм с учетом затраченных материальных средств, человеческой энергии, времени, а также иных показателей, характеризующих издержки общества на их производство и реализацию [18, с. 311–312].

В. Н. Кудрявцев, В. Н. Никитинский, И. С. Самошенко и В. В. Глазырин выделяют следующие критерии эффективности норм права: «совершенство законодательства, совершенство правового сознания населения, совершенство правоприменительной деятельности» [10, с. 36–37].

В. В. Лапаева выделяет такие критерии эффективности права, как: «правовое качество самого законодательства, эффективность правоприменительной деятельности, уровень правосознания правоприменителя и населения в целом» [19].

В. М. Сырых полагает, что критериями (факторами, условиями) эффективного действия норм права служат: 1) условия юридической эффективности норм права; 2) условия социальной эффективности норм права. При этом к условиям юридической эффективности норм права он относит: 1) надлежащее качество законов, иных нормативно правовых актов; 2) эффективно действующий механизм правового регулирования; 3) совершенство правоприменительной деятельности. К условиям социальной эффективности норм права он относит: 1) уровень экономического развития общества; 2) уровень культуры членов этого общества; 3) соответствие норм права содержанию регулируемых общественных отношений; 4) соответствие норм права закономерностям функционирования и развития гражданского общества и правового государства» [1, с. 11].

Т. Гейгер и Э. Гирш предлагают оценивать эффективность правовой нормы через пропорциональное отношение количества фактов правомерного поведения к числу случаев противоправного. Согласно такому

подходу получается, что эффективность нормы определяется исключительно ее влиянием на правовое поведение граждан.

Иногда в качестве критерия эффективности той или иной правовой нормы выступает степень действенности ее практической реализации в деятельности правоприменительных органов.

Иначе говоря, проблема эффективности реализации права в общественных отношениях оказывается связанный не только с выявлением социальных результатов действия нормы права, но и с исследованием тех социальных условий, которые вызвали эту норму и ее социальную задачу. Важнейшими показателями эффективности нормы (института) права являются: а) соответствие непосредственной социальной цели законодателя объективным потребностям данного общества; б) оптимальность избранного масштаба поведения для достижения поставленной цели, возможность достижения этой цели юридическими средствами; в) соответствие средств достижения цели социальной ценности предполагаемого социального результата; г) минимальность социальных трат при максимальности социального результата; д) соответствие между реальным результатом действия нормы и поставленной перед ней социальной целью.

Необходимо отметить, что правовые параметры эффективности обуславливаются целым рядом факторов: историческим аспектом; временными пространством; развитием общественных отношений в соотношении с измерением правовой действительности, экономического развития; условия механизма правового регулирования. Безусловно, этот перечень не является исчерпывающим, можно также указать и на дополнительные критерии, которые будут определяться в зависимости от вида эффективности.

Подводя итог рассмотрению теоретических предпосылок эффективности права, можно сделать вывод о наличии общеобязательных и необходимых ее критериев: 1) наличие правового явления в правовой системе общества; 2) соответствующий уровень правовой культуры общества и уровень экономического развития; 3) совершенство законодателя и механизм правоприменительного органа; 4) установление адекватной цели существующей реальности для достижения соотношения «цель — результат».

Современные реалии общественного развития требуют пересмотра основных теоретических ориентиров эффективности права, в том числе эффективности правозащитной деятельности государства. В отличие от исследований, проводившихся в 60—80-х гг. прошлого столетия, современная постановка данной проблемы отличается тем, что в современных условиях актуализировалась проблема формирования современной правовой системы, базирующейся на иных принципах и идеях. В данном контексте особое значение приобретает правозащитная деятельность государства, тесно связанная с проблемой эффективности права в целом. Вопрос об эффективности правозащитной деятельности государ-

ства связан с проблемой защиты субъективных прав и основных свобод человека и гражданина.

Л и т е р а т у р а

1. Сырых В. М. Логические основания общей теории государства и права. Т. 2 / *В. М. Сырых*. — М. : Юрид. дом «Юстицинформ», 2004. — 265 с.
2. Словарь иностранных слов / под ред. И. В. Лехина [и др.]. — М. : Рус. яз., 1987. — 608 с.
3. Современный философский словарь / под общ. ред. В. Е. Кемерова. — Москва ; Лондон ; Париж : ПА ПРИНТ, 1998. — 1064 с.
4. Андрющенко М. Н. Понятие эффективности и его философский смысл / *М. Н. Андрющенко* // Ученые записки кафедры общественных наук вузов г. Ленинграда. — Л. : Изд-во ЛГУ, 1971. — Вып. 12. — С. 42–49.
5. Самошенко И. С. О понятии эффективности правовых норм / *И. С. Самошенко, В. И. Никитинский* // Ученые записки ВНИИСЗ. — 1969. — Вып. 18. — С. 3–19.
6. Рабинович П. М. Ефективність права // Юридична енциклопедія. У 6 т. Т. 2 / за ред. Ю. С. Шемшученка [та ін.]. — К. : Укр. енцикл., 1999. — С. 369–370.
7. Веремеенко И. И. Понятие и условие эффективности административных санкций / *И. И. Веремеенко, Л. Л. Попов, А. П. Шергин* // Известия высших учебных заведений. Правоведение. — 1972. — № 5. — С. 28–37.
8. Жинкин С. А. Эффективность права : антропологическое и ценностное измерение : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.01 / С. А. Жинкин. — Краснодар, 2009. — 41 с.
9. Никитинский В. И. Эффективность норм трудового права / *В. И. Никитинский, В. Н. Кудрявцев, Р. З. Лившиц*. — М. : Юрид. лит., 1971. — 280 с.
10. Эффективность правовых норм / *В. Н. Кудрявцев, В. И. Никитинский, И. С. Самошенко, В. В. Глазырин*. — М. : Юрид. лит., 1980. — 280 с.
11. Ждиняк Н. Поняття ефективності кримінально-правової норми / *Н. Ждиняк* // Вісник Львівського університету. Сер. юрид. — 2009. — Вип. 49. — С. 229–235.
12. Лапаева В. В. Методология изучения эффективности действия законодательства в процессе правового мониторинга / *В. В. Лапаева* // Законодательство и экономика. — 2008. — № 10. — С. 5–11.
13. Шмалий О. В. Методологические основы оценки эффективности правотворческой деятельности исполнительной власти / *О. В. Шмалий* // Философия права. — 2011. — № 1. — С. 72–76.
14. Жинкин С. А. Психологические проблемы эффективности права / *С. А. Жинкин*. — М. : Юрид. центр пресс, 2009. — 373 с.
15. Малько А. В. Эффективность правового регулирования / *А. В. Малько* // Известия высших учебных заведений. Правоведение. — 1990. — № 6. — С. 61–67.
16. Фаткуллин Ф. Н. Социальная ценность и эффективность правовой нормы / *Ф. Н. Фаткуллин, Л. Д. Чулюкин*. — Казань : Казан. ун-т, 1977. — 119 с.
17. Законодательная техника : науч.-практ. пособие / под ред. Ю. А. Тихомирова. — М. : Городец, 2000. — 272 с.
18. Проблемы теории государства и права : учебник / под ред. С. С. Алексеева. — М. : Юрид. лит., 1979. — 392 с.
19. Лапаева В. В. Эффективность действия права. Проблемы общей теории права и государства : учебник / *В. В. Лапаева* ; под общ. ред. В. С. Нерсесянца. — М. : Норма, 2004. — 612 с.

А н н о т а ц и я

Аракелян М. Р. Эффективность права в контексте правозащитной деятельности государства: теоретический аспект. — Статья.

Рассмотрены различные концепции эффективности права. Проведена периодизация изучения юридической наукой проблематики эффективности действия правовых норм. Указано на специфику современной концепции эффективности права, обусловленной складывающимися в стране социально-правовыми реалиями и изменившимся типом правопонимания.

Ключевые слова: эффективность права, юридическая эффективность права, социальная эффективность права, критерий эффективности права, эффективность правовых норм.

А н н о т а ц і я

Акарелян М. Р. Ефективності права в контексті правозахисної діяльності держави: теоретичний аспект. — Стаття.

Розглянуто різні концепції ефективності права. Проведено періодизацію вивчення юридичною науковою проблематики ефективності дії правових норм. Вказано на специфіку сучасної концепції ефективності права, зумовленої соціально-правовими реаліями, що складаються в країні, та зміною типу праворозуміння.

Ключові слова: ефективність права, юридична ефективність права, соціальна ефективність права, критерій ефективності права, ефективність правових норм.

S u m m a r y

Arakelian M. R. Effectiveness of law in the context of human rights activities of the state: a theoretical perspective. — Article.

The different concepts of efficiency of law. Carried out the study periods of legal science perspective the effectiveness of the law. Indicated on the specifics of the modern concept of the effectiveness of law, due to the folding of the country social and legal realities, and changing the type of law.

Keywords: effectiveness of the law, the legal effectiveness of the law, social law effectiveness, performance criteria for the rights, efficacy of legal norms.

УДК 340.342

B. B. Дудченко

КЛАСИЧНА ЮРИДИЧНА ОСВІТА У ЦЕНТРІ ПРАВОВОЇ КУЛЬТУРИ СУСПІЛЬСТВА

Актуальність цієї статті обумовлена необхідністю інтеграції української юридичної освіти до единого дослідницького і освітянського європейського простору. Це сприятиме приведенню моделі національної освіти у відповідність до потреб і вимог європейського ринку праці.

Історія і сучасний стан зарубіжної юридичної освіти засвідчує, що її ключовою властивістю є класичність. У зв'язку з цим завдання цієї статті полягає у тому, щоб розкрити поняття класичного у праві і проаналізувати його конкретні прояви, як в історії зарубіжної юридичної освіти, так і нині. У такий спосіб окреслене завдання і його розв'язання, без сумніву, стане вагомим внеском в євроуніверсалізацію юридичної освіти в Україні.

Класика (від лат. *clasicus* — зразковий, першокласний) — це зразкові, видатні, загальновизнані твори науки, літератури, мистецства, які мають неминущу цінність для національної і світової культури.

Що є неминущим і загальновизнаним у європейській юридичній освіті? Таким неминущим є підхід до права як до аналога справедливості. Ось що занотовано з цього приводу у Дигестах Юстиніана: «Тому, хто вивчає право, необхідно перш за все віднати, звідки походить слово «право» (*ius* або *juris*). Право отримало свою назву від (слова) «справедливість» (*justitia*)... Юриспруденція є науковою про справедливе і несправедливе... Право є мистецтво благого і справедливого» [2, с. 83].

З такими настановами звертався юрист Ульпіан до студентів правових шкіл класичного Риму. Вражає, однак, те, що наведені висловлювання сприймаються такими, ніби Ульпіан звертається до нас, сучасних юристів. Це і є класикою.

Досліджуючи витоки правової класики, варто відзначити таке. На Західі і сьогодні юристом високої культури визначається той, хто вивчив римське право.

За період від 100 р. до н.е. до 300 р. н.е. римські юристи опублікували сотні книжок з права. Праці провідних юристів визнавали формою писаного права, комплексом текстів, які можна було тлумачити на рівні з законами імператора. Суттєво те, що обов'язковими для юристів-практиків були не слова, вжиті із тексту правознавцями, а ідея, що стояла за ними [1, с. 21]. Це було визнанням правової доктрини джерелом права.

Однак обсяг праць юристів був надто великим. Між 529—534 роками н.е імператор Юстиніан скоротив його до трьох томів. Ці три томи склали «цивільне право». Звід римського цивільного права складався з Інститутій, Дигест і імператорських конституцій [1, с. 23].

Дигести є найбільш важливою складовою Юстиніанівського зводу. Вони були не лише головним довідником для юристів-практиків, а й обов'язковим навчальним посібником для студентів юридичних академій Візантійської імперії. Принципово, що Дигести, як і Інституції, мали силу законів прямої дії. Ось що занотовано з цього приводу в конституції Юстиніана «Tanta» «...Сенатори і люди всієї землі... схиліться перед цими законами і дотримуйтесь їх... І ні в суді, ні в іншій суперечці, де закони необхідні, ніхто не мусить посилатись чи вказувати на інші книги, окрім як на складені і оприлюднені Наші Інституції, Дигести і Конституції... Закони ж наші, які Ми помістили в цих книгах, тобто в Інституціях чи Началах, також Дигестах, чи Пандектах, Ми санкціонуємо... щоб вони навіки мали силу, діючи разом з Нашими Конституційними і демонструючи їх силу в судах, в усіх судових справах» [2, с. 49—69].

Принципово є те, що Юстиніан говорить про Дигести як про «Храм римської Юстиції» — про юристів як про «Статус Юстиції» (від лат. *justitio*-справедливість). Це є синкретизмом римського права і етики.

Термін «етика» (від грецьк. — звичай, правило поведінки) вперше вжив Арістотель. Цим терміном він окреслив своєрідну галузь дослідження — «практичну філософію». Якщо у «теоретичній філософії» з'явовується, що має місце, то у «практичній філософії» — що має бути. Головне питання етики: що ми маємо робити? Етика вчить людину надбудовувати до фактично існуючого те, що мусить бути. Тож етика — це нормативне вчення про обов'язки, про належне.

У західній етичній традиції усі обов'язки поділяють на правові і моральні. Тож людську етику утворюють право і мораль. Етика — родове для права поняття. До правових обов'язків відносять свободну волю, добру волю, обопільну волю, честь, гідність, совість. Ці обов'язки є нормативними принципами природного права *a priori*, вони мають стати основою і орієнтацією для позитивного права.

До обов'язків моралі відносять любов, дружбу, ввічливість, скромність, вдячність, співчуття...

Суттєво зазначити, що у позитивізмі етику розуміють звужено, тільки як мораль, право відсутнє. Звідси і намагання позитивних юристів автомізувати право від етики і моралі і перетворити юриспруд-

денцію в «чисту теорію права» (як у Г. Кельзена). Згідно з головним постулатом позитивізму, чинність права визначається виключно юридичними нормами, а не етичними принципами або якимись іншими системами цінностей.

Синкретизм римського права і етики виразно виражений у формуллярній системі права. Цю видатну систему й створили римляни. Ось приклади етичних формул римського права: *b-o-na fides* — добровільність; *b-o-ni mores* — добросовісність; *deojuitas* — рівність, справедливість, благородство; *jus est ars b-o-ni et deduitas* — право є мистецтвом добра і справедливості, або мистецтвом реалізовувати добросовісність і рівність; *lex injusta non est lex* — несправедливий закон не є законом; *vetustas pro lege temper habetui* — давнина завжди містить у собі закон та ін.

Принципово те, що посилення на етичні формули мало правотворчу систему. Вони були джерелом і формують права прямої дії і найвищої юридичної сили. Через кодифікації Нового і Найновішого часів зазначені формули увійшли до сучасних європейських кодексів.

У формулах римського права закріплени норми природного права. У Дигестах природне право характеризується як обов'язковий, нормативний порядок, встановлений самою природою. У Дигестах з цього природу читаемо: «...Згідно з природним правом усі народжуються вільними... «Право» означає те, що завжди є справедливим і благим, — яким є природне право» [2, с. 83–87]. Відтак, сутнісну ознаку справедливості від природи вбачали у свободі. Це вкрай важливе положення Дигест, яке стане парадигметичним для всього подальшого розвитку західної юриспруденції.

Стає очевидним, що джерелом природного права є природа людини, її свободна воля. У титулі 5 Дигест під назвою «Про становище людей» читаемо: «Свобода є природна здатність кожного робити те, що йому до вподоби... Рабство є настановою писаного права народів, на підставі цього особа підкорена чужій волі всупереч природі» [2, с. 117].

Тож свобода уроджена людині. Вона її природний стан. Свобода — це самовизначення. Свободну волю римляни протиставили чужій, нав'язаній волі. Це було їх знаменитим здобутком в опрацюванні теорії волі.

Природно-правові норми існують незалежно від волі законодавця, незалежно від визнання чи невизнання державою. Ці норми існують скрізь, завжди, стосовно усіх. Вони самоочевидні, самодостатні і самоцінні. Це універсальне право на підставі притаманної усім людям однакової природи, уродженої свободи.

Позитивне право, навпаки, створено законодавцем у просторі (тут) і часі (тепер). Це змінне і плинне право. Воно є лише формою впливу первісного і субстанційно незмінного природного права (субстанція — це сталий суб'єкт різних предметів).

Примат природного права над позитивним правом виразне виражає форма «*Lex injusta non est lex*» — несправедливий закон не є законом.

Ця формула пронизує весь зміст Дигест. Про неї говорять юристи Павло, Юліан, Цельс, Модестін. Ось приклади: «Тому, що встановлено всупереч смислу права, ми не можемо коритися як юридичному правилу». «Знати закони — означає сприймати не їх слова, але їх значення», «Чинить в обхід закону той, хто зберігаючи слова закону, обминає його смисл» [3, с. 11, 113]. Воочевидь, у наведених висловлюваннях обстоюється не буквальне тлумачення законів, а тлумачення у контексті мети права.

Синкретизм римського права і етики виражає і договірна теорія справедливості, а відтак і права. Римляни запозичили вчення про справедливість у греків. Арістотель опрацював класичну теорію справедливості. Він виокремив зрівнюючу або комутативну і розподільну або дистрибутивну справедливість (у книзі 5-й) «Нікомахової етики»). Перша передбачає стосунки координації, друга — стосунки субординації. У першому випадку йдеться про суспільство економічне (або громадянське), у другому — про політичне (державу). Зрівнююча справедливість регулює буття приватної (цивільної) сфери.

Символом цієї справедливості є договір як свободна, добра, обопільна воля. Розподільна справедливість врегульовує публічну сферу. У політичному суспільстві розподіляють як благо владу, посади, винагороди, утримання. Отже, зрівнюючи, справедливість — категорія приватного права, розподільча — публічного.

Висновок той, що справедливість, а відтак, і право мають договірну природу. Виявлення зв'язку справедливості з принципом договору було одним з найвидатніших відкриттів у людській історії.

Сьогодні договір — це фундамент поняття західної теорії легітимізації. Він легітимує (обґруntовує) і лімітує (обмежує) державу. Є максимою, що власність і договір є головними критеріями приватного права. Однак договір має стати головною формою і публічного права, на самперед, конституційного і адміністративного.

Синкретизм римського права і етики виразно виражає і право претора або право честі (*jus honorarium*)*. Юріст Павло у зв'язку з цим відзначив: «...Не менш вірно у нашій державі правом називається *jus honorarium*... Претор виговорює право (приймає рішення)... скрізь, де претор непорушною величиною своєї влади і непорушним звичаєм предків запроваджує судоговоріння, те місце і називається вірно словом «право»... Саме право є живим голосом природного, цивільного права» [2, с. 87].

До наших днів зберігся відомий рескрипт імператора Адріана (117–138 рр. н.е.), який дає виразне уявлення про принцип вільної оцінки доказів римським суддею. Імператор Адріан звертається до судді Валерія Веруса: «...Також можу тобі дати лише одну відповідь: твоє рішення по сумі фактів ні за яких обставин не мусить орієнтуватися на якийсь певний тип доказів, і ти мусиш сам, виходячи з власних найкращих спонукань свого розуму і совісті, дати особисту оцінку тому, що ти

вважаєш для себе доведеним, або, навпаки, що ти вважаєш не зовсім доведеним» [3, с. 83–84].

Рескрипт Адріана став Постійно діючим едиктом. У цьому зв'язку варто навести думки відомих правознавців, які таким чином оцінювали право претора. І. Покровський відзначив: «...Саме завдяки преторському едикту преторське право, загалом римське право стало тим, чим воно було для всього людства і всієї юридичної науки» [4, с. 123]. Р. Штаммлер наголосив: «...Класичні юристи Риму наважилися перевести свій погляд з тривіальних питань на цілісність. Розглядаючи кожний окремий випадок з усією його обмеженістю, вони спрямували свої думки до провідної зорі загального права, тобто до встановлення у житті справедливості. У цьому, на мою думку, полягає всесвітне значення класичних юристів Риму. У цьому їх неминуща цінність» [5, с. 22].

Без сумніву, у праві претора треба вбачати витоки судового права як джерела і форми західного права як в історії, так і нині.

У зв'язку з цим на особливу увагу заслуговує проблема рекодифікації, яку опрацьовують сучасні європейські правознавці.

Зокрема, французький юрист Р. Кабріяк наголошує на відмові від моделі офіційної кодифікації, нав'язаної зверху, і про інші форми кодифікації (неофіційної). Підставою сучасної кризи як позитивістського підходу до кодифікації, так і кризи законності французький юрист вважає нормативний плюралізм, коли окрім закону існують і інші джерела або форми права [6, с. 464–470].

Якщо XIX ст. було золотим століттям кодифікації, то XX ст. стало століттям рекодифікації. Найбільш важливе, що сталося у XX ст. — руйнація однотипності кодифікації, перехід від однотипності кодифікацій до кодифікації різних форм [6, с. 79–80].

У подальшій історії європейського права значне місце посідає рецепція римського права і зв'язане з нею право університетів, його автономість і універсальність. Викладання римського права відновили європейські університети. Першим західним університетом був університет у Болоньї (Італія, близько 1088 р.). Далі виникають університети у Сорbonні, Парижі, Віттенберзі, Гельдербезі та інших містах Європи. Програма університетського курсу права була скрізь однакова: цивільне право Юстиніана. Основою університетського романського права було природне право (*jus natura*). Позитивне право (*jus nositus*) не викладалося до XVIII ст.

Університетський професор вчив філософському методу пізнання природи права і його призначеню у суспільстві. Цим методом були метафізика і зв'язана з нею теорія гештальта. У метафізиці обстоюється етичне або філософське поняття права, згідно з яким право має понад юридичне значення і самобутність.

Найбільш виразно методологію і теорію європейського права виражає класичне вчення таких університетських професорів, як Кант і Гегель.

Кант, як класичний мислитель, за основу свого дослідження обрав теорію ейдосів Платона. Він відзначає, тому, хто прагне зрозуміти його філософію, треба навчитися розмежовувати у своєму пізнанні чуттєве і надчуттєве. «...Суто емпіричне вчення про право — це голова (подібна дерев'яній голові у басні Федра), яка можливо, чудова, але, на жаль, не має мозку» [7, с. 264–284]. Кант вважає свободу сутнісною, розпізнальною ознакою права. Він відзначає: «Право — це сукупність умов, за яких свободна воля одного (особи) узгоджена з свободною волею другого, з точки зору всезагального закону свободи» [7, с. 285].

Свобода мусить дати особі наявне буття, і першим актом свободи є власність. Кант розпочинає своє вчення про приватне право з відносин володіння річчю як найпростішої правової відносини. Аналіз усіх договорів мислитель ґрунтует на своєму вченні про автономію волі. Воля розумної істоти мусить розглядатися як така, що законодавствує [7, с. 95].

Услід за Кантом і Гегель відзначає, що «філософська наука про право має своїм предметом ідею права... Ідея права є свободою... Право є наявним буттям свободної волі ... Підвальною права є духовне... Субстанцією духу є свобода» [8, с. 59, 67, 68].

У метафізиці свобода — це постулат. У центрі гегелівського вчення про право перебуває людина, природним станом якої є уроджена її свобода.

Гегель, як представник європейської філософсько-правової традиції, відповідаючи на запитання «що таке право?», закликає читачів звернутися до багатовікового досвіду розв'язання цього питання. Він відзначає, що істина про право давно пізнана і загальновідома. Чого ще потрібує ця істина як не того, щоб її пізнали?

Головне, що випливає з вчення Канта і Гегеля, це те, що вони гостро наголосили на нормативній функції природного права. Природне право нормативне. Така нормативність обумовлена, своєю чергою, нормативним характером етики як родового для права поняття.

Ось підтвердження цього висновку. «Змістом і метою державної влади є здійснення прав громадян... Розумні ті закони, державні устрої, які відповідають природі людини, поняттю людини, свободі...» [7, с. 53, 385].

У результаті право не автономне і не самодостатнє. Воно як частка суспільства у цілому мусить відображати духовні суспільні цінності. У цьому його цивілізаційна роль. Як теоретики природного права, Кант і Гегель вступили у гостру суперечку з позитивними юристами.

Важливо тепер звернутися до дорадянської вітчизняної юриспруденції. Динамічний розвиток доктрини природного права в Росії і Україні розпочинається з XVIII ст. На формування і розвиток цієї доктрини неабияк вплинули вітчизняні університети в Києві, Харкові, Москві, Петербурзі, Казані, Томську та ін. Роль цих університетів можна порівняти із західноєвропейськими університетами, з тією лише різницею, що останні з'явилися в Європі на шість з лишком століть раніше.

Університетські професори були переважно кантіанцями або гегеліанцями. До числа таких професорів можна віднести кантіанців С. Є. Десницького, І. А. Третьякова, З. А. Горюшкіна, В. Т. Золотніцького, О. П. Куніцина, П. І. Навгородцева, П. Д. Юркевича, гегеліанців С. С. Гоцького, П. Г. Редкіна, Б. М. Чичеріна, І. О. Йльїна, Є. М. Трубецького та ін.

Важливе значення у дорадянській вітчизняній юриспруденції надавалося проблемі джерел права як найважливішій і найскладнішій проблемі усієї юриспруденції. Особлива роль тут належить засновнику і голові психологічної школи права професору С.-Петербурзького університету Л. Петражицькому і його учням П. Михайлова, Г. Іванова, М. Тімашову, П. Сорокіну, Г. Гурвичу та ін.

Найбільш значними результатами цієї школи були: 1) відчужування поняття позитивного права від необхідного зв'язку з державою і визнання домінуючої ролі «неофіційного» права; 2) розширення кількості джерел позитивного права; 3) доведення важливої ролі, яку «інтуїтивне право» відіграє у правовому житті, складаючи конкуренцію формально-му праву; 4) нарешті, заміна традиційної класифікації права на приватне і публічне на класифікацію на право «суспільного служіння» і «індивідуальної свободи».

Л. Петражицький і його учні критикували усі теорії, які визначали право, і зокрема позитивне право, як похідні від держави і, у більш широкому розумінні, від примусу. Ця критика належить до числа класичних текстів у світовій юридичній літературі [9, с. 340–348].

Поширення у другій половині XIX ст. юридичного позитивізму дорадянські теоретики природного права вважали кризою вітчизняної правової свідомості. Констатація цієї кризи обумовлювалась, по-перше, втратою правом самобутності і перетворення його на засіб для здійснення поточної політики держави; по-друге, абсолютизацією детермінізму і запереченням концепції свободної волі; по-третє, невизнанням відмінності між каузальною і нормативною наукою і, як наслідок, ототожненням нормативного і дескриптивного підходів до права; по-четверте, абсолютизацією релятивізму і парткуляризму як противаги універсальності права; по-п'яте, невизнанням відмінності між легальністю і легітимністю права і, як наслідок, запереченням ціннісної проблематики у сфері права.

Підіб'ємо підсумок.

Здобувати класичну освіту в юридичних вузах означає навчатися на найкращому, відібраному з всього світового знання про право. Класична освіта фундаменталізує сучасне плинне знання про право, оскільки у ній право пізнається у більш первісніший спосіб, ніж в позитивно-аналітичній юриспруденції. Такий спосіб обумовлює інший предмет право-знавства і інші його цілі.

Неперевершеним у правовій класиці є римське право і пов'язані з ним синкретизм права і етики, формулярна система права, природне

і позитивне право, договірна природа справедливості, теорія договорів, право претора, плюралізм форм права, рекодифікація.

Організація юридичної освіти за зазначеними напрямами сприятиме формуванню нового ставлення до правової теорії в Україні. Така теорія має віддзеркалити більш складну систему класифікації і характеристики сучасного права, яка буде спиратися не лише на типи економічного і політичного устрою, але також і на етичні, філософські, ціннісні, релігійні і інші критерії. Таке дослідження, без сумніву, утворює фундаментальну перспективу подальшого опрацювання проблеми.

П р и м і т к а

* Чеськ — honor.

Л і т е р а т у р а

1. Тоні Оноре. Про право / *Тоні Оноре*. — К.: Сфера, 1997. — 124 с.
2. Дигесты Юстиниана : пер. с лат. — М. : Статут, 2002. — 584 с.
3. Аннерс Э. История европейского права / Э. Аннерс. — М. : Наука, 1996. — 385 с.
4. Покровский И. А. История римского права / И. А. Покровский. — СПб., 1913. — 420 с.
5. Штаммлер Р. Сущность и задача права и правоведения / Р. Штаммлер. — СПб., 1908. — 312 с.
6. Кабрияк Р. Кодификации : пер. с фр. / Р. Кабрияк. — М. : Статут, 2007. — 476 с.
7. Кант И. Метафизика нравов. В 2 ч. Ч. I. Метафизические научные учения о праве / И. Кант. — СПб., 1995. — 528 с.
8. Гегель Г. Ф. В. Философия права / Г. Ф. В. Гегель. — М. : Прогресс, 1990. — 524 с.
9. Петражицкий Л. И. Теория права и государства в связях с теорией нравственности / Л. И. Петражицкий. — СПб., 1994. — 542 с.

А н о т а ц і я

Дудченко В. В. Класична юридична освіта у центрі правової культури суспільства. — Стаття.

З'ясовано сутність класичного у праві і проаналізовано його конкретні прояви як в історії зарубіжної юридичної освіти, так і нині. Аналізу було піддано синкретизм римського права і етики, формулярна система права, природне і позитивне право, договірну природу справедливості, право претора, рекодифікацію.

Ключові слова: синкретизм права і етики, формулярна система права, природне і позитивне право, договірна природа справедливості, право претора, рекодифікація.

А н н о т а ц и я

Дудченко В. В. Классическое юридическое образование в центре правовой культуры общества. — Статья.

Выявлена сущность классического в праве и проанализированы его конкретные проявления как в истории зарубежного юридического образования, так и в настоящее

время. Проанализированы синcretизм римского права, естественное и позитивное право, договорная теория справедливости, право претора, рекодификация.

Ключевые слова: синcretизм права и этики, формуллярная система права, естественное и позитивное право, договорная теория справедливости, право претора, рекодификация.

S u m m a r y

Dudchenko V. V. Classical Legal Education in the Centre of Legal Culture of Society. — Article.

The essence of classics in law is determined together with its specific characteristics in the foreign legal education history and nowadays. Syncretism of roman law and ethics, formular law system, natural and positive law, contractual nature of justice, pretor's right, recodification were analyzed.

Keywords: Syncretism of Law and Ethics, Formular Law System, Natural and Positive Law, Contractual Nature of Justice, Pretor's Right, Recodification.

УДК 323.1:316.647.5

K. M. Вітман

КРИЗА ТОЛЕРАНТНОСТІ

В мас-медійному та офіційному дискурсі вже частіше з'являється поняття «криза толерантності». Усвідомлення кризи толерантності стало результатом абсолютизації, гіперболізації толерантності як механізму врегулювання, примирення міжетнічних протирич. Соціологи вже давно помітили парадоксальну ситуацію: високий рівень толерантності до расово, етнічно, культурно «чужих» чомусь неминуче призводить до спалаху ксенофобії, тобто негативних, протизаконних проявів нетолерантності. Російська дослідниця М. Кукарцева називає це явище проявом парадоксу кордонів (межі) нетолерантності. Необмежена нетолерантність може привести до зникнення толерантності взагалі [1]. Тому заради збереження толерантності необхідно нормативно закріпити право не бути толерантним до інтолерантності та її проявів. Межу толерантності визначають як поріг, за яким толерантність до «чужого» (культури, мови, етнічності, чужого способу життя) заважає збереженню власної культури, мови, етнічності, способу життя.

В. Логвинчук закликає уникати гіперболізації толерантності [2]. З цього твердження дослідниці можна зробити кілька висновків. По-перше, на практичному рівні надлишок толерантності виявляється в культивуванні різних практик толерантності, орієнтуючись на які, інші практики міжетнічної та соціальної взаємодії оголошуються нетолерантними. В цьому випадку маємо справу з проявом парадоксу, адже толерантність породжує нетолерантність. Саме в цій площині полягають труднощі з нормативних визначенням та закріпленням таких понять, як толерантність, ксенофобія та їх проявів. В Україні на законодавчому рівні багаторазово робилися спроби встановити відповідальність за прояви ксенофобії, заборонити ідеології виключення та нетолерантності (нацизм, фашизм) тощо. Перешкодою прийняттю будь-якого законопроекту подібного змісту ставало побоювання парламентаріїв з приводу того, що нормативне закріплення заборони практик нетолерантності

застосовуватиметься для боротьби з практиками толерантності: свободою слова, совісті, висловлення поглядів.

Законодавці щоразу стикалися з труднощами точного визначення понять, що належать до категорії інтолерантності, адже вони могли бути використані в політичній боротьбі для утисків демократичних принципів та свобод. Динамічна, об'єктивно невизначена межа між толерантністю та нетолерантністю не дозволяє узгодити понятійну базу ні на рівні національних держав, ні на міжнародному рівні, а отже, й вести успішну боротьбу з ксенофобією та дискримінацією за етнічною ознакою. Адже в кожному конкретному випадку — те, що для однієї сторони міжетнічної взаємодії буде проявом ксенофобії та дискримінації, для іншої — захистом національних інтересів, етнічної самобутності, мови, культури [3]. Державам певною мірою вдалося убездечитися (запровадити адміністративну або кримінальну відповіальність) від протиправних проявів нетолерантності там, де ці прояві порушують права людини безвідносно етнічної складової. Наприклад, у випадку нападу на іноземця/представника етнічної меншини злочинець в першу чергу відповідає за завдання тілесних ушкоджень або пограбування, етнічна нетолерантність є обтяжуючою обставиною, яка тягне за собою жорсткіше покарання.

З іншого боку, надмірна толерантність, яка не позначає толерантні практики і допускає будь-які прояви нетолерантності, також не триває довго. Нетолерантність швидко відвойовує позиції в абсолютної толерантності. Для позначення патологічної байдужості до зовнішніх викликів та загроз ЗМІ навіть запровадили неофіційний термін «толерастія». Абсолютна толерантність призводить до пасивності, апатії, байдужості, деградації. Етноси, нації втрачають захисні механізми, спрямовані на збереження та відтворення своєї ідентичності, мови, культури. Внаслідок абсолютної толерантності без меж та кордонів втручання всього «чужого», зникнення «свого» сприймається як нормальне толерантне етнокультурне середовище. В умовах дискурсу абсолютної толерантності більшість населення країни або регіону налаштована терпимо або байдуже до проникнення чужої мови, культури, релігії, що супроводжується обов'язковим розмиванням національної ідентичності. Водночас незначна частина населення у відповідь на ці процеси обов'язково радикалізується, будучи налаштована проти такого проникнення. Вона шукатиме підтримки своїх радикальних, ксенофобських настроїв у відповідних політичних течій, що представляють ідеології виключення та дискримінації за етнічною або іншими ознаками.

Прикладом такої кризи толерантності є Західна Європа, де до законодавчих органів влади останнім часом стабільно проходять праві радикальні політичні сили. При цьому толерантність залишається головним принципом міжетнічної взаємодії. Він передбачає, що кожна людина, громада та нація усвідомлює й поважає багатокультурний характер людського співтовариства, оскільки без толерантності не може бути

миру, а без миру неможливі розвиток і демократія. Однак наразі очевидно, що Західна Європа перейшла згадувану межу толерантності, про що свідчать спалахи ксенофобії (мігрантофобії), протести мігрантів та зростання популярності ультраправих сил. Відтак, більшості країн доводиться відступати від принципів толерантності як єдину можливих механізмів врегулювання міжетнічних відносин в полієтнічному соціумі [4].

Найбільшим проявом ксенофобії (мігрантофобії), протестом проти толерантності до інтOLERантності став подвійний теракт в Норвегії (вібух в Осло та розстріл молоді на острові Утойя) 2011 р., в ході якого загинуло 93 особи. Організатор теракту, А. Брейвік, в такий спосіб намагався зупинити наплив мігрантів до Європи. У маніфесті під назвою «Декларація незалежності Європи 2083 року» він звинуватив західно-європейських політиків у слабкості перед ісламською експансією і пояснив вбивства необхідністю порятунку Європи від мультикультуралізму. Його терористична акція мала стати початком визвольної війни Європи проти ісламського завоювання. А. Брейвік переконаний, що політика мультикультуралізму та толерантності, яка дозволяє безперешкодний наплив мігрантів з ісламських держав — основні загрози цілісності Європи [5]. Він склав перелік 100 європейських партій, які прямо або опосередковано підтримують ісламізацію Європи. Терорист не сумнівається у тому, що його погляди підтримують мільйони європейців.

Незважаючи на безпрецедентну кількість загиблих в ході теракту та тотальне офіційне засудження політичної позиції терориста, чимало політичних сил правого спектру та політиків заявили, що поділяють ультраправі, ксенофобські погляди А. Брейвіка. Зокрема, М. Боргезіо, представник правої націоналістичної італійської партії «Ліга Півночі», член Європарламенту, підтримав ідеї норвезького терориста, погодившись з необхідністю протистояння ісламізації та твердженням, що Європа капітулювала ще до початку боротьби з ісламом [6]. Навіть у Норвегії, яка постраждала від теракту, ідеї А. Брейвіка мають негласну підтримку. Терорист належав до консервативної правої «Партії прогресу», популярність якої зросла після терактів 2011 р. На даний момент більшість посад у владі Норвегії займає ліва Робоча партія, яка послідовно втілює політику багатокультурності. Ця етнополітична стратегія не схвалюється правими силами та їх прихильниками. За словами експертів, норвежці в цілому підтримують обґрутовані обмеження потоку мігрантів. Однак висловлювати ці погляди ніхто не наважується, побоюючись звинувачень в расизмі та нетолерантності. Тим часом в країні сформувалися цілі мігрантські райони, в яких вихідці з інших країн живуть виключно на соціальну допомогу, не беруть жодної участі в розвитку країни, не інтегруються, а навпаки підвищують рівень маргіналізації та криміналізації норвезького соціуму.

Більшість моделей інтеграції, до яких в різний час вдавалися держави Західної Європи, тією чи іншою мірою не спрацювали і не забезпечили мирного, етнополітично стабільного спільногоЕвропейського проживання

пейців та мігрантських меншин. Спочатку країни Західної Європи розглядали мігрантів як тимчасове явище, оскільки більшість з них приїздила переважно з метою працевлаштування, а не постійного проживання. Згодом етнокультурно чуже населення почало закріплятися, оселятися в певних районах, возз'єднуватися з членами сімей на території Європи. Усвідомлюючи довготривалий характер мігрантських викликів для етнополітичної безпеки, західноєвропейські держави почали впроваджувати різноманітні етнополітичні стратегії. Частина, на зразок Нідерландів, обрали стратегію мультикультуралізму, яка базувалася на толерантності та взаємній повазі до мови, культури, етнічної належності всіх членів поліетнічного суспільства. Такі держави намагалися не нав'язувати культурні, релігійні, мовні ідентитети громадян. Однак ця модель не виправдала себе, оскільки емігрантські меншини почали розмивати етнічну, мовну та релігійну палітру Європи, тому наразі активно переглядається європейськими державами.

Інша частина держав, на зразок Франції, стали на позиції жорсткої асиміляційної політики, яка змушувала етнокультурно чужих мігрантів інтегруватися в суспільство, ставати французами в першу чергу в етнокультурному розумінні, а вже потім в політичному. У 2004 р. у Франції було прийнято закон, що забороняє носити будь-який релігійний одяг й символи, зокрема мусульманські хустки, іудейські кіпи, індійські тюрбані та християнські хрести великого розміру. В 2010 р. спочатку Іспанія, а згодом і Франція заборонили носити хіджаб та паранжу в громадських місцях.

На неефективність обох моделей вказують заворушення, спрямовані проти дискримінації та упослідженого становища мігрантів. Адже протести, так звані вуличні бунти виникли як у Франції, що дотримувалася політики жорсткої асиміляції (2005 р.), так і Великобританії, яка проводила політику мультикультуралізму (2001 р.) Незважаючи на те, що мігранти вважаються меншинами, їх кількість та кількість їх нащадків в демографічно старіючій Європі постійно зростає. Спираючись на цей аргумент, мігранти не збираються миритися з соціально нижчим поряд з титульними націями становищем, дискримінацією в політичній, соціальній, культурній сферах.

Проміжна інтеграційна модель передбачала надання мігрантським меншинам визначеного юридичного статусу з гарантування прав. Однак у зв'язку з цим виникла колізія навколо розмежування мігрантських та національних меншин, які тривалий час проживали у європейських державах. Мігрантські меншини довго претендували на статус національних меншин, але так і не отримали його. Заворушення в європейських державах, зростання популярності правих політичних сил, націлених на проведення жорсткої міграційної політики, дискримінацію та порушення етнокультурних прав мігрантів, що в свою чергу знову призведе до етнічного невдоволення та всіх форм етнічних протестів, вказують на неефективність як основних інтеграційних моделей.

Як стверджує С. Зінько, наразі серед європейських політиків популярні декілька підходів до вирішення цієї етнополітичної проблеми [7]. Перший полягає у намаганні утримувати нейтралітет держави, не втручаючись в реалізацію етнокультурних прав громадян. Але оскільки, як пише дослідниця, держава завжди виступає виразником певної культурної та релігійної спадщини, нейтралітет в будь-якому випадку зберегти не вдається. Забезпечення повною мірою етнокультурних прав мігрантів призводить до дискримінації етнокультурних прав нації та національних меншин. Тому, для прикладу, побоюючись зростаючої ісламізації, швейцарці на референдумі 2009 р. підтримали заборону будівництва мінаретів в країні. Ісламські організації мусульманського світу охарактеризували цю подію як «крайній прояв ісламофобії». Однак політичні сили, що ініціювали прийняття такого рішення, посилаються на політичний аспект, а не на релігійний, закликаючи не допустити ісламізацію держави.

Другий підхід покликаний забезпечити задоволення етнокультурних прав мігрантів (наприклад, сповідування релігії, отримання освіти рідною мовою), що дозволить їм зберігати власну лінгвістичну та культурну належність й допоможе повернутися згодом на батьківщину. Його мета — унеможливити інтеграцію і зацікавити трудових мігрантів до зворотньої міграції. Третій підхід полягає у трансформації етнокультурного плюралізму в політико-правовий, що дозволить забезпечити паралельне функціонування різних юридичних норм для етнічно різних груп населення. Однак цей підхід не дає відповіді на запитання, як же бути у випадку міжетнічної взаємодії і якими саме нормами права тоді послуговуватися. Четвертий підхід передбачає повну автономію для мігрантських меншин, як в етнокультурному, так і соціальному, політичному й правовому сенсі. Однак це лише посилить їх маргіналізацію та невдовolenня своїм становищем.

Чому ж не спрацювала толерантність в західноєвропейській політиці багатокультурності, що дало підстави говорити про кризу толерантності та відмову від її принципів. Як уже зазначалося раніше, гіперболізація, абсолютизація толерантності має згубні наслідки, оскільки призводить до іントolerантності. Баланс толерантності-іントolerантності не може бути вирахуваний жодним кількісним методом або за будь-яким чітким критерієм і Західній Європій зберегти його не вдалося. Про що свідчить трансформація моделей етнонаціональної політики західноєвропейських держав, які раніше базувалися на толерантності, в такі, що тяжіють до асиміляції, дискримінації, встановлення бар'єрів за етнічною ознакою. І це стосується не лише мусульманських меншин. Відомо, що ксенофобія, виникаючи у суспільстві щодо однієї групи населення, швидко поширюється на інші.

В 2010 р. Франція розпочала депортацію циган-нелегалів, які приїхали з Румунії та Болгарії після вступу цих держав до Євросоюзу. Президент Франції наказав закрити 200 нелегальних таборів, оголосивши їх розплідниками злочинності. Дії Франції наразилися на жорстку критику.

Румунія висловила побоювання з приводу того, що виселення циган може спровокувати ксенофобські настрої в державі зокрема та Європейському Союзі в цілому. Правозахисники звинуватили французького президента в расизмі. Європейська Комісія в контексті пильного нагляду за французькою міграційною політикою нагадала Франції про необхідність дотримуватися європейських правил. Втім, французький уряд запевняє, що не порушив їх. Адже вихідці з Румунії та Болгарії мають право на рівні з іншими європейцями жити у Франції протягом 3 місяців, а потім вони повинні знайти роботу, щоб отримати медичне страхування та достатню кількість коштів для проживання. Однак роми належать до маргіналізованих етнічних меншин Європи, які мають найбільші труднощі з інтеграцією в суспільство країн перебування та провадять асоціальний спосіб життя. Депортация ромів стала першим сигналом про те, наскільки жорсткою, дискримінаційною та нетolerантною може стати етнонаціональна політика західноєвропейських держав.

Певна межа толерантності передбачена навіть найвідомішим міжнародним документом, присвяченим толерантності — «Декларацією принципів толерантності» 1995 року. Майже в кожній статті умовно визначені кордони толерантності, за межами яких толерантність сприяє поширенню нетolerантності. Зокрема, п. 1.2 передбачено, що толерантність не є поступкою, поблажливістю або потуранням. Толерантність — це, передусім, активна позиція, що формується на основі визнання універсальних прав та основних свобод людини. Толерантність у жодному випадку не може слугувати виправданням порушення цих основних цінностей. При цьому толерантність повинні виявляти кожна людина, групи людей та держави [8]. З цього положення випливає, що для того, щоб толерантність працювала як основний принцип міжетнічної взаємодії в полієтнічному суспільстві, її мають дотримуватися усі члени.

На практиці змоделювати таку ситуацію в кожній окремо взятій державі нереально. В будь-якому суспільстві є відсоток населення, який не поділяє обраної стратегії етнонаціональної політики, також є відсоток населення який використовує її для досягнення певних цілей. У випадку Західної Європи до першої категорії належить частина електорату, що потерпає від розмивання етнокультурного середовища в цілому, негативних практик взаємодії з іншими етносами, а відтак схиляється до правих ідеологій, які пропагують обмеження міграції, ізоляціонізм, виключність та посиленій захист культури, мови, релігії своєї нації. До другої, яка використовує політику мультикультуралізму та дискурс толерантності у власних цілях, належать цілі мігрантські меншини та їх окремі представники. Наприклад, в окремих західноєвропейських державах, певні етноси стали майже недоторканними, оскільки у випадку вчинення їх представниками правопорушень та притягнення до відповідальності одразу постає питання расизму та дискримінації. Так, у Болгарії досить складно притягнути ромів до відповідальності за крадіжки,

у Норвегії поліція радить жертвам мігрантів не опиратися злочину і не захищатися, оскільки тоді доведеться відповідати за расизм і ксенофобію. Попри застереження щодо меж толерантності, зафіксовані Декларацією, толерантність слугує виправданням порушенню основних прав та свобод людини. Таким чином навіть у державах, які послідовно втілюють принципи толерантності, вони працюють викривлено. Звідси і криза толерантності, викликана в першу чергу тим, що толерантність не працює, якщо її принципів не дотримуються всі члени суспільства.

Згідно з п. 1.4 Декларації принципів толерантності, виявлення толерантності не означає терпимого ставлення до соціальної несправедливості, відмови від своїх або прийняття чужих переконань. Це означає, що кожен може дотримуватись своїх переконань і визнає таке саме право за іншими; що люди відрізняються зовнішнім виглядом, становищем, мовою, поведінкою і мають право жити в мирі та зберігати свою індивідуальність; що погляди однієї людини не можуть бути нав'язані іншим. Однак межу між толерантністю та нетолерантністю неможливо провести навіть у конкретному випадку з забороною використання релігійного одягу. Французький президент мотивував це рішення французької влади побоюванням того, що паранджа принижує жінок, повертає у рабство та заважає їх успішній інтеграції в суспільство. «Ми не можемо дозволити, щоб у нашій країні жінки були обплутані тенетами, як ув'язнені, були відрізані від соціального життя, не мали ніякої індивідуальності», — заявив Н. Саркозі [9].

Тобто Франція виявила нетерпиме ставлення до соціальної несправедливості, яка полягає у гендерній дискримінації жінок в ісламі. З іншого боку, вона порушила всі інші положення п. 1.4 Декларації принципів толерантності, виступивши проти збереження мусульманськими жінками їх індивідуальності, нав'язуючи їм свої погляди щодо зовнішнього вигляду та дискримінуючи їх. В. Селевко припускає, що заборона на ісламський одяг призведе лише до того, що жінки-мусульманки вимушенні будуть сидіти вдома, тобто зовсім вypadуть з соціальної комунікації. Адже останнім часом все помітніша тенденція: багато мусульманок, які народились і зросли в західних країнах, зараз знову повертаються до носіння хіджаба, до якого мігрантки першої хвилі ставилися з презирством, як до символу відсталості [10]. Таким чином, забороняючи ісламський одяг, окрім 1.4 ст. Декларації принципів толерантності західноєвропейські країни порушують також положення 2.4 ст., відповідно до якої, нетолерантність може набувати форми маргіналізації соціально найменш захищених груп, їхнього вилучення із суспільного та політичного життя, насильства і дискримінації щодо них.

Наразі в Європі спостерігається криза та переосмислення одного з підставових принципів побудови демократичного полієтнічного суспільства — толерантності. Спроби віднайти межу толерантності, дати відповідь на запитання, за яких обсягів толерантність є ефективною, виявляються безуспішними в умовах зростання кількості іноетнічного

населення, його вимог на домінування, збереження своєї культури та релігії, які загрожують етнокультурному середовищу Європи.

Л і т е р а т у р а

1. Кукарцева М. О. Концепт толерантности : [доповідь на Круглому столі з нагоди Міжнародного Дня толерантності 16 листопада, 2010] [Електронний ресурс] / M. O. Кукарцева ; Дипломатична академія України. — Режим доступу : <http://www.dipacadem.kiev.ua/ua/newsandevents/481.html>.
2. Логвинчук В. В. Особливості сучасної множинної парадигми розуміння толерантності / V. B. Логвинчук // Держава і право. — 2008. — № 39. — С. 674.
3. Каганець І. Межа толерантності / I. Каганець // День. — 2007. — № 215. — С. 9.
4. Peach C. Muslim Minorities in Western Europe / C. Peach, G. Glebe // Ethnic and Racial Studies. — 2005. — № 18. — Р. 28.
5. Брейвик перед терактом опубликовал «Декларацию независимости Европы 2083 года» [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://focus.ua/foreign/194560/>.
6. В Европарламенте частично поддерживают идеи террориста Брейвика [Електронний ресурс] // Украинское новостное интернет-издание. — Режим доступу : <http://newzz.in.ua/mir/1148869276-predstavite-italii-v-evroparlamente-nazval-idei-brejvika-zamechatelnymi.html>.
7. Зінько С. Проблеми інтеграції мусульманських спільнот у Європі: досвід для України / С. Зінько // Стратегічні пріоритети. — 2008. — № 4 (9). — С. 237.
8. Декларація принципів толерантності [Електронний ресурс] // Професійна юридична система. — Режим доступу : http://zakon.nau.ua/doc/?code=995_503.
9. Франция запретила хиджаб с 11 апреля [Електронний ресурс] // Newsland. — Режим доступу : <http://www.newsland.ru/news/detail/id/648299/>.
10. Селевко В. Б. Конфліктогеність мусульманського відрannia в європейському культурному просторі / В. Б. Селевко // Культура і сучасність. — 2011. — № 1. — С. 156.

А н о т а ц і я

Вітман К. М. Криза толерантності. — Стаття.

Досліджуються причини та контекст кризи толерантності, одного з підставових принципів полієтнічного західноєвропейського суспільства.

Ключові слова: толерантність, мігранти, міграційна політика, міжетнічна взаємодія.

А н н о т а ц и я

Витман К. Н. Кризис толерантности. — Статья.

Исследуются причины и контекст кризиса толерантности, одного из краеугольных принципов полиэтнического западноевропейского общества.

Ключевые слова: толерантность, мигранты, миграционная политика, межэтническое взаимодействие.

S u m m a r y

Vitman K. M. Toleration crisis. — Article.

The reasons and context of toleration crisis are investigated taking into consideration that toleration is foundation stone of poliethnic West European society.

Keywords: toleration, migrants, migration policy, interethnic interaction.

УДК 340.115:124.5

C. A. Калинин

МЕТОДОЛОГИЧЕСКОЕ ИЗМЕРЕНИЕ АКСИОЛОГИИ ПРАВА

Глобальный кризис всех социальных систем породил восприятие неадекватности существующих мировоззренческих и научных концепций объективным проблемам бытия. Многие ранее казавшиеся устойчивыми и общепризнанными социальные концепции и идеи (суверенитет государства, либерализм, неограниченные права человека и т.д.) фактически достигли неких пределов, когда проблемы уже не могут анализироваться и прогнозироваться при помощи таких концепций. Современность, таким образом, приобретает качество переходности и неустойчивости, когда мы, в силу aberration близости, не можем достоверно предсказать будущее, но любое действие способно изменить его. Однако значение такого современного действия может быть оценено лишь в будущем, то есть ретроспективно и в совокупности с иными действующими, зачастую неизвестными сейчас фактами.

При этом бытие субъекта¹ «здесь и сейчас» требует принятия определенных, в том числе ситуативных действий, находящихся в рамках некой мировоззренческой парадигмы, признаваемой таким субъектом. Посредством такой парадигмы субъект «задает» (в том числе навязывает) исходную систему координат, отражающую его динамические и статические условия и цели бытия, в рамках которой (системы) затем осуществляется бытие субъекта. Глобальный кризис воздействует на названные парадигмы, вызывая необходимость трансформации последних в целях адекватности внешнему бытию субъекта.

Вышесказанное обуславливает необходимость пересмотра методологии социальных наук, которая включает мировоззренческие теоретико-познавательные парадигмы, философские основания науки, категориально-понятийный аппарат, методы, стандарты, закономерности, презумпции познания и т.д. При этом названные элементы могут выступать как результатами, так и методологическими принципами исследования [14, с. 115–187]. Мировоззренческие парадигмы в дальнейшем транс-

формируются во все проявления духовной и материальной сферы, отражаясь в социальной науке (в широком смысле) и социальной практике и задавая для социальной науки (и юриспруденции в частности) некие исходные нерефлексируемые (воспринимаемые на веру) аксиомы и умолчания. Такие аксиомы и умолчания, как правило, не изучаются в рамках отдельных наук и социальных практик, выступая некоторыми интегрируемыми в рамках отдельного глобального субъекта (в данном контексте возможно использование обобщающих терминов «цивилизация», «культура», «социально-культурная формация» и т.д.) принципами и условиями.

Одной из таких аксиоматических для юриспруденции категорий является аксиология. Аксиология выступает в качестве философской дисциплины, занимающейся исследованием ценностей как смыслообразующих оснований человеческого бытия, задающих направленность и мотивированность человеческой жизни, деятельности и конкретным деяниям и поступкам [1]. Аксиология также является не только наукой, но и представляет собой некое нерефлексируемое ядро любой цивилизации, включающее в себя определенные безусловно положительные либо безусловно отрицательные для нее феномены. Такие ценности могут рефлексироваться и познаваться, однако они задают направленность рефлексии и познания². Именно ценности исходно определяют требования, в том числе к социальным практикам и вытекающим из них институтам, в том числе государству и праву, обуславливают их трансформацию и изменение в условиях внешней нестабильности. Любая ценность по определению претендует на абсолютность и на приоритетность выбора либо защиты.

Аксиология сама по себе выступает многозначным феноменом, неразрывно связанным с мировоззрением и антропологией. Как учение о ценностях, взятое в контексте мировоззренческого понимания человека, аксиология позволяет характеризовать сложившуюся применительно к конкретному мировоззрению и антропологии иерархию ценностей, описывать их содержание применительно к конкретной цивилизации, взятой в определенном историческом времени. В частности, современный кризис личности тесно связывается с принципом ценностного релятивизма, когда абсолютным признается относительность любой ценности. Традиционные мировоззрения не признают такого релятивизма, устанавливая достаточно жесткие иерархии ценностей³.

Говоря о методологическом значении аксиологии, следует учитывать ее содержательное и инструментальное прочтение. В первом случае идет изучение ценностей конкретного мировоззрения (цивилизации, культуры и т.д.), установление их содержания и значения для конкретного социума. Во втором случае ценность анализируется без привязки к конкретному содержанию, выявляются те феномены, которые являются ценным сами по себе. При этом конкретная их значимость может отличаться.

Отметим, что инструментальное прочтение аксиологии также имеет определенное собственное ценностное содержание. Например, либеральная идеология, претендующая на статус общепризнанности и непредвзятости в области анализа социальных практик, имеет достаточно ярко выраженное ценностное ядро. Это ярко подтверждается, например, анализом представления Гуманистических манифестов [2–4], многие положения которых активно навязываются определенными властными центрами на глобальном уровне. Содержательное прочтение аксиологии всегда имеет определенную мировоззренческую окраску, при помощи которой осуществляется оценка (например, раздел «критика буржуазных учений» в содержании научных трудов советского периода) иных ценностных систем.

В содержательном контексте важно соотношение различных аксиологических систем, которые можно классифицировать по разным основаниям. В частности, можно выделять либеральные, основанные на секулярном индивидуализме западной цивилизации, и традиционные, вытекающие в основном из традиционных религий, аксиологические системы. При этом любая такая система порождает собственное видение и бытие государства и права.

Также важным является понимание природы взаимодействия аксиологических систем, так как любая основополагающая ценность стремится к абсолютности, исключая (в том числе силовыми методами) либо подчиняя себе иные ценности, то есть производя их оценку с собственных позиций. Взаимодействие ценностных систем может быть как антагонистическим, так и неантагонистическим.

В первом случае некая ценность оценивается с иной позиции и может квалифицироваться как соответствующая, недостаточно соответствующая, отклоняющаяся либо как антиценность. Так взаимодействие Ислама и концепции прав человека претыкается в ряд норм данной религии, отрицающих возможность смены религии⁴ и признающих неравноправие мужчин и женщин. Также существует конфликт между традиционными религиозными и либеральными представлениями о гомосексуализме и половых отношениях.

Неантагонистическое взаимодействие осуществляется между ценностями различного уровня значимости и в этом случае на систему социального регулирования возлагается функция определения приоритетных ценностей. Например, в уголовном праве существует институт необходимой обороны, не признающий преступлением «действие, совершенное в состоянии необходимой обороны, то есть при защите жизни, здоровья, прав обороняющегося или другого лица, интересов общества или государства от общественно опасного посягательства путем причинения посягающему вреда, если при этом не было допущено превышения пределов необходимой обороны» (п. 2 ст. 34 Уголовного кодекса Республики Беларусь [16]).

Однако существует и третий способ взаимодействия ценностных систем, который имел определяющее значение для развития как совре-

менного государства и права, точнее государства и права в его западном прочтении, так и для исторической белорусской государственности. В случае неспособности ценностных систем к диалогу, но при насыщной необходимости такого диалога осуществляется создание новой ценностной надсистемы, которая инструментально (применительно к истории зачастую насильственно) подчиняет себе исходные системы, понижая уровень их значимости.

Так, первоначально конфликты, возникающие в рамках Западного христианского мира, рассматривались исключительно в рамках католического мировоззрения, а апелляция к Преданию (Традиции) как форме и способу единообразного толкования Священного Писания была окончательна. Такая апелляция позволяла трактовать определенные взгляды как ересь (несоответствие доктрине) либо раскол (нарушение правил канонического подчинения при единстве доктрины). Это обусловливало высший статус Папы Римского в данной цивилизации, как лица, имеющего исключительное право толкования Предания⁵. Реформация расколола данную цивилизацию по отношению к Преданию, а протестанты отказались признавать обязательность Католического предания, сделав критерием истины букву Писания, что обусловило дальнейшее дробление уже протестантских номинаций. Именно несоответствие исходных ценностей во многом породило жестокие религиозные войны и внутренние нестроения на фоне отношения людей к религии (мы здесь сознательно не затрагиваем иные причины Реформации).

В таких условиях перед светской властью встал вопрос о примирении (в том числе насильственном и вынужденном), лиц различного вероисповедания, проживающих на подвластной территории. Данный вопрос был решен посредством концепции суверенитета государства (Ж. Боден), признании (часто насильственном) религии частным делом любого человека, а также за счет использования принципа верховенства права. Данный принцип позволил праву, создаваемому государством, иметь приоритет перед религиозными (а в дальнейшем и морально-этическими) нормами, требующими определенного внешнего социального поведения. Указанное в итоге породило современное (новоевропейское) государство [9], стремившееся к максимальной унификации социальной жизни и примирившее (в какой-то степени и на определенное время) лиц различных христианских и иудейских вероисповеданий, уравняв их перед законом⁶. И в этой связи развитие западной цивилизации осуществлялось по вектору постепенной секуляризации и вытеснении Христианства из социальной жизни.

Однако такое насилие над религиозными ценностями не прошло бесследно. Право во многом утратило историческую связь с ценностями и традициями, будучи построенным на качественно иных ценностях, что подтверждается даже поверхностным анализом текстов Гуманитарных манифестов [2–4] и доктрины традиционных христианских конфессий. Также современное состояние постхристианства и рост инокультурного

(в первую очередь исламского) присутствия в Европе привели к кризису принципа мультикультурализма как составной части глобального кризиса, в силу нежелания мусульман признавать европейские ценности, но желании использовать уже сложившуюся систему социального обеспечения.

Все это свидетельствует, что западной цивилизации следует искать новые ценности, способные обеспечить решение возникших проблем, либо возвращаться к прежним, христианским, ценностям, переосмысливая их в контексте новых вызовов.

Реформация оказала и важное влияние на историю белорусской государственности, в которой XVI век действительно является веком Статутов Великого княжества Литовского (1529, 1566, 1588 гг.). Данные акты постепенно вводили идею универсализации права, постепенного повышения значения права в социуме, равенства населения по отношению к писаному праву⁷, что в принципе соответствовало реформационным общеевропейским тенденциям. Многочисленность и влияние православных и протестантов, к которым относились многие магнатские роды, при официальном и агрессивном доминировании католицизма (Великий князь всегда был католиком) требовало правового уравнивания прав всего населения (первоначально только шляхты). Фактически посредством права шляхта как привилегированное сословие, разделенное конфессиональным статусом, могло слиться в новую «политическую нацию», что обусловливало активную кодификационную деятельность государства.

Однако эпоха Контрреформации, а также правление Стефана Батория и Сигизмунда III Вазы, истовых католиков и приверженцев иезуитов, прервали данную тенденцию. Право не стало ценностью для всех. Более того оно не смогло выступить объединяющим фактором, подчинившим себе конфессиональные разногласия и интересы. Оно стало инструментом в руках власти, поставившим диссидентов вне закона. В итоге это обусловило ценностные разнотечения в понимании истории белорусской государственности, которые играют роль методологических установок и умолчаний.

Представления о ценностях лежат в основе любой цивилизации, культуры, общества и т.д. Различия в таких представлениях порождают различия цивилизаций и культур, обществ и государств, а их изменения обусловливают трансформацию общества. В итоге мы можем констатировать аксиологическую, а также связанные с ней антропологическую и мировоззренческую окрашенность любого права и государства⁸. Это требует при принятии публичной властью определенного управлеченческого решения учета и понимания заложенных в его основу аксиологических, антропологических, мировоззренческих и культурных принципов. В этом контексте следует согласиться с мнением Н. Я. Данилевского о вредности и нежелательности переноса цивилизационных стандартов на иную почву [5].

Следовательно, выявление доминирующей аксиологии и ее исходных положений является одним из важнейших внеправовых, но значимых для юриспруденции вопросов. Внешность и нерефлексируемая аксиоматичность аксиологических установок по отношению к правовой системе требует использования метода системного анализа. Данный метод позволяет описывать право как сложносоставной феномен (внутренняя системность), а также как элемент систем более высокого уровня (внешняя системность). При этом закономерности большего уровня абстракции и системности обуславливают закономерности меньшего уровня, выступая по отношению к ним изначально заданными аксиомами и условиями, в то время как обратное влияние значительно слабее.

Достаточно традиционным для права является описание его в качестве формально замкнутой системы, обладающей собственной логикой развития с одновременным игнорированием внешних воздействий на право (позитивизм и его направления). При таком описании, на наш взгляд, следует учитывать теоремы К. Гёделя о неполноте формальных систем. Согласно указанным теоремам в любой достаточно сложной непротиворечивой теории существует аксиоматическое утверждение, которое средствами самой теории невозможно ни доказать, ни опровергнуть (первая теорема о неполноте). При этом непротиворечивость достаточно богатой теории не может быть доказана средствами этой теории (вторая теорема о неполноте) без привлечения другой более мощной формальной теории, что ставит проблему непротиворечивости уже этой последней теории.

Сказанное подтверждает вывод о том, что любая государственная и правовая система в этом контексте должна опираться на ряд нерефлексируемых в рамках юриспруденции внеправовых аксиом, в том числе аксиологических. Именно аксиология, перенесенная в политico-правовую сферу, задает мировоззренческие стандарты отношения к человеку, допустимости либо недопустимости применения к нему каких-либо мер и т.д. Одновременно признание права формально замкнутой системой возможно лишь при наличии консенсуса по поводу внешних по отношению к праву систем и характеризует перенос познавательных проблем на иной уровень. Отсутствие такого консенсуса является не только научной проблемой, но и порождает определенные социальные нестроения.

Рассмотрение государства и права как открытых систем, в которых внешнее внесистемное воздействие влияет на их структуру и функции, позволяет изучать все проявления такого воздействия, описывать и учитывать процессы и состояния отражения государством и правом внешних феноменов. В таком ключе возможно изучение внеправовых факторов, определяющих содержание и сущность государства и права, в том числе аксиологии и мировоззрения.

Следовательно, с позиции аксиологии как одного из системообразующих факторов государство и право являются сложными саморегулиру-

емыми и саморазвивающимися системами, так как взаимодействие исходных цивилизационных ценностей с внешними хаотично изменяющими условиями его бытия порождают требования к изменению, саморегулированию и саморазвитию государства и права.

Таким образом, аксиология выступает важнейшей составляющей юриспруденции, однако влияние аксиологии на юриспруденцию неодинаково. С одной стороны, учение о ценностях может быть (но может и не быть) объектом общетеоретической юридической рефлексии. В последнем случае сложившиеся на уровне мировоззрения ценностные нормы просто заимствуются из иных сфер знания (богословие, философия и т.д.) на уровне внеюридических методологических аксиом и установок. Это характерно для стабильного развития истории и науки.

Аксиология становится предметом в том числе юридической рефлексии в случае социальных трансформаций и соответствующих им «научных революций» (смен теоретико-методологических парадигм исследования), когда новое понимание ценностей требует изменения всех социальных систем либо когда изменившиеся социальные отношения нуждаются в новой ценностной легитимации.

В настоящее время проблемы аксиологии как методологического принципа в юриспруденции вновь приобретают актуальность. С одной стороны, это вызвано доминированием концепции прав человека, западное понимание которой агрессивно навязывается в качестве единственного правильного образца и общечеловеческого достояния. С другой стороны, современность характеризуется мировоззренческим аксиологическим конфликтом, который разворачивается в рамках бескомпромиссной и жесткой борьбы либерализма и традиции [7; 10]. Как отмечалось выше, либеральные аксиология и антропология, будучи заложенными в основу глобализации и наиболее полно выражеными в Гуманистических манифестах [2–4], разрушают традиционную идентичность, весьма активно реализуясь на международном уровне.

Таким образом, высказанное свидетельствует о важности аксиологических начал в современном праве и позволяет квалифицировать их в качестве методологического принципа в юриспруденции, актуальность которого обусловлена глобальным кризисом и глобальным мировоззренческим конфликтом. Данный принцип инструментально основывается на использовании юриспруденцией в качестве внешнего системообразующего фактора представлений о ценностях, сложившихся в русле определенного мировоззрения (религии) как критерия понимания надлежащих либо ненадлежащих моделей социального поведения.

При этом отметим, что за рамками статьи остались вопросы о взаимодействии таких обобщающих феноменов как «аксиология», «антропология», «мировоззрение», «цивилизация», «культура», «социально-культурный тип» и т.д., их соотношении и иерархии. Все названные феномены включают друг друга и аксиоматически задают исходные принципы бытия государства и права. Каждый из названных феноменов

может быть рассмотрен в качестве методологической программы познания общества в целом, а также государства и права в частности, порождающей собственные результаты исследования. В этом случае важен принцип корреляции, взаимодополняемости и взаимопроверяемости таких методологических программ и результатов их использования.

Методологической особенностью любого, в том числе научного познания является потребность установления исходной точки для анализа, исходной базовой методологической программы, которая задаст в дальнейшем единый вектор для производных методов, принципов и стереотипов познания. В этом случае именно исследователь, роль которого в постнеклассической науке является определяющей, фактически делает выбор по собственному усмотрению (на которое влияет множество рациональных и внерациональных факторов) из равнозначных феноменов, учитывая их методологический потенциал для исследования избранных проблем объективной реальности.

П р и м е ч а н и я

1. В этом случае не имеет значения, является ли таким субъектом индивид, коллективный субъект, государство, субъект, претендующий на публичную власть.
2. Например, в Христианстве безусловной ценностью является любовь к Богу, ближнему (Лк 10, 27) и врагу (Мф 5, 44). Все иные деяния оценивается через любовь: «*Если я говорю языками человеческими и ангельскими, а любви не имею, то я — медь звенящая или кимвал звучащий. Если имею дар пророчества, и знаю все тайны, и имею всякое познание и всю веру, так что могу и горы переставлять, а не имею любви, — то я ничто*» (1 Кор 13, 1–2); «*Возлюбленные! будем любить друг друга, потому что любовь от Бога, и всякий любящий рожден от Бога и знает Бога. Кто не любит, тот не познал Бога, потому что Бог есть любовь. Любовь Божия к нам открылась в том, что Бог послал в мир Единородного Сына Своего, чтобы мы получили жизнь через Него. В том любовь, что не мы возлюбили Бога, но Он возлюбил нас и послал Сына Своего в умилостивление за грехи наши*» (1 Ин 4, 7–10). Методологическое изменение значения любви в Христианстве будет емко именоваться — ересь.
3. Например, «*Итак всякого, кто исповедает Меня пред людьми, того исповедаю и Я пред Отцем Моим Небесным; а кто отречется от Меня перед людьми, отрекусь от того и Я пред Отцем Моим Небесным. Не думайте, что Я пришел принести мир на землю; не мир пришел Я принести, но меч, ибо Я пришел разделить человека с отцом его, и дочь с матерью ее, и невестку со свекровью ее. И враги человеку — домашние его. Кто любит отца или мать более, нежели Меня, не достоин Меня; и кто любит сына или дочь более, нежели Меня, не достоин Меня; и кто не берет креста своего и следует за Мною, тот не достоин Меня. Сберегший душу свою потеряет ее; а потерявший душу свою ради Меня сбережет ее*» (Мф 10, 32–39).
4. Ислам согласно его догматике можно принять, но нельзя покинуть.
5. Например, «*Обязанность подлинно толковать написанное или устно переданное Слову Божию была вверена только живому учительству Церкви, власть которого основана на имени Иисуса Христа, то есть это учение поручено епископам в единстве с преемником Петра, Епископом Римским*» (Ст. 2, III 85), «*Господь поставил одного Симона. Которому дал имя Петра. Камнем Своей Церкви. Он дал ему ключи от нее; Он поставил его пасти все стадо. Но эта миссия связывать и разрешать. Данная*

- Петру, была дана также коллегии апостолов, соединенной с их главою». Эта пастырская миссия Петра и других апостолов принадлежит к основаниям Церкви. Ее продолжают епископы под первоначалием Папы» (Ст. 9. § 4. I. 881) [6].
6. Статья 14 Конституции Республики Беларусь: «Государство регулирует отношения между социальными, национальными и другими общностями на основе принципов равенства перед законом, уважения их прав и интересов». Статья 22 Конституции Республики Беларусь: «Все равны перед законом и имеют право без всякой дискриминации на равную защиту прав и законных интересов»[8].
7. «Тэж хотчем и вставляем, и вечныи часы маеть быти ховано, иж вси подданые наши, так вбогие, яко и богатые, которого раду колве або стану были бы, ровно а одностайным тым писаным правом мауть сужоны бытии» (Статут 1529 г., Р. I, арт. 9) [11].
- «Напередъ мы Господарь обещуемъ и шлюбуемъ подъ тоюжъ прысегою, которую учинили есьмо всимъ обывателемъ всихъ земель того панства нашего Великого Князества Литовского, ижъ всиx княжать, пановъ радъ духовныхъ и свецкихъ, пановъ хоруговныхъ, шляхту, места и всиx подданныхъ нашихъ и всиx становъ въ томъ панстве нашемъ Великомъ Князтве Литовскомъ, также и Земель Русскихъ Киевское, Жомойтское, Волынское, Подляшское и иныхъ земель прислухающихъ къ тому панству нашему, почонышъ отъ вышнего стану ажъ и до нижнего, тыми одnymи правы писаными отъ насть даными судити исправовати» (Статут, 1566 г., Р. I, арт. 1) [12].
- «Напроты мы, господар, обещуем и шлюбуем под тою ж прысегою, которую учинили есьмо всимъ обывателемъ всихъ земель панства нашего Великого князства Литовского, ижъ всиx княжатъ, пановъ радъ, духовныхъ и светскихъ, пановъ хоруговныхъ, шляхту, места и всиx подданныхъ нашихъ и всиx становъ в томъ панстве нашемъ Великомъ князтве Литовскомъ и иныхъ всиx земель, здавна ку тому панству прислухающихъ, почонышъ отъ вышшаго стану ажъ до нижшаго, тыми одnymи правы и артыкулы, в том же статуте нижей писаными и от нас даными, судити и спроводавати маem. Так же чужоземцы заграницники Великого князства Литовского, прыеждчые и якимъ кольвекъ обычаем прибылые люди, тым же правом мауть быти сужоны и на тыхъ врядех, где хто выступить» (Статут 1588 г., Р. I, арт. 1) [13].
8. Степень окрашенности может быть очевидной либо неочевидной, сильной либо слабой и т.д. См. [15].

Л и т е р а т у р а

1. Абушенко, В. Л. Аксиология / В. Л. Абушенко // Новейший философский словарь / [гл. науч. ред. и сост. А. А. Грицанов]. — Минск : [Изд. В. М. Скаун], 1999. — С. 21.
2. Гуманистический манифест 2000. Призыв к новому планетарному гуманизму // Российское гуманитарное общество [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://www.humanism.ru/manifest>. — Дата доступа: 05.11.2011.
3. Гуманистический Манифест I // Российское гуманитарное общество [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://www.humanism.ru/gm1.htm>. — Дата доступа: 05.11.2011.
4. Гуманистический Манифест II // Российское гуманитарное общество [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://www.humanism.ru/gm2.htm>. — Дата доступа: 05.11.2011.
5. Данилевский Н. Я. Россия и Европа / Н. Я. Данилевский. — М. : Терра-Кн. клуб, 2008. — 702 с.
6. Катехизис Католической Церкви. — 4-е изд. — Б.м. : Культурный центр «Духовная библиотека», 2007. — 813 с.
7. Кирилл (Гундяев), митр. Смоленский и Калининградский. Норма веры как норма жизни. Проблема соотношения между традиционными и либеральными ценностями

- в выборе личности и общества [Электронный ресурс] / Кирилл (Гундяев), митр. Смоленский и Калининградский // Церковь и время. — 2000. — № 2 (11). — Режим доступа : <http://lib.cerkov.ru/preview/1909>. — Дата доступа: 5.11.2011.
8. Конституция Республики Беларусь 1994 года (с изменениями и дополнениями, принятыми на республиканских референдумах 24 ноября 1996 г. и 17 октября 2004 г.). — Минск : Амалфея, 2005. — 48 с.
 9. Кревельд М. Расцвет и упадок государства / М. Кревельд. — М. : ИРИСЭН, 2006. — 542 с.
 10. Ратцингер Й. (Бенедикт XVI) Ценности в эпоху перемен. О соответствии вызовам времени / Й. Ратцингер (Бенедикт XVI). — М. : Библейско-богослов. ин-т св. апостола Андрея, 2007. — 163 с.
 11. Статут Вялікага княства Літоўскага 1529 г. — Мінск : АН БССР, 1960.
 12. Статут Вялікага княства Літоўскага 1566 года / Т. І. Даўнар, У. М. Саполін, Я. А. Юх. — Мінск : Тэсей, 2003. — 352 с.
 13. Статут Вялікага княства Літоўскага 1588 : Тэксты. Давед. Камент. / Беларус. сав. энцыкл. ; рэдкал.: І. П. Шамякін (гал. рэд.) [і інш.]. — Мінск : БелСЭ, 1989. — 573 с.
 14. Степин В. С. Теоретическое знание / В. С. Степин. — М. : Прогресс-Традиция, 2000. — 472 с.
 15. Тихомиров Л. А. Религиозно-философские основы истории / Л. А. Тихомиров. — М. : Айрис-Пресс : Лагуна-Арт, 2004. — 688 с.
 16. Уголовный кодекс Республики Беларусь (по состоянию на 15 марта 2011 года). — Минск : Нац. центр правовой информации Респ. Беларусь, 2011. — 304 с.

А н н о т а ц и я

Калинин С. А. Методологическое измерение аксиологии права. — Статья.

В статье в постановочном ключе рассматриваются возможности использования аксиологии права в качестве методологического подхода в юриспруденции. Предлагается рассматривать доминирующие в рамках определенного мировоззрения и культурно-цивилизационного типа ценностные представления как внешний методологический подход, определяющий системность права и государства. Такое прочтение аксиологии права требует рассмотрения права и государства в качестве открытых систем. Анализируются условия взаимодействия аксиологии как методологического подхода с аналогичной ролью иных близких феноменов (антропология, мировоззрение, культура и т.д.).

Ключевые слова: аксиология, ценности, ценности в праве, антропология права, методология права, системный подход, аксиологический подход в методологии права, конфликт ценностей.

А н о т а ц і я

Калінін С. А. Методологічний вимір аксіології права. — Стаття.

У статті у постановочному ключі розглядаються можливості використання аксіології права як методологічного підходу в юриспруденції. Пропонується розглядати домінантні в рамках певного світогляду і культурно-цивілізаційного типу ціннісні уявлення як зовнішній методологічний підхід, що визначає системність права і держави. Таке бачення аксіології права потребує розгляд права і держави як відкритих систем. Аналізуються умови взаємодії аксіології як методологічного підходу з аналогічною роллю інших близьких феноменів (антропологія, світогляд, культура тощо).

Ключові слова: аксіологія, цінності, цінності в праве, антропологія права, методологія права, системний підхід, аксіологічний підхід в методології права, конфлікт цінностей.

S u m m a r y

Kalinin S. A. Methodological Measuring of Legal Axiology. — Article.

The article examines the opportunities of using the axiology of law as a methodological approach to jurisprudence. It is suggested that dominate within a particular worldview and cultural and civilizational values such as an external representation of the methodological approach defined in the system of law and the state. This reading of the axiology of law requires the consideration of law and the state as open systems. The conditions of interaction of axiology as a methodological approach similar to the role of other similar phenomena (anthropology, philosophy, culture, etc.).

Keywords: axiology, values, values in law, anthropology, law, law methodology, system approach, the axiological approach to the methodology of law, conflict of values.

УДК 340.12:354.22

Н. М. Крестовська

СКАРБНИЦЯ ЯК КРИТЕРІЙ ТИПОЛОГІЇ ДЕРЖАВИ

Типологія держави є одним з добре вивчених сюжетів, тому вона входить не тільки до предмета науки, але й до навчальної дисципліни «Теорія держави і права». І водночас — це існуючий з радянських часів (Г. М. Манов, Л. П. Рожкова, В. С. Петров та ін.) предмет для наукового дискурсу, що зумовлює науковців раз у раз до нього звертатися задля розуміння, в якій системі координат існує сучасна держава. Трансформаційні процеси у пострадянських державах об'єктивно активізували інтерес до типології держави, доказом чому є низка досліджень останніх років (В. Я. Любашіць, Р. А. Ромашов, А. І. Бобильов, А. В. Бекін, А. В. Маліков, М. О. Кульков, І. С. Пристанський, Ю. С. Синенко, І. М. Сокольщик та ін.). Увага вчених, за поодинокими винятками, зосереджена на типології форм держави та історичних типах держави, для чого здебільшого пропонуються цивілізаційний та формацийний підходи подекуди зі спробами їх поєднання.

Скарбниця є неодмінною ознакою держави, але, як правило, її вона, її способи її наповнення, її способи розподілу державних коштів розглядаються як категорії фінансового права, на перший погляд, далекі від теоретичного державознавства. Між тим, будучи ознакою держави, скарбниця управі «претендувати» на місце в рамках предмета загально-теоретичної юриспруденції, що її зумовило її вибір як підстави для типології. Відмітимо, що скарбниця відноситься до основних ознак держави, тому може бути підставою саме для типології, а не класифікації держав (відмінність між цими методами систематизації наукового знання добре показана Ю. С. Синенко [1, с. 7]).

Використовуючи для вивчення обраної теми різноманітні методологічні засоби, автор особливо акцентує увагу на залученні поняття «ідеальний тип» М. Вебера. Виявлені у ході дослідження типи держав та інших організацій публічної влади є, передовсім, мисленнєвими конструкціями.

Для цілей цієї статті державою ми будемо вважати політичну організацію, що володіє засобами керівництва підлеглим населенням на певній території та визнана як суверен іншими державами. На нашу думку, організація публічної влади набула статусу держави тільки у постсередньовічний період, під час формування націй та національних економік (в Європі це відбувалось протягом Довгого XVI століття [2]). Але мобілізація фінансових коштів для потреб владної верхівки і меншою мірою — для потреб спільноти — відбувається не тільки у державі, але й в інших системах публічної влади у ранніх соціорах [3], зокрема, чифдомі, деспотії, полісі, імперії тощо.

Поняття «скарбниця» у цій статті використовується у широкому розумінні як сукупність фінансових коштів, що перебувають у розпорядженні держави або іншої організації публічної влади.

Керуючись концептом школи В. С. Нерсесянца про дихотомію право-вої та силової держави [4], зазначимо, що здатність мобілізувати фінансові кошти зумовлюється право-договірним або силово-примусовим характером взаємовідносин публічно-владного апарату та підлеглого владі населення. Податок за своєю природою виступає як фінансовий еквівалент суспільного договору. Чи не найяскравіше у вітчизняній традиції цю думку висловив Микола Тургенев: «Податки — це засоби досягнення мети суспільства або держави, тобто мети, яку люди мають на увазі при з'єднанні своєму у суспільство або при складанні держави. На цьому засноване право уряду вимагати податків від народу. Люди, об'єднавшись у суспільство і вручивши уряду владу верховну, вручили йому разом з тим право вимагати податків» [5, с. 11]. Превалювання податкового способу у процесі формування державного бюджету дає можливість говорити про податкову державу як тип держави, яка одночасно є потенційно або актуально правовою державою.

Силовий спосіб формування публічних коштів має два різновиди: стягнення данини та експлуатація державою різними шляхами набутої, у тому числі — вилученої у підлеглих — власності. Такі організації публічної влади ми пропонуємо назвати відповідно данницькими та рентними. Причому її право-договірні, її примусово-силові засоби мобілізації публічних коштів простежуються з давніх-давен до наших днів, хоча їх питома вага у світовому товаристві держав суттєво змінюється впродовж історії.

Так, у Стародавніх Афінах та Стародавньому Римі часів республіки формування коштів державної скарбниці та фінансування загальносуспільних справ відбувалось добровільно за принципом самообкладення. Так, відправа публічних посад була безоплатною: більше того, посадовець у разі необхідності витрачував власні кошти на загальну справу — на будівництво храмів, громадських споруд, водогонів, доріг тощо. Невипадково славнозвісний афінський стратег Перикл, якого більше десяти разів обирали на почесні посади, помер у бідності. Екіпірування війська задля оборони здійснювалось громадянами за власні кошти,

причому демонстрацією доходів громадянин мав довести, що він спроможний служити у тому чи іншому родові війська. Так, унаслідок реформам Солона афінські громадяни за рівнем доходів були поділені на чотири класи, кожен з яких виконував свою функцію у справі оборони (флот, кіннота, важка та легка піхота). А бідному римському громадянину, який безпідставно претендував на службу у кінноті, цензор, який проводив перепис військовозобов'язаних громадян, міг сказати: «Йди і забери свого коня», тобто призначав його до служби у піхоті.

В обмін на таке самообкладення античний громадянин отримував послуги у вигляді безпечного та комфортного як на ті часи соціального середовища, матеріальної підтримки у разі необхідності, можливості брати участь в управлінні публічними справами та відправі релігійних обрядів.

Натомість, у Спарти — напевно, одній з перших рентних країн, кошти скарбниці формувались за рахунок експлуатації належних державі засобів виробництва — землі та рабів, які перебували всього лише у користуванні громадян. Громадянин отримував від користування державними ресурсами мінімум, необхідний для проживання [6].

Данницькі системи організації публічної влади засновані переважно на грубій силі, але не виключається й мовчазна згода між владними ракетирами та підданими на основі принципу «ми у вас забираємо, що зможемо, і протягом деякого часу не чіпаемо». Саме такими були чифдоми ранньосередньовічної Європи (класичним тому прикладом є Київська Русь), кочові імперії Азії. Вихід збирачів данини за межі «санітарних норм» нерідко мав трагічний для них кінець. Прикладом тому є хоча би історія київського князя Ігоря, який вирішив двічі зібрати данину з деревлян.

Данина, як правило, спочатку не є сталою за розміром та строками збирання, але внаслідок спротиву населення поступово в нормовується. Наприклад, впорядкуванням данини були так звані реформи київської княгині Ольги, у ході яких були визначені розмір, місця та строки зібрання данини. Розвинута данницька система стягнення фінансових коштів має свій локальний рівень. Керівна верхівка отримує від сюзерена території та людей-підданих для отримання данини з метою «оплати» таким чином управлінських функцій. Приклади — система сюзеренітету-vasalitetu в Західній Європі, система «годувань» у Московському царстві.

Рентні системи публічного управління засновані на власності на ресурси, які їх експлуатуються владним апаратом. Такі ресурси можуть бути природними (корисні копалини, ліси, земля) та соціальними (робоча сила, людські ресурси у найширшому сенсі слова). Походження державних ресурсів може бути різним (привласнення ресурсів іншої держави внаслідок окупації, анексії території тощо, експропріація майна «внутрішніх ворогів», націоналізація ресурсів свого суспільства, запозичення з іноземних джерел) — важливим є те, що управління ними та

використання їх зосереджено в руках правлячої верхівки (найдавніший приклад рентної системи управління — східна деспотія).

Рентна держава, як правило, встановлює невисокі податки: бюджет формується завдяки ресурсній ренті. Але є суспільство, яке практично не сплачує податків, не розглядає державний апарат як найманіх ним службовців. Як показує С. Хантінгтон, гасло податкових революцій «немає податків без представництва» тут має свою дзеркальну протилежність: «немає податків — немає й представництва» [7, с. 77]. Історія рентних держав показує, що, як правило, вони слабко відповідають викликам модернізації. Так, Іспанська імперія, яка мала колосальні рентні надходження за рахунок експлуатації природних багатств Нового Світу, з кінця XVI ст. потрапила в економічну та політичну кризу, віддалені наслідки якої відчуваються досі.

Історія Російської імперії — це теж історія рентної держави, хоча в ній простежується спроба переходу до податкової держави. Зокрема, такими були модернізаційні фінансові реформи другої половини XIX ст. (скасування сuto рентного подушного податку, реформа оподаткування промисловості, уведення винної монополії, золотого стандарту рубля, квартирного та земельного податку). А населення держави, що почала рухатися у бік податкової держави, вимагало уже й представництва, результатом чого стало скликання на початку ХХ ст. першого російського парламенту — Державної Думи.

Що стосується СРСР, то як правильно відзначає С. Синельников-Мурільов, система формування державних фінансів була псевдоподатковою. Єдиним платежем, що мав зовнішні риси податку, був податок з доходів громадян. Але в умовах, коли єдиним роботодавцем виступала держава, фактично він був лише недоплачуваною частиною заробітної плати [8].

Крах Радянського Союзу певною мірою був спричинений тими ж факторами, що й розвал Іспанської імперії, — ресурсні надходження за рахунок нафти та газу були направлені не на модернізацію промислового виробництва та інвестування в людський капітал, а на гонку озброєнь та банальне проїдання. Обвал цін на нафту в останні роки існування обвалив і бюджет, і державу в цілому.

Взагалі багаті природні ресурси здатні відіграти недобрий жарт з громадянським суспільством. В ресурсних державах (термін уведений С. Кордонським [9]) немає суспільної мотивації для просування уперед в усіх сенсах слова — у розвитку економіки, політичної сфери, науки. Як показує С. Хантінгтон на прикладі нафтодобувних країн, доходи, які країна отримує від продажу енергоносіїв, збільшують потенціал державної бюрократії і, оскільки вони зменшують або взагалі усувають необхідність оподаткування (Туркменістан, Лівія), тим самим вони зменшують необхідність мати уряд, від якого можна вимагати (або просити) поступок з боку суб'єктів оподаткування [7, с. 77]. Інакше кажучи, там неможливі податкові революції — основа формування сучасних демократичних держав.

Витоки податку як способу формування публічних коштів сягають античної давнини, але розвинуті податкові системи управління властиві виключно державам, тобто тим системам управління, які першопочатково були створені в Європі протягом Довгого XVI століття (1492–1648). Саме в цей період відбулись величні політичні, економічні та ідеологічні революції — Реформація (перша половина XVI ст.), визвольна війна у Нідерландах (кінець XVI ст.), Великий бунт в Англії (середина XVII ст.), які без найменшого перебільшення можна назвати податковими революціями. Єдине, що їх відрізняє, — адресат пред'явлення податкових вимог: у першому випадку це була католицька церква, в другому — іноземна держава, а в третьому — власна держава. Дуже скромні за масштабом та протилежними за наслідками були податкові бунти у Московському царстві (Соляний та Мідний бунти «бунташного» XVII ст.). На відміну від європейських країн вони призвели до консервації старих способів наповнення державної скарбниці, що було нормативно оформлено феодальною антиконституцією — Соборним Уложенням 1649 р.

Податкові держави засновані на мовчазному суспільному договорі громадян з державою: «Ми — тобі гроші, ти нам безпеку». Хоча її договірна теорія податку не виключає податкових бунтів та втечі від сплати податків, якщо держава переходить межі «справедливого податку». Адже громадянин — платник податків — не готовий підтримувати державну владу, яка нехтує його думками та інтересами, зокрема економічними. Зазначимо, що причинами податкової непокори, як правило, стають не масштаби податків, а численні податкові привileї та преференції, а також неефективне і нецільове використання зібраних коштів. Так, у «старих» країнах Європейського Союзу рівень податкової експансії сягає 50 % (найвищий рівень оподаткування у Швеції, Данії, Австрії). Але такий тягар податків значною мірою нівелюється завдяки ефективним системам соціального захисту населення. Тут податок є еквівалентом значних соціальних послуг, які громадянин отримує від держави. Тут варто згадати слова Й.-К. Оландера, колишнього посла Швеції в Україні: «Мене часто запитують: а як шведи погоджуються сплачувати такі податки? Річ у тому, що вони упевнені: їхні гроші використовуються правильно» [10]. Тому активних дій, спрямованих проти податкової політики держави, у цих країнах, на відміну від, наприклад, Греції з її масовою втечею від сплати податків, тут немає.

Загальноєвропейська тенденція розвитку держави — від данницької до рентної і далі — до податкової держави. Простежити цю тенденцію можна на прикладі Англії. Англосаксонські чифдоми з їх данницькою системою змінюються в ході реформ Вільгельма Завойовника та його нащадків, які в нормовують ресурсну ренту (перепис платників ренти, створення казначейства — Палати Шахівниці). З часів Великої хартії вільностей поступово утверджується головний принцип податкової держави — «немає податків без представництва». Зрозуміло, що до часів Великого бунту це представництво є доволі таки нерепрезентативним,

адже від встановлення податків усунута більшість населення країни. Але через події Великого бунту та Славетної революції аж до парламентських реформ XIX ст. цей принцип проходить червоною ниткою і, врешті-решт, набуває своїх демократичних форм. Податки встановлює парламент, який обирається усім народом на регулярних, чесних, прозорих виборах.

Вітчизняна українська тенденція є суттєво відмінною від цієї еволюції податкової держави — від данницької до рентної, з невеликим періодом існування податкової держави (практично — це лише початок ХХ ст.) і далі, у складі СРСР, — до рентної, а на сьогодні — до данницької держави. Формально Україна, в якій діє Податковий кодекс, претендує на «звання» податкової держави. Але в реальності державний бюджет виконується значною мірою не за рахунок податків, а за рахунок зростання державного боргу. Ставлення населення до сплати податків є аналогічним ситуації в данницькій державі. Так, Центром Розумкова у березні 2009 р. було проведено соціологічне опитування, в ході якого було поставлене таке запитання: «Що ви відчуваєте, коли сплачуєте податки?» [11]. Близько 28 % опитаних вважають, що у них відбирають чесно зароблені гроші. І лише 4,3 % відчувають себе частиною фінансової могутності держави. Ще більш вражуючими є відповіді на запитання щодо розподілу зібраних коштів. Найбільша частина — близько 38 % респондентів — відповіла таким чином: «Все одно всі ці гроші розкрадають чиновники», 17,6 % респондентів вважають, що хоча гроші платників податків не розкрадають, але розподіляють не так, як їм хотілося б. І лише 4,3 % пов'язали сплату податків з соціальними послугами держави, вважаючи, що гроші повернуться до них та їхніх близьких через державні витрати. Крім того, не слід забувати про додаткові витрати населення на утримання уже не держави, а численного бюрократичного апарату — те, що Олександр Пасхавер елегантно називає корупційним податком [12], а в реальності є не чим іншим, як стародавньою даниною. У рейтингу International Transparency Україна міцно тримає місце серед держав з високим рівнем корупції: у 2010 р. — 136-те місце серед 178 держав [13].

Відмітимо, що в сусідній Росії, яка є класичною ресурсною державою, цей зворотний напрям «застряг» на рентному рівні. Хоча опитування, проведені в Росії, показують, що й росіяни, подібно українцям, сприймають податок з доходів громадян як данину, яку вони вимушенні сплачувати державі, як узаконене пограбування з боку останньої. Вони не вбачають зв'язку між сплачуваними ними податками та соціально-значущими функціями держави [8]. Та й рівень корупції у Росії тою ж таки International Transparency оцінюється як високий. Справа в тому, що рентна держава тут існує наполовину — лише як засіб наповнення скарбниці, але не як засіб перерозподілу отриманих коштів.

Отже, в підсумку зазначимо, що застосування для типологізації держав такої ознаки держави, як скарбниця, дало можливість оцінити до-

сучасні соціори та нині існуючі держави в рамках трьох типів: данницькі, рентні, податкові. Усі вони більшою чи меншою мірою присутні у сьогоднішньому світовому співтоваристві і, як видається, превалювання того чи іншого засобу формування та виконання державного бюджету має набагато більше значення для виявлення сутності держави, ніж її форма і навіть функціональний апарат. Лише податкові держави реально можуть бути охарактеризовані як демократичні, правові та соціальні, оскільки взаємовідносини між державним апаратом та громадянським суспільством тут ґрунтуються на засадах економічних та правових законів.

Література і примітки

1. Синенко Ю. С. Типология государства: сравнительно-правовой анализ: автореф. ... дис. канд. юрид. наук : 12.00.01 / Ю. С. Синенко. — М., 2007. — 22 с.
2. До питання про періодизацію історико-правових макропроцесів // Нauкова спадщина професора В. С. Кульчицького і сучасність : матеріали ХХIV Міжнар. іст.-правової конф. м. Львів, 28 квіт. — 1 трав. 2011 р. — Л. : Вид. центр ЛНУ ім. І. Франка, 2011. — С. 112–119.
3. Поняття соціально-історичного організму (соціору) уведено Ю. І. Семеновим. Докладніше: Семенов Ю. И. Введение во всемирную историю. Проблема и понятийный аппарат. Возникновение человеческого общества : учеб. пособие. Вып. I / Ю. И. Семенов. — М. : МФТИ, 1997. — 202 с.
4. В юридичній інтерпретації держава — це правова форма і правовий тип публічної політичної влади, в силовій інтерпретації — це влада як така, незалежно від наявності чи відсутності правових форм і обмежень цієї влади. Докладніше: Сокольщик И. М. О силовой и юридической интерпретациях государства / И. М. Сокольщик // Право и политика. — 2007. — № 2. — С. 5–12.
5. Тургенев Н. И. Опыт теории налогов / Николай Иванович Тургенев. — СПб. : Тип. Н. Греча, 1818. — X, 368 с.
6. Сапов Г. От Моисея до наших дней [Электронный ресурс] / Григорий Сапов // Отечественные записки. — 2002. — № 4–5. — Режим доступа : http://magazines.russ.ru/oz/2002/4/2002_04_08.html#top.
7. Хантингтон С. Третья волна : пер. с англ. / Самюэл Хантингтон. — М. : РОССПЭН, 2003. — 368 с.
8. Синельников-Мурылев С. О налогах с любовью [Электронный ресурс] / Сергей Синельников-Мурылев // Отечественные записки. — 2002. — № 4–5. — Режим доступа : http://magazines.russ.ru/oz/2002/4/2002_04_05.html.
9. Термін уведений С. Кордонським. Докладніше: Кордонский С. Ресурсное государство / С. Кордонский. — М. : REGNUM, 2007. — 108 с.
10. Шангіна Л. Про великі і маленькі будинки, або Чому шведи сплачують податки? / Людмила Шангіна // Дзеркало тижня. — 2009. — 16 берез.
11. Соціологічне опитування «Що Ви відчуваєте, коли сплачуєте податки?» [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://razumkov.org.ua/ukr/poll.php?poll_id=440.
12. Яценко Н. Александр Пасхавер: «Я сочувствую этой власти» / Наталья Яценко, Александр Пасхавер // Зеркало недели. — 2010. — № 46, 11–17 дек.
13. Рейтинг восприятия коррупции в странах мира [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://ria.ru/infografika/20101027/289524140.html>.

А н о т а ц і я

Крестовська Н. М. Скарбниця як критерій типології держави. — Стаття.

На підставі способів мобілізації та розподілу державних коштів виокремлено такі типи публічної організованої влади, у тому числі — держави, як: данніцький, рентний, податковий. Зроблений висновок про суспільно-договірний характер податку, що уможливлює переростання податкової держави у демократичну, правову, соціальну.

Ключові слова: данина, рента, ресурси, податок, податкова революція, корупція.

А н н о т а ц и я

Крестовская Н. Н. Казна как критерий типологии государства. — Статья.

На основании способов мобилизации и распределения государственных средств выделены такие типы публичной организованной власти, в том числе — государства, как: даннический, рентный, налоговый. Сделан вывод об общественно-договорном характере налога, что делает возможным перерастание налогового государства в демократическое, правовое, социальное.

Ключевые слова: дань, рента, ресурсы, налог, налоговая революция, коррупция.

S u m m a r y

Krestovska N. M. Treasury as a criterion for the typology of state. — Article.

The author, basing on the methods of mobilization and allocation of public funds, specifically mentions the following types of organized public authorities, including states, as: tribute, rent, tax. It is concluded that social-contractual nature of the tax enables the transformation of the tax state into a democratic, legal, social state.

Keywords: tribute, rents, resources, tax, tax revolution, corruption.

УДК 37.015:340:7.01

A. П. Овчинникова

ТВОРЧЕСКИЙ ХАРАКТЕР ЮРИДИЧЕСКОЙ ПЕДАГОГИКИ

Едва ли не самый главный бич современной педагогики, а юридическая педагогика исключения не составляет, — это обыкновенная скука. Почти любой студент, сидя на лекции, мечтает поскорее окунуться в тот мир, где от него что-то зависит, где он может принимать самостоятельные решения и проявлять способности к творчеству — пусть даже в играх. Лучшие педагоги давно поняли, что надо уходить от схемы обучения, построенной по принципу: я рассказываю — ты запоминаешь и следишь моим указаниям. В центр образования должно быть поставлено развитие творческих способностей и формирование стимулов к самообучению. Они осознают, что обучение требует гигантской затраты творческой энергии, особенно если принять во внимание, что ученик за десяток лет должен сделать для себя чуть ли не столько же открытий, сколько взрослые сделали до него за одну-две тысячи лет.

Значит, в центр образования должно быть поставлено, прежде всего, развитие творческих способностей и формирование стимулов к самообучению. Здесь есть два пути. Во-первых, это изменение содержания обучения таким образом, чтобы любой предмет стал, условно говоря, «задачником» — непрерывным решением проблем.

Проблемы и задачи формулирует учитель-Мастер, под его руководством эти проблемы решаются, именно он демонстрирует образцы нестандартных решений. Это перекликается с тем, о чем пишет польский ученый А. Гаральский: «Состояния вещей, возникающие в структурированном и гармоничном содействии возможности (материала, традиции, обстоятельств, склонности, таланта и т. п.) и необходимости (ведущей идеи, созидающего замысла, способа принятия судьбы, форм реализации свободы и т.п.), — это произведения творчества, произведения процесса творчества. Когда такое произведение обретает признание (в слабой версии: как благодаря творцу, так и тому обществу, в котором творцу довелось жить; в версии сильной: единственно благодаря

творцу) — как новое и ценное, тогда мы говорим, что было создано творение, что имеет место творческий акт» [1, с. 8].

Во-вторых, стоит обратить внимание на то, что педагогика и по сей день является скорее искусством, чем наукой.

А если это так, то какому из видов искусств она ближе всего? Конечно, не архитектуре, не живописи, не балетному искусству и даже не литературе. Педагогика готовит молодых людей к тому, чтобы, прежде всего, играть социальные роли — не обязательно ученого, инженера, экономиста, фермера, но непременно гражданина и творчески мыслящего человека.

Поскольку будущие социальные роли студентов юридических вузов относительно хорошо определены (следователь, прокурор, адвокат и т.д.), можно, перефразируя Шекспира, сказать, что мир юриспруденции — это театр, а юристы в нем актеры. Если же это так, то театральное искусство ближе всего к работе преподавателя юридических дисциплин, чем любое из искусств. Что их роднит?

Творческий потенциал педагога-юриста проявляется тем больше, чем более развито у него ассоциативное мышление, воображение и чем выше уровень рефлексии и саморегуляции. Не последнюю роль играет и наличие чувства юмора. Не последнюю роль в реализации творческого потенциала играют и компоненты актерских способностей. С одной стороны, это настроенность на интуитивное понимание студентов, способность посмотреть на себя их глазами (эмпатия), с другой, способность к игровой драматизации проблемы. А актерское творчество предполагает тренинг способности к эмпатии — способности перевоплощения не только в другого человека, но даже и «вживания» в неживой предмет.

Для творчества чрезвычайно существенен игровой элемент, творчество проявляется уже в детской игре. Вообще детская игра — не цель ребенка, а только средство. Если верно, что Бог творил человека по образу и подобию своему, то Творец, конечно, создавал не *Homo ludens* [2, с. 464], а *Homo creator*. Игра драматизирует реальность, удовлетворяет потребности в самовыражении. В свою очередь, самовыражение предполагает формирование отношения человека к окружающему миру, к другим людям, к самому себе. Принятие роли Другого предполагает сопереживание другому, идентификацию с ним, перевоплощение. А главное, в игре формируется привычка расширять проблемное поле, освобождаться от субъективизма, возникает убеждение в том, что всякий объект может быть системно представлен с разных точек зрения.

Весьма полезным, особенно в условиях наступления техногенной культуры, является и такое следствие упражнений в драматическом искусстве, как воспитание культуры чувств, стимулирование воображения, обогащение личного творческого опыта, снижение «зажатости», которая сдерживает интуицию и воображение.

Проведено уже достаточно много экспериментов, которые позволяют говорить о воспитании творческих способностей через театрализацию образования и драматизированные игры. Достаточно вспомнить о школьных театрах при духовных учебных заведениях в Украине еще в последней четверти XVII века, о театре в колонии А. С. Макаренко, о театральной педагогике Питера Слейда 60-х годов XX века в Англии (г. Бирмингем). Обучение драматическому искусству и сегодня входит в учебную программу большинства колледжей США. Во Франции существует многолетняя практика обучения юристов основам актерского мастерства.

Пора подумать об элементах театрализации любого учебного занятия. Педагогу необходимо знать и о наличии в театральной режиссуре различных систем работы над спектаклем. Это знание не только расширяет диапазон театрализации учебных занятий, но и само по себе означает возможность творческого отношения к работе над материалом, поскольку выводит за рамки привычных представлений. Ведь системы К. С. Станиславского, М. А. Чехова, Л. Курбаса, Б. Брехта, Е. Гrotovskogo — это не что иное, как разные способы системного представления материала. Ни одно из упражнений, которые разрабатывались ими для актеров, не бесполезно педагогу — уже одно это указывает на функциональное родство актерского и педагогического творчества.

Актеры прекрасно знают, что спектакль провалится без соответствующей «атмосферы». Но и учитель должен знать, что такое «атмосфера занятия». Как нельзя знать христианской морали только по одной из заповедей, как нельзя понять Геракла только по одному из его подвигов, так нельзя понимать пьесу по одному эпизоду. Но также нельзя знать геометрии, запомнив лишь одну аксиому, тригонометрии, разобравшись только с тем, что такое тангенс. Нельзя понять ни одну из математических дисциплин, не умея определить предмета математики в целом, вне общего математического контекста. Но спросите о предмете математики студента — часто ли вы получите вразумительный ответ? Во всех случаях речь идет о целостности систем, а понимание материала тем выше, чем выше эта самая целостность представления материала.

Кроме того, любой актер знает, какую роль играет оформление спектакля, именно оно создает определенное настроение и восприятие происходящего на сцене. Целостность «атмосферы» создается не только полнотой представления, но и контекстом. Художник Д. Боровский, оформляя спектакль по пьесе А. Чехова «Три сестры», придумал такое решение: пустая сцена, некоторая мебель и весь спектакль сыплются осенние листья. Сестры говорят о весне, а листья сыплются. В конце акта все по колено в листьях. Зима, холодно, выюга — второй акт, а листья сыплются — умирает жизнь. Атмосфера порой способна сказать гораздо больше, чем текст. Она обладает силой одухотворения спектакля. Вот и для занятий по любой дисциплине важен его контекст. Дело и в оформлении самой лекции, и в той последовательности, в какой

изучаются предметы, и в том, какого типа педагог заходил в аудиторию до вас.

Часто говорят, что такой-то юрист прошел такую-то школу. И здесь есть параллели с театральными школами. Актер с гордостью расскажет, какую актерскую школу он прошел. Именно в этой школе он приобретает инвариантные навыки — основу его профессии. Актерская школа накладывает отпечаток на всю дальнейшую работу. Скажем, в итальянской комедии дель арте большое значение придавалось легкости, быстроте и живости воображения. Принцип импровизации требовал от актеров мгновенного перевоплощения, способности быстро угадать и развить намек партнера, по нескольким деталям воссоздать в воображении обстановку, место действия, искусно обращаться с бутафорскими вещами, как с подлинными предметами. Воображение давало возможность увидеть в условных масках олицетворение человеческих характеров. Это затем не мешает работать актеру в спектаклях разных режиссеров и разных театральных школ. Но это то, что позволяет актеру на уровне сознания и подсознания управлять своим актерским мастерством. Без школы актер, даже если он самобытен и одарен от природы, несостоятелен. Всегда видно, если актер не прошел определенной школы. Однако школа — это только начало профессии, далее — постоянная работа над собой всегда и везде.

Но и педагог должен иметь возможность гордиться школой, которую он прошел. Пройденная педагогом школа будет чувствовать всю оставшуюся жизнь. А без школы Мастера путь Ученика к собственному статусу мастера долг и труден. Но много ли сегодня найдется педагогов, которые прошли такую-то особую педагогическую школу?

Опытные педагоги сталкиваются с тем, что один и тот же материал им приходится излагать по многу раз, из года в год. Всегда есть опасность заштамповаться и утратить творческий настрой. Обратимся к параллели с театром. Французский актер Коклен говорил о том, что портрет роли возникает и закрепляется в его воображении как законченная, во всех деталях продуманная и разработанная модель, а затем созданный воображением образ с возможным совершенством копируется, изображается актером, который как сторонний наблюдатель искусно «представляет» его зрительному залу. Не становится ли педагог просто актером, играющим самого себя, когда приходится воспроизводить однажды уже созданную роль?

Иначе подходит к этому Ежи Гrotowski: «Почему Ришард Чесляк был столь же великим актером, сколь в другой сфере искусства был велик Ван Гог? Потому что он был в состоянии установить единство между отдачей себя и — точностью. Овладев партитурой игры, он мог уже дальше придерживаться ее вплоть до малейшей детали» [3, с. 244].

Е. Гrotowski сравнивает роль, которую предстоит сыграть актеру, с партитурой музыканта. Процесс повторяется, но повторяется здесь и сейчас. Значит, актер (и педагог!) никогда не может быть тем же, хотя

все детали партитуры сохраняются. Если актер в процессе репетиций освоил партитуру как нечто естественное, органичное, если перед выступлением он готов к совершению акта самовыражения, к служению (но не самому себе), тогда каждый спектакль достигнет своей полноты: «Разработанная в подробностях структура — Действие, Акция — вот ключ; если структуры нет — все размывается, все превращается в «жиденький супчик» [3, с. 266]. Педагогу-юристу полезно помнить важную актерскую заповедь. Актер не должен играть для зрителей, он должен — сознательно — играть перед лицом зрителя, в присутствии зрителей.

Иногда говорят, что работа актера — это работа по вдохновению, вся соткана из интуиции, а работа педагога непременно рациональна. Идея К. С. Станиславского состояла именно в том, чтобы сделать подсознательное (чувств, эмоций) плодом сознательной работы актера над собой. По-видимому, любая творческая работа, включая педагогическую, предполагает такую рационализацию.

Тренинг («психотехника») К. С. Станиславского ставит своей целью достижение готовности психики к рациональному управлению творческим процессом. Элементы этого тренинга — с его ориентацией на целесообразность и продуктивность — могли бы входить в деятельность педагога. Ведь и преподаватель, как актер, должен обладать умением жить в «предлагаемых обстоятельствах». Тому же педагог обучает ученика, чтобы тот действовал естественно и раскованно — ведь это является необходимым условием творчества.

Вот схема некоторых черт творческого тренинга по К. С. Станиславскому, которые, с соответствующей конкретизацией и изменениями, могли бы быть включены в систему подготовки педагогов.

I. Тренинг для приобретения элементов органического действия: 1) начало творческого процесса; 2) смотреть — и видеть!; 3) слушать — и слышать!; 4) память ощущений и эмоций физического самочувствия; 5) мышечный контролер.

II. Тренинг сценических действий: 1) простейшее действие; 2) беспредметное действие; 3) темпо-ритм; 4) взаимодействие с объектом и партнером; 5) действие в необычных обстоятельствах («верить в невероятное»); 6) действие в группах («чувство мизансцены и формы»).

III. Упражнения для вхождения в постоянную творческую деятельность: 1) тренинг «самонаблюдения», помогающий «приобретать привычки, вытесняющие недостатки природы»; 2) «туалет-настройка», рассчитанная на то, чтобы нужными упражнениями «размять» и разблокировать творческий аппарат, на то, чтобы достичь нужного самочувствия, необходимого на данной репетиции или спектакля.

Кроме того, К. С. Станиславский учил, что задачи творческой работы педагога лучше решаются, если они делятся на элементы, если ставятся промежуточные цели. Вместе с тем, нельзя забывать и о «партитуре» занятия в целом. Педагог выступает в роли не только актера, но и ре-

жиссера. Как актер должен знать свою сверхзадачу, так и педагог, о чем бы он ни говорил, должен помнить не столько о сумме знаний, сколько о развитии творческих способностей студентов и о приближении к нравственному идеалу. Вообще, всегда полезно взглянуть на занятия глазами режиссера — как на спектакль. Тогда вся система и метод К. С. Станиславского могут служить методической базой подготовки не только педагога, но и студента к творческой деятельности.

Не только у К. С. Станиславского, но и у других известных режиссеров можно обнаружить много интересного и полезного педагогу. Так, например, Михаил Чехов предложил, как он это называл, «теорию имитации». Он предлагал актеру имитировать образ, а потом задавать ему вопросы и ждать ответа. М. Чехов полагал, что образы возникают вне актера и живут независимой жизнью. В отличие от К. С. Станиславского, М. Чехов не предлагал «войти» в роль персонажа. Он предлагал другой термин — «сочувствие»: «Художник в вас страдает за Гамлета, плачет о печальном конце Джульетты, смеется над выходками Фальстафа» [4, с. 267]. Отношение к образу — путь к подсознанию — это один из главных девизов М. Чехова.

В зависимости от самооценки и материала педагог сам мог бы решить, какой путь ему избрать в каждом конкретном случае — К. Станиславского или М. Чехова. Упражнения, которые предлагал М. Чехов, были направлены на выработку внимания именно к процессу, а не к статике. Не просто вообразить себе нечто, а увидеть в развитии, в движении, в изменении: молодой человек превращается в старика, зеленый побег развивается в ствол, в ветви, в дерево и т.д. А особое внимание он уделял импровизации. Импровизирующий актер чувствует себя творчески свободным: на каждом спектакле подсознание подсказывает ему новые неожиданные краски.

У Ежи Гrotovskого педагог мог бы учиться не столько технике подготовки к занятию, сколько концентрации именно на творческом процессе. Это — техника «просветления». Его метод был направлен не на обучение приемам работы, а на снятие тех препятствий, которые в духовном процессе актера (педагога) может воззвигнуть перед ним его собственная индивидуальность. Иначе говоря, Е. Гrotovский шел путем, который можно назвать — «путем отрицания», т.е. не путем накапливания приемов и умений, а путем снятия препятствий. Он полагал, что любой текст — это только средство для творчества, для того, что актер делает с помощью интонации, жеста и других приемов, сближал творческий процесс с исполнением.

В конце концов, творчество — это восполнение того, что в нас является нашей же собственной пустотой, калечащим нас недостатком, для того чтобы осуществиться или же прийти к «исполнению себя». Это — единоборство с правдой о самом себе. Для Е. Гrotovского театр (соответственно, для педагога — вуз) — это место провокации. Это — место вызова, брошенного себе и зрителю (студентам), место наруше-

ния табу, трансгрессии. Актер (и в идеале — педагог) культивирует в себе установку на «святость», готовность принести себя в жертву творчеству, а не на то, чтобы быть «куртизаном», суммирующим умения и навыки.

Для педагогического творчества особо важен известный принцип Е. Гrotovskogo *hic et nunc*: педагог, как и актер, не столько должен рассказывать о творчестве кого бы то ни было, а должен здесь и теперь, перед именно данной аудиторией демонстрировать творческий процесс. Действительность сиюминутна, она не иллюстрирует жизнь «по аналогии», а происходит непосредственно, хотя материя происходящего может быть из другого времени и места — из прошедшего или будущего. Творчество — это всегда «акт исповеди». Только в этом случае зритель (или студент) воспринимает происходящее как феномен, несущий в себе неопровергнутую подлинность.

Разумеется, простые ссылки на прекрасные образцы театрального творчества для юридического педагога остаются лишь слабым стимулом к творчеству собственному. Как в театре изучение теории дает не слишком много, если рядом нет Мастера, так и в педагогике вообще, а в юридической педагогике в частности не обойтись без Мастеров своего дела, причем самых разных стилей. В современных условиях явного кризиса образования очевиден дефицит таких Мастеров. Без них выход из кризиса весьма проблематичен.

Л и т е р а т у р а

1. Гаральский А. Теория творчества / *A. Garal'skiy* ; пер. с пол.: В. Яворовский, В. Игнатов, Т. Милова, И. Бобков. — СПб.: Невский Простор, 2004.
2. Хейзинга Й. *Homo ludens. В тени завтрашнего дня* : пер. с нидерл. / *Й. Хейзинга* ; общ. ред. и послесл. Г. М. Тавризян. — М.: Прогресс, 1992.
3. Гrotovskий Ежи. От Бедного Театра к Искусству-проводнику : сб. ст. / *Eжи Гrotovskий* ; пер. с пол., вступ. ст. и прим. Н. З. Башинджагян. — М.: Артист. Режиссер. Театр, 2003.
4. Чехов М. Литературное наследие. В 2 т. Т. 2. Об искусстве актера / *Михаил Чехов*. — М.: Искусство, 1986.

А н н о т а ц и я

Овчинникова А. П. Творческий характер юридической педагогики. — Статья.

В статье проводится параллель между театральной и юридической педагогикой. Высказывается идея использования актерских методов создания роли и актерского тренинга в деятельности преподавателя юридических дисциплин.

Ключевые слова: творчество, театральная педагогика, юридическая педагогика, тренинг.

А н о т а ц і я

***Овчиннікова А. П. Творчий характер юридичної педагогіки.* — Стаття.**

У статті проводиться паралель між театральною та юридичною педагогікою. Висловлюється ідея використання акторських методів створення ролі та акторського тренінгу у діяльності викладача юридичних дисциплін.

Ключові слова: творчість, театральна педагогіка, юридична педагогіка, тренінг.

S u m m a r y

***Ovchinnikova A. P. Creative nature legal pedagogic.* — Article.**

In article is conducting parallel between theatrical and legal pedagogies. There is idea of the use the actor's methods in activity of the teacher of legal discipline.

Keywords: creative activity, theatrical pedagogies, legal pedagogic, training.

УДК 340.116:348.97:316.32

Хашматулла Бехруз

ПРАВОВЫЕ СИСТЕМЫ СОВРЕМЕННЫХ ИСЛАМСКИХ ГОСУДАРСТВ В ЭПОХУ ГЛОБАЛИЗАЦИИ: ОСОБЕННОСТИ ФУНКЦИОНИРОВАНИЯ

I. Некоторые предварительные замечания

Современное общественное развитие, реалии современного общества заставляют задуматься о перспективах человечества. На каком этапе общественного развития мы находимся? Что ожидает нас в будущем? Каким путем идти? Поэтому вполне закономерным является интерес к идеям общественного развития и влиянию, которое оказывает глобализация на все без исключения сферы общественного бытия, в том числе и на право.

В современных условиях все более возрастает степень взаимодействия между государствами, народами и даже цивилизациями, а также усиливается взаимопроникновение и взаимное влияние в различных сферах жизнедеятельности человека: политической, экономической, идеологической, социальной и культурной. Основными ориентирами для дальнейшего развития становятся политическая демократия, рыночная экономика, открытое общество, идеологический плюрализм и т.д. Человеческое бытие коренным образом преобразуется глобальной информационной революцией, которая устанавливает новый уровень коммуникации и обмена информацией, открывает новые границы и усиливает прочность и необходимость международных отношений. Все эти изменения происходят благодаря глобализационным процессам.

Данный процесс приводит к важным качественным изменениям как в государственных, так и в общественных системах, не только на уровне международного, но и национального права. Сущность глобализации состоит в нарастании общего в мировых системах — экономической, политической, социальной и правовой, при этом процессы универсализации и унификации в данных сферах носят широкомасштабный, многоплановый характер.

Глобализация, исходя из определенных концептуальных основ, также является достаточно противоречивым явлением, порождающим много причин для его негативной оценки. Проблема сохранения самобытности национальных правовых систем на фоне универсализации различных сфер социальной жизни является достаточно важной и актуальной.

Разнообразие теорий, концепций и размышлений о сущности и характере глобализации приводит к мысли о том, что единой концепции понимания данной проблемы не существует. Дать однозначное толкование сущности и характера глобализации невозможно хотя бы из-за того, что это явление достаточно протяженное как в пространстве, так и во времени. Различные природно-исторические, культурные, географические условия, в которых находятся исследователи, оказывают существенное влияние на исследуемое явление.

Несмотря на отсутствие единой концепции относительно характера и сущности глобализации, представляется интересным выделить движущие силы глобализации, а также понять — какое место в глобализирующемся мире отводится праву, государству и религии.

Государство и право, а также национальная правовая система, в условиях глобализирующегося мира подвергаются трансформации. Глубина и масштаб данной трансформации определяются их цивилизационной характеристикой, уровнем и динамикой их развития, а также их способностью изменяться. Их функционирование в современных условиях зависит от множества факторов, позволяющих им, не теряя своей ценности и самобытности, включаться в глобализационный процесс.

Необходимо отметить, что в современном мире присутствует тенденция осознания значимости религии в противовес казавшейся необратимой секуляризации. В религиозных процессах действуют иные тенденции глобализации, нежели в финансовых или технологических сферах. Глобализация не только интегрирует, но и дифференцирует, а применительно к религии — регионализирует, специализирует, обособляет. Именно поэтому такозвучны религиозная и национально-культурная реакции на глобализм. Глобализация не тормозит рост религиозности и сохранение традиционных, укорененных в религии институтов общественной жизни.

В соответствии с ростом влияния религиозного фактора увеличилось и число исследований этого явления различными отраслями науки — прилагаются усилия, направленные на то, чтобы оживить интерес к философии, религии. Однако определение сущности и проявлений глобализации в сфере религии, рассмотрение методологических вопросов, связанных с этим, определение места и роли ислама в глобализационных процессах все еще не нашли достаточного отражения в научных исследованиях. Между тем исследование данных проблем представляет более чем актуальным с точки зрения необходимости оценки состояния и перспектив взаимоотношений между различными цивилизациями, а также определении главных направлений развития мирового сообщества.

щества в ХХІ веке. При этом успех глобализационных проектов во многом зависит от веротерпимости и признания многообразия культур.

ІІ. Глобализационные процессы и исламский мир

Безусловно, глобализационные процессы затронули и исламский мир. В исламских государствах произошли крупномасштабные социально-экономические изменения, которые получили непосредственное отражение и в духовной жизни общества. Однако влияние глобализации на исламский мир, где важнейшую роль играет религиозный фактор, отличается от аналогичных процессов в других регионах мира. Влияние религии здесь проявляется в сложных сплетениях социально-политических проблем, обусловленных разнообразием их содержания и многогранностью форм, что, в свою очередь, определяет специфику путей их разрешения.

Если рассматривать глобализацию в узком понимании, как качественные и количественные изменения, имеющие место, прежде всего, в экономической сфере, то с этой точки зрения в этом ничего удивительного нет, поскольку данный регион контролирует 70 % мировых энергоресурсов.

В современных условиях исламский мир находится в полосе кардинальных изменений, вызываемых влиянием данного процесса. Происходит существенное расширение сферы деятельности международных исламских организаций, ставшее возможным в результате технологического прогресса в области новых средств коммуникации. Многие религиозные организации и движения, ориентировавшиеся раньше только на местные общины, благодаря этим средствам расширили свои возможности, выйдя на международный уровень.

В условиях глобализации предпринимаются попытки распространения некого глобального единомыслия на основе так называемых всеобщих ценностей. Арсенал используемых средств довольно обширен — предпринимаются попытки секуляризации, а также вестернизации всех сторон жизни и, что немаловажно, мышления людей. Целью этих действий является подмена религиозных ценностей, распространение в исламском мире иных норм и традиций.

Глобализация, вызывающая экономические, политические, социальные, культурные и религиозные изменения, не может расцениваться как благо всеми слоями населения, поскольку именно экономические и социальные последствия глобализации могут быть различными для разных социальных групп. Последствия, являющиеся выгодными для одних социальных групп, могут быть негативными для других, что зачастую является причиной конфликтов, и, как следствие, приводит к социальной напряженности в обществе. Вместе с тем, данное явление в настоящее время определяет тенденции развития общества.

Об интересе к глобализационным изменениям в исламском мире свидетельствует, например, симпозиум «Глобализация и арабы», прохо-

дивший в Бейруте (Ливан) с 18 по 20 декабря 1997 г. Один из его участников, известный египетский банкир и экономист Хазем аль-Беблауи сообщил о трех возможных сценариях отношения исламских государств к глобализации. «Первый — сценарий неприятия, полный отказ от глобализации. Наиболее вероятный результат — маргинализация, оттеснение на обочину мирового развития. Второй — безусловное неконтролируемое принятие новых правил игры. Это может привести к финансовому кризису. Третий сценарий — путь компромисса, отборочное, селективное принятие новых тенденций с введением достаточно жесткого контроля над происходящими процессами, с созданием контролирующих институтов, действующих от лица государства и гражданского общества». Эти сценарии в целом описывают возможные направления восприятия глобализации в исламском мире.

Формирование нового глобализирующегося мирового порядка порождает серьезные вызовы для религиозного сознания индивидуума и религиозных институтов в целом. Поэтому практически все страны исламского мира сталкиваются сегодня со сложными процессами внутренней трансформации, вызванной изменениями не столько в пределах этих стран, сколько за их границами. Эти общества, несмотря на активное противодействие правящих режимов, сопротивление которых переменам обусловлено, прежде всего, их попытками любой ценой монополизировать и удержать власть, становятся все более открытыми внешнему миру не только экономически и политически, но также морально-психологически.

Пользуясь этим, некоторые СМИ, усиленно пропагандируют идеи «общечеловеческих ценностей», «свободы личности». Разумеется, эти понятия рассматриваются исключительно в контексте системы ценностей западного человека. Таким образом, предпринимаются попытки внедрить в сознание людей, особенного молодого поколения, как наиболее открытого к восприятию новой информации и, соответственно, наиболее подверженного влиянию, нравственные установки, не сочетающиеся с цивилизационными основами этих обществ. Сделать это сегодня, используя новейшие информационные технологии и достижения психологии, гораздо проще. Но частичный отказ молодежи от использования в качестве ориентиров традиционных исламских ценностей объясняется не только влиянием извне, а, прежде всего, тем, что в этих обществах не предпринимаются никаких усилий для того, чтобы молодежь нашла свое достойное место в социально-экономической и политической жизни этих стран.

Исламский мир, основу которого составляет исламская религиозная идеология, оказался подвержен изменениям, вызванным различными факторами и закономерностями развития современного общества. Необходимо отметить, что, несмотря на восприятие и принятие мусульманами «открытого образа жизни» и некоторое ослабление религиозного фактора в жизни исламского общества, каждый человек этого общества

по-прежнему идентифицирует себя как мусульманин. Критическое осмысление наследия не приводит к отходу от основ веры. Любые предлагаемые идеи и концепции преломляются сквозь призму исламского мировоззрения.

Необходимо признать и тот факт, что в силу ряда изменений, вызываемых процессом глобализации, могут обостряться межэтнические разногласия, активизироваться сепаратистские движения, нарушаться социальное единство в исламском обществе. Практически все последние годы в исламском мире не прекращаются споры между радикальными и умеренными исламистами, между правящей элитой и представителями различных социальных групп, между сторонниками демократизации и консерваторами, отстаивающими необходимость сохранения традиционного образа жизни и мышления.

С другой стороны, под воздействием глобализационных процессов формируется новая транснациональная общность мусульман, вытекающая из исламской идеологии и характеризующаяся глобальностью мышления и неприятием патриархальных и архаичных форм исповедания религии. Открытые миру, хорошо осведомленные не только в вопросах собственного наследия, но и общечеловеческого, они настроены на критическое осмысление этого опыта. Своей задачей они видят нахождение возможных путей модернизации идеологической базы исламского мира.

III. Глобализация и исламско-правовая доктрина

Особое значение доктрины для развития исламского права объясняется тем, что если в первые десятилетия существования исламского права его нормы были полностью основаны на предписаниях Корана и сунны, то в последующий период своего развития оно перестает ограничиваться узкими рамками восприятия мира.

В ответ на процесс социально-экономических изменений, благодаря активной деятельности исламских богословов-правоведов, исламское право развивается в сторону рационалистического правопонимания. На смену казуальным методам выведения правовых норм приходят логико-системные. Эти нормы постепенно формируются исламско-правовой доктриной в рамках единой правовой системы. По мере развития исламского общества исламские правоведы при решении новых возникавших вопросов, не получивших отражения в основополагающих источниках, пришли к их расширительному толкованию с широким использованием личного мнения.

Таким образом, доктринальная разработка исламского права, имевшая место в период становления Арабского халифата, является исторически закономерной. Подтверждением этого тезиса служит существование значительного ряда исламско-правовых школ, деятельность которых способствовала дальнейшему развитию исламского права, рациональному осмыслиению новых явлений общественной жизни, выработке абстрактных правил, а также отказу от некоторых устаревших норм. Док-

тринальная разработка исламского права, затрудняя его систематизацию, вместе с тем, придавала ему известную гибкость и возможность развиваться.

Современную исламско-правовую доктрину как источник права следует рассматривать в нескольких аспектах. Если в ряде государств (Саудовская Аравия, Оман, некоторые княжества Персидского залива) она продолжает играть роль формального источника права, то в других государствах (Египет, Турция, Марокко) допускается субсидиарное использование исламского права при наличии пробелов в государственных нормативных правовых актах.

Как известно, религия является одним из наиболее консервативных факторов социальной жизни, относящихся не к динамичным, а к статичным феноменам. Вместе с тем это не означает, что ей чуждо любое проявление динамики, т.к. она не может существовать и функционировать вне рамок общества, подверженного влиянию экономики, политики, идеологии, культуры и других составляющих, обеспечивающих его существование. Специфика исламской религии как консервативного явления объясняется и тем, что она распространяется преимущественно там, где характерной чертой общества является традиционный образ жизни. В рамках этих обществ развитие различных сфер жизни протекает медленнее, инертнее и менее заметно, чем в рамках западного общества. Все явления, порожденные в рамках исламской цивилизации, обусловлены вышенназванными факторами и в полной мере отражают эту специфику.

Исламское право не является при этом исключением. Базирующееся на основополагающих источниках исламской религии и получившее дальнейшее обоснование и развитие в рамках исламской правовой доктрины, оно по-прежнему остается мощнейшим фактором, определяющим характеристику и особенности функционирования правовых систем современных исламских государств. Несмотря на заимствование некоторых правовых положений у западного права, особенности функционирования этих положений в рамках правовых систем исламских государств определяются исламской правовой доктриной. Например, институт парламентаризма в рамках правовых систем исламских государств занимает видное место, и получил не только конституционное закрепление, но и внушительную практику функционирования. Вместе с тем порядок его формирования и функционирования, в частности реализации правотворческой деятельности, ограничивается рамками классического исламского права. Это обстоятельство в полной мере относится и к концепции прав и свобод человека, к ее восприятию и реализации в исламских государствах.

Иными словами, что касается содержательных аспектов правовой системы, то их функционирование в основном зависит от основополагающих принципов исламского права, основанных на исламской религии.

События, которые происходят сегодня в исламских государствах, сопровождающиеся протестом населения против правящих режимов, объясняются, прежде всего, внутренними факторами. С одной стороны, это социально-экономические и политические проблемы, накопившиеся после крушения колониальной системы, в результате чего имеет место дисбаланс в политической, экономической и социальной системах этих обществ. С другой стороны, это отход правящих режимов и элит от концептуальных основополагающих принципов исламской религиозной и правовой доктрины. Это касается, прежде всего, концепции исламского государства, основанной на принципах выборности, гласности и ответственности перед населением. Данные режимы лишь прикрываются лозунгами, демонстрируя пренебрежительное отношение к основам исламско-правовой доктрины.

На события, происходящие в исламских странах, существенное влияние оказал новый мировой порядок. Немаловажным фактором являются непрекращающиеся попытки форсирования происходящих событий со стороны заинтересованных сил с целью скорейшего получения желаемого и, как некоторым представляется, заранее прогнозируемого результата. Однако последующие изменения и трансформация политических и правовых систем этих государств могут разочаровать тех, кто переоценивает роль внешнего фактора, определяющегося современными глобализационными процессами, и его влияние на функционирование и трансформацию этих обществ.

Современный мировой порядок, основанный на приоритете норм и принципов наднационального права перед национальным, определяет развитие современного права. Вместе с тем действие этого принципа в рамках правовых систем исламских государств ограничивается оговоркой, имеющей принципиальное значение для его функционирования, а именно: в рамках этих государств могут действовать лишь те нормы и принципы, которые соответствуют основным исламско-правовым принципам.

Так, Всеобщая декларация прав человека, разработанная в рамках ООН всем мировым сообществом, воспринимается как руководство к действию практически всеми исламскими государствами. Вместе с тем реальная политическая и правовая жизнь показывает, что исламскими государствами могут быть восприняты лишь те закрепленные в Декларации права человека, которые не противоречат исламско-правовой доктрине. Право на свободу вероисповедания закреплено в законодательстве этих государств, однако вероотступничество, выражющееся как в отказе от исламской веры, так и смене исламской веры на иную, карается тем же законодательством.

Исламская цивилизация, вобрала в себя, сохранила восточно-цивилизационные ценности и не теряет способности к их восприятию. Вместе с тем существуют базовые ценности исламской цивилизации, основанные не исламской религии, которые составляют ее основу и отличие от

других цивилизации. Активно включаясь в глобализационные проекты, исламский мир отвергает и будет отвергать те из них, которые несут угрозу его ценностям и тем самым представляют опасность, способную разрушить основы общества.

IV. Выводы

1. Одним из важнейших аспектов общей глобализации в современном мире является правовая глобализация. В ней находит отражение глубокое и всестороннее воздействие глобализации на государственно-правовую сферу, приводящее к трансформации, изменению и модернизации государственно-правовых институтов, норм и отношений в рамках национального, регионального и международного права. При этом необходимо подчеркнуть — право не выступает главным вектором глобализирующегося мира, соответственно, содержание и масштаб процессов глобализации обуславливают неправовой характер ее осуществления.

2. Трансформация современного исламского общества, форсированная происходящими событиями во многих исламских государствах и сопровождающаяся протестом населения против правящих режимов, происходит под воздействия, прежде всего, внутренних факторов: это социально-экономические и политические проблемы, накопившиеся после крушения колониальной системы, результатом чего является дисбаланс в политической, экономической и социальной системе этих обществ. Немаловажным фактором является также пренебрежительное отношение правящих режимов этих государств к основополагающим началам исламской религиозно-правовой доктрины.

3. Ислам в своем историческом развитии неоднократно демонстрировал высокую способность к адаптации к изменяющимся условиям общественного развития. Вместе с тем эта адаптация не является полной трансформацией базовых религиозных норм и принципов или приведением их в соответствие господствующим идеологическим течениям. Гибкость и в то же время стойкость ислама обеспечивают высокую способность к цивилизационному сопротивлению любым попыткам как внутреннего, так и внешнего характера, направленным на ослабление религиозных основ общества.

4. Исламская цивилизация, сохранив свои базовые ценности, составляющие ее духовную основу, всегда имела высокую способность к восприятию ценностей других цивилизаций. Но, активно включаясь в глобализационные проекты, исламский мир отвергает и будет отвергать те из них, которые несут угрозу его ценностям, и тем самым представляют опасность, способную разрушить основы общества.

5. Современный правовой порядок характеризуется признанием приоритета норм и принципов наднационального права перед национальным. Этот принцип является определяющим для функционирования как наднационального, так и национального права. Действие этого принципа в рамках правовых систем современных исламских государств

ограничивается важной оговоркой, не позволяющей его однозначное применение: в рамках этих государств могут применяться только те нормы и принципы наднационального права, которые соответствуют основным принципам исламского права, основанным на основных постулатах исламской религии.

А н н о т а ц і я

Бекруз Х. Правовые системы современных исламских государств в эпоху глобализации: особенности функционирования. — Статья.

В статье характеризуется глобализация как определяющий фактор общественного развития, обуславливающая усиливающуюся тенденцию взаимодействия между государствами, народами и цивилизациями. Рассматривается ислам как основополагающая составляющая общественно-политического и государственно-правового развития современных исламских государств. Анализируется возможность трансформации базовых религиозных норм и принципов в исламе на современном этапе.

Ключевые слова: глобализация, правовые системы современных исламских государств, наднациональное право, национальная правовая система, исламско-правовая доктрина, исламское право.

А н о т а ц і я

Бекруз Х. Правові системи сучасних ісламських держав в епоху глобалізації: особливості функціонування. — Стаття.

У статті охарактеризовано глобалізацію як визначальний фактор суспільного розвитку, що обумовлює посилення тенденції взаємодії між державами, народами та цивілізаціями. Розглянуто іслам як основоположну складову суспільно-політичного та державно-правового розвитку сучасних ісламських держав. Проаналізовано можливість трансформації базових релігійних норм та принципів в ісламі на сучасному етапі.

Ключові слова: глобалізація, правові системи сучасних ісламських держав, наднаціональне право, національна правова система, ісламсько-правова доктрина, ісламське право.

S u m m a r y

Bekhruz Kh. Legal systems of modern Islamic states in the age of globalization: peculiarities of functioning. — Article.

The globalisation is characterised as a determining factor of social development, that stipulates increasing tendency of interaction between states, people and civilisations in this issue. Islam is considered as a fundamental component of social-political and legal-state development of modern Islamic states. The possibility of transformation of basic religious norms and principles on current stage is analysed.

Keywords: globalisation, legal systems of modern Islamic states, supranational law, national legal system, Islamic legal doctrine, Islamic law.

УДК 340.12:347.133

З. М. Юдин

ПОНЯТИЕ И ОСНОВАНИЯ ПРАВОВОГО КОНТРАКТИВИЗМА

Для современной общетеоретической юриспруденции характерна тенденция пересмотра универсальных правовых констант, особенностей их интерпретации и применения в период постмодерна. В этих условиях следует отметить, что степень изученности категории «договор» в целом неадекватна его положению и значению в праве. Наблюдается явный дисбаланс, в рамках которого договор исследуется в основном как отраслевое или межотраслевое понятие. Между тем, в современных условиях диспозитивное регулирование воспринимается участниками правовых отношений менее напряженно, чем императивное. Несмотря на все это, ощущается недостаток фундаментальных исследований по договорной тематике в рамках общетеоретической юриспруденции.

Делу концептуального обоснования договоров посвятили свои работы многие представители различных юридических наук, в частности, в международном праве — В. Ансон, К. Бергбом, В. И. Евинтов, И. И. Лукашук, Г. Трипель, В. Л. Чубарев; в гражданском праве — А. С. Комаров, О. А. Красавчиков, Н. О. Саниахметова, Е. О. Харитонов. На уровне общетеоретической юриспруденции проблематику договоров исследовали В. В. Иванов, А. Д. Корецкий, В. А. Ойгензихт, Н. Н. Пархоменко, Р. О. Халфина и др. В то же время можно заметить, что традиционно договор и связанная с ним проблематика рассматриваются по трем направлениям: как источник права (при рассмотрении нормативных договоров); как акт реализации права (при анализе индивидуальных договоров); как правовой институт (при изучении всего разнообразия отраслей и специфик договорного права).

Цель данной статьи — определить специфику договора как универсального правового явления, определить его общетеоретический характер, обозначить изменения его роли в механизме действия права. Учитывая, что договорная проблематика объединяет целый комплекс теоретико-правовых вопросов, можно утверждать необходимость выделения

обособленной сферы общетеоретического знания о праве — правового контрактивизма.

Сегодня актуализируется вопрос об институциональных основах формирования договора. Здесь продуктивна позиция В. В. Иванова, согласно которой, изначально проблема договора находится в плоскости исследования форм выражения волеизъявлений субъектов права в правовых процессах [1, с. 73]. Действительно, внешними выражениями правовой активности субъектов права являются такие правовые акты, как акты правотворчества, правоприменения, толкования, акты реализации прав и обязанностей. К общим свойствам правовых актов следует отнести: а) волевой характер; б) правовую направленность волеизъявления; в) внешний характер выражения. Таким образом, правовой акт представляет собой волеизъявление субъекта права, совершенное в определенной форме.

Характерен также тезис о том, что с волеизъявлением субъектов права связано возникновение определенного правоотношения. При этом сам процесс возникновения правоотношения оказывается вне поля зрения. Между тем волеизъявление и возникновение правоотношения — не тождественные явления. Волевое отношение — это отношение, возникающие по воле людей, в том числе в результате одностороннего волеизъявления. При этом волевое отношение будет иметь конкретный, обособленный характер [2, с. 112]. Правоотношение в этом случае является правовой формой такого волеизъявления, а при известной степени типичности волеизъявления формулируется его шаблон — правовой норматив.

Характерно, что большинство авторов при описании общей природы договоров используют комбинацию четырех его признаков: свободы договора, согласия сторон, формального равенства сторон и обязательности выполнения договорных условий. Эти признаки предлагается на уровне юридической науки, законодательства и правовой практики зафиксировать в качестве априорных характеристик договорных актов. Следовательно, указанные признаки всегда должны быть обнаружены, может быть, с несущественными изъятиями, но у любого договорного акта. Однако так происходит далеко не всегда.

В сфере частного права с начала XX столетия возникла и развивается, приобретая устойчивый характер, тенденция к стандартизации и унификации договоров. Подавляющее большинство индивидуальных договоров заключается на основе различных «общих условий заключения сделок», «типовых договоров», «договоров присоединения» и т. п. А отдельные субъекты, пользуясь статусным или экономическим пре-восходством, зависимостью своих потенциальных клиентов-контрагентов, откровенно навязывают им унифицированные договорные клише [3, с. 20]. Это ведет к ограничению свободы договора, несмотря на то, что одной из основных целей при этом провозглашается защита «слабых» участников договорных отношений. Отсюда понятно предложения

дополнить или вообще заменить принцип договорной свободы принципом справедливости договоров. Хотя достаточно часто имеет место заключение договоров между изначально неравными участниками общественных отношений, навязываются презумпции их формального равенства.

В то же время не всегда можно говорить и о справедливости договора. Бессспорно, справедливость должна быть основой правовой ценностью, однако на практике не все договоры можно назвать справедливыми, и не в каждом договоре можно проследить корреспондирующую согласию компонент справедливости. Так, нередко одна из договаривающихся сторон вынуждена идти на нарушение справедливости в силу тех или иных причин, при этом равенство субъектов не вызывает сомнений. Это имеет место, к примеру, при договоре о кредитовании, когда кредитор, пользуясь своим особым положением, лазейками в банковском законодательстве, статусом заемщика, с целью минимизации рисков, устанавливает более высокую, чем того требует реальное положение вещей, процентную ставку кредита, либо устанавливает его чрезмерное обеспечение. В данном случае о справедливости говорить не приходится, поскольку одна сторона де facto диктует условия данного договора.

Учеными предлагаются три пути выхода из сложившегося положения. Первый, наиболее радикальный, состоит в полном исключении всех «неправильных» договоров из предмета исследования и отказе им в «праве» называться договорами. Второй предлагает перманентно ссылаться на отраслевую специфику, порождающую «исключения, подтверждающие правило». Третий, разделяемый большинством представителей доктрины, состоит в признании объективного факта эволюции договора в современном праве, что выдвигает перед юриспруденцией задачу выделения новых конституирующих, сущностных критериев отличия договоров от иных правовых актов [4, с. 201–206].

На этом пути рядом ученых предлагается констатировать, по их мнению, единственный не оспоренный практикой признак договора — обособленность субъектов, точнее, обособленность их волеизъявлений [5; 13]. В основе аргументации лежит понимание того, что любой совместный акт, в котором мы обнаруживаем обособленность волеизъявлений субъектов, есть договор. Предлагается сохранить все остальные признаки договора, внеся в традиционные формулировки определенные оговорки, к примеру, не просто «обязательное исполнение договоров», а «предполагаемое обязательное исполнение договора» и т. д. Признается также существование действительно свободных или равноправных договоров, которые составляют определенную часть существующего договорного массива [5, с. 115–117]. Несмотря на то, что данный подход сегодня достаточно популярен и активно обсуждается в научной литературе, следует подчеркнуть зыбкость самого понятия «обособленность волеизъявления». Показательно, что под обособленностью в этом кон-

тексте понимают то, что воля исходит от конкретного лица (физическог либо юридического) и направлена к другому такому же конкретному лицу. Однако такая же обособленность волеизъявления обнаруживает себя и в ряде других правовых актов, к примеру, нормативно-правовом. Кроме того, волеизъявление вообще может быть только обособленным, ведь вне субъекта, то есть своего источника, воля немыслима. В этой связи принцип обособленности волеизъявления сложно признать тем методологическим основанием, которое позволяет дать универсальное понимание договора. Однако данный критерий можно использовать как дополнительный, но с некоторым уточнением — в договорах имеет место обособленность волеизъявлений всех его участников.

Обращаясь к вопросу о равноправии сторон и справедливом содержании договора, следует признать, что эти классические признаки договора не могут в полной мере считаться его атрибутами, поскольку на практике зачастую заключаются неравноправные и несправедливые договоры. Возникает закономерный вопрос — что же выступает конститутивным признаком договора? Рассматривая проблему соотношения свободы (в качестве предпосылки равенства) и справедливости как философских категорий, Б. А. Канке утверждает, что сложно выступать против требований свободы и справедливости, учитывая многовековую позитивную историю. Вместе с тем хорошо известно, что попытки последовательно осуществить идеал справедливости неожиданно приводят к всеобщей «уравниловке», в то время как прагматическое следование идеалу свободы ведет к изоляционизму, асоциализации и отторжению. Но даже вне этих крайностей, по утверждению философа, справедливость и свободу крайне сложно согласовать друг с другом. Используя положения герменевтики М. Хайдеггера о том, что человек уже в силу самого факта своего существования вынужден вопрошать и не только находить ответы на вопросы, но и ответствоваться в экзистенциальном смысле, Б. А. Канке, следом за Гансом Йонасом, утверждает о синтезе свободы и справедливости в этике ответственности [6, с. 153].

Представляется, что данный вывод может быть применим к договору; то есть можно говорить об обязательной взаимной ответственности договаривающихся сторон.

Отсюда определяющими признаками договора в современном обществе являются: 1) то, что договор предстает как совместный правовой акт; 2) имеет место обособленность волеизъявлений его участников (как их индивидуализация); 3) стороны выступают как взаимно ответственные.

Подчеркнем, что воля как основание возникновения договора важна не только в качестве определяющего фактора возникновения совместного правового акта, но и как выражение эмоционального отношения субъекта к желаемой модели правового регулирования. Так, А. И. Овчинников отмечает, что понимание права человеком связано не столько с его знаниями о праве, сколько с видением им образа желаемого права,

имеющее эмоционально-волевое, интуитивное происхождение [7, с. 160–161]. В этой связи важно признать, что регулятивный потенциал договора обладает спецификой установления не просто правового регулирования отношений между договаривающимися субъектами, а именно — взаимно желаемого регулирования.

Заметим, что понятие правового регулирования сегодня претерпевает значительные изменения в части понимания его содержания, механизмов воздействия на поведение субъектов права. Многие правоведы кризис классических моделей правового регулирования напрямую связывают с кризисом самого права, его ценностных оснований, цивилизационных оснований и т. д. [8]. Отметим, что такую позицию едва ли можно признать конструктивной, поскольку проблема механизма и видов правового регулирования сегодня связана с тем, что классическая схема понимания правового регулирования как осуществляемого государством при помощи права и совокупности правовых средств упорядочения общественных отношений, их юридического закрепления, охраны и развития [9] содержит в себе ярко выраженный субординационный критерий, который все в большей степени уступает позиции координации.

Между тем важнейшим предназначением права в настоящую эпоху представляется обеспечение общественного компромисса, предупреждение и разрешение социальных конфликтов. Как отмечает Ю. Н. Оборотов, причины конфликта поддаются нормативному регулированию как со стороны мотивации конфликта, так и с точки зрения влияния на объективные обстоятельства, способствующие его появлению. Право оказывает действие на причины конфликта, его возникновение (конфликтную ситуацию), развитие и разрешение, а также на последствия конфликта, их влияние на участников конфликтного столкновения [10, с. 8].

Представляется, что разрешение социальных конфликтов напрямую связано с координацией в правовой сфере, основополагающим инструментом которой выступает договор. Координация в правовой сфере обусловлена методами правового регулирования, более того, часто ее называют специфическим методом автономии и равенства сторон [11, с. 221], что еще раз подтверждает тезис о том, что договор, по сути, выступает непосредственным инструментом координации, а сама координация есть не что иное, как согласование интересов и воль субъектов.

При выяснении сущности координации и, следовательно, соответствующего определения природы конфликта, необходимо обратиться к тезису о том, что корень любого конфликта лежит в плоскости нарушения основополагающего принципа эквивалентности воздаяния, либо же необходимости предупреждения такого нарушения. Отметим при этом, что социальный конфликт в данном контексте мыслится в широком смысле — как любое столкновение воль и интересов субъектов права, имеющее правовое значение. «Эквивалентность воздаяния» в данном

случае понимается не столько в смысле эквивалентности ответственности, сколько в контексте эквивалентности исполнения обязанности в ответ на правомочие противоположной стороны, причем, как правильно замечено, если бы не существовало необходимости в эквивалентности, то стороны конфликта бросились бы в объятия друг к другу, не прибегая к помощи посредника или суда. При этом, с одной стороны, «решение вопроса об эквивалентности в праве тождественно понятию справедливости», а с другой — «эквивалентность воздаяния — именно тот признак, который отграничивает правовое мышление от морального мышления» [7, с. 52–53].

Выдающийся русский философ и правовед Н. Н. Алексеев, рассматривая проблематику правовых ценностей, обосновал, что справедливость выступает особой, собственно-правовой ценностью. Он предлагал проводить разграничение права и нравственности по линии уровня переживания интуитивного чувства справедливого, выводя категорию договора на понимание юридически оформленного обещания [12]. Следует отметить, что концептуальная связка «справедливость — договор» достаточно часто используется в теоретико-правовых и философско-правовых исследованиях. В то же время понимать ее следует не как прямое следствие (если есть договор, то он справедлив), а как социальную предпосылку договора (если нужно обеспечить справедливость, то необходимо заключить договор). При таком подходе удается сохранить, с одной стороны, справедливость в качестве предпосылки договора, не включая ее в договор в качестве признака, а с другой — обозначить наличие ответственности за нарушение справедливости. Отметим, что принцип взаимной ответственности является ключевым при достижении справедливости и, следовательно, компромисса.

В целом же, исходя из изложенного, договор можно определить как совместный правовой акт, в котором на основании принципа взаимной ответственности отражена согласованная воля субъектов права, закрепляющая желаемую модель правового поведения его участников.

Такое понимание договора создает иные, отличные от традиционных, предпосылки и основания для его изучения. В этой связи целесообразно выделить в системе общетеоретической юриспруденции обособленную теорию правового контрактивизма, в рамках которой систематизировать изучение понятия, признаков, свойств, функций, роли и значения договора в правовой системе.

Необходимо подчеркнуть, что «контрактивизация» современного общества сегодня все в большей степени заявляет о себе. В первую очередь, это является неким ответом на специфическую инертность большинства общественных структур, их неспособность быстро реагировать на стремительные изменения в общественной, в том числе и правовой, жизни. Так, контрактуализм Дж. Роулза исходит из того, что договорные отношения по своей природе пронизывают все общественные институты, поскольку исключительно через договор как гипотетически

актуальное, то есть условно репрезентативное состояние консенсуса по поводу базисных конструктивных ценностей достижимо справедливое общественное устройство [14, с. 121].

Правовой контрактивизм в этой связи следует рассматривать как универсальную теорию договора, его роли и значения для правовой жизни общества. В рамках правового контрактивизма необходимо углубить изучение признаков и атрибутов договора; охарактеризовать антропологию возникновения договора как правового механизма обеспечения социальной справедливости; обосновать ведущую роль договора как основного механизма координации в праве; развить учение о договорной правосубъектности; провести систематизацию и компаративизацию договорного права; определить роль договора в эпоху постmodерна. Этот перечень не является исчерпывающим, он может постоянно обогащаться, наполняться новыми характеристиками и направлениями правового контрактивизма. Кроме того, для охвата всех перечисленных процессов и явлений, связанных с договорной тематикой, предлагается не только использовать категорию «правовой контрактивизм», но в ее содержании систематизировать и обобщить узаконенные концептуальные теоретические подходы к договору и к сложившейся практике их реализации.

Правовой контрактивизм есть смысл рассматривать не только как научную теорию, изучающую договоры и их применение в правовой жизни, но и как определенную форму существования современного права, которое все в большей степени освобождается от государства как нормотворческого монополиста, становится инструментом достижения консенсуса, взаимопонимания и признания субъектами друг друга, что особенно актуализируется на фоне утверждения правового плюрализма. Здесь ключевая роль должна быть отведена именно договору, который должен стать определяющим компонентом структуры современного права.

Л и т е р а т у р а

1. Иванов В. В. К вопросу об общей теории договора / В. В. Иванов // Государство и право. — 2000. — № 12. — С. 73–79.
2. Ойгензихт В. А. Воля и волеизъявление (Очерки теории, философии и психологии права) : монография / В. А. Ойгензихт. — Душанбе : Дониш, 1983. — 256 с.
3. Цвайгерт К. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. В 2 т. Т. II / К. Цвайгерт, Х. Кётц. — М., 1998. — 512 с.
4. Давид Р. Основные правовые системы современности / Р. Давид, К. Жоффре-Синози ; [пер. с фр. В. А. Туманова]. — М. : Междунар. отношения, 1999. — 316 с.
5. Иванов В. В. Общая теория договора : монография / В. В. Иванов. — М. : Юристъ, 2006. — 238 с.
6. Канке Б. А. Основы философии / Б. А. Канке. — М. : Логос, 2003. — 288 с.
7. Овчинников А. И. Правовое мышление: теоретико-методологический анализ : монография / А. И. Овчинников. — Ростов н/Д : Из-во Ростов. ун-та, 2003. — 344 с.
8. Алексеев С. С. Крушение права. Полемические заметки / С. С. Алексеев. — Екатеринбург : Ин-т частного права, 2009. — 32 с.

9. Скакун О. Ф. Теория государства и права / *O. F. Скакун.* — Х. : Консум, 2000. — 608 с.
10. Оборотов Ю. Н. Теория государства и права. Прагматический курс : экзамен. справ. / *Ю. Н. Оборотов.* — О. : Юрид. л-ра, 2006. — 184 с.
11. Крестовська Н. М. Теорія держави і права : Елементарний курс / *Н. М. Крестовська, Л. Г. Матвеєва.* — Х. : ТОВ «Одісей», 2007. — 432 с.
12. Алексеев Н. Н. Основы философии права / *Н. Н. Алексеев.* — СПб : Лань, 2000. — 214 с.
13. Корецкий А. Д. Договор в механизме правового регулирования : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / *А. Д. Корецкий.* — Ростов н/Д, 1999. — 30 с.
14. Ролз Дж. Теория справедливости / *Дж. Ролз* ; пер. с англ., науч. ред. и предисл. В. В. Целищева. — Изд. 2-е. — М. : Изд-во ЛКИ, 2010. — 536 с.

Аннотация

Юдин З. М. Понятие и основания правового контрактивизма. — Статья.

В статье приводится критика существующих в современной юридической науке признаков договора. Предлагается выделение качественно новых его атрибутивных признаков, на основании которых предложено новое определение договора. Обосновано, что договор как общеправовая категория является центром целой сферы явлений и процессов в правовой реальности. Для системного их исследования предложено выделение отдельной сферы знаний о праве — контрактивизма.

Ключевые слова: общетеоретическая юриспруденция, договор, признаки договора, контрактивизм, правовой контрактивизм.

Анотація

Юдин З. М. Поняття та підґрунтя правового контрактивізму. — Стаття.

У статті наводиться критика існуючих у сучасній юридичній науці ознак договору. Пропонується виділення якісно нових його атрибутивних ознак, на основі яких запропоновано нове визначення договору. Зазначено, що договір як загальноправова категорія є центром цілої сфери явищ та процесів у правовій реальності. Для системного їх дослідження запропоновано виділення окремої сфери знань про право — контрактивізму.

Ключові слова: загальнотеоретична юриспруденція, договір, ознаки договору, контрактивізм, правовий контрактивізм.

Summary

Judin Z. M. Notion and Grounds of the Legal Contractivistics. — Article.

The article gives a critique of existing in the modern legal science signs of the contract. The selection of its qualitatively new attributes, by which a new definition of the contract is proposed. Justified that the contract as a general legal category is the center of the entire sphere of phenomena and processes in the legal reality. For its systematic researching suggested the allocation of separate sphere of knowledge about the law — contrantivistics.

Keywords: general theoretical jurisprudence, methodology of jurisprudence, contract, signs of a contract, contractivistics.

УДК 347(47+57).1991.001.11

Є. О. Харитонов

ДИНАМІКА КОНЦЕПЦІЇ РАДЯНСЬКОГО ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА ТА ВІДОБРАЖЕННЯ ЇЇ В ОСНОВАХ ЦИВІЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА СРСР 1991 Р.

31 травня 2011 р., загалом, майже непомітно, без бучного відмічення виповнилося 20 років від дня прийняття Основ цивільного законодавства Союзу РСР та республік.

Попри ту обставину, що СРСР вже давно не існує, згаданий законо-
давчий акт вартий окремої уваги, оскільки він залишив помітний слід в
історії не лише радянського цивільного права, але й вітчизняної циві-
лістики, істотно впливнуши на трансформації концепції останньої. Це й
зумовлює доцільність аналізу передумов прийняття Основ цивільного
законодавства 1991 р. та характеристики їх основних рис, надто врахо-
вуючи ту обставину, що правознавці зверталися до характеристики
зазначених Основ досить давно, а після прийняття нових цивільних
кодексів у колишніх республіках колишнього СРСР взагалі зосередили-
ся на дослідженнях переваг та недоліків останніх.

Почати розгляд передумов створення Основ цивільного законодав-
ства 1991 р. доцільно зі згадки про ту обставину, що чинні на той час
Основи цивільного законодавства СРСР 1961 р., цивільні кодекси союз-
них республік, прийняті у 1960-ті роки, та інші нормативні акти були
розраховані на регулювання майнових відносин в умовах планового
соціалістичного господарства. Зокрема, в УРСР діяв ЦК УРСР, прийня-
тий 18 липня 1963 р. (набрав чинності з 1 січня 1964 р.) [1]. Він скла-
дався з преамбули та восьми розділів, найменування яких повністю
збігаються з назвами відповідних розділів Основ. Однак статей у Ко-
дексі більше — 572, третій розділ «Зобов'язальне право» поділено на
дві частини: загальні положення та окремі види зобов'язань.

Характерними для свого часу були основні інститути ЦК УРСР 1963 р.

У загальних їого положеннях привертало увагу те, що поряд з лібе-

ралізацією деяких норм (наприклад, закріпленням у ст. 4 фактично принципу, відомого ще римському праву — «Дозволено все, що не заборонено законом») окремі обмеження було посилено. Так, ст. 5 більш жорстко регламентує наслідки зловживання правом, встановлюючи, що цивільні права охороняються законом лише у тих випадках, коли вони здійснюються у відповідності з їхнім призначенням у соціалістичному суспільстві у період будівництва комунізму. При цьому від громадян та організацій вимагалось не лише дотримання закону, але й повага до правил соціалістичного співжиття та моральних принципів суспільства, що будує комунізм. Якщо урахувати, що ст. 5 є нормою-принципом, а разом із тим і нормою прямої дії [2], то очевидним є те, що вона відкривала широкий простір суддівському розсуду на підґрунті «соціалістичної правосвідомості».

Розділ «Право власності» у цілому був характерним для законодавства країни, що «побудувала соціалізм та перейшла до поступового будівництва комуністичного суспільства» [3].

По-перше, право власності закріплене як єдине, що збереглося в радянському цивільному праві, речове право. По-друге, у зв'язку із скасуванням приватної власності, зміною економічного ладу країни, прийняттям нової Конституції СРСР відбулися зміни у класифікації форм власності. Кодекс ґрунтуються на визнанні соціалістичної та особистої власності, тобто власності громадян на майно, яке призначено для задоволення їхніх матеріальних та культурних потреб (ст. ст. 87, 88). По-третє, у ст. 89 дано визначення поняття права оперативного управління як засобу здійснення права державної власності, хоча сутність цієї категорії і не розкривалась.

Норми зобов'язального права складають основний зміст ЦК УРСР 1963 р. (їм присвячено 321 статтю з 572). Їх зміст визначається, головним чином, кількома чинниками.

По-перше, з появою ще у 1930-ті роки планових зобов'язань поставки, контрактації тощо, норми про які були включені потім у Основи цивільного законодавства, а затім перенесено до Кодексу. По-друге, з включенням до Кодексу зобов'язань, не передбачених Основами (наприклад, з договору довічного утримання). По-третє, з трансформацією зобов'язань, раніше вже відомих цивільним кодексам, але оновлених за формою і за сутністю [4].

Розділ «Зобов'язальне право» ЦК УРСР 1963 р. складався з двох частин, у першій з яких регламентуються загальні положення зобов'язань, зокрема, договірних, що відображає тенденцію посилення «командних» засад у економіці, підвищення ролі планування, обмеження волі та розсуду сторін у так званих господарських договорах.

Оцінюючи загалом систему зобов'язань ЦК УРСР 1963 р., можна зробити висновок, що у цілому вона досить традиційна для радянських цивільних кодексів того періоду, де знаходило відображення посилення публічно-правових засад в регулюванні торгового обігу.

Варто також згадати про те, що в ЦК УРСР були розділи, присвячені авторському праву, праву на відкриття та винахідницькому праву, котрі раніше складали сферу особливого правового регулювання поза межами Цивільного кодексу. (В УРСР діяв Закон від 6 лютого 1929 р. «Про авторське право», створений на базі союзних «Основ авторського права» від 16 травня 1928 р. [5]). Виокремлення цих норм у спеціальні розділи означало дальший відхід від пандектної системи цивільного права, що було загалом цілком логічним результатом не лише спроби формування власної оригінальної системи радянського цивільного права, але й розвитку концепції цивільного права взагалі.

Щодо регулювання спадкових відносин у ЦК УРСР 1963 р. спостерігалася цікава тенденція: якщо в регулюванні речових прав та зобов'язань Кодекс був кроком «від римського та буржуазного цивільного права», то спадкування, навпаки, за низкою параметрів наблизилось до останніх. Це можна пояснити тим, що радянська держава зосередила головні зусилля у сфері права на забезпеченні правового регулювання планового народного господарства (де вже у 1930-ті роки було ліквідовано залишки «капіталістичних відносин»). Що стосується відносин за участю громадян, то вони були начебто на другому плані (особливо після ліквідації приватної власності). Характерним у цьому сенсі є те, що серед напрямів загального розвитку ХХVII з'їздом КПРС «марксистсько-ленинського вчення про державу і право» називали проблеми Рад народних депутатів, правового забезпечення державного управління, завдання продовольчої програми, завдання щодо поліпшення капітально-будівництва, розвиток ленінського вчення про дисципліну і відповідальність кадрів у соціалістичному управлінні тощо. Що ж стосується громадян, то тут завдання полягало у дальшому підвищенні соціально-трудової активності радянського народу [6], або у підвищенні добробуту громадян. Але знов-таки суб'єктом прав та обов'язків виступала не особа як така, не індивідуум, а громадяни в цілому. На вирішення, насамперед, питань розвитку та зміцнення Радянської соціалістичної держави орієнтував і ХХVII з'їзд КПРС, де згадувалось, щоправда, про права і обов'язки громадян, але останні все ж були у першу чергу лише «человеческим фактором» [7]. Тому у відносинах за участю громадян було цілком можливим сприйняття деяких положень римського та буржуазного приватного права, що цілком відповідало соціалістичній концепції визнання можливості наступництва у праві.

Оцінюючи в цілому цивільне законодавство УРСР 1960–1989 рр., можна зробити висновок про більш широке впровадження у цивільне право публічно-правових засад.

Загалом, не применшуючи досягнень радянської цивілістичної думки, у тому числі вітчизняної цивілістики, де працювали такі видатні науковці, як М. І. Бару, С. І. Вільнянський, М. В. Гордон, С. Н. Ландкоф, В. П. Маслов, Г. К. Матвеєв, О. А. Підопригора, А. О. Пушкін та ін., можна зазначити, що цивільне право, як галузь права, фактично зане-

падала, будучи зведененою до сукупності актів цивільного законодавства. Разом із тим, якщо прийняти за істину панівну на той час тезу про адекватність правового регулювання існуючим виробничим відносинам, а також світогляду даного суспільства, то, припускаючи, що Радянська держава у 1960–1970-х роках вступала у фазу свого розквіту — «зрілого соціалізму», то можна було припустити, що тогочасному цивільному законодавству судилося довге життя.

Однак у другій половині 1970-х років почав втрачати темпи руху, почались збої у народному господарстві, гальмування та стагнаційні явища в економіці все відчутніше впливали на інші сфери суспільства [8].

Крім того, попри зовнішню благополучність, наприкінці 1960-х — на початку 1970-х років почалась криза комуністичного світогляду, наприкінці 1960-х років радянські ідеологи зіткнулися з так званим «єврокомунізмом», що сформувався як система поглядів у найбільших та найвпливовіших комуністичних партіях капіталістичного світу і являв собою прорив з догматизму, фанатичного ідеологізму та інтелектуальної вузькості.

І хоча на квітневому (1984 р.) Пленумі ЦК КПРС ще говорилося про незмінність стратегії руху до комунізму, і цю тезу повторив М. С. Горбачов у першій своїй промові як Генеральний секретар ЦК КПРС на Пленумі ЦК КПРС у березні 1985 року, однак вже тоді, поряд з традиційними, з'являються нові підходи: до оцінки становища у сучасному світі, визначення стратегічного курсу соціально-економічного розвитку країни, демократизації суспільства тощо.

«Перебудова» — нова економічна та соціальна політика — мала метою подолання кризи, повинна була забезпечити радикальні зміни, покращити ситуацію в країні. Це передбачалось зробити, використовуючи можливості існуючої суспільної системи, для чого потрібно було «відшукувати більш ефективні форми соціалістичної власності і організації господарства. Головною метою було те, щоб людина стала справжнім «господарем виробництва».

Зазначена політика потребувала не лише організаційних змін у системі господарства, але й відповідного законодавчого забезпечення, що було неможливим без належних теоретичних розвідок.

Тому у 1980-х — на початку 1990-х років відбувається звернення до таких загальнолюдських цінностей: «громадянське суспільство», «правова держава», «суверенітет особи», «приватне право», «публічне право», «ринкові відносини», до відомого ще римському праву принципу «дозволено все, що не заборонено законом» тощо.

Звісно, питання визначення правового статусу особи, удосконалення законодавства, підвищення його ефективності тощо і раніше привертали увагу науковців, котрі досліджували такі аспекти підвищення ефективності правового регулювання, як вдосконалення концепції права, зростання соціальної та персональної цінності права, демократизація су-

спільнства, зміщення законності. Розроблялась теорія сутнісно-змістових якостей людини, котрі, трансформуючись на правовому рівні, сприяють створенню юридичної моделі особи як фіксацію системи її якостей (М. Козюбра, М. Орзіх, М. Цвік). Науковими розвідками цих та інших правознавців фактично було створено підґрунтя для майбутніх розвідок у галузі права та оновлення його концепції, у тому числі концепції цивільного права.

У процесі подальшого дослідження цих проблем з оновлених методологічних позицій відновлюються класичні положення про розуміння права як явища цивілізації, висувається теза про побудову права на шляху від соціалізму до постсоціалізму, що пов'язується із згаданим вище поворотом до людини, створенням постсоціалістичної «громадянської власності», котра розуміється як індивідуалізоване право кожного радянського громадянина на належну йому частку загальнонародного багатства. Пізніше для позначення цього феномена використовується також терміно-поняття «цивільна» та «цивілітарна» власність.

Своєрідною антитезою ідеї «громадянської власності» стала концепція «акціонерної соціалістичної власності». Головна відмінність між ними полягала у тому, що перша розглядається як така, що припускає «подрібнення» загальнонародного багатства, у той час як друга вважається такою, що здатна у своєму розвитку інтегрувати у цілісну систему вищого рівня, тобто фактично здатна перетворюватись у ту саму загальнонародну «соціалістичну» власність. Втім, і та інша позиція є неточними, оскільки їх автори пов'язують похідні форми власності саме з соціалістичними формами господарювання. Такими ж вадами страждала концепція «госпрозрахункової власності».

Загалом характер досліджень проблем власності у той період відображає змагання різних підходів до оцінки цього важливого інституту. У той час як у багатьох роботах продовжується аналіз переваг соціалістичної власності, з'являються праці, де зроблено спроби узгодити старі та нові погляди. Це явище взагалі можна вважати характерним для «перебудови», коли починають з'являтись публікації, присвячені іншим системам права, власності тощо, які мають метою не критику як самоцінність, як це часто мало місце раніше, але містять виважений аналіз позитивного й негативного у тій чи іншій концепції.

Поступово вимальовуються обриси принципово нового для радянської правової системи підходу до оцінки відносин власності. Зокрема, відбувається «реабілітація» приватної власності, помітнішою стає важлива тенденція зміни теоретичного, а потім й практичного підходу до оцінок можливості існування права власності на такий важливий об'єкт, як земля. Стверджується точка зору, згідно з якою держава у відносинах по користуванню землею має зректись суто адміністративних методів регулювання, розширити сферу дії цивільного права. Слухно зазначається, що вилучення земель з торгового обігу завжди є обмеженням як права трудового землекористування, так і права приватної влас-

ності, котре є великим досягненням людської цивілізації. (Цю позицію з деякими застереженнями підтримують й фахівці у галузі аграрного права).

Таким чином, на початку 1990-х років намітився значний прогрес у концептуальному підході до визначення зasad правового регулювання власності. Відбувається поступове, повільне, але наближення розуміння цього інституту до того, що властиве для західної традиції права і має місце у приватному праві як «надгалузі» права.

Трансформації теорії права власності, визнання права приватної власності продовжують залишатись складовими частинами загальної теорії суверенітету особи, яка продовжує перебувати у центрі досліджень під різними кутами зору — у цілому і в окремих своїх аспектах.

Як і раніше, увагу дослідників привертають правові аспекти стосунків особи з державою та суспільством, суб'ективні права громадян. Але відбувається подальше важливе зміщення акцентів, про які згадувалося вище: передусім, підкреслюється значення особи у цих стосунках, нагадується, що слід йти не лише від суспільства до особи, але й від особи до суспільства..

Але тепер коло правових досліджень у цьому напрямі не обмежується ляше визначенням статусу особи, її можливістю мати загальні суб'ективні права та обов'язки, приватну власність тощо. Проблема розглядається й під іншими кутами зору. Зокрема, піддано аналізу правові передумови економічної незалежності індивіда, поміж яких тепер активно досліджується така досить незвична для радянської правової науки категорія, як підприємництво.

Слід зазначити, що майже одночасно з визнанням правомірності цього поняття у радянському праві з'являється тенденція тлумачити підприємницьке право як оновлене господарське (у публікаціях того часу звичайно намагались розмежувати традиційне та «соціалістичне» підприємництво), що супроводжувалося намаганнями вивести таким чином дані відносини за межі цивільно-правового регулювання.

Згадана позиція була піддана у літературі критиці, однак давня дискусія між «цивілістами» та «господарниками» від цього лише отримала новий імпульс. Дискусія навіть перейшла у більш гостру стадію при обговоренні шляхів оновлення законодавства колишніх союзних республік, негативно впливаючи на стан законодавства.

Характерною рисою досліджень цього часу є також активізація розвідок соціальної захищеності особи у нових умовах — формування правової держави та переходу до ринку, що природно потягло за собою підвищення інтересу до питань справедливості, забезпечення правових умов реалізації прав та обов'язків їхньої юридичної гарантованості тощо. Фактично йшлося про спробу методологічної розробки ідеї про звернення до «загальнолюдських цінностей» і у кінцевому підсумку про початок легального використання надбань та ідей римського приватного права, західної традиції при трансформаціях концепції цивільного права [9].

Реалізувати ці ідеї на принципово новому підґрунті [10] зробили спробу автори проекту Основ цивільного законодавства, необхідність прийняття котрих стала очевидною після того, як наприкінці 1980-х років виявилась недостатність законодавчих робіт початку перебудовчого періоду. Хоча за відносно невеликий проміжок часу було прийнято низку важливих законів СРСР — про підприємство, про власність, про кооперацію, оренду та орендні відносини та ін., однак їхня якість не відповідала вимогам нового часу, значна частина новел до того ж мала декларативний, неконкретний або, навпаки, казуїстичний характер. Традиційна орієнтація господарського законодавства СРСР на власний досвід, яка склалась у 1920-ті роки, а також впевненість багатьох політичних діячів, господарників, науковців у невикористаних можливостях соціалістичної власності (про що йшлося вище) нерідко призводили до того, що як зразок використовувалось законодавство періоду непу, котре само було вторинним.

У зв'язку з цим висувались пропозиції про створення загальносоюзного Зводу Законів, Господарського кодексу СРСР або поглинання Основами цивільних кодексів союзних республік. Однак вони не ураховували політичні реалії того часу, коли навіть саме прийняття таких Основ ставилося під сумнів [11].

Детальна характеристика Основ та аналіз їхнього змісту виходять за межі цієї розвідки, але слід відмітити їхню «ринкову», «приватноправову спрямованість», а також пов'язану з цим похідну рецепцію головних зasad римського приватного права, що проявляється у структурі, визначені принципових підходів, визнанні суверенітету особи, поновленні деяких інститутів, свого часу відкинутих радянської цивілістичною доктриною.

Виходячи з того, що Основи цивільного законодавства Союзу РСР та республік 1991 року [12] (для зручності далі вживаються назви — «Основи цивільного законодавства 1991 р.» або «Основи 1991 р.») можуть слугувати предметом самостійного дослідження, далі назову лише найбільш характерні їхні риси та новели порівняно із раніше чинним цивільним законодавством.

Структура Основ 1991 р. виглядає таким чином: загальні положення; право власності та інші речові права; зобов'язальне право; авторське право; право на винаходи та інші результати творчості, що використовуються у виробництві; спадкове право; правозданість іноземних громадян і юридичних осіб, застосування цивільних законів іноземних держав і міжнародних договорів. Від Основ цивільного законодавства 1961 р. вони структурно відрізняються відсутністю Преамбули, яка мала виражений ідеологічний характер; поділом I розділу «Загальні положення на глави (1.Основні положення, 2. Суб'єкти цивільного права, 3. Угоди, 4. Цінні папери, 4. Обрахування строків позовної давності); наявністю норм, присвячених іншим (крім права власності) речовим правам; відсутністю окремого розділу, присвяченого праву на відкриття, з одно-

часним розширенням кола результатів творчості, яким надається правовий захист; наявністю норм, котрими регулюються питання визначення правозданності іноземних громадян і юридичних осіб.

Низка істотних новел з'явилася в регулюванні окремих видів цивільних відносин.

Зокрема, варто відзначити розширення можливостей громадян та юридичних осіб у здійсненні ними цивільних прав, а також врегулювання низки колізійних питань здійснення цивільних прав та використання останніх підприємцями з метою обмеження конкуренції (ст. 5). Обидва згаданих законодавчих рішення мали принципове значення, оскільки відображали тенденції до забезпечення реалізації учасниками цивільних відносин їх прав, у томі числі, у галузі підприємництва.

Відображаючи реалії цивільного обігу, коло учасників якого значно розширилося завдяки легалізації комерційної діяльності, Основи давали законодавче визначення та ознаки комерційних та некомерційних організацій, господарських товариств, виробничих кооперативів, орендних та колективних підприємств, державних та інших підприємств, основних на праві повного господарського відання, господарських об'єднань (ст. ст. 18–23). Крім того, вперше був чітко визначений статус держави як учасниці цивільно-правових відносин, котра бере участь у цивільних відносинах на тих самих засадах, що й інші їхні учасники (ст. 25). Поміж правочинів вперше згадувалися біржові угоди (ст. 29).

Новелою Основ цивільного законодавства була також глава 4 «Цінні папери», яка містила визначення їх поняття, а також характеристики окремих видів цінних паперів — як тих, що були добре відомі практиці цивільного обігу в СРСР, так і тих, які набули значення у період «перебудови» (ст. ст. 31–38).

Істотно оновленою була концепція регулювання речових прав. Хоча радянські законодавці виявилися ще не готовими до того, щоб повню мірою «реабілітувати право приватної власності, однак до такого рішення був зроблений принципово важливий крок: законодавчо було закріплено, що майно може знаходитися у власності громадян, юридичних осіб, держави при тому, що права усіх власників захищаються рівною мірою (ст. ст. 44, 51–53). В Основах також згадувалися інші речові права (право повного господарського відання, право оперативного управління, право довічного володіння тощо), а також визначалися засади захисту права власності та інших речових прав (ст. ст. 47-4, 54–55). Методологічно і практично важливою новелою цивільного законодавства було передбачене ст. 56 Основ положення щодо недійсності актів органів державного управління та органів місцевої влади, якими порушуються права власника.

На тлі досить традиційних положень розділу «Зобов'язальне право» виділяються норми, присвячені регулюванню відносин господарського обігу в умовах ринку: договору на постачання енергетичними та іншими ресурсами, договору оренди (у тому числі з правом викупу орендованого

майна), договорам банківського рахунку та банківського внеску, договору банківського кредиту тощо.

Поміж норм зобов'язань, що виникають внаслідок завдання шкоди, вперше з'явилася норма, яка закріплювала право громадянина на відшкодування моральної шкоди (ст. 131). Варто згадати, що доцільність такого рішення доводилася радянськими цивілістами (у томі числі, українськими) протягом десятків років, але для того, щоб проблема була вирішена, знадобився перегляд низки ідеологічних постулатів стосовно становища громадянина у радянському суспільстві.

Перелік новел 1991 р. міг би бути продовженням, однак, думается, тут немає в цьому необхідності, оскільки вже викладеного достатньо для того, щоб визначити характер та спрямованість цього законодавчого акта, створеного на значно оновленому (хоча й не абсолютно іншому, а швидше, паліативному) методологічному підґрунті.

У кінцевому підсумку головні риси концепції Основ цивільного законодавства 1991 р., як на мою думку, виглядають таким чином.

1. Цивільне законодавство розглядається як таке, що за своєю сутністю є приватним правом, яке має регулювати всі відносини за участю приватної особи — як майнові, так і немайнові.

2. «Приватна особа» є центральною фігурою цивільних відносин, на захист прав якої спрямовані всі інститути цивільного законодавства.

3. Усі учасники цивільних відносин є рівними у цих відносинах.

4. При регулюванні цивільних відносин можуть використовуватися як приватноправові, так і публічно-правові засоби.

5. При визначенні засобів цивільно-правового регулювання перевага надається договорам перед актами законодавства.

Ці принципові засади пізніше знайшли відображення і при оновленні концепції сучасного цивільного права в країнах, що утворилися на пострадянському просторі.

Оскільки в грудні 1991 р. СРСР припинив своє існування, частково перетворившись на СНД, надання сили Основам залежало від доброї волі колишніх союзних республік. Наприклад, у Російській Федерації Основи цивільного законодавства 1991 року було введено в дію Постановою Верховної Ради від 14 липня 1992 року «Про регулювання цивільних відносин в період проведення економічної реформи». Вони діяли в Російській Федерації до прийняття поетапно ЦК РФ.

Україна цим шляхом не пішла, тому зазначені Основи в нашій країні так і не набули чинності. Натомість почалася розробка концепції розвитку цивільного законодавства України, в основу якої було покладено нові уявлення про право, що ґрутувались на ідеях громадянського суспільства та правової держави, включаючи ті, що вже частково були апробовані у Основах цивільного законодавства 1991 р.

Література

1. Відомості Верховної Ради УРСР. — 1963. — № 30. — Ст. 463.
2. Грибанов В. П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав // Осуществление и защита гражданских прав / В. П. Грибанов. — М. : Статут, 2000. — С. 20–212.
3. Седугин П. И. Вопросы права собственности в новых гражданских кодексах союзных республик / П. И. Седугин // Новые гражданские и гражданско-процессуальные кодексы союзных республик: материалы науч. конф. — М., 1965. — С. 25.
4. Маковский А. Л. Основные положения об обязательствах в новых гражданских кодексах союзных республик / А. Л. Маковский // Новые гражданские и гражданско-процессуальные кодексы союзных республик: материалы науч. конф. — М., 1965. — С. 42.
5. СЗ СССР. — 1928. — № 27. — Ст. 246.
6. Дальший розвиток XXVI з'їздом КПРС марксистсько-ленінського вчення про державу і право // Радянське право. — 1981. — № 7. — С. 3–11.
7. XXVII съезд КПСС и вопросы государства и права // Советское государство и право. — 1986. — № 6. — С. 7–8.
8. Горбачев М. С. Перестройка и новое мышление для нашей страны и для всего мира / М. С. Горбачев. — М. : Политиздат, 1988. — С. 13–20.
9. Харитонов Є. О. Формування сучасного цивільного права України: виплив Західної та Східної традиції права / Є. О. Харитонов // Правова система України: історія, стан та перспективи: у 5 т. — Х. : Право, 2008. — Т. 3 : Цивільно-правові науки. Приватне право / за заг. ред. Н. С. Кузнецової. — С. 11–114.
10. Садиков О. Н. Принципы нового гражданского законодательства СССР / О. Н. Садиков // Советское государство и право. — 1991. — № 10. — С. 20–29.
11. Обсуждение проекта Основ гражданского законодательства // Советское государство и право. — 1991. — № 5. — С. 60–62.
12. Основи цивільного законодавства Союзу РСР та республік 1991 року // Кодифікація цивільного законодавства на українських землях. Т. 2 / уклад.: Ю. В. Білоусов, І. Р. Калаур, С. Д. Гринько [та ін.]; за ред. Р. О. Стефанчука та М. О. Стефанчука. — К. : Правова єдність, 2009. — С. 912–957.

Анотація

Харитонов Є. О. Динаміка концепції радянського цивільного права та відображення її в Основах цивільного законодавства СРСР 1991 р. — Стаття.

У статті аналізуються зміни, які сталися у цивілістичній доктрині в останні роки існування СРСР, та їх відображення у Основах цивільного законодавства Союзу РСР та республік 1991 р., котрі виявилися вищим досягненням радянської цивілістики і були помітним етапом формування концепції сучасного цивільного права у державах, що виникли на пострадянському просторі (в тому числі в Україні).

Ключові слова: цивілістика, цивілістична доктрина, радянська цивілістика.

Аннотация

Харитонов Е. О. Динамика концепции советского гражданского права и ее отображение в Основах гражданского законодательства СССР 1991 г. — Статья.

В статье анализируются изменения, произошедшие в цивилистической доктрине в последние годы существования СССР, и их отображение в Основах гражданского законодательства Союза ССР и республик 1991 г., которые стали наивысшим достижением советской цивилистики и были значительным этапом формирования концепции современ-

менного гражданского права в странах, которые образовались на постсоветском пространстве (в том числе в Украине).

Ключевые слова: цивилистика, цивилистическая доктрина, советская цивилистика.

S u m m a r y

Kharitonov E. O. Dynamics kontsetsptsiyi Soviet civil law and display it in the Fundamentals of Civil Legislation of the USSR 1991. — Article.

The article examines the changes that occurred in tsyvilstychniy doctrine in recent years of the Soviet Union and their reflection in the Fundamentals of Civil Legislation of the USSR and republics in 1991, which were the highest achievement of the Soviet tsyvilstyky were noticeable step of forming the modern concept of civil law in the states that emerged post-Soviet space (including Ukraine).

Keywords: civil law , doctrine of civil law, Soviet civil law.

УДК 347.721:347.122

O. I. Харитонова

КАТЕГОРІЯ КОРПОРАТИВНИХ ПРАВОВІДНОСИН У КОНТЕКСТІ ЦІВІЛЬНИХ ОРГАНІЗАЦІЙНИХ ПРАВОВІДНОСИН

Аналіз категорії корпоративних правовідносин у контексті дослідження цивільних правовідносин взагалі і організаційних цивільних право-відносин зокрема являє значний теоретичний інтерес, оскільки отримані результати можуть слугувати у подальшому методологічним підґрунтям для встановлення сутності та галузевої приналежності таких правово-відносин. Зазначенім зумовлюється мета підготовки цієї статті та завдання, які поставали перед її автором.

Слід зазначити, що проблеми визначення цивільних організаційних правовідносин, а також питання встановлення юридичної природи корпоративних прав (корпоративних правовідносин) вже були предметом дослідження вітчизняних та зарубіжних правознавців (праці С. М. Братуся, О. М. Вінник, Н. С. Гнусь, В. М. Кравчука, О. О. Красавчикова, І. В. Спасібо-Фатеєвої, Е. О. Харитонова, О. І. Харитонової, В. С. Щербіни та ін.).

Разом із тим низка проблем у цій галузі залишилася поза увагою науковців, що певною мірою перешкоджає визначенню оптимальних напрямків вдосконалення законодавства, яким регулюються корпоративні відносини. Тому здається доцільним ще раз звернутися до проблем визначення правої природи корпоративних правовідносин у контексті їхнього співвідношення з цивільними організаційними правовідносинами.

Приступаючи до розгляду зазначених питань, доцільно згадати, що проблема визначення сутності організаційних відносин вже тривалий час є предметом наукової дискусії [1, с. 42–43; 9, с. 50–57].

Хоча згадана дискусія була започаткована досить давно, однак саме модифікована позиція С. М. Братуся, відповідно до якої організаційні відносини регулюються нормами адміністративного та інших, близьких до нього, галузей права, але не правом цивільним, фактично була покла-

дена в основу концепції сучасного вітчизняного господарського законодавства, а також справила певний вплив на концепцію ЦК України. Це випливає з того, що згідно з ч. 2 ст. 1 ЦК до майнових відносин, заснованих на адміністративному або іншому владному підпорядкуванні однієї сторони іншій стороні, цивільне законодавство не застосовується, якщо інше не встановлене законом. Варто зазначити, що саме ця норма у сукупності з положенням ч. 2 ст. 9 ЦК, згідно з яким «законом можуть бути передбачені особливості регулювання майнових відносин у сфері господарювання», значною мірою слугує підґрунтям вже сучасної дискусії щодо розмежування сфери дії ЦК та ГК та визначення співвідношення їх дії як загального та спеціального законів.

З урахуванням цих обставин, насамперед, маємо встановити ознаки та поняття організаційних відносин, а потім вже перейти до з'ясування виправданості їхнього віднесення до сфери регулювання адміністративного чи цивільного права.

Отже, встановимо, що взагалі мається на увазі під поняттям «організація» та «організованість». Тлумачний словник української мови дає такі значення слів «організація»: 1. Дія зі значенням «організовувати». 2. Об'єднання людей, суспільних груп, держав на базі спільноти інтересів, програми дій тощо; товариство, партія, клуб. 3. Особливості будови чого-небудь; структура. Дієслова «організовувати», «організувати» мають значення: 1. Створювати, засновувати що-небудь, залучаючи до цього інших, спираючись на них. 2. Здійснювати певні заходи громадського значення, розробляючи їх підготовку і проведення. 3. Згортовувати, об'єднувати кого-небудь з певною метою. 4. Чітко налагоджувати, належно впорядковувати що-небудь [12, с. 130].

Юридична енциклопедія містить такі визначення поняття «організація»: 1. Властивість будь-якого матеріального об'єкта, що виявляється у впорядкованості структури, внутрішньої будови. 2. Соціальна функція суспільства, завдяки якій створюються виробничо-економічні та інші системи, встановлюється динамічна рівновага між їх елементами, забезпечуються сталість і водночас розвиток різних суспільних структур. 3. Одна з універсальних функцій соціального (в тому числі державного управління). У такому розумінні «організація» означає складову змісту управлінської діяльності щодо впорядкування певних суспільних відносин (об'єктів управління), раціональної побудови органів (апарату) управління (суб'єктів управління), а також системи управління в цілому як сукупності відповідних управлінських елементів, що перебувають у відношеннях та зв'язках між собою і утворюють органічну цілісність, єдність. 4. Вид соціального утворення, сукупність людей, їх груп, формально чи неформально об'єднаних для спільної діяльності, реалізації у межах певної структури відповідної програми або цілей, розв'язання певних завдань на основі спільноти інтересів та законодавчо або іншим чином встановлених правил і процедур (громадська організація, профспілкова організація, релігійна організація, благодійна організація, ко-

мерційна організація тощо). 5. Установа, що покликана виконувати задані функції, розв'язувати певне коло завдань у рамках відповідної структури (банк, школа тощо). 6. Постійне або тимчасове об'єднання, союз держав (країн) для реалізації спільних цілей, завдань, інтересів [19, с. 294–295].

Враховуючи наведені варіанти визначення понять «організація», «організовувати», можна дійти висновку, що «організаційна діяльність» у кожному разі пов'язана із впорядкуванням певної системи, регулюванням її діяльності, тобто з управлінням у широкому значенні цього поняття. Отже, за своєю суттю організаційні відносини є відносинами управлінськими, такими, що значною мірою ґрунтуються на підпорядкуванні одного їхнього учасника іншому (субординації) і часто регулюються нормами адміністративного права та інших публічно-правових галузей.

Разом із тим управлінські відносини у широкому значенні слова не виключають, а навпаки, припускають існування й цивільних правовідносин, частина яких може бути спрямована на впорядкування, організацію інших цивільних відносин. До цивільних організаційних відносин, які є складовою частиною предмета цивільного права [11, с. 12–14], зокрема, належать різноманітні цивільно-правові форми, пов'язані безпосередньо із господарською діяльністю (відносини поставки, підряду на капітальне будівництво, низка так званих «транспортних» договорів тощо); пов'язані з корпоративними відносинами, делегуванням повноважень (наприклад, при представництві); пов'язані з реалізацією фізичними особами деяких майнових прав (наприклад, спадкування) тощо.

На користь зробленого висновку можна навести такі докази.

1. Такі відносини є «організаційними», оскільки, виникаючи на підставі державних нормативних приписів, вони разом із тим самі виконують організуючу, впорядковуючу роль.

2. Такі відносини є «цивільними», оскільки вони мають змістом суспільні зв'язки, спрямовані на впорядкування майнових та інших прав і обов'язків учасників цивільних відносин.

3. Такі відносини є «цивільно-правовими», оскільки вони врегульовані нормами цивільного законодавства.

При цьому маємо на увазі ще й такі характерні риси організаційних цивільних правовідносин:

1) вони не є самодостатніми, а ніби обслуговують інші, основні цивільні правовідносини, виступаючи засобом упорядкування останніх;

2) зазначений зв'язок цивільних організаційних правовідносин з іншими цивільними правовідносинами може мати неоднакове значення і неоднакову конкретну спрямованість залежно від того, про який конкретний етап у розвитку майнових або особистих немайнових цивільних відносин йдеться;

3) зв'язок цивільних організаційних правовідносин з іншими цивільними правовідносинами за своїм змістом може бути неоднаковим. В од-

них випадках організаційні правовідносини виступають як своєрідна організаційна передумова формування, зміни або припинення того чи іншого цивільно-правового зв'язку суб'єктів, в інших — організаційно-правові відносини є одним з елементів цивільних правовідносин, які вже існують [10, с. 165].

Крім того, характерною рисою цивільних організаційних правовідносин є те, що вони за своєю суттю є регулятивними і у деяких випадках (наприклад, у процесі організації господарської діяльності, підприємництва та ін.) «перетинаються» з відносинами державного управління.

Специфічними є також підстави виникнення цивільних організаційних правовідносин. Хоча у деяких випадках вони виникають на підставі договору або у процесі його виконання, але більш властивими для їхнього виникнення, зміни або припинення є такі підстави, як публічний акт (акт управління, адміністративний акт тощо). Крім того, це може бути односторонній правочин «ініціативного» участника цивільних відносин (наприклад, спадковавця-заповідача, заповіт якого є підставою виникнення певних спадкових правовідносин у майбутньому).

З урахуванням викладеного цивільні організаційні правовідносини можна визначити як специфічні (регулятивні за сутністю) цивільні правовідносини, що забезпечують упорядкування інших цивільних відносин шляхом організаційних зусиль суб'єктів цивільних відносин, делегування ними власних прав та обов'язків, формування соціальних утворень, створення інших передумов для виникнення цивільних прав та обов'язків тощо.

Принараді варто зробити застереження стосовно вживання термінів «цивільні організаційні правовідносини» та «організаційні цивільні правовідносини». Як на мій погляд, вживання і того, і іншого словосполучення цілком відповідає вимогам коректності наукової термінології. Оскільки зазначені категорії, частково перетинаючись, знаходяться у діалектичному динамічному зв'язку, маючи здатність «переміщатися» у різні категоріальні площини, то вибір конкретного позначення залежить від того, що є визначальним предметом дослідження у тому чи іншому випадку. Так, якщо таким предметом є організаційні правовідносини як окрема правова категорія, то цивільні правовідносини разом із правовідносинами адміністративними тощо можуть виступати явищами нижчого прядку. У такому випадку логічним виглядає вживання виразу «організаційні цивільні правовідносини». Якщо ж визначальним предметом дослідження є певні аспекти цивільних правовідносин, то організаційні правовідносини, поряд із правовідносинами регулятивними, охоронними (захисними) можуть розглядатися як різновиди цивільних правовідносин. У цьому разі виправданим є вживання терміна «цивільні організаційні правовідносини» тощо. Разом із тим зазначені термінологічні тонкощі взагалі можуть не мати значення, якщо проблематика дослідження однозначно визначає зміст останнього [17, с. 48–78]. Тому далі обидва зазначені словосполучення будуть вживатися із врахуван-

ням необхідності акцентувати увагу на тому чи іншому аспекті категорії правовідносин.

Із врахуванням сформульованих вище положень стосовно розуміння сутності цивільних організаційних правовідносин, розглянемо далі віртуальність віднесення до них корпоративних правовідносин, почавши розгляд цього питання з визначення останніх.

Оскільки у законодавстві відсутня дефініція корпоративних правовідносин, скористаємося легальним визначенням пов'язаної з цим поняттям категорії корпоративних прав, яке міститься у ст. 167 Господарського кодексу України. Зазначена норма визначає корпоративні права як права особи, частка якої визначається у статутному фонді (майні) господарської організації, що включають правомочності на участь цієї особи в управлінні господарською організацією, отримання певної частки прибутку (дивідендів) даної організації та активів у разі ліквідації останньої відповідно до закону, а також інші правомочності, передбачені законом та статутними документами.

У такому сенсі корпоративні права є елементом корпоративних правовідносин. А тому логічним виглядає висновок, що корпоративними правовідносинами слід вважати суспільні відносини, які виникають у зв'язку зі створенням юридичних осіб та участю в їх діяльності і врегульовані нормами права [7, с. 7].

Отже, корпоративні відносини — це суспільні відносини, що виникають у зв'язку зі створенням юридичних осіб та участю в їх діяльності. Корпоративні правовідносини — це відносини, що виникають, змінюються та припиняються щодо корпоративних прав (ч. 3 ст. 167 ГК).

Корпоративні правовідносини можуть бути як майнового, так і немайнового характеру (але й будучи немайновими, вони пов'язані з майновими правами), всі вони зобов'язальні та відносні, значна частина з них має організаційний характер [5, с. 8].

На думку О. М. Вінник, корпоративні відносини — це відносини, що виникають у процесі створення, функціонування та припинення господарських товариств за участю безпосередніх (засновники, учасники, власне товариство, його органи) та опосередкованих учасників (кредитори, споживачі, наймані працівники, облігаціонери товариства, територіальна громада, держава в особі уповноважених органів) і забезпечують збалансовану реалізацію інтересів зазначених осіб. Вони є різновидом господарських відносин [2, с. 15].

В. С. Щербина, підтримуючи О. М. Вінник, разом із тим зазначає, що здається помилковим висновок про те, що корпоративні відносини є різновидом передбачених ГК організаційно-господарських відносин, що складаються між суб'єктами господарювання і суб'єктами організаційно-господарських повноважень у процесі управління господарською діяльністю [14, с. 9]. На його думку, це звужує їх зміст, бо виключає відносини майнового характеру (на отримання прибутку тощо) і не охоплює частину відносин, передбачених ч. 6 ст. 3 ГК. Натомість, він

вважає, що корпоративні відносини є поєднанням взаємопов'язаних відносин:

1) організаційно-господарських (між засновниками і господарським товариством у процесі корпоративного управління; між засновниками і органами створеного ними господарського товариства у процесі корпоративного управління; між органами господарського товариства у процесі корпоративного управління);

2) майново-господарських (між учасниками і товариством щодо розподілу прибутку і одержання дивідендів; щодо відчуження частки, цінних паперів тощо; між учасниками і товариством щодо виконання зобов'язань перед товариством з майнової участі, внесення вкладів (оплати акцій) тощо) [18, с. 10–14].

Слід зазначити, що така позиція має певне підґрунтя у законодавстві. Так, Закон України «Про оподаткування прибутку підприємств» у ст. 1.8. визначає корпоративні права як право власності на частку (пай) у статутному фонді (капіталі) юридичної особи, включаючи права на управління, отримання відповідної частки прибутку такої юридичної особи, а також частки активів у разі її ліквідації відповідно до чинного законодавства, акцентуючи, таким чином, увагу на майнових аспектах та проявах цих прав.

Зазначаючи розмаїття підстав виникнення та проявів корпоративних правовідносин, В. М. Кравчук слушно звертає увагу на те, що вони мають комплексний характер: охоплюючи зобов'язальний, управлінський, трудовий, фінансовий тощо елементи [7, с. 7–8].

Разом із тим багато хто з науковців зазначає, що корпоративні відносини вже на стадії виникнення виступають як комплексні — майнові і пов'язані з ними організаційні відносини. Корпоративні відносини опосередковують перерозподіл економічних можливостей між суб'єктами відносно майнових благ у сфері власності. Перерозподіл економічних можливостей — організаційний процес, що обумовлює наділення учасників корпоративних відносин об'ємами економічних можливостей. При цьому організаційні відносини підпорядковуються майновим, забезпечуючи створення організаційної форми останніх [13]. Відзначається характерне для корпоративних відносин поєднання майнових (внесення вкладів, господарське використання майна товариства, зміна його статутного фонду тощо) та організаційних (процедура створення товариства, управління товариством, відносини з уповноваженими державними органами з питань контролю за діяльністю товариства) елементів [2].

Погоджуючись із висновком щодо комплексного характеру корпоративних правовідносин, разом із тим варто заперечити проти характеристики «організаційної» складової зазначених правовідносин як такої, що має сутно господарсько-правову природу [4, с. 280–286]. Зокрема, слід наголосити на тому, що, як згадувалося вище, організаційними можуть бути не лише адміністративні чи господарські правовідносини, але й цивільні правовідносини, що складаються між юридичною особою, її

засновниками (учасниками) і особами, що здійснюють функції органів юридичної особи, є різновидом цивільних організаційно-правових відносин. Специфіка таких відносин, врегульованих нормами цивільного права, полягає в тому, що вони спрямовані на створення, існування або припинення юридичних осіб і по своїй правовій природі не належать ні до майнових, ні до особистих немайнових відносин [16].

Організаційні цивільні правовідносини можуть виникати з різних підстав та на різних етапах реалізації суб'єктами цивільних відносин їх прав та обов'язків.

Досить характерним видом цивільних організаційних правовідносин є корпоративні правовідносини, зокрема, ті, що супроводжують виникнення та припинення юридичних осіб, слугуючи передумовою виникнення (припинення) правосуб'ектності останніх, а також ті, що забезпечують функціонування юридичної особи.

Але варто підкреслити, що поняття цивільних організаційних правовідносин не вичерпує поняття корпоративних правовідносин, так само як поняття корпоративних правовідносин не вичерpuється поняттям цивільних правовідносин. Так, цивільні правовідносини можуть бути згруповані у регулятивні, охоронні та організаційні цивільні правовідносини. Корпоративні правовідносини включають як організаційні цивільні правовідносини, так і деякі групи майнових та немайнових цивільних правовідносин, а також низку правовідносин іншої галузевої приналежності. У свою чергу, цивільні організаційні правовідносини можуть бути не лише корпоративними, але й спрямованими на реалізацію правосуб'ектності фізичної особи, укладення договорів тощо.

На такому підґрунті з метою визначення можливості їх віднесення до цивільних організаційних правовідносин розглянемо далі динаміку корпоративних правовідносин, які виникають у процесі створення юридичних осіб (з певною мірою умовності їх можна назвати «установчими корпоративними правовідносинами»).

Варто зазначити, що ЦК України фактично розрізняє «процес створення» юридичної особи і «процес державної реєстрації» юридичної особи. Зокрема, ч. 1 ст. 80 ЦК встановлює, що юридичною особою є організація, створена і зареєстрована у встановленому законом порядку. Як випливає з цієї норми, юридична особа має бути: 1) «створена»; 2) «зареєстрована у встановленому законом порядку». Крім того, ст. 81 ЦК передбачає, що юридична особа «може бути створена шляхом об'єднання осіб та (або) майна», не згадуючи при цьому про «реєстрацію юридичної особи». Не згадується про державну реєстрацію і в наступних частинах ст. 81 та ч. 1–3 ст. 87 ЦК, де достатньо чітко і детально сформульовані вимоги до створення юридичних осіб. Лише у ч. 4 ст. 87 ЦК зазначається, що юридична особа вважається створеною з дня її державної реєстрації.

Це ставить під сумнів існування зв'язку між створенням юридичної особи та її державною реєстрацією [8, с. 86], зумовлюючи, разом із тим,

доцільність розрізnenня при визначенні моменту виникнення юридичної особи двох етапів: 1) етапу створення (процесу створення) юридичної особи; 2) етапу державної реєстрації юридичної особи як завершального етапу її виникнення.

Слід зазначити, що деякі автори виділяють ще й третій етап — «післяреєстраційний» [6, с. 47–51]. Однак така пропозиція викликає за-перечення, оскільки зазначена стадія існування юридичної особи знаходиться вже за межами власне її створення, охоплюючи практично увесь період існування юридичної особи.

Отже, процес створення юридичної особи починається з етапу прийняття засновниками рішення про її організацію (ч. 1–3 ст. 87 ЦК) і завершується етапом державної реєстрації юридичної особи, тобто актом, з яким ч. 4 ст. 87 ЦК пов’язує конституювання юридичної особи як суб’єкта цивільного права.

Юридичними фактами, з якими норми права пов’язують виникнення організаційних правовідносин на етапі створення юридичної особи, слід вважати ті волевиявлення, яке спричинило її створення.

Враховуючи характер зазначеного волевиявлення, варто розрізняти такі способи створення юридичної особи: 1) розпорядчий. Юридична особа створюється шляхом одностороннього волевиявлення: розпорядження Президента України, органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим або органу місцевого самоврядування — для юридичних осіб публічного права; власника або уповноваженої ним особи — для юридичних осіб приватного права. Таке рішення має бути оформлене розпорядженням суб’єкта публічного права, актом управління, виданим власником майна (уповноваженим ним органом) відповідно до його компетенції, визначеної чинним законодавством; 2) договірний. Юридична особа створюється шляхом договору між її засновниками. У таких випадках ініціатива щодо створення юридичної особи може бути виражена у будь-якій формі: договір учасників, рішення зборів засновників тощо.

Крім того, залежно від такого критерію, як порядок легалізації, можна розрізняти юридичні особи, що виникають або у нормативно-явочному або у дозвільному порядку.

При цьому юридичні особи, які створюються шляхом розпорядження, легітимуються у нормативно-явочному порядку, а ті, які створюються шляхом договору, легітимуються у нормативно-явочному або у дозвільному порядку.

У процесі створення юридичної особи, її засновники виступають учасниками організаційних корпоративних відносин, які виникають на різних етапах заснування особи та обумовлені особливостями організаційно-правової форми юридичної особи.

Порядок створення юридичних осіб приватного права конкретизується в актах цивільного законодавства. Передусім, це ст. ст. 87–89 ЦК. Згідно із зазначеними нормами на першій стадії створення юридичної

особи її учасники (засновники) розробляють установчі документи, які викладаються письмово і підписуються всіма учасниками (засновниками), якщо законом не встановлений інший порядок їх затвердження.

Установчим документом товариства є затверджений учасниками статут або засновницький договір між учасниками, котрий за своєю суттю є організаційним цивільним договором. Товариство, створене однією особою, діє на підставі статуту, затверженого цією особою. Якщо внаслідок виходу, виключення чи вибуття у командитному товаристві залишився один повний учасник, засновницький договір переоформляється в одноособову заяву, підписану повним учасником. Якщо командитне товариство створюється одним повним учасником, то установчим документом є одноосібна заявка (меморандум), яка містить усі відомості, встановлені цією статтею для командитного товариства (ч. 3 ст. 134 ЦК). Установа створюється на підставі індивідуального або спільногу установчого акта, складеного засновником (засновниками). Установчий акт може міститися також у заповіті (ст. 88 ЦК).

У зв'язку з тим, що в деяких наукових публікаціях [15, с. 28], а також у позовах та у відповідних ухвахах та постановах судів [3] йдеться про «визнання недійсними установчих документів», варто звернути увагу на неточність такого формулювання. Зокрема, статут юридичної особи не може бути визнаним недійсним, оскільки це лише документ, затверджений учасниками. Тому може йтися лише про визнання недійсним установчого договору, а також про визнання недійсним рішення учасників (засновників) про затвердження статуту юридичної особи. А вже визнання недійсним такого рішення тягне анулювання документа, що був затверджений рішенням, котре визнане недійсним.

Наступною стадією заснування юридичних осіб виступає повне або часткове формування складеного (засновницького) капіталу. Зокрема, до моменту реєстрації товариства з обмеженою відповідальністю кожен з учасників зобов'язаний внести до статутного (складеного) капіталу не менше 50 відсотків вказаного в установчих документах вкладу.

Більш складний порядок заснування передбачено для акціонерних товариств. Відповідно до Закону «Про акціонерні товариства» створення товариства включає такі стадії: прийняття зборами засновників рішення про створення акціонерного товариства та про закрите (приватне) розміщення акцій; подання заяви та всіх необхідних документів на реєстрацію випуску акцій до Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку; реєстрація Державною комісією з цінних паперів та фондового ринку випуску акцій та видача тимчасового свідоцтва про реєстрацію випуску акцій; присвоєння акціям міжнародного ідентифікаційного номера цінних паперів; укладення з депозитарієм цінних паперів договору про обслуговування емісії акцій або з реєстратором іменних цінних паперів договору про ведення реєстру власників іменних цінних паперів; закрите (приватне) розміщення акцій серед засновників товариства; оплата засновниками повної вартості акцій; затвердження установ-

чими зборами товариства результатів закритого (приватного) розміщення акцій серед засновників товариства, затвердження статуту товариства, а також прийняття інших рішень, передбачених законом. І лише наступним етапом зазначена реєстрація товариства та його статуту в органах державної реєстрації.

Завершальним етапом створення юридичної особи є її державна реєстрація у порядку, визначеному законом (ст. 89 ЦК). Дані державної реєстрації включаються до єдиного державного реєстру, відкритого для загального ознайомлення.

ЦК не містить вичерпного переліку відомостей, які мають бути повідомлені при поданні заяви на реєстрацію юридичної особи. Проте це обов'язково мають бути відомості про організаційно-правову форму, найменування, місцезнаходження юридичної особи, органи управління, філії і представництва, мету створення. Інші відомості можуть бути витребувані тільки в разі, якщо це передбачено законом.

Відмова у державній реєстрації, а також зволікання з її проведенням можуть бути оскаржені до суду.

Підбиваючи підсумки розгляду особливостей корпоративних право-відносин та їх співвідношення з цивільними організаційними правовідносинами, можна зробити висновок, що взаємозв'язок понять «цивільні організаційні правовідносини» та «корпоративні цивільні правовідносини» виглядає як співвідношення цілого і частини, а понять «цивільні правовідносини» та «корпоративні правовідносини» — як співвідношення категорій «загальне» та «окреме».

Література

1. Братусь С. Н. Предмет и система советского гражданского права / С. Н. Братусь. — М. : Госюризdat, 1963. — 149 с.
2. Вінник О. М. Теоретичні аспекти правового забезпечення реалізації публічних і приватних інтересів в господарських товариствах : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.04 / О. М. Вінник. — К., 2004. — 32 с.
3. Вісник Верховного Суду України. — 2002. — № 2.
4. Віхров О. П. Організаційно-господарські правовідносини : монографія / О. П. Віхров. — К. : Вид. дім «Слово», 2008. — 512 с.
5. Глусь Н. С. Корпорації та корпоративне право: поняття, основні ознаки та особливості захисту : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Н. С. Глусь. — К., 2000. — 20 с.
6. Захаров В. А. Создание юридических лиц: правовые вопросы / В. А. Захаров. — М. : НОРМА, 2002. — 208 с.
7. Кравчук В. М. Корпоративне право. Науково-практичний коментар законодавства та судової практики / В. М. Кравчук. — К. : Істина, 2005. — 720 с.
8. Кравчук О. Майновий аспект правового статусу юридичних осіб за новим Цивільним кодексом України / О. Кравчук // Право України. — 2003. — № 12.
9. Красавчиков О. А. Гражданские организационно-правовые отношения / О. А. Красавчиков // Советское государство и право. — 1966. — № 10.
10. Красавчиков О. А. Гражданские организационно-правовые отношения / О. А. Красавчиков // Антология уральской цивилистики, 1925–1989 : сб. ст. — М. : Статут, 2001.

11. Кузнєцова Н. С. Основні методологічні засади сучасного цивільного права України / Н. С. Кузнєцова // Право України. — 2009. — № 8.
12. Новий тлумачний словник української мови. У 4 т. Т. 3 / уклад.: В. Яременко, О. Сліпушко. — К. : Аконіт, 1998. — 928 с.
13. Пахомова Н. Н. Основы теории корпоративных отношений (правовой аспект) / Н. Н. Пахомова. — Екатеринбург : Налоги и финансовое право, 2004. — 208 с.
14. Переверзев О. М. Господарсько-правове забезпечення корпоративного контролю в акціонерних товариствах : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / О. М. Переверзев. — Донецьк, 2004. — 19 с.
15. Саніахметова Н. О. Установчі документи юридичних осіб — суб'єктів підприємництва / Н. О. Саніахметова // Суспільство. Держава. Право: Науково-практичний журнал. — О., 2002. — Вип. I : Цивільне право.
16. Сумський Д. А. Концепція органа юридичного лица в теорії громадянського права : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03 / Д. А. Сумський. — М., 2007. — 43 с.
17. Харитонов Е. О. Цивільні правовідносини : монографія / Е. О. Харитонов, О. І. Харитонова. — 2-ге вид., переробл. і допов. — О. : Фенікс, 2011. — 456 с.
18. Щербина В. Правова природа корпоративних відносин / В. Щербина // Українське комерційне право. — 2006. — № 7.
19. Юридична енциклопедія. В 6 т. Т. 4 / редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) [та ін.]. — К. : Укр. енцикл., 2002. — 720 с.

А н о т а ц і я

Харитонова О. І. Категорія корпоративних правовідносин у контексті цивільних організаційних правовідносин. — Стаття.

У статті дається характеристика цивільних організаційних правовідносин та корпоративних правовідносин, аналізується співвідношення цих категорій та розглядаються особливості цивільних установчих корпоративних правовідносин.

Ключові слова: корпоративні правовідносини, цивільні організаційні правовідносини.

А н н о т а ц і я

Харитонова Е. И. Категория корпоративных правоотношений в контексте гражданских организационных правоотношений. — Статья.

В статьедается характеристика гражданских организационных правоотношений и корпоративных правоотношений, анализируется соотношение этих категорий и рассматриваются особенности гражданских учредительных корпоративных правоотношений.

Ключевые слова: корпоративные правоотношения, гражданские организационные правоотношения.

S u m m a r y

Haritonova O. I. Category of corporate legal relations in the context of civil organizational relations. — Article.

This article gives a description of civil organizational relationships and corporate relationships, analyzes the ratio of these categories and is considered especially civil statutory corporate relations.

Keywords: corporate legal, civil organizational relationship.

УДК 349.6:504(477)

I. I. Каракаш

ЗАКОНОДАВЧІ ЗАСАДИ НОВОЇ СТРАТЕГІЇ ДЕРЖАВНОЇ ЕКОЛОГІЧНОЇ ПОЛІТИКИ УКРАЇНИ

Основні напрями державної політики України у галузі охорони довкілля, використання природних ресурсів та забезпечення екологічної безпеки, затверджені постановою Верховної Ради України від 5 березня 1998 року, в подальшому скорочено — Основні напрями, положення яких реалізовувались протягом тривалого часу, не втратили своєї актуальності. Однак в цілому Основні напрями не відповідають вимогам сьогодення, оскільки за минулий період відбулися відчутні зміни у стані довкілля, які визначили подальший розвиток екологічної стратегії України. Наведене зазначалося у розпорядженні Кабінету Міністрів України від 17 жовтня 2007 року, яким схвалена нова Концепція національної екологічної політики України на період до 2020 року, в подальшому скорочено — Концепція.

Розробка та схвалення Концепції були зумовлені необхідністю врахування процесів глобалізації економічного розвитку, переходу національної економіки на засади ринкових відносин, а також резолюцією Все світнього саміту зі сталого розвитку, який відбувся в Йоганнесбурзі у 2002 році, рішенням Київської конференції міністрів навколошнього природного середовища «Довкілля для Європи» 2003 року, положенням ряду міжнародних зобов'язань України у сфері охорони навколошнього природного середовища тощо.

Актуальність розроблення оновленої національної екологічної політики обґрунтовувалась відсутністю ефективної системи управління у сфері охорони навколошнього природного середовища в умовах проведення структурних економічних реформ. Зокрема, в Концепції зазначалося, що зростання національної економіки призводить до підвищення рівня забруднення довкілля та зумовлює збільшення використання енергетичних та природних ресурсів.

З метою реалізації Концепції Кабінетом Міністрів України були розроблені Основні засади (стратегія) державної екологічної політики України на період до 2020 року і передані на розгляд Верховної Ради України. Після тривалого парламентського розгляду Основні засади (стратегія) державної екологічної політики України на період до 2020 року, в подальшому скорочено — Стратегія, були затверджені Законом Україні від 21 грудня 2010 року, які у даний час визначають нові напрями державної екологічної політики України. При цьому постанова Верховної Ради України «Про Основні напрями державної політики України у галузі охорони довкілля, використання природних ресурсів та забезпечення екологічної безпеки» № 188/98-ВР від 5 березня 1998 року та розпорядження Кабінету Міністрів України № 880-р від 17 жовтня 2007 року «Про схвалення Концепції національної екологічної політики України на період до 2020 року» залишаються чинними.

За своєю структурою Стратегія схожа з Основними напрямами і складається з семи розділів, а саме: загальні положення; мета і принципи національної екологічної політики; стратегічні цілі та завдання; інструменти реалізації національної екологічної політики; етапи реалізації національної екологічної політики; моніторинг виконання та показники ефективності; очікувані результати виконання Стратегії. Крім цього, до Стратегії як додаток приєднані показники ефективності її реалізації.

Стратегія від 21 грудня 2010 року, як і постанова Верховної Ради України від 5 березня 1998 року, містить офіційні дані про сучасний стан довкілля в Україні. Зокрема, в Стратегії зазначається, що антропогенне і техногенне навантаження на навколошнє природне середовище в Україні у кілька разів перевищує відповідні показники у розвинутих країнах світу. Тривалість життя в Україні становить у середньому близько 66 років, у сусідній Польщі вона становить 74 роки. Значною мірою це зумовлено забрудненням навколошнього природного середовища внаслідок провадження виробничої діяльності підприємствами гірничодобувної, металургійної, хімічної промисловості та паливно-енергетичного комплексу.

Проте, на відміну від Основних напрямів, в Стратегії більш детально визначені першопричини екологічних проблем в Україні. Зокрема, до них віднесено: успадкована структура економіки з переважаючою частиною ресурсоємних та енергоємних галузей, негативний вплив якої був посиленій переходом до ринкових умов; зношеність основних фондів промислової і транспортної інфраструктури; неефективність існуючої системи державного управління у сфері охорони навколошнього природного середовища та регулювання використання природних ресурсів, а також відсутність чіткого розмежування природоохоронних та господарських функцій; недостатня сформованість інститутів громадянського суспільства; недостатнє розуміння в суспільстві пріоритетів збереження навколошнього природного середовища та переваг сталого розвитку; недотримання природоохоронного законодавства.

Далі в Стратегії, як і в Основних напрямах, надається пооб'єктна характеристика їх екологічного стану, вказується на основні забруднюючі джерела, зазначаються головні чинники екологічних загроз та основні види екологічної безпеки та пропонується деякий аналіз екологічної ситуації в країні. Однак, на відміну від Основних напрямів, Стратегія не надає характеристики екологічної ситуації у кожній конкретній галузі національної економіки. Слід також зазначити, що наведені фактичні дані є достовірними на момент підготовки Стратегії, а наданий аналіз охоплює лише основні природні об'єкти та їх ресурси, на які, хоча би коротко, слід звернути увагу.

Охорона атмосферного повітря. За даними державної статистичної звітності 2009 року, основними забруднювачами атмосферного повітря є підприємства переробної і добувної промисловості та підприємства електроенергетики і теплоенергетики (відповідно 31 % і 21 % та 40 % загального обсягу викидів забруднюючих речовин, що надходять в атмосферне повітря від стаціонарних джерел забруднення). Викиди забруднюючих речовин пересувними джерелами становлять 39 % загальної кількості викидів забруднюючих речовин в атмосферне повітря. Викиди забруднюючих речовин автомобільним транспортом становлять 91 % забруднюючих речовин, що викидаються пересувними джерелами.

До забруднюючих речовин, що переважно викидаються в атмосферне повітря, належать оксид азоту, оксид вуглецю, діоксид та інші сполуки сірки. Основними причинами, що зумовлюють незадовільний стан якості атмосферного повітря в населених пунктах, є недотримання підприємствами режиму експлуатації пилогазоочисного обладнання, нездійснення заходів із зниження обсягу викидів забруднюючих речовин до встановлених нормативів, низькі темпи впровадження новітніх технологій та значне збільшення кількості транспортних засобів, зокрема тих, що вичерпали строк придатності. Загалом канцерогенний ризик у 2009 році досяг 6,4–13,7 випадку онкологічних захворювань на 1 тисячу осіб, що значно перевищує міжнародні показники ризику.

Охорона вод. Водокористування в Україні здійснюється переважно нераціонально, а непродуктивні витрати води збільшуються. Об'єм придатних до використання водних ресурсів внаслідок забруднення і виснаження зменшується. Практично всі поверхневі водні джерела і ґрунтові води забруднені. Основні речовини, які призводять до забруднення, — сполуки азоту та фосфору, органічні речовини, що піддаються легкому окисленню, отрутохімікати, нафтопродукти, важкі метали, феноли. Інтенсивна евтрофікація внутрішніх водойм призводить до погіршення стану Чорного та Азовського морів.

За рівнем рационального використання водних ресурсів та якості води Україна, за даними ЮНЕСКО, серед 122 країн світу посідає 95-те місце. Питне водопостачання України майже на 80 % забезпечується використанням поверхневих вод. Екологічний стан поверхневих водних об'єктів і якість води в них є основними чинниками санітарного та епідемічного

благополуччя населення. Водночас більшість водних об'єктів за ступенем забруднення віднесена до забруднених та дуже забруднених.

Підземні води України в багатьох регіонах (Автономна Республіка Крим, Донбас, Придніпров'я) за своєю якістю не відповідають нормативним вимогам до джерел водопостачання, що пов'язано передусім з антропогенным забрудненням. Особливе занепокоєння викликає стан водопостачання сільського населення, оскільки централізованим водопостачанням забезпечено лише 25% сільських населених пунктів України. Невідповідність якості питної води нормативним вимогам є однією з причин поширення багатьох інфекційних та неінфекційних хвороб.

Охорона земель і ґрунтів. Стан земельних ресурсів України близький до критичного. За період проведення земельної реформи значна кількість проблем у сфері земельних відносин не лише не розв'язана, а й загострилася. Серед земель України найбільшу територію займають землі сільськогосподарського призначення (71%), з яких 78% складає рілля. Поширені процеси деградації земель, серед яких найбільш масштабними є ерозія (блізько 57,5% території), забруднення (блізько 20% території), підтоплення (блізько 12% території). Зменшується вміст поживних речовин у ґрунтах, а щорічні втрати гумусу становлять 0,65 тонни на 1 гектар.

Проблеми у сфері охорони земель значною мірою зумовлені незавершеністю процесу інвентаризації і автоматизації системи ведення державного земельного кадастру, недосконалістю землевпорядної документації та недостатністю нормативно-правового забезпечення, проведення освітньої та просвітницької роботи, низькою інституціональною спроможністю відповідних органів виконавчої влади.

Охорона лісів. За площею лісів та запасами деревини Україна є державою з дефіцитом лісових ресурсів. Ліси займають більш як 15,7% території України (9,58 мільйона гектарів) і розташовані в основному на півночі (Полісся) та заході (Карпати). Оптимальним, за європейськими рекомендаціями, є показчик лісистості 20%, для досягнення якого необхідно створити більше 2 мільйонів гектарів нових лісів. Загальна площа вкритих лісовою рослинністю земель збільшилася з 1961 року із 7,1 до 9,5 мільйона гектарів (на 33,8 відсотка).

Якщо зазначені темпи заліснення будуть збережені, то лише через 20 років в Україні буде досягнутий оптимальний рівень лісистості. Ліси, віднесені до природно-заповідного фонду, займають близько 1,2 мільйона гектарів, або 35% природно-заповідного фонду України. Система управління в галузі охорони та відтворення лісів не забезпечує багатоцільове і невиснажливе використання лісовоих ресурсів та лісовоих екосистем. Необхідно здійснити реформування зазначеної системи із забезпеченням розмежування природоохоронних і господарських функцій.

Охорона надр. За даними кадастрового обліку, в Україні на початок 2009 року налічувалося 8658 родовищ з 97 видами корисних копалин і майже 12 тисяч їх проявів. Одними з найбільших за обсягом є запаси

вугілля, залізних, марганцевих і титаноцирконієвих руд, а також графіту, каоліну, калійних солей, сірки, вогнетривких глин, облицювального каменю. Загалом у 2009 році функціонувало більше двох тисяч гірничодобувних підприємств. В обсягах видобутку переважають залізорудна сировина, флюсові вапняки, кам'яне вугілля, а також будівельне каміння.

Більшість корисних копалин в Україні видобувається в межах кількох головних гірничопромислових регіонів — Донецького, Криворізько-Нікопольського, Прикарпатського. Довготривале інтенсивне використання ресурсів надр у цих регіонах призвело до значних змін геологічного середовища та виникнення надзвичайних ситуацій природного і техногенного характеру. Головними чинниками негативного впливу є надзвичайно висока концентрація гірничодобувних підприємств, високий рівень виробленості переважної більшості родовищ, недостатній обсяг фінансування робіт, спрямованих на зменшення впливу на навколишнє природне середовище, зумовленого розробкою родовищ.

Якщо характеристика екологічного стану окремих природних об'єктів та їх ресурсів структурно співпадає з їх характеристикою, наданою в Основних напрямах, то цього неможна стверджувати відносно головних чинників екологічних загроз та основних видів екологічної безпеки. В Стратегії вказується на раніше не відомі виклики екологічних загроз і на нові види техногенної та екологічної безпеки, що часто стали траплятися за останні десятиріччя і яким також надається відповідна характеристика.

Надзвичайні ситуації. На території України зберігається високий ризик виникнення надзвичайних ситуацій природного і техногенного характеру. В країні функціонують 23 767 потенційно небезпечних підприємств та інших об'єктів, аварії на кожному з яких можуть привести до виникнення надзвичайних ситуацій техногенного і природного характеру державного, регіонального, місцевого та об'єктового рівня. Щороку реєструється до 300 надзвичайних ситуацій природного і техногенного характеру, внаслідок яких завдаються величезні економічні збитки.

Основними причинами виникнення техногенних аварій і катастроф та посилення негативного впливу внаслідок виникнення надзвичайних ситуацій природного і техногенного характеру в Україні є: застарілість основних фондів, зокрема природоохоронного призначення, великий обсяг транспортування, зберігання і використання небезпечних речовин, аварійний стан значної частини мереж комунального господарства, недостатня інвестиційна підтримка процесу впровадження новітніх ресурсозберігаючих і екологічно чистих технологій в екологічно небезпечних галузях промисловості, насамперед металургійній, хімічній, нафтохімічній та енергетиці; природоохоронні проблеми, пов'язані з істотними змінами стану геологічного та гідрогеологічного середовища та зумовлені закриттям нерентабельних гірничодобувних підприємств,

шахт і розрізів, небажання суб'єктів господарювання здійснювати заходи із запобігання аваріям та катастрофам на об'єктах підвищеної небезпеки та потенційно небезпечних об'єктах тощо.

Відходи та небезпечні хімічні речовини. Протягом 2009 року внаслідок провадження суб'єктами господарювання виробничої діяльності утворилося 1,2 мільйона тонн відходів І–ІІІ класу небезпеки. Основна частина цих відходів (0,9 мільйона тонн, або 75 % загального обсягу) віднесена до ІІІ класу небезпеки, а відходи І–ІІ класу небезпеки становлять відповідно 3,8 та 299,2 тисячі тонн.

Гострою природоохоронною проблемою є поводження з побутовими відходами. Питомі показники утворення відходів у середньому становлять 220–250 кілограмів на рік на одну особу, а у великих містах досягають 330–380 кілограмів на рік відповідно. Тверді побутові відходи в основному захоронюються на 4157 сміттєзвалищах і полігонах загальною площею близько 7,4 тисячі гектарів і лише близько 3,5 % твердих побутових відходів спалюються на двох сміттєспалювальних заводах у містах Києві та Дніпропетровську. За розрахунками, близько 0,1 % побутових відходів є небезпечними.

В Україні спостерігається тенденція до збільшення обсягу утворених і вивезених на полігони твердих побутових відходів. Обсяг вивезених твердих побутових відходів, який у 2009 році досяг 50,1 мільйона кубічних метрів, збільшується щороку майже на 4 мільйони кубічних метрів. Серед твердих побутових відходів збільшується частка відходів, які не піддаються швидкому розкладу і потребують значних площ для зберігання. Кількість перевантажених сміттєзвалищ становить 243 одиниці (5,8 % їх загальної кількості), а 1187 одиниць (28,5 %) — не відповідають нормам екологічної безпеки. На кінець 2009 року в Україні на 2987 складах накопичено більше 20 тисяч тонн непридатних пестицидів, більше половини з яких — невідомі суміші високотоксичних пестицидів, які належать до переліку стійких органічних забруднювачів ООН.

Біологічна безпека. У даний час в Україні створюється система біо-безпеки, основною метою якої є забезпечення безпечної провадження генетично-інженерної діяльності та використання генетично модифікованих організмів і запобігання несанкціонованому та неконтрольованому їх поширенню. Досягнення цієї мети передбачається шляхом запобігання екологічним, економічним, соціальним та іншим ризикам, пов'язаним з використанням генетично модифікованих організмів і провадженням генетично-інженерної діяльності, а також процесам, що становлять загрозу національним інтересам. У зв'язку з цим слід зазначити, що в процесі вступу до Світової організації торгівлі Україна взяла на себе зобов'язання щодо створення законодавчої бази у сфері біотехнологій відповідно до міжнародних норм та принципів. Це зумовлює необхідність всебічного вивчення та врахування міжнародного досвіду, зокрема країн — членів ЄС.

Збереження біологічного та ландшафтного різноманіття Україна, яка займає менше 6 % площи Європи, володіє близько 35 % її біорізноманіття. Біосфера України нараховує більше 70 тисяч видів флори і фауни, зокрема флори — більш 27 тисяч видів, фауни — більш 45 тисяч видів. Через територію України проходять два основних глобальних маршрути міграції диких птахів, а деякі місця гніздування мають міжнародне значення. Більше 100 видів перелітних птахів охороняються відповідно до міжнародних зобов'язань.

За роки незалежності площа природно-заповідного фонду України збільшилася у два рази. У даний час до складу природно-заповідного фонду України входять більш 7608 територій та об'єктів загальною площею 3,2 мільйона гектарів (5,4 % загальної площи країни) та 402,5 тисячі гектарів у межах акваторії Чорного моря. Частка природно-заповідних територій в Україні є недостатньою і залишається значно меншою, ніж у більшості країн Європи, де площи, зайняті під природно-заповідні території, становлять у середньому 15 %.

Екстенсивний розвиток сільського господарства привів до значного зменшення ландшафтного різноманіття. У минулому більше 40 % площи України було зайнято степовими ландшафтами, а у даний час вони складають близько 3 %. На цих територіях зосереджено 30 % усіх видів флори і фауни, занесених до Червоної книги України.

За останнє десятиліття спостерігається катастрофічне зменшення площи територій водно-болотних угідь, степових екосистем, природних лісів. Знищення навколошнього природного середовища відбувається внаслідок розорювання земель, вирубування лісів з подальшою зміною цільового призначення земель, осушення або обводнення територій, промислового, житлового та дачного будівництва тощо. Поширення неаборигенних видів у природних екосистемах викликає дисбаланс у біоценозах. Управління збереженням біорізноманіття прісноводних та морських екосистем розвивається не так швидко, як для екосистем суші, що негативно впливає на обсяг рибних запасів та середовища перебування водних живих ресурсів.

Завдання щодо охорони біорізноманіття не вирішується під час приватизації земель, підготовки і виконання програм галузевого, регіонального і місцевого розвитку. Відсутність закріплених на місцевості в установленому законом порядку меж об'єктів природно-заповідного фонду призводить до порушення вимог заповідного режиму. Повільними є темпи встановлення у натурі (на місцевості) прибережних захисних смуг вздовж морів, річок та навколо водойм, які виконують роль екологічних коридорів.

Забезпечення екологічно збалансованого природокористування. Все-світня Конференція ООН з питань навколошнього природного середовища і розвитку ухвалила декларацію та визнала концепцію сталого розвитку домінантною ідеологією цивілізації у ХХІ столітті. Сталий соціально-економічний розвиток будь-якої країни означає таке функціонування

її господарського комплексу, коли одночасно задовольняються зростаючі матеріальні і духовні потреби населення, забезпечується раціональне та екологічно безпечне господарювання і високоефективне збалансоване використання природних ресурсів, створюються сприятливі умови для здоров'я людини, збереження і відтворення навколошнього природного середовища та природно-ресурсного потенціалу суспільного виробництва.

Інтеграція екологічної політики та удосконалення системи інтегрованого екологічного управління. На відміну від законодавства ЄС врахування майбутнього впливу на довкілля на етапі планування та програмування розвитку не є законодавчо обов'язковим в Україні. Запропоновання новітніх екологічно чистих технологій та поширення найкращого досвіду є дуже повільними. Низькі ціни на енергоресурси, що втримуються протягом тривалого часу, а також високий рівень зношеності обладнання призвели до того, що Україна посідає шосте місце у світі за обсягом споживання газу, перевищуючи в 3–4 рази показники країн Європи.

Вітчизняними підприємствами та іншими суб'єктами господарювання не створено систему екологічного управління та екологічного маркування продукції. На 2009 рік в Україні налічується 1630 підприємств, що отримали сертифікати системи управління якістю, в тому числі 55 — системи екологічного управління. Лише для 256 видів продукції 27 товаровиробників отримали екологічний сертифікат на відповідність міжнародним екологічним критеріям згідно з вимогами міжнародних стандартів серії ISO 14000.

Інтеграція екологічної політики до галузевих видів діяльності, обов'язкове врахування екологічної складової при складанні стратегій, планів і програм розвитку України, впровадження екологічного управління на підприємствах, екологізація господарської діяльності є шляхом до сучасної секторальної екологічної політики, що реалізується в країнах Західної та Центральної Європи.

Регіональна екологічна політика. Відмінності соціально-економічного розвитку регіонів України зумовлюють нерівномірне техногенне навантаження на навколошнє природне середовище. Передбачається, що положення Стратегії та розроблені на її основі національні плани дій будуть інтегровані в регіональні програми соціально-економічного розвитку та деталізовані на рівні регіональних планів дій з охорони навколошнього природного середовища Автономної Республіки Крим, областей, міст Києва і Севастополя, на основі яких будуть розроблені місцеві плани дій з охорони навколошнього природного середовища, підготовлені на рівні сільських, селищних та міських рад.

Реалізація Стратегії. Реалізація заходів національної екологічної політики, передбачених в Стратегії, розрахована на два етапи: до 2015 року передбачається забезпечити стабілізацію екологічної ситуації, уповільнення темпів зростання антропогенного навантаження на навколошнє

природне середовище, створення умов для підвищення рівня екологічної безпеки населення, започаткування переходу до природоохоронних стандартів Європейського Союзу, розроблення відповідних нормативно-правових актів, підвищення громадської активності у сфері охорони навколишнього природного середовища; протягом 2016–2020 років передбачається здійснити поступове розмежування функцій з охорони навколишнього природного середовища та господарської діяльності з використання природних ресурсів, імплементацію європейських екологічних норм і стандартів, екосистемне планування, впровадження переважно економічних механізмів стимулювання екологічно орієнтованих структурних перетворень, досягнення збалансованості між соціально-економічними потребами та завданнями у сфері збереження навколишнього природного середовища, забезпечення розвитку екологічно ефективного партнерства між державою, суб'єктами господарювання та громадськістю, поширення та поглиблення екологічних знань широких верств населення країни.

З метою реалізації заходів Стратегії Законом від 21 грудня 2010 року Кабінет Міністрів України був зобов'язаний розробити та затвердити до 31 березня 2011 року Національний план дій з охорони навколишнього природного середовища. Національний план дій з охорони навколишнього природного середовища на 2011–2015 роки затверджений розпорядженням Кабінету Міністрів України № 577-р від 25 травня 2011 року.

У свою чергу уряд країни доручив міністерствам та іншим центральним і місцевим органам виконавчої влади за погодженням з Міністерством екології та природних ресурсів привести до 30 червня 2012 року галузеві програми розвитку, програми з охорони навколишнього природного середовища та місцеві програми економічного і соціального розвитку у відповідність до Стратегії та Національних планів дій з охорони навколишнього природного середовища. Крім цього Міністерству екології та природних ресурсів доручено забезпечити підготовку та видання щороку до 31 березня звітів щодо стану виконання Національним планом дій з охорони навколишнього природного середовища центральними і місцевими органами виконавчої влади.

А н о т а ц і я

Каракаш I. I. Законодавчі засади нової Стратегії державної екологічної політики України. — Стаття.

Стаття присвячена розгляду Основних зasad (Стратегії) державної екологічної політики України на період до 2020 року, що були затверджені Законом Україні від 21 грудня 2010 року та які у даний час визначають нові напрями державної екологічної політики країни. З метою реалізації Стратегії урядом України був розроблений і затверджений Національний план дій з охорони навколишнього природного середовища на 2011–2015 роки.

Ключові слова: Основні напрями, Концепція, Стратегія, державна екологічна політика, Національний план дій.

Аннотация

Каракаш И. И. Законодательные основы новой Стратегии государственной экологической политики Украины. — Статья.

Статья посвящена рассмотрению Основных направлений (Стратегии) государственной экологической политики Украины на период до 2020 года, которые были утверждены Законом Украины от 21 декабря 2010 года, определяющие в настоящее время новые направления государственной экологической политики страны. С целью реализации Стратегии правительством Украины разработан и утвержден Национальный план действий по охране окружающей природной среды на 2011–2015 годы.

Ключевые слова: Основные направления, Концепция, Стратегия, государственная экологическая политика, Национальный план действий.

Summary

Karakash I.I. Legislative bases of new Strategy of the state ecological policy of the Ukraine. — Article.

Article is dedicated to the examination of the basic directions (Strategy) of the state ecological policy of the Ukraine to the period until 2020, which were affirmed by the law of the Ukraine dated December 21, 2010, the determining at present new directions of the state ecological policy of the country. For the purpose of the realization of strategy the national plan of actions on the protection of natural environment during the years 2011–2015 is developed and affirmed by the government of the Ukraine.

Keywords: Basic directions, concept, Strategy, state ecological policy, the national plan of actions.

УДК 351.713:347.732(477)

I. V. Mischenko

ДЕЯКІ ПИТАННЯ ВИЗНАЧЕННЯ ПРАВОВОГО СТАТУСУ МИТНИХ ПОСЕРЕДНИКІВ В УКРАЇНІ

Митна справа України — багатоаспектна та динамічна сфера суспільного життя, яка охоплює значне коло відносин між її учасниками, врегульованих нормами передусім митного, а також інших галузей права. Цим пояснюється її комплексний характер. Митний кодекс (далі — МК) України покладає безпосередню реалізацію вітчизняної митної справи на митні органи, до яких відносить Держану митну службу України, регіональні митниці та митниці. Вони і є головними фігурантами митної справи поряд із фізичними та юридичними особами, які переміщують товари та транспортні засоби через митний кордон України. Однак на цьому її суб'єктний склад не закінчується, оскільки останнім часом на митно-правовій арені з'явилося чимало нових учасників — представників сервісної складової вітчизняної митної справи. Про неї ще десять років тому назначав Є. В. Додін, наголошуючи на існуванні такої функції митної справи, як надання послуг [4, с. 9]. Отже, мова у цій статті піде про особливості правового становища категорії суб'єктів, які безпосередньо не беруть участі у зовнішньоекономічних операціях, а надають при цьому різноманітні посередницькі послуги імпортерам, експортерам та іншим суб'єктам ЗЕД.

Проблемам митного посередництва у різні роки присвячено чимало наукових робіт таких науковців, як Є. В. Додін, А. В. Мазур, Д. В. Приймаченко, В. В. Прокопенко, І. І. Свіtlак, І. О. Федотова та ін. Однак, зважаючи на динамічність митного законодавства, наукові дослідження у цьому напрямку ще тривалий час залишатимуться актуальними та затребуваними.

Участь зазначених суб'єктів у реалізації митної справи полягає у сприянні зручнішому, швидшому та більш ефективному здійсненню всіх митних процедур при переміщенні товарів і транспортних засобів через митний кордон України. Офіційної назви та визначення ці суб'єкти за-

досить тривалий час їх існування так і не отримали, хоча чи не кожна зовнішньоекономічна операція супроводжується залученням принаймні одного з них. Ні МК України, ні жоден інший законодавчий та підзаконний нормативний акт не називає повного переліку підприємств, що належать до цієї категорії суб'єктів митної справи. МК України встановлює лише два види — митний брокер та митний перевізник. окремі нормативно-правові акти згадували про підприємства, що надають посередницькі послуги в галузі митної справи, однак не надавали роз'яснення щодо змісту цієї категорії. Поступово популярності набирає термін «митний посередник», хоча здебільшого у спеціальній літературі. Згодом один з підрозділів Держмитслужби України отримав назву Департаменту організації митного контролю та роботи митних посередників.

Термін «митний посередник» є збірним поняттям, законодавче визначення якого, як вже зрозуміло, відсутнє. Аналіз законодавства з питань митної справи дає змогу віднести до цієї категорії таких суб'єктів: митних брокерів, митних перевізників, власників складів тимчасового зберігання, а також митних ліцензійних складів відкритого типу, магазини безмитної торгівлі та вантажні митні комплекси. Всі вони є ланкою, яка пов'язує суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності, які переміщують товари та транспортні засоби через митний кордон України, з митними органами, які в свою чергу контролюють таке переміщення та здійснюють для цього необхідні процедури.

Діяльність митних посередників різноманітна, здійснюється у специфічних формах, спрямована на задоволення різних інтересів суб'єктів ЗЕД. Її правову основу складає значна кількість нормативно-правових актів, від МК України до відомчих наказів Держмитслужби України.

Дослідивши нормативно-правову базу з питань діяльності зазначених суб'єктів, можна виділити низку спільних ознак, притаманних всім без винятку митним посередникам, що дасть можливість сформувати уявлення про правовий статус цієї групи суб'єктів та їх місце в реалізації митної справи. Так, до загальних ознак можна з упевненістю віднести такі:

1. Митний посередник — це фізична чи юридична особа — резидент, зареєстрована належним чином як суб'єкт підприємницької діяльності. Цей висновок випливає з положень передусім МК України, який у ст. ст. 176 та 182 визначає, що митним брокером та митним перевізником відповідно є підприємства-резиденти. Під підприємством МК України розуміє як будь-яку юридичну та фізичну особу, зареєстровану як суб'єкт підприємницької діяльності, тож в цій якості можуть виступати як фізичні, так і юридичні особи, незалежно від форми власності та організаційно-правової форми. Про ці види діяльності має бути зазначено в установчих документах. Власниками складів тимчасового зберігання та митних ліцензійних складів також можуть бути суб'єкти господарської (підприємницької) діяльності (фізичні або юридичні особи), про що значиться у відповідних положеннях про них [6; 8]. При цьому об-

в'язковою умовою для функціонування таких складів є наявність у їх власників ліцензії на право здійснення митної брокерської діяльності, а враховуючи положення ст. 176 МК України, про які йшлося вище, можна дійти висновку, що власниками зазначених складів також можуть бути тільки підприємці-резиденти України.

2. Обов'язковою умовою діяльності митних посередників є необхідність отримання дозвільних документів (ліцензій, дозволів), виданих митними органами за умови виконання визначених законодавством вимог. Чинне митне законодавство вимагає наявності ліцензії лише у митного брокера (ст. 176 МК України) та власника митного ліцензійного складу (п. 1.2 Положення про відкриття та експлуатацію митних ліцензійних складів). Решті митних посередників необхідно отримати відповідний дозвіл. Хоча на сьогоднішній день залишається відкритим питання з допущенням до здійснення своєї діяльності митних перевізників, оскільки її ліцензування було скасовано, а новий дозвільний порядок не затверджений. Проект нової редакції МК України, прийнятий у першому читанні, пропонує єдиний порядок отримання дозволів всіма митними посередниками, крім митного брокера (для нього порядок ліцензування залишається без змін).

3. Митні посередники надають свої послуги на підставі цивільно-правового договору, вид якого визначається МК України чи іншими актами митного законодавства. Так, МК України встановлює вид договору для митного брокера — доручення (ст. 177), складу тимчасового зберігання — зберігання (ст. 102). Решта договорів — зберігання для митного ліцензійного складу, доручення для митного перевізника, всі перелічені договори для вантажного митного комплексу встановлюються окремими нормативними актами про цих суб'єктів [3; 6; 7]. Що ж до магазину безмитної торгівлі, який реалізує товари під митним контролем, в тому числі на договірних засадах, то жоден нормативно-правовий акт не визначає вид цивільно-правового договору, який при цьому укладається. Характер діяльності цього суб'єкта митного посередництва дає можливість однозначно стверджувати те, що відносини між власником товарів, що реалізуються у магазинах безмитної торгівлі, та відповідними митними органами опосередковуються цими магазинами на підставі договору комісії.

4. Надаючи на договірних засадах послуги у сфері митної справи, митні посередники в цей же час вступають у правовідносини з митними органами. Ці правовідносини досить різноманітні, мають різне змістовне наповнення. Так, прикладом таких відносин може служити взаємодія цих суб'єктів у формуванні відповідних реєстрів митних посередників, знову ж таки в процесі видачі, переоформлення, анулювання дозвільних документів, контролю за їх діяльністю тощо. Цілком погоджуємося з твердженням, що відносини, які виникають між митними посередниками та митними органами України, за правою природою можна визначити як адміністративно-правові вертикального виду. Саме ці відносини, що

характеризуються наявністю в однієї сторони державно-владних повноважень (митні органи) щодо другої сторони відносин (митні посередники), найяскравіше виявляють сутність адміністративно-правового регулювання. Для даних відносин характерні: нерівність сторін, підлеглість однієї сторони іншій, наявність організаційної підпорядкованості та її відсутність; підконтрольність і піднаглядність, нерівність сторін у юридичному розумінні [9, с. 196].

5. Регулювання діяльності митних посередників здійснюється нормами митного законодавства та цивільно-правовим договором відповідного типу. Серед актів митного законодавства провідне місце займає МК України, який більшою чи меншою мірою, переважно в загальних рисах, регулює відносини за участю кожного з митних посередників. Крім того, щодо кожного з них прийняте відповідне положення, яке затверджено постановою Кабінету Міністрів України (вантажний митний комплекс, магазин безмитної торгівлі) або наказом Держмитслужби України (склад тимчасового зберігання, митний ліцензійний склад). Стосовно митного брокера та митного перевізника діють ліцензійні умови, які встановлюють організаційні, кваліфікаційні та інші вимоги до провадження цих видів господарської діяльності. Хоча ліцензування митного перевізника давно скасовано, ліцензійні умови щодо його діяльності є чинними й до цих пір.

На підставі сформульованих ознак можна дати визначення поняття «митний посередник». Під митним посередником слід розуміти суб'єкта підприємницької діяльності (фізичну або юридичну особу), який на підставі цивільного-правового договору певного виду та дозвільних документів надає з ініціативи суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності, які переміщують товари та транспортні засоби через митний кордон України, посередницькі послуги, спрямовані на реалізацію їхніх прав і свобод у галузі митної справи та представлення їх інтересів у митних органах України.

Таким чином, митні посередники — це група суб'єктів митної справи, які, з одного боку, виконують різні завдання, а з іншого, — об'єднані спільною рисою, що визначає їх місце та роль у реалізації митної справи. Як інтегруючий елемент можна виділити посередницьку функцію, яка виконується всіма суб'єктами цієї категорії. Крім того, не слід забувати і про комерційний ефект від цієї діяльності, який без перебільшення є рушійною силою розвитку цього напрямку митної справи України. Якщо з останнім твердженням все зрозуміло, то стосовно посередницької функції можуть виникати питання та суперечки. Сутність посередницької діяльності у загальному розумінні полягає в діяльності посередника щодо реалізації повноважень в інтересах їх установника [1, с. 89]. Поняття комерційного посередництва, яким власне є діяльність означених вище суб'єктів, містить ч. 1 ст. 295 Господарського кодексу України, згідно з якою комерційним посередництвом є різновид підприємницької діяльності, що полягає в наданні комерційним агентом

послуг суб'єктам господарювання при здійсненні ними господарської діяльності шляхом посередництва від імені, в інтересах, під контролем і за рахунок суб'єкта, якого він представляє [2]. Це визначення зазнало жорсткої критики в цивілістичній літературі через те, що український законодавець став на шлях обмеженого тлумачення терміна «посередництво» і розуміє під ним лише надання фактичних послуг [5, с. 70]. Зважаючи на те, що діяльність митних посередників знаходитьться переважно в митно-правовій площині, для характеристики її сутності достатньо зрозуміти основну ідею посередництва: це діяльність третіх осіб, спрямована на оптимізацію, прискорення та підвищення ефективності правових зв'язків між сторонами правовідношення (в нашому випадку між суб'єктом ЗЕД та митним органом), а також основний його принцип: право власності на товар не переходить до посередника в результаті його діяльності. Отже, у загальному розумінні митним посередництвом є підприємницька діяльність третіх осіб, яка спрямована на оптимізацію, підвищення ефективності правових зв'язків суб'єктів ЗЕД з митними органами. Зважаючи на те, що особи, які її здійснюють, вступають у правовідносини не тільки зі своїми клієнтами, а й з митними органами, ця діяльність входить до змісту митної справи України, однак вторинно, опосередковано. Адже теоретично без зазначених суб'єктів реалізація митної справи не припинилася, однак на практиці без митних посередників важко уявити навіть найпростішу зовнішньоторговельну операцію.

Отже, специфіка правового статусу суб'єктів, що здійснюють посередницьку діяльність у галузі митної справи, пояснюється передусім дуалізмом її регулювання, який формує неоднозначне становище цих суб'єктів: одночасно вони виступають як суб'єкти митного та цивільного права з усіма притаманними їм ознаками. З іншого боку, саме такий подвійний вплив на митних посередників дає змогу віднайти баланс між вільним волевиявленням участника договірних відносин та субординацією, імперативністю та суворою регламентацією діяльності суб'єкта публічно-правової галузі, від чого, на наш погляд, він лише виграє.

Література

1. Васильєва В. А. Повноваження як видоутворюючий критерій посередницьких зобов'язань / В. А. Васильєва // Вісник Академії правових наук України. — 2005. — № 1 (40). — С. 89—97.
2. Господарський кодекс України від 16 січня 2003 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 18, 19—20, 21—22. — Ст. 144.
3. Деякі питання функціонування вантажних митних комплексів, автопортів, автотерміналів : постанова Кабінету Міністрів України від 17 лют. 2010 р. № 132 // Офіційний вісник України. — 2010. — № 11. — Ст. 533.
4. Додін Є. В. Функції і форми діяльності митних органів України / Є. В. Додін // Митна справа. — № 5. — 2003. — С. 7—19.

5. Колосов Р. В. Поняття «посередництво» у законодавстві та доктрині цивільного та господарського права: порівняльно-правовий аспект / Р. В. Колосов // Бюлєтень Міністерства юстиції України. — 2009. — № 3 (89). — С. 65–71.
6. Положення Про затвердження Положення про відкриття та експлуатацію митних ліцензійних складів : наказ ДМСУ від 31 груд. 1996 р. № 592.
7. Про затвердження Ліцензійних умов провадження посередницької діяльності митного перевізника : наказ Держкомітету України з питань регуляторної політики та підприємництва від 25 берез. 2004 р. № 34/212 // Офіційний вісник України. — 2004. — № 43. — Ст. 200.
8. Про затвердження Положення про склади тимчасового зберігання : наказ ДМСУ від 7 жовт. 2003 р. № 674 // Офіційний вісник України. — 2003. — № 47. — Ст. 2452.
9. Світлак І. І. Взаємодія митних брокерів та митних перевізників з митними органами України / І. І. Світлак // Науковий вісник Національної академії ДПС України. — 2004. — № 5. — С. 194–199.

А н о т а ц і я

Міщенко І. В. Деякі питання визначення правового статусу митних посередників в Україні. — Стаття.

Стаття присвячена аналізу загальних засад діяльності суб'єктів господарювання, що надають посередницькі послуги у галузі митної справи України. Автором узагальнюються риси, ознаки, властиві митним посередникам, досліджується специфіка їх правового статусу, а також чинники, які її обумовлюють. Формулюється авторське визначення поняття «митний посередник».

Ключові слова: митний посередник, митна справа, посередницька діяльність.

А н н о т а ц и я

Мищенко И. В. Некоторые вопросы определения правового статуса таможенных посредников в Украине. — Статья.

Статья посвящена анализу общих принципов деятельности субъектов хозяйствования, предоставляющих посреднические услуги в области таможенного дела Украины. Автором обобщаются черты, признаки, присущие таможенным посредникам, исследуется специфика их правового статуса, а также факторы, которые ее обуславливают. Формулируется авторское определение понятия «таможенный посредник».

Ключевые слова: таможенный посредник, таможенное дело, посредническая деятельность.

S u m m a r y

Mishchenko I. V. Some questions of determination of the legal status of customs intermediaries in Ukraine. — Article.

The article is dedicated to the general principles of enterprises providing intermediary customs services. The author mentions the features and characters of customs intermediaries. Peculiarity of their legal status and causing factors are researched. The author's definition of category «customs intermediary» is given.

Keywords: customs intermediary, customs affair, intermediary activity.

УДК 343.9:343.37

B. M. Дръомін

МЕХАНІЗМИ ІНСТИТУЦІОНАЛІЗАЦІЇ ТІНЬОВОЇ ЕКОНОМІКИ

Економіка як соціальний інститут є сукупністю інституціоналізованих способів діяльності, соціальних практик, що спричиняють різні типи економічної поведінки, за допомогою яких суспільство адаптується до змін умов свого існування. Майже кожна людина виявляється включеною в економічні відносини. Економіка, за своїм змістом перебуваючи в статусі основного соціального інституту суспільства, у свою чергу диференціюється на окремі галузі, що формують відповідні інституційні утворення або соціальні інститути економіки.

Інституціоналізована злочинність — нова якість сучасної злочинності, пов’язана з глибокою деформацією основних соціальних інститутів і різних сфер суспільного життя [1]. Для інституціональних механізмів розвитку сучасного суспільства характерне поширення тіньових форм соціальної взаємодії, що призводять до деформації офіційних соціальних інститутів. У цих умовах злочинна поведінка ѹ інші неформальні відносини набувають стійких форм, близьких до соціальних інститутів. Найбільш реальні ознаки соціального інституту кримінальні практики набувають у сфері економіки. І в цьому немає нічого дивного, адже загальновідомо, що економіка визначає базисні умови життєдіяльності кожної людини окремо і суспільства загалом.

С. Грабовський у 1998 р. у статті з вельми різкою назвою «Ментальність шпани» писав, що «вирвавшись із пут соціалістичного табору, пострадянська людина в особі її найбільш заповзятливих екземплярів почала вибудовувати структури з таким відверто кримінальним наповненням, поводитися так «круто», що колишні часи здавалися ледь не райськими. Дуже швидко криміналізація в тих або тих формах охопила все суспільство, і коли тепер міжнародні експерти стверджують, що понад 60 % української економіки перебуває в «тіні», то це і свідчить про рівень реальної криміналізації населення. Причому криміналізації,

якій значна частина громадян України (і всіх пострадянських країн) чинить опір, яку на рівні свідомості не хоче, але якісь підсвідомі чинники штовхають її до проклятого «світлого минулого», зведеного в квадрат. І хоча збільшується кількість міліціонерів на душу населення — пропорційно збільшується й злочинність» [2].

Останніми роками у вітчизняній кримінології опубліковані змістовні роботи з проблем економічної злочинності й інституціоналізації тіньової економіки. Перш за все варто назвати економіко-кримінологічне дослідження механізмів тінізації й детінізації економіки, проведене В. М. Поповичем [3; 4]. Висновки автора багато в чому збігаються з нашим розумінням механізму інституціоналізації тіньової економіки і являють собою хорошу основу для розробки заходів, які автор зараховує до «детінізації» економіки.

Економічну злочинність досліджували А. К. Бекряшев, И. П. Белозеров, А. М. Бойко, А. Ф. Зелінський, А. П. Закалюк, В. В. Коваленко, О. Г. Кальман, Ю. В. Латов, В. М. Попович, В. П. Радаев, Н. О. Лопашенко, Є. Л. Стрельцов, А. А. Горщак та інші вчені, які надали всебічну характеристику тенденціям у розвитку економічної злочинності в Україні, особливостям заходів, спрямованих на стримання її зростання [5]. Видатний кримінолог А. П. Закалюк у «Курсі сучасної української кримінології» глибоко проаналізував суспільно-політичні й економічні передумови детермінації економічної злочинності в сучасній Україні [6]. Тема економічної злочинності не залишається поза увагою й інших учених [7; 8].

Кримінализація економічних відносин, зокрема в державах переходного типу, економічна злочинність і тіньова економіка привертають дедалі більшу увагу вітчизняних і зарубіжних фахівців у сфері кримінального права й кримінології. З'являються міждисциплінарні, передусім економіко-правові й економіко-кримінологічні дослідження, присвячені цій проблемі [9].

Економічна теорія злочинів — відносно новий науковий напрям, що виник останніми роками у сфері взаємодії економічної й правової науки. Завданням дослідників, що працюють у цій галузі знань є вивчення форм і ролі тіньових відносин власності, економічний аналіз злочинної й правоохоронної діяльності, осмислення економічних аспектів правотворчих функцій держави [10].

Ми не ставим за мету детальну характеристику економічної злочинності й тіньової економіки. Нас цікавить перш за все механізми інституціоналізації тіньових та кримінальних практик в економічній сфері. З огляду на це необхідно визначити співвідношення понять «тіньова» і «кримінальна економіка». В економічній і кримінологічній літературі можна знайти найрізноманітніші погляди на це питання.

Деякі автори для характеристики тіньових економічних відносин використовують термін «неформальна економіка» і пропонують таку класифікацію за ступенем легальності господарських операцій: 1) легальна (неофіційна) економіка (*legal economy*) — економічна діяльність,

яку не фіксують у звітності й контрактах; проте вона не порушує ні чинних законодавчих норм, ні прав інших господарських агентів (приклад — натуральне виробництво домашніх господарств); 2) неправова економіка (*out-of-law economy*) — економічна діяльність, що порушує права інших господарських агентів, але не регламентована чинним законодавством і тому перебуває в позаправовій зоні. Це «рожеві ринки» (*rosy markets*); 3) напівправова економіка (*semi-legal economy*) — економічна діяльність, що за своєю метою відповідає законодавству, але періодично виходить за його межі за характером використаних засобів («сірі ринки» — *grey markets*); 4) нелегальна, кримінальна економіка (*non-legal, criminal economy*) — економічна діяльність, заборонена законом, що за своєю суттю порушує закон, як-от: наркобізнес, незаконне виробництво зброї і незаконна торгівля нею, велика контрабанда, проституція, торгівля людьми, рекет і застосування сили. Це «чорні ринки» (*black markets*) [11].

У цій класифікації термін «тіньова економіка» не згаданий, але введено поняття «напівправова», «неправовова» економіка. На нашу думку, до тіньової економіки можна зарахувати тільки «нелегальну», кримінальну економіку. Економіка не може бути «напівправовою». Або діяльність у сфері економіки здійснюється відповідно до закону, або — протизаконно. Напівправова економіка — це, по суті, протиправна економіка.

Безумовно, не можна заперечувати, що термін «неформальна економіка» можна використовувати в науковому слововживку. В економічній літературі його широко використовують і зазвичай під неформальною економікою розуміють ті види економічної діяльності, які не знайшли віддзеркалення в офіційній звітності. Проте потрібно враховувати, що поняття «форма» багатоаспектне, оскільки використовується у філософському, соціологічному, правовому смислах, що ускладнює його використання як системоутворювальної властивості.

А. К. Бекряшев та І. П. Білозеров зазначають, що існують різні концепції тіньової економіки. При теоретичному підході, характерному більшою мірою для вітчизняних дослідників, тіньову економіку розглядають як економічну категорію, що відображає складну систему економічних відносин. Для операціонального підходу, якому віддають перевагу закордонні дослідники, характерне визначення тіньової економіки через дії з її вимірювання. Із методологічних позицій виділяють економічний, соціологічний, кібернетичний і правовий підходи до вивчення тіньової економіки. Поширеній також міждисциплінарний комплексний підхід до визначення цього поняття. У межах правових концепцій явища тіньової економіки розглядають як особливу сферу поведінки, зокрема злочинної, що відхиляється від норми. Основну увагу сфокусовано на дослідження супільно небезпечних форм економічної діяльності, передерженні правопорушень і боротьбі з ними правовими засобами (кримінологічний та кримінально-правовий контроль). Економічні концепції

досліджують тіньову економіку на глобальному, макро- і мікрорівнях, а також в інституціональному аспекті. Інституціональний рівень аналізу обирає центром дослідження соціально-економічні інститути тіньової економіки, тобто систему формальних і неформальних правил поведінки й санкції певного різновиду, і зокрема кримінально-правового характеру [12]. Саме цей аспект становить для нас особливий інтерес.

Професор В. М. Попович вважає, що тіньова економіка — це сукупність соціально-нейтральних або соціально-позитивних, неоподаткованих джерел доходів громадян, отриманих від неврахованих і неоподаткованих видів економічної діяльності, а також конгломерат соціально негативних джерел тіньових доходів й антисоціальних джерел тіньових капіталів, отриманих за рахунок здійснення протиправних криміналізованих і криміногенних, але некриміналізованих, тіньових діянь у тих або тих сегментах суспільно-економічних, фінансових, цивільно-правових відносин у сфері цивільного обороту речей, прав, дій країни в цілому [4, с. 101].

Зі сказаного зрозуміло, що автор до структури тіньової економіки включає і правомірні, і криміналізовані види економічної діяльності. Останні переважно тісно пов'язані з іншими видами тіньової економічної діяльності.

Згідно з визначенням В. В. Колесникова, «у найзагальнішому вигляді кримінальна економіка є взаємним зв'язком і обумовленістю певної інституційної структури (елементи якої для легальної економіки є переважно деструктивними), системами специфічно деформованих соціальних відносин (що спричиняють у суспільстві дисфункції легальних соціальних норм) та економічної діяльності, ураженої криміналізацією або суто кримінальною» [13, с. 300].

Існують й інші погляди на тіньову економічну діяльність. Так, А. П. Закалюк вважав, що термін «тіньова економіка» не є правовим. Проте, на нашу думку, саме цей термін найбільш прийнятний для характеристики економічних процесів, що виходять із-під контролю офіційних органів і вирізняються особливими (прихованими) формами економічної поведінки.

Загальновизнано, що тіньова економіка є соціально-економічним явищем, тісно пов'язаним із злочинною діяльністю. У широкому розумінні, тіньова економіка — це неконтрольована державою сфера виробництва, розподілу, обміну і споживання. У вузькому розумінні — це економічна діяльність, що порушує чинне законодавство, у тому числі й кримінально-правове.

Таким чином, у складі тіньової економіки можна виділити кримінальну тіньову економіку і некримінальну. «Проте чітко й однозначно виділити сектор некримінальної економічної діяльності не можливо. Причина цього — складність самого об'єкта аналізу — тіньової економіки, тісний взаємозв'язок її позитивних і негативних функцій в умовах недосконалого конкурентного середовища, необґрутованого оподаткування,

а також формальних і неформальних обмежень на відкриття і ведення бізнесу», — аргументовано доводять А. К. Бекряшев та І. П. Білозеров [12].

З огляду на високу латентність тіньової економіки вважаємо мало-продуктивним її аналіз за окремими формами і видами економічної діяльності. В окрему категорію слід виділити злочини у сфері економіки (кrimінальну тіньову економіку), а інші види тіньової економічної поведінки варто врахувати до інших протиправних або, згідно з термінологією соціологів, неправових тіньових економічних відносин. У межах інституціональної теорії криміналізації економіки нас цікавлять усі прояви тіньової економіки, серед яких особливе місце посідають економічні злочини — кримінальні практики у тіньовому економічному секторі.

Статистика МВС України щодо злочинів у сфері економіки в багатьох аспектах відображає лише активність правоохоронних органів. Надзвичайно висока латентність економічної злочинності не дозволяє орієнтуватися на офіційні дані, оскільки вони не відповідають реальному рівню кримінальної ураженості економічної сфери. Але якщо все-таки аналізувати судову статистику, можна відзначити відсутність різких коливань у показниках структури і динаміки економічної злочинності після 2000 р. Так, з 2003 р. до 2005 р. кількість злочинів у сфері економіки зросла з 42 387 до 45 107, проте протягом наступних трьох років було зафіксовано зменшення кількості зареєстрованих злочинів цієї категорії. У 2008 р. кількість злочинів економічної спрямованості зменшилася порівняно з рівнем 2007 р. на 9,7 % і становила 38 607. Причин такого становища багато, але серед основних — низька ефективність роботи правоохоронних органів і високий рівень корупції. Ці чинники визначають багато в чому й інші низькі показники виявлення економічних злочинів. Як і в попередні роки, найчастіше злочини цієї категорії сконцентрувалися у сferах фінансів і кредиту (17,0 % таких злочинів від загальної кількості), використання бюджетних коштів (16,5 %), в агропромисловому комплексі (6,6 %), у сфері приватизації (6,1 %) і паливно-енергетичному комплексі (4,9 %).

Структурний розподіл злочинів економічного спрямовання в 2002–2008 рр. залишався достатньо стабільним: щорічно в середньому 36–37 % становили посягання на власність, приблизно 20 % — противі правні діяння у сфері господарської діяльності й до 40 % — злочини у сфері службової економічної діяльності. Серед злочинів проти власності традиційно переважали привласнення, розтрата майна або заволодіння ним шляхом зловживання службовим становищем.

До 10 % злочинів проти власності сконцентровано у великих розмірах, до 20 % — в особливо великих розмірах. Достатньо поширеними є шахрайські посягання економічного спрямовання. Протягом 2005–2008 рр. кількість цих посягань зросла з 4570 до 6133 (приріст становив 34,2 %). Протягом 2004–2007 рр. інтенсивно збільшувалася кількість шахрайських дій, сконцентрованих шляхом незаконних операцій із використанням елект-

ронно-обчислювальної техніки. Якщо в 2003 р. таких операцій було виявлено тільки 703, то в 2007 р. — вже 1 348 (+91,7 %). За період з 2004 до 2008 р. на них припадало в середньому 22,2 % усіх випадків шахрайств в економічній сфері.

Поширеним видом злочинної діяльності в економічній сфері є виготовлення, зберігання, придбання, перевезення, пересилання, ввезення до України з метою збуту або збуту підроблених грошей, державних цінних паперів. Протягом 2006—2008 рр. кількість таких злочинів у середньому становила 1430—1450 злочинів.

Дещо інший вигляд має динаміка злочинів, пов’язаних із забороненими видами господарської діяльності. Якщо в 2003 р. було зареєстровано лише 306 таких діянь, то за період 2004—2007 рр. їх кількість постійно зростала. Так, у 2004 році кількість таких злочинів зросла в 3,4 раза порівняно з показником 2003 р. У 2007 р. відповідний показник становив 1636 злочинів, що вп’ятеро більше ніж в 2003 р. Аналогічні тенденції спостерігалися і в динаміці злочинів, пов’язаних із незаконним виготовленням, зберіганням, збутом або транспортуванням з метою збуту підакцізних товарів.

Професор Н. А. Гуторова акцентує, що особливу небезпеку становить криміналізація банківської сфери, тому що підриває стабільність грошово-кредитної системи, підпорядковувавши своєму впливу ключові сегменти ринку, сприяючи створенню фінансової бази для вростання організованої злочинності в органи державної влади. Злочини проти державних фінансів сьогодні набули значного поширення і становлять істотну небезпеку для держави і суспільства [14].

У фінансово-кредитній системі виникли найгостріші проблеми, характерні для економіки переходного періоду. Економічна злочинність у кредитно-фінансових відносинах має різні форми. Деформовані кредитно-фінансові відносини створили реальну загрозу переходу контролю над грошовим оборотом до організованих кримінальних структур [15].

У структурі злочинів економічної спрямованості реєструвалися всі види передбачених кримінальним законом діянь, що свідчить про глибоке проникнення кримінальних форм поведінки в економіку. До таких злочинів належать: шахрайство з фінансовими ресурсами; легалізація (відмивання) прибутків, отриманих злочинним шляхом; порушення законодавства про бюджетну систему України; фіктивне підприємництво і фіктивне банкрутство; незаконні дії з платіжними картками й іншими засобами доступу до банківських рахунків і устаткування для їх виготовлення; порушення порядку здійснення господарської і банківської діяльності; незаконна приватизація майна; незаконне використання товарного знаку; випуск або реалізація недоброкісної продукції та ін. Таким чином, ці й інші злочини відображають різноманіття форм кримінальної заповзятливості людей, що ще раз підтверджує тезу про те, що злочинні діяння у багатьох випадках набувають характеру повсякденних соціальних практик.

Інтенсивний процес зрошення економіки і злочинності, поширення кримінальної економічної поведінки і її перетворення на домінуючу модель відносин економічних агентів у межах ринку, що формується, утворження корупційної моделі взаємовідносин влади і бізнесу, «тіньових» норм економічної діяльності й моралі, кримінальної психології та інші супутні обставини призвели до формування специфічного інституціонального утворення — кримінальної економіки [13, с. 287].

Як справедливо зауважує А. М. Бойко, коли інститути держави не виконують свої функції, перш за все, коли не забезпечується принцип верховенства права або економічна діяльність суб'єктів у межах формально-визначених правил приводить до великих трансакційних витрат, тоді стають ефективними злочинні організації, які гарантують, організовують і упорядковують виробництво, обмін і перерозподіл ресурсів, створюють значні переваги для окремих суб'єктів ринку і виконують інші функції, необхідні для ефективного розвитку бізнесу. Ці деформації призвели до поширення тіньової сторони економічного життя, коли практично обов'язковою умовою здійснення будь-якої господарської діяльності є постійна противправна діяльність, оскільки вона є економічно мотивованою і містить у своїй основі економічний інтерес [16].

Початком виникнення організованої економічної злочинності в нашій країні можна вважати появу певної політичної та економічної свободи під час перебудови, яку організована злочинність відразу використовувала у своїх інтересах. В. А. Глушков і А. Ф. Долженков стверджують, що «тіньова економіка становить основу механізму перерозподілу суспільного прибутку, стрімкого розшарування суспільства на зuboжілу більшість і багату меншість, а внаслідок цього і соціальної поляризації суспільства, хабарництва і корупції в державних структурах, зрошення підприємницьких структур із прошарками сuto кримінального походження [17].

Л. М. Тимофеєв, характеризуючи корупцію і тіньову економіку в по-всякденному житті сучасного російського городянина, зазначає, що отримана під час дослідження повсякденного життя цієї категорії населення (у Москві, Ростові-на-Дону, Костромі, Іваново, Уфі) інформація свідчить про те, що нелегальні економічні відносини пронизують усі основні сфери життєдіяльності росіян. При цьому суб'єктами тіньового порядку є не тільки виробники товарів і послуг, але і їхні споживачі. «Таким чином, йдеться не просто про зловживання в окремих відомствах і групах населення (серед чиновників, підприємців, працівників міліції, вищої школи, освіти тощо), а про всеосяжну щільну соціальну матерію, про корупційно-тіньове середовище, яке не можна швидко замінити ніякими законодавчими і репресивними заходами хоч би тому, що в суспільстві немає відповідних суб'єктів. Принаймні на це указують свідчення наших респондентів про поведінку і вдачу людей, що працюють у системі виконавчої влади, зокрема в органах охорони правопорядку» [18].

Як модель процесу інституціоналізації економічної злочинності їй інших форм тіньової економіки розглянемо концепцію російських соціологів Л. Я. Косалса та Р. В. Ривкіної. На їхню думку, інституціоналізація тіньової та кримінальної економіки пов'язана з якісними, глибинними змінами в системі соціально-економічних відносин. Автори зазначають, що «із середини 80-х років усередині тіньової економіки, як і в її становищі в суспільстві, відбулася якісна зміна — її інституціоналізація» [7; 19, с. 13–14].

Інституціоналізація тіньової економіки — це закріплення тіньової економічної поведінки (наприклад, «оготівковування» грошей, тіньовий вивіз капіталу) у ті чи ті організаційно стійкі форми, що визнаються всіма учасниками певної діяльності й трансльовані наступним поколінням зайнятих нею суб'єктів. Таким чином, пройшовши стадію інституціоналізації, тіньова економіка зазнає якісних змін: із хаотичних і випадкових, не оформленіх взаємодій економічних суб'єктів, поведінка яких не обмежена якимись жорсткими правилами, вона перетворюється на структуровану соціальну систему, яка не тільки прихована від прямого державного контролю і спостереження, а її має внутрішню самовідтворювану організацію [19, с. 13–14].

Очевидно, що в механізмі інституціоналізації тіньової їй кримінальної економіки виявляються закони синергетики, оскільки інакше тіньова економіка знищила б економіку в цілому. Відбувається зворотне — тіньова економіка не тільки відтворює себе, але її здійснює функції відтворення легальних економічних відносин.

Таким же чином, як відбувається інституціоналізація найрізноманітніших соціальних практик, інституціоналізуються наукові напрями. На наш погляд, проблеми злочинності у сфері економіки, механізми інституціоналізації економічних кримінальних і тіньових практик повинні стати предметом вивчення економічної кримінології. Цей напрям сформувався в західній кримінології, його активно розробляють російські вчені. У межах економічної кримінології на особливу увагу дослідників заслуговують не тільки процеси криміналізації економіки і заходи протидії їй, але її механізми її інституціонального переродження, кримінальної трансформації. Інституціоналізовані кримінальні практики у сфері економіки, кримінальна економіка як соціальний інститут створюють загрозу не тільки для національної безпеки, але її морального формування людини, що її визначає науковий і практичний інтерес до цієї сфери соціальної дійсності.

Література

- Гилинский Я. Девиантология: социология преступности, наркотизма, проституции, самоубийств и других «отклонений» / Я. Гилинский. — СПб.: Юрид. центр Пресс, 2004. — 520 с.; Гилинский Я. Институциональные эффекты девиантности и социального контроля / Я. Гилинский, В. Гольберт // Российский криминологический

- взгляд. — 2009. — № 1. — С. 218–233; Колесников В. В. Криминология и институциональный подход: методологические возможности нового инструментария [Электронный ресурс] / В. В. Колесников ; Саратов. центр по исслед. проблем организованной преступности и коррупции. — Режим доступа : <http://sartraccsgap.ru>; Дрёмин В. Н. Преступность как социальная практика и предметная деятельность / В. Н. Дрёмин // Наукові праці ОНОА. — О. : Юрид. л-ра, 2006. — Т. 5. — С. 251–261; Дрёмин В. Н. Институционализация преступности и институциональная криминология: концептуальные подходы / В. Н. Дрёмин // Сучасна кримінологія та проблеми протидії злочинності : зб. наук. пр. / за ред. М. П. Орзіха, В. М. Дръоміна. — О. : Феникс, 2008. — С. 54–70.
2. Грабовский С. Ментальность шпаны / С. Грабовский // Зеркало недели. — 1998. — № 15, 11–17 апр.
3. Попович В. М. Тіньова економіка як предмет економічної кримінології / В. М. Попович. — К. : Правові джерела, 1998; Попович В. Понятійний апарат як засіб відображення міждисциплінарного характеру тіньової економіки / В. Попович // Вісник Академії правових наук України : зб. наук. пр. — 2002. — № 1. — С. 142–153.
4. Попович В. М. Економіко-кримінологочна теорія детінізації економіки : монографія / В. Попович. — Ірпінь : Акад. держ. податкової служби України, 2001. — 524 с.
5. Кальман О. Г. Стан і головні напрямки попередження економічної злочинності в Україні: Теоретичні та прикладні проблеми : монографія / О. Г. Кальман. — Х. : Гімназія, 2003. — 352 с.; Кальман О. Г. Взаємозв'язок організованої злочинності та корупції у сфері економіки / О. Г. Кальман // Вісник Академії правових наук України : зб. наук. праць. — 1997. — № 4. — С. 188–190.
6. Закалюк А. П. Курс сучасної української кримінології: теорія і практика. Кн. 2. Криміногічна характеристика та запобігання вчиненню окремих видів злочинів / А. П. Закалюк. — К. : Вид. дім «Ін Юр», 2007. — С. 97–179.
7. Горщак А. А. Теневая экономика: опыт криминологического исследования / А. А. Горщак, Э. А. Диодоренко, В. М. Иванов. — Луганск, 1997. — 293 с.
8. Даньшин І. М. До питання про криміногічне поняття економічної злочинності / І. М. Даньшин // Проблеми боротьби зі злочинністю у сфері економічної діяльності : матеріали міжнар. наук.-практ. конф. (15–16 груд. 1998 р.) — Х., 1999. — С. 66–71; Білоус В. Т. Координація боротьби з економічною злочинністю / В. Т. Білоус. — Ірпінь : Акад. держ. податкової служби України, 2002. — 450 с.; Гуцалова К. Поняття та ознаки економічної злочинності: огляд літератури та проблемні питання / К. Гуцалова // Підприємництво, господарство і право. — 2002. — № 10. — С. 87–89; Коваленко В. В. Профілактика економічної злочинності в Україні : Концептуальні засади, організаційно-правові основи, проблеми управління / В. В. Коваленко. — Х. : Вид-во Нац. ун-ту внутр. справ, 2004. — 420 с.
9. Волков В. В. Политэкономия насилия, экономический рост и консолидация государства / В. В. Волков // Вопросы экономики. — 1999. — № 10. — С. 44–59; Исправников В. О. Теневая экономика в России: иной путь и третья сила / В. О. Исправников, В. В. Куликова. — М. : Рос. экон. журн. и фонд «За экономическую грамотность», 1997. — 192 с.; Ларичев В. Д. Организованная преступность в сфере экономики / В. Д. Ларичев // Законодательство и экономика. — 2002. — № 9; Латов Ю. В. Экономическая теория преступлений и наказаний («экономические империалисты в гостях у криминологов») / Ю. В. Латов // Вопросы экономики. — 1999. — № 10. — С. 60–75; Латов Ю. В. Экономика преступлений и наказаний: тридцатилетний юбилей / Ю. В. Латов // Истоки. — М. : ГУ-ВШЭ, 2000. — Вып. 4. — С. 228–270; Тимофеев Л. Наркобизнес как экономическая отрасль (теоретический анализ) / Л. Тимофеев // Вопросы экономики. — 1999. — № 1. — С. 88–104; Полтерович В. М. Факторы коррупции / В. М. Полтерович // Экономика и математические методы. — 1998. — № 3; Клямкин И. М. Теневой образ жизни. Социологический автопортрет постсоветского общества / И. М. Клямкин, Л. М. Тимофеев. — М. : Рос. гос. гуманит. ун-т, 2000. — 68 с.; Тимофеев Л. М. Институциональная

- коррупция / Л. М. Тимофеев. — М. : Рос. гос. гуманит. ун-т, 2000. — 365 с.; Тимофеев Л. М. Наркобизнес. Начальная теория экономической отрасли / Л. М. Тимофеев. — 2-е изд., перераб. и доп. — СПб : Мед. пресса, 2001. — 96 с.
10. Центр по изучению нелегальной экономической деятельности [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://corruption.rsuuh.ru>.
 11. Радаев В. Теневая экономика в России: изменение контуров / В. Радаев // Pro et Contra. — 1999. — Т. 4, № 1. — С. 5–24.
 12. Бекряшев А. К. Теневая экономика и экономическая преступность [Электронный учебник] / А. К. Бекряшев, И. П. Белозеров. — Режим доступа : <http://newasp.omskreg.ru/bekryash/ch1p1.htm>
 13. Колесников В. В. Экономическое развитие общества и преступность / В. В. Колесников // Современные проблемы и стратегия борьбы с преступностью : монография / науч. ред.: В. Н. Бурлаков, Б. В. Волженкин. — СПб. : Изд. дом С.-Петербург. гос. ун-та : Изд-во юрид. фак. С.-Петербург. гос. ун-та, 2005. — С. 267–350.
 14. Гуторова Н. О. Кримінально-правова охорона державних фінансів України / Н. О. Гуторова. — Х. : Вид-во Нац. ун-ту внутр. справ, 2001. — 384 с.; Гуторова Н. О. Фінансові злочини: необхідність виокремлення і систематизації / Н. О. Гуторова // Вісник Університету внутрішніх справ. — 1999. — № 9. — С. 114–118; Гуторова Н. О. Організована злочинність і тіньова економіка — чи існують вони окремо? / Н. О. Гуторова // Вісн. ун-ту внутр. справ. Спецвипуск. — 2000. — С. 9–11; Гуторова Н. О. Проблеми відповідальності за фінансові злочини, вчинені організованими групами / Н. О. Гуторова // Вісник Університету внутрішніх справ. — 2000. — № 12, ч. 1. — С. 3–6; Гуторова Н. О. Кримінально-правова охорона податкових відносин: напрямки удосконалення законодавства / Н. О. Гуторова // Держава і право. — 2001. — № 9. — С. 392–399.
 15. Есипов В. Криминализация кредитно-финансовой сферы [Электронный ресурс] / В. Есипов, А. Вакурин // Банковское дело в Москве. — Режим доступа : <http://www.bdm.ru/archiv/2000/01/63-65.html>.
 16. Бойко А. М. Організована економічна злочинність у період переходу України до ринкової економіки / А. М. Бойко // Вісник Львівського університету. — 2008. — № 46. — С. 169–177.
 17. Глушков В. О. Організаційно-правові основи боротьби з тероризмом / В. О. Глушков, О. Ф. Долженков // Соціальні та правові проблеми боротьби з тероризмом. — О. : Юрид. л-ра, 2000. — Вип. 8. — С. 47–52.
 18. Тимофеев Л. М. Научно-учебный Центр по изучению нелегальной экономической деятельности: итоги и перспективы, общие принципы и направления деятельности [Электронный ресурс] / Л. М. Тимофеев // Российский государственный гуманитарный университет. — Режим доступа : <http://www.rsuuh.ru/article.html?id=66>.
 19. Косалс Л. Я. Становление институтов теневой экономики в постсоветской России / Л. Я. Косалс, Р. В. Рывкина // Социологические исследования. — 2002. — № 4. — С. 13–20.

А н о т а ц і я

Дръомін В. М. Мехінізми інституціоналізації тіньової економіки. — Стаття.

У статті аналізується економічна злочинність та мехінізми інституціоналізації тіньової економіки. Обґрунтovується, що процеси інституціоналізації економічних кримінальних і тіньових практик повинні стати предметом вивчення економічної кримінології. Інституціоналізовані кримінальні практики у сфері господарської діяльності, тіньова економіка у цілому як соціальний інститут створюють загрозу для національної безпеки і вимагають системних заходів протидії.

Ключові слова: інститут, економічна злочинність, тіньова економіка, національна безпека.

А н н о т а ц и я

Дрёмин В. Н. Механизмы институционализации теневой экономики. — Статья.

В статье анализируется экономическая преступность в сфере хозяйственной деятельности и механизмы институционализации теневой экономики. Обосновывается, что процессы институционализации экономических криминальных и теневых практик должны стать предметом изучения экономической криминологии. Институционализированные криминальные практики в сфере хозяйственной деятельности, теневая экономика в целом как социальный институт создают угрозу для национальной безопасности и требуют системных мер противодействия.

Ключевые слова: институт, экономическая преступность, теневая экономика, национальная безопасность.

S u m m a r y

Dryomin V. N. Mechanisms of institutionalization of the shadow economy. — Article.

In the article, the economic crime in the sphere of economic activity and mechanisms of institutionalization of the shadow economy are examined. It is proven that the process of institutionalization of economic crime and shadow practices should be the subject of economic criminology. Institutionalized criminal practices in the sphere of economic activity, the shadow economy in general as a social institution threaten the national security and require a systemic of countermeasures.

Keywords: institutions, economic crime, the shadow economy, national security.

УДК 343.985

B. B. Тищенко

ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ ОСНОВЫ КРИМИНАЛИСТИЧЕСКОЙ МЕТОДИКИ РАССЛЕДОВАНИЯ ПРЕСТУПЛЕНИЙ: ПРОБЛЕМЫ И ТЕНДЕНЦИИ

Первые методические разработки по расследованию отдельных видов преступлений, появившиеся в отечественной криминалистике в 20–30-е годы минувшего столетия, показали неоднозначность подхода в изложении их содержания. Известные криминалисты тех лет Н. И. Якимов, В. У. Громов, Б. М. Шавер попытались обобщить практический опыт расследования и выявить те закономерности, которые лежат в основе построения частных (отдельных) методик расследования [1–3]. В учебнике криминалистики 1939 года (С. А. Голунский и Б. М. Шавер) была выделена глава «Предмет, метод и задачи методики расследования отдельных видов преступлений», предшествовавшая изложению частных методик [4, с. 3–26]. В ней были определены понятие и задачи данного раздела криминалистики, общие принципы построения методики расследования: на основе обобщения опыта расследования определенной категории дел идти от метода (способа) совершения преступления к методу его раскрытия. Подчеркивалась важность анализа фактов и установления связи между ними, что позволяет не только оценивать достоверность полученных доказательств, но и отыскивать новые доказательства.

В учебнике криминалистики 1952 года Б. М. Шавером была написана глава под названием «Основные положения методики расследования». К ним были отнесены:

- понятие методики расследования отдельных видов преступлений;
- задачи расследования;
- первоначальные неотложные действия следователя;
- обстоятельства, подлежащие выяснению и исследованию;
- основные приемы и методы обнаружения и фиксации доказательств;

- изучение личности обвиняемого и выявление мотивов преступления;
- меры возмещения причиненного вреда и обеспечение конфискации имущества;
- выявление обстоятельств, способствовавших совершению преступления [5, с. 3–18].

Названные положения свидетельствуют о попытке расширения и структуризации данного подраздела методики расследования. Вместе с тем многие из них лишь намечали пути подхода к изучению тех закономерностей, которые лежат в основе теоретической разработки криминалистической методики расследования. Так, задачи расследования сводились к уяснению состава расследуемого преступления и значения борьбы с данным видом преступления. Изучение методики расследования отдельных видов преступлений связывалось с усвоением характерных для нее первоначальных следственных действий. Рекомендации о приемах и методах обнаружения и фиксации доказательств излагались в общем виде, а значение изучения данных о личности обвиняемого виделось, главным образом, в установлении подлинных мотивов и целей преступления. Недостаток положений рассматриваемой главы усматривается и в том, что в ней не рассматривались принципы построения отдельных методик расследования, которые вполне обоснованно выделялись в ранее указанном учебнике.

В 1955 году Б. Л. Зотовым была издана небольшая работа «Общие положения методики расследования отдельных видов преступлений», в которой он писал: «Задача методики расследования и состоит в том, чтобы на основании практики суммировать все то, что имеется общего при расследовании аналогичных дел, и предложить наиболее правильные пути к успешному раскрытию преступлений и изобличению преступника» [6, с. 4]. Такими общими положениями, по его мнению, являются:

- социалистическая законность — основа работы следователя;
- полнота расследования и определение пределов доказывания;
- изучение и обобщение следственной практики;
- быстрота и оперативность расследования;
- применение научно-технических средств в расследовании преступлений;
- сочетание следственных и оперативно-розыскных действий;
- планомерность проведения расследования [6, с. 5–38].

В названных положениях не раскрываются содержание теоретической части методики расследования и ее научные закономерности, а лишь называются основные принципы расследования, часть из которых относится к принципам уголовного судопроизводства, разрабатываемым в науке уголовно-процессуального права.

В содержание основных положений методики расследования отдельных видов преступлений В. И. Теребиловым включалось:

- 1) уяснение сущности состава предполагаемого преступления для правильного определения предмета и пределов доказывания, а также задач расследования;
- 2) изучение способов совершения и скрытия преступлений, что влияет на установление путей раскрытия и расследования соответствующих преступлений;
- 3) первоначальные следственные действия по делам той или иной категории, определяемые в зависимости от объема и содержания исходных материалов;
- 4) методические указания по собиранию, изучению и исследованию различных доказательств, применительно к особенностям расследования отдельных видов преступлений;
- 5) указания на пути и признаки определения круга свидетелей по расследуемому делу;
- 6) указания на все наиболее важные особенности анализа, сопоставления и оценки доказательств, характерные для определенной категории уголовных дел [7, с. 350–353].

Данный перечень основных положений методики расследования показывает, что они в целом совпадают с ранее рассматриваемыми положениями указанного раздела криминалистики. Нужно отметить то особое внимание, которое уделялось процессу собирания, исследования и оценки доказательств — как вещественных, так и исходящих от свидетелей. Впрочем, включение этих положений в содержание методик расследования и криминалистики в целом в некоторой степени спорно, поскольку скорее их следует отнести к положениям теории доказательств.

Определенной новацией можно считать выделение в основных положениях методик расследования отдельных видов преступлений общих методических и организационных указаний, относящихся к расследованию всех видов преступлений [7, с. 353–358]. Среди таких указаний содержались рекомендации по проведению проверочных действий, изучению первичных материалов дела, проведению неотложных следственных действий, использованию бригадного метода расследования, возмещению материального ущерба.

Безусловной вехой в развитии теоретических положений криминалистической методики стала докторская диссертация А. Н. Колесниченко «Научные и правовые основы расследования отдельных видов преступлений» (1967 г.). В ней были рассмотрены понятие методики расследования и определено ее место в системе криминалистики, выделено понятие криминалистической характеристики преступлений и показано значение способа совершения преступления. К основным положениям методики он отнес обстоятельства, подлежащие выяснению в расследовании, производство первоначальных следственных действий; особенности построения следственных версий и производство последующих действий следователя [8]. Таким образом, было определено, что структура

частных методики формируется и исследуется в общих положениях методики расследования, а также названы основные элементы такой структуры.

Эта точка зрения была поддержана и развита ведущими учеными-криминалистами Московского университета и Высшей школы МОП СССР: А. Н. Васильевым, Н. П. Яблоковым, Р. С. Белкиным, Г. Г. Зуйковым [9, с. 488–496; 10, с. 423–431]. При этом отмечалось, что методика расследования не может рассматриваться как сумма методик расследования по видам преступлений, поскольку такой подход не обеспечивает научного единства и практической ценности методики, необходимо разивать общую научную базу для создания действенных частных методик [10, с. 479]. Важным предложением было введение в структуру отдельных методик расследования криминалистической классификации данного вида преступления, а также указаний на учет следственных ситуаций, которые определяют направление расследования [9, с. 424–425, 428–430].

Вместе с тем нужно отметить, что предложенное содержание общих положений методики расследования вызывало споры со стороны отдельных ученых-криминалистов, которые настаивали на том, что содержание общих положений методики расследования должно включать лишь методические принципы расследования [11, с. 5–9] либо включали в себя и принципы расследования и указания по включению в структуру отдельных методик определенных элементов (в частности, криминалистической характеристики преступлений) [12, с. 27–28].

Важным шагом в развитии теоретических положений криминалистической методики стали Минская научная конференция (1973), всесоюзный семинар руководителей кафедр криминалистики, проведенный ВЮЗИ в 1974 г. По рекомендации этого семинара было принято решение о включении понятия «криминалистическая характеристика преступлений» в программу вузовского курса криминалистики. Об актуальности названной проблемы свидетельствует активное обсуждение общих положений методики расследования на Всесоюзной научной конференции в Одессе (1976 г.).

Свое дальнейшее развитие общие положения криминалистической методики получают в 1980-е гг., когда происходит формирование современного представления об их сущности и значении. В этой связи необходимо назвать прежде всего монографии И. А. Возгрина [13] и В. К. Гавло [14], в которых глубоко анализируются новые подходы в разработке криминалистической методики, связанные с криминалистической классификацией и характеристикой преступлений, сущностью и ролью следственных ситуаций в определении направления расследования, значением тактических операций в решении следственных задач, принципами построения отдельных методик расследования, их структурой, классификацией методик расследования.

Относительное затишье в разработке теоретических положений кри-

миналистической методики, наблюдавшееся в последнем десятилетии минувшего и начале XXI века, можно объяснить существенными переменами в политической, социальной и экономической сферах жизни, распадом Советского Союза и образованием новых самостоятельных государств на постсоветском пространстве. В этот период возникают новые правовые и хозяйственные правоотношения, появляются новые виды преступлений, меняются формы и содержание преступной деятельности. Внимание ученых-криминалистов переключается на разработку новых методик расследования отдельных видов и групп преступлений, в том числе и таких, которые носят межвидовой и комплексный характер: заказных убийств, бандитизма, вымогательства, торговли людьми, контрабанды, корыстно-насильственных, экономических, коррупционных, компьютерных преступлений и др.

Вполне естественно, что возникновение новых видов и разновидностей преступлений, появление и развитие профессиональной преступности, ее организованных форм, возрастание преступного противодействия расследованию обусловливают поиск новых, научно обоснованных криминалистических методов и средств, программ и технологий раскрытия преступлений, создание методик расследования разных уровней и различного характера.

Нужно отметить, что нередко преступники для достижения поставленных целей совершают комплексы взаимосвязанных преступных действий, которые органично вплетаются в обычную жизнь человека, маскируются легальными формами трудовой или общественной деятельности, прикрываются посредством коррумпированных связей с представителями власти. Ими создаются системные преступные технологии с использованием как незаконных, так и формально законных форм и средств их обеспечения. Все это вызывает необходимость в разработке криминалистических методик более высокого уровня (межвидовых, комплексных) в отношении групп преступлений, объединяемых и выделяемых по различным уголовно-правовым и криминалистическим признакам как внутри одного раздела Уголовного кодекса, так и находящихся в различных его разделах.

В последние годы интерес к теоретическим положениям криминалистической методики расследования преступлений резко возрастает. Проблемы теории и методологии расследования преступлений находятся в центре дискуссий на научных конференциях, издается ряд монографий и учебных пособий [15–24].

Нужно подчеркнуть, что внимание к разработке теоретических и методологических основ криминалистической методики расследования объясняется новыми подходами к изучению преступной и следственной деятельности, выявлением их закономерностей, знание которых позволяет разрабатывать более точные и обоснованные рекомендации по расследованию преступлений. Думается, этому способствует анализ процесса совершения преступления, а также процесса его раскрытия

и расследования с позиций деятельностного, системного и функционального подходов [18, с. 5–27; 24; 25; 26].

В теорию современной методики расследования вводятся и анализируются новые понятия, категории, подходы. Так, рассматриваются понятия универсальной базовой методики [17, с. 56], общего метода расследования [15, с. 52–62; 21, с. 39–48], предмета расследования [15, с. 238; 20, с. 291–292], программирования и алгоритмизации следственной деятельности [27, с. 28–39; 28], криминалистических технологий [29; 30, с. 18–24; 31], криминалистической стратегии [32, с. 203–209] и др. Не со всеми новациями можно согласиться или разделить трактовку их понимания. Вместе с тем они свидетельствуют о необходимости дальнейшего поиска путей совершенствования теоретических основ криминалистической методики расследования преступлений.

Важной задачей теоретических положений криминалистической методики является определение структуры методик расследования отдельных видов преступлений (частных методик). Однако данная задача не нашла однозначного решения в современной криминалистической литературе.

Так, одними авторами в структуру отдельных методик включается криминалистическая характеристика рассматриваемой группы преступлений (А. Н. Васильев [33, с. 35], И. А. Возгрин [34, с. 294], Н. П. Яблков [35, с. 219–220] и др.). Другими учеными такая характеристика в нее не включается либо потому, что отрицается ее методическое значение (А. В. Дулов [36, с. 72–73], Р. С. Белкин [37, с. 220–223]), либо потому, что она рассматривается как основа разработки частных методик, но не ее элемент (В. П. Бахин [38, с. 179], В. Шмонин [23, с. 143–181]).

Неоднозначно и отношение к такому элементу, как обстоятельства, подлежащие доказыванию. Высказывается мнение о необходимости их рассмотрения в частных методиках наряду с криминалистической характеристикой преступлений (Л. Я. Драпкин и В. Н. Карагодин [39, с. 351], А. Г. Филиппов [40, с. 442] и др.), как элемента структуры отдельных методик, исключающего необходимость в криминалистической характеристике (С. Н. Чурилов [21, с. 29]), как ненужного в связи с изложением в методиках криминалистической характеристики или входящего в последнюю (И. А. Возгрин [34, с. 302], И. Ф. Герасимов [41, с. 343]).

В структуру частных методик расследования традиционно включались этапы расследования, отражающие специфику следственной деятельности, в зависимости от решаемых задач того или иного периода расследования. Но в последнее время В. Е. Корноуховым было высказано мнение о нецелесообразности выделения этапов расследования, поскольку понятие этапа, с его точки зрения, довольно размытое, не имеющее своего содержания и не раскрывающее закономерностей расследования преступлений [19, с. 138–139].

Предлагается включать в структуру отдельной методики в качестве ее самостоятельных элементов криминалистическую классификацию

рассматриваемой группы преступлений, особенности доследственной проверки, вопросы использования специальных познаний, организацию взаимодействия следователя с органами дознания и общественностью, тактические особенности производства отдельных следственных действий и тактических операций, а также некоторые другие.

Многочисленные предложения по формированию структуры методик расследования отдельных категорий преступлений не всегда получают должное обоснование. В их основу кладутся различные принципы образования такой структуры. Поиск таких принципов приводят иногда авторов (В. Е. Корноухов) к выводам, что единой структуры частных методик быть не может [19, с. 140]. В другом месте его монографии утверждается, что существуют две структуры частных методик: 1) функциональная (пространственная), которая включает такие элементы, как следственная ситуация, планирование расследования, тактические комплексы, предмет доказывания; и 2) временная, включающая три этапа расследования — первоначальный, последующий и заключительный [23, с. 98–110].

С указанным мнением нельзя согласиться. Методика расследования отдельных категорий преступлений является системным образованием, имеющим общую структуру для всех ее видовых и подвидовых разновидностей, поскольку структура должна отражать общие закономерности поисково-познавательной деятельности. Различно лишь содержание составляющих ее элементов, т.к. оно отражает специфику такой деятельности в зависимости от характера, вида и других свойств преступлений. Вряд ли целесообразно в частных методиках выделять две структуры, что только усложняет и без того непростую проблему. Сложнее, на наш взгляд, обстоит вопрос с определением структур вневидовых методик, заслуживающий отдельного обсуждения.

Представляется, что структура частных методик расследования должна соответствовать принципам построения последних, о чем уже нами говорилось ранее [18, с. 115–124]. При этом такую структуру целесообразно формировать по следующим блокам: 1) криминалистический анализ соответствующей категории преступлений (их криминалистическая классификация и характеристика); 2) обстоятельства, подлежащие выяснению и установлению; 3) следственные ситуации, задачи и средства их решения на проверочном и начальном этапах расследования; 4) следственные ситуации, задачи и средства их решения на последующем и заключительном этапах расследования; 5) тактические и организационные особенности проведения следственных действий и тактических операций.

Названные элементы детализируются и наполняются соответствующим содержанием по каждой конкретной методике расследования.

Таким образом, в содержание теоретических основ криминалистической методики расследования целесообразно включить следующие положения:

- определение предмета, задач, содержания криминалистической методики и ее места в системе криминалистики;
- источники формирования криминалистических методик и рассмотрение методологических подходов в разработке методик расследования отдельных категорий преступлений;
- криминалистический анализ деятельности по совершению преступлений и деятельности по их расследованию;
- классификация методик расследования: их основания и назначение;
- принципы разработки и применения отдельных (частных) методик расследования;
- структура методик расследования отдельных категорий преступлений;
- общие положения организации и планирования расследования по уголовному делу;
- методика построения программ и алгоритмов раскрытия и расследования преступлений.

Л и т е р а т у р а

1. Якимов И. Н. Криминалистика. Руководство по уголовной технике и тактике / *И. Н. Якимов*. — М., 1925.
2. Громов В. И. Методика расследования преступлений. Руководство для органов милиции и уголовного розыска / *В. И. Громов*. — М., 1929.
3. Шавер Б. М. Об основных принципах частной методики / *Б. М. Шавер* // Социалистическая законность. — 1938. — № 1. — С. 42–56.
4. Голунский С. А. Криминалистика. Методика расследования отдельных видов преступлений / *С. А. Голунский, Б. С. Шавер*. — М., 1939.
5. Криминалистика. Ч. 2 / под ред. С. П. Митричева и П. И. Тарасова-Родионова. — М., 1952.
6. Зотов Б. Л. Общие положения методики расследования отдельных видов преступлений / *Б. Л. Зотов*. — М., 1955.
7. Криминалистика / отв. ред. С. А. Голунский. — М., 1959.
8. Колесниченко А. Н. Научные и правовые основы расследования отдельных видов преступлений : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук / *А. Н. Колесниченко*. — Х., 1967.
9. Криминалистика / отв. ред. А. Н. Васильев. — М., 1971.
10. Криминалистика / под ред. Р. С. Белкина, Г. Г. Зуйкова. — М., 1968.
11. Пантелейев И. Ф. Методика расследования преступлений / *И. Ф. Пантелейев*. — М., 1975.
12. Митричев С. П. Общие положения методики расследования отдельных видов преступлений / *С. П. Митричев* // Криминалистика и судебная экспертиза. — К., 1973. — Вып. 10.
13. Возгрин И. М. Криминалистическая методика расследования преступлений / *И. М. Возгрин*. — Минск, 1983.
14. Гавло В. К. Теоретические проблемы и практика применения методики расследования отдельных видов преступлений / *В. К. Гавло*. — Томск, 1985.
15. Чурилов С. Н. Криминалистическая методика: История и современность / *С. Н. Чурилов*. — М., 2002.
16. Шмонин А. В. Методика расследования преступлений / *А. В. Шмонин*. — М., 2006.

17. Гармаев Ю. П. Проблемы создания криминалистических методик расследования преступлений. Теория и практика / Ю. П. Гармаев, А. Ф. Лубин. — СПб., 2006.
18. Тищенко В. В. Теоретичні і практичні основи методики розслідування злочинів / В. В. Тищенко. — О., 2007.
19. Корноухов В. Е. Методика расследования преступлений: теоретические основы / В. Е. Корноухов. — М., 2008.
20. Косарев С. Ю. История и теория криминалистических методик расследования преступлений / С. Ю. Косарев. — СПб., 2008.
21. Чурилов С. Н. Методика расследования преступлений. Общие положения / С. Н. Чурилов. — М., 2009.
22. Щур Б. В. Теоретичні основи формування та застосування криміналістичних методик / Б. В. Щур. — Х., 2010.
23. Шмонин А. В. Методология криминалистической методики / А. В. Шмонин. — М., 2010.
24. Самыгин Л. Д. Расследование преступлений как система деятельности / Л. Д. Самыгин. — М. : Изд-во Моск. ун-та, 1989.
25. Лозовский Д. Н. Методы расследования преступлений / Д. Н. Лозовский. — М., 2010.
26. Чебуренков А. А. Основы теории расследования / А. А. Чебуренков. — М., 2010.
27. Шаталов А. С. Понятия криминалистической алгоритмизации и программирования расследования преступлений / А. С. Шаталов // Государство и право. — 2000. — № 8.
28. Ищенко Е. П. Алгоритмизация следственной деятельности / Е. П. Ищенко, Н. Б. Водянова. — М., 2010.
29. Образцов В. А. Криминалистика: модели средств и технологий раскрытия преступлений / В. А. Образцов. — М., 2004.
30. Тищенко В. В. Криміналістичні технології в теорії и практиці розслідування / В. В. Тищенко // Актуальні проблеми держави і права. — О., 2008. — Вип. 44. — С. 18–24.
31. Барцицька А. А. Криміналістичні технології: сутність та місце в системі криміналістичної науки : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / А. А. Барцицька. — О., 2011.
32. Берназ В. Д. Криминалистическая стратегия в расследовании преступлений / В. Д. Берназ // Криминалистика XXI століття : матеріали міжнар. наук.-практ. конф. — Х., 2010.
33. Васильев А. Н. Проблемы методики расследования отдельных видов преступлений / А. Н. Васильев. — М., 1978.
34. Возгрин И. А. Введение в криминалистику / И. А. Возгрин. — СПб., 2003.
35. Яблоков Н. П. Криминалистика / Н. П. Яблоков. — М., 2011.
36. Криминалистика / под ред. А. В. Дулова. — Минск, 1996.
37. Белкин Р. С. Криминалистика: проблемы сегодняшнего дня / Р. С. Белкин. — М., 2001.
38. Бахин В. П. Криминалистика / В. П. Бахин. — К., 2002.
39. Драпкин Л. Я. Криминалистика / Л. Я. Драпкин, В. Н. Карагодин. — М., 2007.
40. Криминалистика / под ред. А. Г. Филиппова. — М., 2004.
41. Криминалистика / под ред. И. Ф. Герасимова, Л. Я. Драпкина. — М., 2000.

А н н о т а ц и я

Тищенко В. В. Теоретические основы криминалистической методики расследования преступлений: проблемы и тенденции. — Статья.

В статье рассмотрены исторические предусловия формирования общих положений криминалистической методики расследования как раздела криминалистики. Выделены и проанализированы современные подходы к определению содержания теоретических

основ криміналистичної методики і показано їх значення для розробки методик розслідування окремих категорій преступлень. Особе увага наділено проблемам визначення структури окремих методик розслідування. Указани тенденції розвитку теорії і методології криміналистичної методики і висказано мнення автора по некоторим з них. Предложена система наукових положень, образуючих содержание теоретических основ криміналистичної методики розслідування.

Ключевые слова: криміналистическая методика розслідування преступлений, общиye положения методики розслідування, структура окремих методик розслідування, теоретические основы криміналистичної методики розслідування.

А н о т а ц і я

Tищенко В. В. Теоретичні основи криміналістичної методики розслідування злочинів: проблеми і тенденції. — Стаття.

У статті розглянуті історичні передумови формування загальних положень криміналістичної методики розслідування як розділу криміналістики. Виділені та проаналізовані сучасні підходи до визначення змісту теоретичних основ криміналістичної методики, показано їх значення для розробки методик розслідування окремих категорій злочинів. Особлива увага приділена проблемам визначення структури окремих методик розслідування. Зазначені тенденції розвитку теорії і методології криміналістичної методики та висловлено ставлення автора до деяких з них. Пропонується система наукових положень, що утворюють зміст теоретичних основ криміналістичної методики розслідування.

Ключові слова: криміналістична методика розслідування злочинів, загальні положення методики розслідування, структура окремих методик розслідування, теоретичні основи криміналістичної методики розслідування.

S u m m a r y

Tishchenko V. V. Theoretical foundations of forensic methods of the crime investigation: issues and trends. — Article.

The article considers the historical preconditions of the formation of the general provisions of forensic methods of investigation as a branch of forensic science. Current approaches to defining the content of the theoretical foundations of forensic methods are identified and analyzed and their importance to the development of methods of the investigation of certain categories of crimes is demonstrated. Special attention is paid to problems of determining the structure of the particular methods of investigation. Trends in theory and methodology of forensic method are indicated and the author's opinion is expressed. The system of scientific statements which form the content of the theoretical foundations of forensic methods of investigation is proposed.

Keywords: forensic methods of crime investigation, the general provisions of forensic methods of investigation, the structure of the particular methods of investigation, the theoretical foundations of forensic methods of investigation.

УДК 343.985:343.9:343.37

Л. І. Аркуша

ОСОБЛИВОСТІ ПОЧАТКОВОГО ЕТАПУ РОЗСЛІДУВАННЯ ЛЕГАЛІЗАЦІЇ (ВІДМИВАННЯ) ДОХОДІВ, ОДЕРЖАНИХ У РЕЗУЛЬТАТІ ОРГАНІЗОВАНОЇ ЗЛОЧИННОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

Постановка проблеми та аналіз останніх досліджень і публікацій. Питанням легалізації (відмивання) незаконних (серед них і злочинних) доходів приділялася увага багатьма вченими (В. Алієв, В. Нікуліна, В. Попович, А. Савченко, Г. Тосунян, А. Шебунов та ін.), але, на нашу думку, до теперішнього часу недостатньо уваги приділялося розгляду особливостей проведення початкового етапу розслідування фактів легалізації доходів, одержаних у результаті організованої злочинної діяльності, що негативно впливає на процес протидії означеному виду злочинів.

Метою статті є визначення особливостей проведення початкового етапу розслідування фактів легалізації доходів, одержаних у результаті організованої злочинної діяльності.

Дослідження проблеми.

Проведене дослідження, а також узагальнення практики діяльності правоохоронних органів дозволяє виділити кілька найбільш важливих особливостей процесу розслідування легалізації «відмивання» кримінальних доходів, що особливо чітко виділяються на стадії порушення кримінальної справи.

Першою особливістю виявлення і розслідування злочинів цієї категорії є залежність від зібраних у процесі пошукової діяльності слідчого й оперативних працівників, а також інших суб'єктів антилегалізаційного законодавства документів, котрі слугують беззаперечними доказами кримінальних діянь. Їхній ретельний аналіз на стадії перевірки є найважливішою умовою, що визначає подальший успіх розслідування. У зв'язку з цим вважаємо необхідним звернути увагу на три ключових, на наш погляд, моменти:

— по-перше, отримані матеріали, як правило, містять велику кількість інформації, у тому числі і не потрібну, котра вимагає значних додаткових зусиль для обробки;

— по-друге, ця інформація найчастіше є недостатньою і розрізною, що вимагає проведення додаткових дій з перевірки, спрямованих на одержання відсутніх відомостей. Оптимальним є одночасне вивчення отриманих даних і витребування додаткових документів і відомостей;

— по-третє, під час перевірки необхідна не тільки участь фахівців при огляді її аналізі документів, але і проведення в багатьох ситуаціях судових експертіз. Дослідження фінансово-господарських документів потребує необхідність використання спеціальних знань у тій галузі господарчої діяльності, де ця злочинна діяльність здійснюються. Використання фахівців може надати значну допомогу в розслідуванні, допоможе оптимізувати процес виявлення і припинення злочину. Правоохоронні органи можуть використовувати фахівців, що вже брали участь у проведенні перевірочных дій, для направлення до них матеріалів, наприклад, співробітників банків, контрольно-ревізійних управлінь і т.д. При неможливості здійснення цього варто запросити фахівців із правоохоронних органів. Якщо і це, через певні причини, не може бути виконано, слідчий використовує знання фахівців інших державних організацій, і, у крайньому випадку, комерційних, при безумовному дотриманні вимог про неприпустимість розголошення даних досудового розслідування.

Другою особливістю розслідування «відмивання» кримінальних доходів є обов'язкове виявлення і доведення його зв'язку з основною злочинною діяльністю. Легалізації в будь-якому випадку передує здійснення іншого суспільно небезпечного діяння. Незаконно добуте під час здійснення основного злочину майно стає потім предметом «відмивання». Таким чином, без наявності доказів причетності особи до здійснення основної злочинної діяльності її неможливо притягнути до кримінальної відповідальності за легалізацію.

У практичній діяльності виникають питання, пов'язані з тим, з якої стадії виявлення основної злочинної діяльності можливе притягнення за легалізацією кримінальних доходів. Чи досить факту порушення основної кримінальної справи, чи необхідне притягнення як обвинувачуваного, чи повинен бути вирок суду, що вступив у законну силу? Вчені по-різному відповідають на це запитання. На думку В. А. Нікуліної, необхідність доведення факту отримання предмета легалізації злочинним шляхом «призведе до практики вимагання обвинувачувального вироку суду, що вступив в законну силу» [2]. Слід відзначити, що її побоювання поки що не справдилися. Правозастосовна практика йде по іншому, більш ефективному, шляху. Очевидно, що вимога обов'язкового обвинувачувального вироку за основним злочином значно ускладнила б припинення і розслідування «відмивання».

«Сучасні характеристики діяльності з легалізації тіньових доходів показують, що вона досить відокремлюється від злочинних дій з вилу-

чення таких доходів. У зв'язку з цим подібна діяльність може розгляда-тися як самостійна підстава відповідальності незалежно від відповідальності за правопорушення, що є засобом вилучення незаконних доходів. Таким рішенням забезпечується також превентивна роль заходів боротьби з легалізацією тіньових доходів щодо злочинів, які є джерелом незаконних доходів» [1].

На даний момент використовуються три схеми розслідування злочинів цієї категорії.

За першою схемою в ході попередньої (оперативної) перевірки виявляється одночасно й основний злочин, і легалізація злочинних доходів від його здійснення. Порушується і розслідується одна кримінальна справа щодо обох злочинних діянь.

За другою схемою під час слідства по основному злочині (на будь-якій його стадії) виявляється факт легалізації злочинних доходів. Одночасно пред'являється обвинувачення за всіма злочинами в рамках однієї кримінальної справи.

Легалізація може бути виявлена на будь-якій стадії досудового слідства:

- а) на стадії початкових слідчих дій;
- б) на стадії пред'явлення звинувачення (наприклад, обвинувачуваний під час допиту надає відомості про це);
- в) на стадії завершення розслідування.

За третьою схемою спочатку виявляється легалізація злочинних доходів, при розслідуванні якої вживаються заходи для виявлення обстановин, що її передували, встановлення осіб, які злочинно отримали майно — предмет відмивання. Епізоди основного злочину і легалізації розслідуються в рамках однієї кримінальної справи.

У цих схемах всі епізоди злочинної діяльності направляються до суду в рамках однієї кримінальної справи. Теоретично можливі найрізноманітніші схеми виявлення цих злочинів.

1. Одночасне порушення кримінальних справ за основною злочинною діяльністю і легалізацією (відмиванням) злочинних доходів. Обидві справи розслідуються паралельно, а потім або поєднуються, або направляються до суду окремо.

2. Після оголошення вироку за основним проявом злочинної діяльності проводиться оперативна чи офіційна перевірка, під час якої відбувається виявлення легалізації з наступним порушенням кримінальної справи за ст. ст. 209, 2091 КК України. Дана схема може бути використана в тих випадках, коли обвинувачувані для того, щоб уникнути накладення арешту на майно, передають його третім особам (своїм родичам, знайомим, близьким), які вживають заходів для того, щоб його ретельно приховати, а потім легалізувати.

3. Можлива схема, відповідно до якої при виявленні під час розслідування основної злочинної діяльності і легалізації матеріали про це виділяються в окреме впровадження і розслідуються автономно. Справа

ви за основним злочином і легалізацією окремо направляються до суду.

4. Наступна схема аналогічна попередній з тією лише різницею, що в окреме впровадження виділяється не кримінальна справа, а матеріали, які направляються для проведення додаткової перевірки, після чого порушується кримінальна справа.

5. Ще одна схема характерна тим, що спочатку кримінальної справи за фактами легалізації злочинних доходів і основного злочину розслідуються окремо, оскільки зв'язок між ними ще невідомий. Після виявлення цього зв'язку кримінальні справи поєднуються в одне впровадження.

Третью особливістю розслідування легалізації є необхідність доведення злочинного характеру скоеного раніше іншого (основного) злочину. Тим часом, основний кримінальний злочин найчастіше віддалений від нього в часі, що ускладнює виявлення джерела злочинних доходів. Незважаючи на це, закон зобов'язує встановлювати факт отримання особою коштів чи іншого майна злочинним шляхом. При цьому суб'єкту легалізації повинно бути відомо про їхнє злочинне походження. Отримання коштів чи іншого майна свідомо злочинним шляхом у більшості кримінальних справ доводиться надзвичайно важко. Тому, наприклад, у деяких європейських країнах, що усвідомлюють небезпеку «відмивання» кримінальних доходів і складності їхнього виявлення, обрали інший шлях, котрий міг би стати корисним і для нашої країни.

Наприклад, ст. 305 bis «Відмивання грошей» розміщена в розділі 17 «Злочини й провини проти правосуддя» Кримінального кодексу Швейцарії: «Хто чинить дію, призначену для того, щоб приховати встановлення походження, перебування чи конфіскацію майнових цінностей, що, відбулася в результаті здійснення злочину, про що він знає чи повинен здогадуватися» [3]. Думаю, що формулювання «повинен припускати» в українському кримінальному законодавстві могло б закрити лазівки особам, що відмивають злочинні доходи й уникають відповідальності у зв'язку з нібито їхнім незнанням про злочинне походження майна, яке легалізується.

Четвертою особливістю розслідування «відмивання» кримінальних доходів є масштабне застосування оперативно-розшукових заходів, які повинні здійснюватися як до порушення кримінальної справи, так і під час розслідування. Результати проведеного узагальнення свідчать про те, що проведення перевірки, за даною категорією злочинів шляхом здійснення прилюдних перевірочных заходів, є неефективним; оскільки підозрювані, котрі є обізнаними про заходи, які починаються правоохоронними органами, як правило, переривають свою діяльність і встигають ужити заходів для приховання слідів. Порушеню кримінальної справи за фактами легалізації злочинних доходів у всіх випадках повинна передувати ретельна і всебічна перевірка з використанням можливостей оперативно-розшукових служб, організації всього комплексу спеціальних заходів. У зв'язку з цим вбачаємо більш доцільним, при наяв-

ності інформації про злочин, спочатку організовувати попередню оперативну перевірку, метою якої є визначення застосованої схеми легалізації, даних про особистість усіх її учасників, джерела походження, розміри майна, котре легалізується, установлення місцезнаходження документів та інших матеріалів, що можуть бути доказами злочинної діяльності, свідків обвинувачення, а також злочинних зв'язків, котрі використовувалися.

Особливість здійснення досліджуваної категорії злочинної діяльності полягає в тому, що злочинці змушені робити офіційні операції з коштами, нерухомістю й іншими предметами легалізації: зараховувати кошти на рахунки в банках та інших кредитних установах з оформленням касових ордерів і квитанцій; укладати угоди купівлі-продажу з їх документальним оформленням; конвертувати валюту з видачею довідок про обмін і т.д. Ця обставина при правильній організації роботи деякою мірою полегшує завдання збирання доказів. Не обмежуючись, звичайно, проведеними оперативно-розшуковими заходами, необхідно широко застосовувати дослідження фінансово-господарських документів про угоди й інші фінансові операції, спостереження за особами, що перевіряються, контроль їхніх поштових відправлень, телеграфних та інших повідомлень, зняття інформації з технічних каналів зв'язку, оперативне впровадження співробітників в організації і групи, що займаються легалізацією засобів, добутих злочинним шляхом.

Спочатку необхідно ототожнити особистості громадян, що перевіряються, зібрати документи, які ймовірно встановлюють факти здійснення протиправних дій. Для досягнення цієї мети доцільно встановлювати довірчі (конфіденційні) відносини з особами з оточення, співробітниками фінансово-кредитних та інших установ, задіяних у схемах з легалізації, у т.ч. служб безпеки, використовувати можливості оперативно-технічних підрозділів органів внутрішніх справ. З використанням криміналістичних, оперативно-розшукових, оперативно-довідкових та інших обліків органів внутрішніх справ необхідно зібрати інформацію на осіб, що перевіряються, окреслити коло їхніх знайомств і зв'язків.

При проведенні даних заходів підлягають вивченю спосіб їхнього життя, рід діяльності, рівень і джерела доходів (наявність нерухомості, автотранспорту, предметів розкоші й ін.), інші питання. Особливого значення набувають відомості про діяльність осіб, що перевіряються, як керівників (засновників) підприємств, установ і організацій, як індивідуальних підприємців, визначення характеру їхньої діяльності. Пильна увага повинна бути приділена зв'язкам осіб, що перевіряються, із членами злочинних організацій (злочинних груп), їхньої участі в спільній протиправній діяльності.

Ознаки легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, зазвичай виявляються при розслідуванні кримінальної справи про предикатний злочин або під час проведення оперативно-розшукових заходів відповідними підрозділами ДСБЕЗ, УБОЗ, податковою міліцією,

оперативними підрозділами СБУ з перевірки інформації про сам предикатний злочин чи із забезпечення його розслідування, а також заяв, повідомлень громадян чи засобів масової інформації та повідомлень з Державного комітету фінансового моніторингу України (надалі — Держфінмоніторинг України) про фінансові операції, які можуть бути пов'язані з легалізацією (відмиванням) злочинних доходів.

Отже, кримінальну справу за ознаками легалізації може бути порушенено на підставі:

- а) заяв та повідомлень громадян чи засобів масової інформації;
- б) інформації, що надійшла від Держфінмоніторингу України, аудита, податкових та контрольно-ревізійних органів;
- в) інформації, що надано оперативно-розшуковими органами;
- г) доказів, що зібрано в ході розслідування предикатного злочину.

Сформульоване обумовлює характер діяльності уповноважених на те органів, що передує порушенню кримінальної справи і спрямоване на виявлення ознак легалізації, тобто певних фактичних даних про хоча б одне з діянь, передбачених диспозицією ст. 209 КК України, а саме:

- укладання будь-яких правочинів з майном, що одержано внаслідок раніше вчиненого злочину;
- здійснення будь-якої фінансової операції з коштами, що мають злочинне джерело походження;
- вчинення будь-яких дій, спрямованих на приховування чи маскування незаконного походження коштів або майна, одержаних злочинним шляхом, чи володіння ними, прав на такі кошти або майно, джерела їх походження, місцезнаходження, переміщення;
- набуття, володіння або використання майна або коштів, одержаних злочинним шляхом.

Вищезазначені особливості впливають на процес порушення кримінальної справи.

Після порушення кримінальної справи слідчий виконує комплекс організаційно-тактичних заходів, основним з яких є створення слідчої групи. У разі потреби (а необхідність у цьому виникає досить часто) до її складу належать співробітники оперативних підрозділів, що взаємодіють зі слідчими відповідно до погодженого плану розслідування, що передбачає, насамперед, виконання невідкладних слідчих дій, спрямованих на збирання доказів і припинення можливості їхнього приховання підозрюваними.

Системоутворюючим початком у загальній типовій програмі дослідження події з ознаками легалізації злочинних доходів є встановлені законом обставини, що підлягають доведенню при впровадженні за кримінальною справою. Ці обставини в методиці розслідування злочинів конкретизуються з урахуванням кримінально-правової та криміналістичної специфіки злочину певного виду.

Л і т е р а т у р а

1. «Грязные» деньги и закон. Правовые основы борьбы с легализацией преступных доходов / под общ. ред. Е. А. Абрамова ; сост. В. С. Овчинский. — М., 1994. — С. 11.
2. Никулина В. А. Отмывание «грязных денег». Уголовно-правовая характеристика и проблемы соучастия / В. А. Никулина. — М., 2001. — С. 52.
3. Уголовный кодекс Швейцарии. — М., 2000. — С. 99.

А н о т а ц і я

Аркуша Л. І. Особливості початкового етапу розслідування легалізації (відмивання) доходів, одержаних у результаті організованої злочинної діяльності. — Стаття.

Стаття присвячена дослідженю особливостей проведення початкового етапу розслідування фактів легалізації (відмивання) доходів, одержаних в результаті організованої злочинної діяльності. При цьому зосереджується увага на проблемах, що виникають при вирішенні питання про порушення кримінальної справи, та особливостях виявлення необхідної для цього первинної інформації.

Ключові слова: легалізація (відмивання) доходів, отриманих злочинним шляхом, початковий етап розслідування; порушення кримінальної справи.

А н н о т а ц и я

Аркуша Л. И. Особенности первоначального этапа расследования легализации (отмывания) доходов, полученных в результате организованной преступной деятельности. — Статья.

Статья посвящена исследованию особенностей проведения первоначального этапа расследования фактов легализации доходов, полученных в результате осуществления организованной преступной деятельности. При этом акцентируется внимание на проблемах, возникающих при решении вопроса о возбуждении уголовного дела, и особенностях выявления необходимой для этого первичной информации.

Ключевые слова: легализация доходов, полученных преступным путем, первоначальный этап расследования; возбуждение уголовного дела.

S u m m a r y

Arkusha L. I. Peculiarities of the initial stage in the investigation of legalization (laundering) of proceeds obtained from organized criminal activity. — Article.

The article considers the initial investigation peculiarities of the facts of legalization of proceeds obtained from organized criminal activity. The author also emphasizes the drawbacks arising while deciding whether to bring a criminal charge and peculiarities of obtaining primary information necessary therein.

Keywords: legalization of proceeds obtained from organized criminal activity; the initial stage in the investigation; bringing of a criminal charge.

УДК 340.1

Л. І. Заморська

НОРМАТИВНИЙ ПІДХІД ДО АНАЛІЗУ ПРАВОВИХ САНКЦІЙ: ТЕОРЕТИЧНИЙ ЗМІСТ

«Норма функционирует в качестве схемы истолковования (Deutungsschema)» (Г. Кельзен). Іншими словами: судження, згідно з яким здійснений в просторі та часі акт суспільної поведінки, є правовим (чи протиправним) актом і являє собою результат певного специфічного, а саме нормативного тлумачення.

Актуальність теми обумовлена необхідністю дослідження нормативного аналізу місця та ролі санкцій в структурі норми права.

Певна увага зазначеній проблемі приділялась у наукових дослідженнях вітчизняних науковців: Ю. М. Оборотова, В. В. Дудченко, Н. М. Крестовської, А. Ф. Крижанівського, В. Ю. Орехова, М. І. Козюбri та ін.

В цілому, норма є об'єктивно зумовленим правилом поведінки, що має забезпечити відповідну цілеспрямованість у практичній діяльності людини. Норми — це соціально апробовані і соціально закріплені оцінки: на їх основі всі дії стають або обов'язковими, або забороненими, або нормативно не значущими. Відповідно існує три способи впливу на адресатів правоової норми: заборони, зобов'язання та дозволу. При встановлені нормою забороні вчиняти певні дії достатньо утриматися від таких дій (пасивна поведінка), при зобов'язанні — вимагаються активні дії, а при дозволах — суб'єкт сам вирішує, який варіант поведінки йому обрати [1, с. 402–414].

Більшість авторів поєднує поняття правоової норми з державними настановами, розглядаючи її як первинну ланку, «виходний елемент», «клітину» права, як мірило, еталон поведінки, регулятор суспільних відносин. Однак, незважаючи на конструктивність даних положень, дослідження правоової норми як сутнісного, центрального елемента системи права приводило до розуміння права більшістю авторів як сукупності (системи) загальнообов'язкових правил поведінки, що походять від держави, тобто до нормативного розуміння.

Поняття правової норми може бути осмислене залежно від типу праворозуміння. В радянській юридичній доктрині було всебічно обґрунтовано позицію, за якою соціальною силою, що безпосередньо створює право, виступає державна влада в цілому [2, с. 34–35].

Не важко помітити, що в такому вихідному стані при трактуванні поняття правової норми формулюється, по суті, пріоритет державно-владної сили. Єдиним критерієм наявності права і створення правової норми тривалий час визнавалася певна настанова державної влади, що диктується економічними вимогами і класовою боротьбою. Зміст же самої правової норми полягав виключно у примусі. Коли право розглядалося як команда, заборона, обмеження, правовою нормою могли стати, по суті, будь-які накази і свавільні настанови, якщо тільки вони виходять від політичної влади. На сучасному етапі юридична наука відходить від такого розуміння правової норми як такої, що походить виключно від держави. У демократичному суспільстві правова норма приймається державою від імені суспільства (народу), завжди відображає волю певної соціальної групи чи всього населення держави, закріплює її та охороняє. Зокрема, правовими вважаються норми, які: а) склалися історично у вигляді звичаїв, традицій, прецедентів і визнані державою як такі, що відповідають загальнолюдським ідеалам; б) виходять безпосередньо від суспільства (народу), відображають волю спільноти та є результатом референдуму; в) прийняті уповноваженими органами держави у межах правотворчого (законотворчого) процесу; г) вміщені у договорах, укладених між колективними суб'єктами відповідно до чинного законодавства та принципів і норм міжнародного права [3, с. 366–368].

В юридичній літературі при визначенні поняття правової норми значною частиною дослідників відмічаються такі її ознаки, як «встановлюються чи санкціонуються державою», «визнаються», «гарантуються» або «охороняються» державою тощо.

У сучасних умовах усе більшого поширення набуває юридично-гносеологічний підхід, який дозволяє виявити відмінності і співвідношення об'єктивного за своєю природою процесу формування права і суб'єктивного (владно-вольового) процесу формулювання закону (актів позитивного права) і проаналізувати позитивацію права як творчий процес нормативної конкретизації правового принципу формальної рівності стосовно конкретних сфер і відносин правової регуляції [4, с. 64]. З таким підходом, який, по суті, розвиває природно-правову доктрину, пов'язується питання про наявність у права специфічних властивостей, що не залежать від примусової сили держави.

Право — це система норм або правил поведінки, що мають загальнообов'язковий характер. Загальнообов'язковість означає, що всі члени суспільства неодмінно виконують вимоги, які містяться в нормах права. Загальнообов'язковість норми права виникає разом з нею [5, с. 339]. З цього приводу англійський юрист Г. Кельзен зазначав, що «норма пра-

ва являє собою правило поведінки, у відповідності з яким та чи інша особа (особи) повинна діяти у визначеному напрямку, незалежно від того, чи бажає вона себе вести таким чином, чи ні» [6, с. 35].

Норми права, виступаючи як критерій правомірності поведінки, повинні бути формально визначеними, тобто фіксувати права на конкретні дозволені дії, а також обов'язки, заборони і міри відповідальності за порушення правопорядку. Правові норми існують не інакше, як у суверено визначеному, формально закріплена вигляді в офіційних джерелах права. Уявно сформований законодавцем той чи інший варіант ідеальної поведінки втілюється у природно-мовну конструкцію, точніше, достатньо деталізований виклад відповідних правил забезпечує їх однозначне розуміння і застосування [7, с. 10–17].

Відповідно під формою норм права слід розуміти організацію їх змісту, способи існування, упорядкування, функціонування права. Тому дослідження форми норми права починається з того, яким чином взаємопов'язані ті загальні правила поведінки і владні веління, з яких складається зміст. Приступаючи до вивчення норми права, виявляємо, що вона складається з певних частин, тобто в її структурі виділяються відносно самостійні елементи.

Основи структурного аналізу юридичних норм було закладено ще в минулому столітті. Так, англійський юрист Г. Блекстон виділяв у складі закону чотири частини: по-перше, оголошувальну, в якій визначається, що є справедливим і несправедливим; по-друге, наказову, яка приписує всім спостерігати за справедливим і ухилятися від несправедливого; по-третє, допоміжну, за допомогою якої поновлюються порушені публічні права; і, по-четверте, каральну, що передбачає покарання за публічні злочини [8, с. 169].

Структура правової норми визначається її характером, у зв'язку з чим можуть виникнути норми права, що не мають гіпотези, і норми права, що не мають санкції [9, с. 41].

Правові норми, регулюючи суспільні відносини і направлені до індивіда, авторитетно і вимогливо наказують йому будувати свою поведінку відповідно до їхніх приписів. Іншими словами, правова норма у вигляді своїх структурних елементів — гіпотези, диспозиції і санкції виступає в ролі регулятора відносин між людьми [10, с. 23].

Прихильники погляду на державне забезпечення правових норм переважно дотримуються точки зору про тричленну структуру правової норми. Так, П. О. Недбайло пише, що будь-яка правова норма визначає права і обов'язки або тільки права, або тільки обов'язки учасників суспільних відносин, що нею регулюються, вказує обставини, за яких учасники правовідносин стають носіями конкретних прав і обов'язків, і передбачає наслідки за невиконання її вимог.

У відповідності з цим змістом норма права логічно «розчленовується» на три частини: гіпотезу (що вказує на певні життєві обставини, наявність чи відсутність яких надає можливість реалізувати закріплени

у нормі права та обов'язки), диспозицію (яка вказує на те, якою повинна бути поведінка суб'єктів при настанні умов, передбачених гіпотезою) і санкцію (що передбачає засоби примусового впливу як результат порушення умов диспозиції) [11, с. 35; 12, с. 144].

Якщо санкцію можна вважати атрибутом правової норми, то гіпотезу назвати атрибутом не можна. Гіпотеза правової норми може застосовуватися для переконання громадян. Вона визначає коло учасників суспільних відносин, що регулюються даною нормою, і вказує на ті життєві обставини, за наявності яких виникають у цих учасників права і обов'язки, викладені у диспозиції правової норми. Без зазначення цих обставин норма права не може діяти, вона втрачає своє практичне значення. Отже, гіпотеза правової норми окреслює межі її дії.

Існує думка, що гіпотеза пов'язана з диспозицією більше, аніж диспозиція з санкцією. О. Е. Лейст навіть вважає, що норма права ототожнюється з диспозицією. На нашу думку, диспозиція, взята сама по собі, є висловлюванням, позбавленим сенсу. Немає жодного нормативного припису, зміст якого не виявляв би волю законодавця щодо умов дії даного припису. Отже, гіпотеза є не лише обов'язковою для будь-якого припису, а й є логічно невіддільна від диспозиції і тільки разом з нею утворює норму. Диспозиція без гіпотези, сформульована в дескриптивній формі, це просто фактичне ствердження, позбавлене прескриптивного значення.

Звернувшись до текстуального значення норм права, неважко помітити, що їх конкретне формулювання не завжди містить гіпотезу, яка вказує на обставини, за наявності або відсутності яких реалізується норма; диспозицію — саме правило поведінки, якому повинні слідувати учасники правовідносин; і санкцію — вказівку на несприятливі наслідки у випадку порушення правила поведінки, визначеного нормою. Це дає підстави стверджувати, що для структури правової норми характерною є так звана релятивність, тобто відносність виділення гіпотези, диспозиції і санкції.

Не може викликати сумніву й існування в структурі забороняючої норми диспозиції. Вона виступає в ролі несучої частини її конструкції. Оскільки норма — це передусім загальне правило поведінки в регулюванні суспільних відносинах, вона неодмінно повинна містити і опис цих правил. Інакше регулювання суспільних відносин є неможливим.

Обов'язковим елементом забороняючої норми є і санкція, що вказує на її забезпечення державою. О. Е. Лейст справедливо зазначає, що нерозривний зв'язок держави і права знаходить своє відбиття в санкції правової норми. Саме санкція вказує на ті несприятливі наслідки, які можуть настати для осіб, що порушують вимоги правової норми. Отже, вона є способом захисту правила поведінки, викладеного в диспозиції правової норми, від можливих його порушень. Кожна санкція має примусовий характер [13, с. 28–30]. Аналогічної позиції дотримуються і вітчизняні теоретики права, зазначаючи, що сам сенс категорії «санк-

ція» визначає несумісність позитивного і негативного її аспекту, саме тому, на їх погляд, позиція позитивного аспекту санкцій не безпідставно піддається критиці.

Сьогодні в сучасній юридичній літературі сформувалася концепція позитивних санкцій та позитивної форми відповідальності [14; 3]. Ми, власне, також заперечуємо проти того, що санкції носять виключно охоронний характер, оскільки безпосередньо регулятивна норма права, як вказувалося, структурно складається з трьох елементів (гіпотези, диспозиції і санкції), причому санкції правових норм можуть містити не тільки вказівку на заходи державного примусу, які можуть бути застосовані у випадку, коли диспозиція не реалізується, але й заходи, які стимулюють реалізацію правої норми.

Науковці Н. П. Томашевський та інші визначають місце санкції в структурі правої норми як факультативний елемент [15]. За її відсутності норма забезпечується або санкцією інших норм, або усією системою права. Тобто санкцією, на їхню думку, є не що інше, як інша правої норма, яка є правилом поведінки для органу держави, що здійснює примусові заходи.

При цьому як аргумент наводиться думка, що санкція — це також дії, поведінка людей, органів держави. Тому, якщо норма — це правило поведінки у певному випадку, то санкція — це частина норми, основа самостійної норми, яка починає діяти у випадку порушення першої норми.

Правознавець Б. Т. Базилев, розвиваючи аналогічну позицію, відносить санкцію до елементів структури не всіх норм, а особливого їх різновиду — норм юридичної відповідальності. Вони входять до арсеналу охоронних засобів права, що мають місце в усіх галузях, створюючи в їх рамках більш чи менш розвинені правові інститути. Структурно норма юридичної відповідальності, на його думку, є сполученням гіпотези і санкції [16, с. 33–34; 17, с. 36].

Відомий український науковець С. Л. Лисенков також вважає, що коли йдеться про структуру правої норми, то слід пам'ятати, що мається на увазі логічна структура норми права. Це означає, що всі елементи правої норми (диспозиція, гіпотеза і санкція) можуть фіксуватися не в кожній з них. Однак норма права не може існувати без диспозиції, в якій формулюється певне правило поведінки, заради якого їй створюється норма.

У багатьох випадках норми містять вказівку на те, що порушення правил диспозиції або умов гіпотези тягне за собою санкцію, яку слід самому розшукати в законодавстві, в інших нормах, навіть якщо такі посилання відсутні, а лише розуміються [12, с. 144].

Як слушно зазначає М. І. Козюбра, примус внутрішньо не властивий правовій нормі, не є її атрибутом. Можливість цього примусу, що встановлюється державою з метою забезпечення права від порушень, знаходить своє відбиття в санкції правої норми, а не в її диспозиції.

Через це сама по собі диспозиція не може примушувати діяти певним чином, вона може справляти лише переконуючий вплив. Якщо ж та чи інша особа виконує вимоги диспозиції норми права не добровільно, а під впливом примусу, то такий вплив на неї в даному випадку робить не диспозиція правової норми, а її санкція. Тому не можна розглядати диспозицію правової норми ізольовано від її санкції. Це може призвести до ототожнення норм права з іншими соціальними нормами [18, с. 34].

«Заперечення деякими юристами обов'язковості даного елемента відбувається, очевидно, — зазначає Ф. М. Фаткулін, — із вузького розуміння санкції правової норми як засобу примусу. Якщо брати до уваги, що держава здатна забезпечити свої правові приписи різноманітними засобами і «дозування» нею міри таких засобів стосовно окремих норм також є своєрідною санкцією, то цілком логічним буде висновок, що будь-яка норма права має в якості одного з елементів своєї структури санкцію» [19, с. 30].

Ще в 1940 р. було обґрунтовано концепцію тричленної структури норм права, яка є традиційною і поширена до теперішнього часу: «...правова норма, тобто встановлене чи санкціоноване державою правило поведінки людей, не залежно від того, в якій формі вона виражена (закон, звичай або інше правило співжиття), складається з трьох елементів (тобто складових частин). В правовій нормі міститься перш за все вказівка на умову, за якої норма підлягає застосуванню, потім викладення самого правила поведінки і, на кінець, вказівка на наслідки невиконання цього правила» [20, с. 251].

Таким чином, у правовій нормі розрізняються три елементи, або три частини: гіпотеза, диспозиція і санкція. Не може діяти норма, якщо не передбачені ті фактичні обставини, за яких вона підлягає виконанню. Не можна уявити собі норми права без диспозиції, адже остання складає саме правило поведінки. Не може існувати правова норма і без санкції, оскільки саме санкція вказує на ті заходи державного примусу, за допомогою яких охороняється відповідне правило поведінки від порушень. Якщо без диспозиції норма позбавлена смислу, та без санкції — позбавлена сили.

Дотримання норм права забезпечується можливістю застосування заходів примусу за порушення прав чи невиконання обов'язків, передбачених законом. Такі заходи не можуть бути свавільними, їх обов'язково встановлює закон з метою захисту прав і свобод громадян, інтересів суспільства і держави.

Закріплені в нормах приписи щодо примусових заходів за невиконання зобов'язань і з метою захисту прав інших осіб є санкцією правової норми. Санкції можуть передбачати каральні заходи (правообмеження, покладення особливих зобов'язань і т. ін.) або забезпечити поновлення порушеного права (примусове виконання обов'язку), що є типовим для цивільно-правових відносин (наприклад, стягнення боргу, визнання правоочину недійсним).

Санкція — поняття багатозначне, збиральне, що виражає всі форми негативного ставлення суспільства до порушників правової норми. Із урахуванням напрямку дослідження даного підрозділу — санкції як частини правової норми — термін «санкція» використовується у значенні заходу юридичної відповідальності. Це владний, примусовий захід, спрямований на усунення несприятливих для особи і суспільства відносин. Враховуючи законодавчо-логічну природу норм права, в структурному плані санкцією є частина закону, що визначає наслідки його порушення, а з точки зору логіки, дія є обов'язковою, якщо утримання від неї тягне покарання (санкцію).

Таким чином, структурні ознаки норм права характеризують її юридичні властивості як встановлені або санкціоновані державою правила поведінки. Узагальнюючи різні точки зору щодо структури правової норми, ми дійшли висновку, що найбільш доцільним є динамічний, функціональний підхід, за яким норма права розглядається як законодавчо-логічна категорія, і її обов'язкова тричленна структура визначається залежно від призначення — регулювати суспільні відносини, встановлювати порядок, якого мають дотримуватися державні органи, громадяни та організації.

Отже, а) розумінням правової норми як загальнообов'язкового правила поведінки, що відображає безпосередньо волю та інтереси суспільства (народу), приймається від його імені чи санкціонується державою, є загальнообов'язковим для виконання усіма суб'єктами права. Правові норми охороняються, забезпечуються державою, що передбачається можливістю застосування державного примусу як заходу охорони цих норм від порушень;

б) логічним взаємозв'язком санкції правової норми з іншими її структурними елементами — гіпотезою і диспозицією, який полягає в тому, що: правова норма не може діяти, якщо не передбачені ті фактичні обставини, за яких вона підлягає виконанню (гіпотеза); диспозиція складає саме правило поведінки; санкція ж вказує на ті міри державного примусу, за допомогою яких охороняється відповідне правило поведінки від порушень;

в) її особливим значенням, яке полягає в тому, що санкція виступає своєрідним атрибутом правової норми, на відміну від інших її структурних частин, без санкції правова норма позбавлена сили. Саме санкція вказує на її забезпеченість з боку держави.

Література

1. Лазарев В. В. Запрет и дозволение как технико-юридические способы формулирования правовой нормы / В. В. Лазарев // Проблемы юридической техники : сб. ст. / под ред. В. М. Баранова. — Н. Новгород, 2000. — С. 402—414.
2. Правотворчество в СССР / под ред. А. В. Мицкевича. — М. : Юрид. лит., 1974. — 319 с.

3. Теорія держави і права. Академічний курс : підручник / за ред. О. В. Зайчука, Н. М. Оніщенко. — К. : Юрінком Інтер, 2006. — 688 с.
4. Нерсесянц В. С. Філософія права / В. С. Нерсесянц. — М. : Норма, 1997. — 647 с.
5. Марченко М. Н. Проблемы теории государства и права : учебник / М. Н. Марченко. — М. : Проспект, 2001. — 760 с.
6. Kelsen H. General Theory of Law and State / H. Kelsen. — L., 1961. — 35 р.
7. Губаєва Т. В. Словесность в юриспруденции : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.01 / Т. В. Губаєва. — М. : Акад. упр. МВД РФ, 1997. — 29 с.
8. Бабаев В. К. Советское право как логическая система / В. К. Бабаев. — М. : РИО МВД СССР, 1978. — 209 с.
9. Заморська Л. І. Відносно визначені норми права: поняття, структура, функції : [монографія] / Л. І. Заморська ; Нац. ун-т «Одес. юрид. акад.». — Чернівці : Технодрук, 2010. — 167 с.
10. Козаченко И. Я. Санкции за преступления против жизни и здоровья. Обусловленность, структура, функции, виды / И. Я. Козаченко. — Томск : Изд-во Томск. ун-та, 1987. — 232 с.
11. Недбайло П. Е. Применение советских правовых норм / П. Е. Недбайло. — М. : Госюризат, 1960. — 511 с.
12. Лисенков С. Л. Загальна теорія держави і права : навч. посіб. / С. Л. Лисенков. — К. : Юрисконсульт, 2005. — 355 с.
13. Лейст О. Э. Санкции в советском праве / О. Э. Лейст. — М. : Госюризат, 1962. — 238 с.
14. Теория государства и права : курс лекций / под ред. Н. И. Матузова и А. В. Малько. — М. : Юрист, 1997. — 672 с.
15. Томашевский Н. П. О структуре правовой нормы и классификации её элементов / Н. П. Томашевский // Вопросы общей теории советского права : сб. ст. / под ред. С. Н. Братуся. — М. : Госюризат, 1960. — 406 с.
16. Базылев Б. Т. Сущность в советском праве / Б. Т. Базылев // Правоведение. — 1976. — № 15. — С. 32–40.
17. Базылев Б. Т. Юридическая ответственность (теоретические вопросы) / Б. Т. Базылев. — Красноярск : Изд-во Краснояр. ун-та, 1985. — 118 с.
18. Козюбра М. І. Переконання і примус в радянському праві / М. І. Козюбра. — К. : Наук. думка, 1970. — 152 с.
19. Фаткулин Ф. Н. Некоторые вопросы советского права на современном этапе / Ф. Н. Фаткулин // Вопросы государства и права в свете решений XXII съезда КПСС : сборник. — Казань, 1962. — С. 20–34.
20. Глинська Н. В. Обґрунтування рішень у кримінальному процесі : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / Н. В. Глинська. — Х., 2003. — 20 с.

А н о т а ц і я

Заморська Л. І. Нормативний підхід до аналізу правових санкцій: теоретичний зміст. — Стаття.

У статті висвітлено проблемні аспекти розуміння поняття «санкція» як структурного елемента правової норми та визначено нормативну основу її взаємодії з іншими елементами в структурі правової норми (гіпотезою та диспозицією). Зроблено також висновок, що особливим значенням санкції є те, що вона виступає своєрідним атрибутом правової норми, на відміну від інших її структурних частин, без санкції правова норма позбавлена сили.

Ключові слова: норма права, нормативність права, санкція правової норми, структура норми права.

А н н о т а ц и я

Заморська Л. І. Нормативний подхід к аналізу правових санкцій: теоретическе содержание. — Статья.

В статье отражены проблемные аспекты понимания понятия «санкция» как структурного элемента правовой нормы и определена нормативная основа ее взаимодействия с другими элементами в структуре правовой нормы (гипотезой и диспозицией). Сделан также вывод, что особым значением санкций является то, что она выступает своеобразным атрибутом правовой нормы, в отличие от других ее структурных частей, без санкций правовая норма лишена силы.

Ключевые слова: норма права, нормативность права, санкция правовой нормы, структура нормы права.

S u m m a r y

Zamorska L. I. Normative approach to the analysis of legal sanctions: theoretical maintenance. — Article.

In the article the problem aspects of understanding of the concept «sanctions» are reflected as a structural element of legal norm and normative basis of its co-operating with other elements in the structure of legal norm (by hypothesis and disposition). Drawn conclusion, that the special value of sanction is that it comes forward as an original attribute of the legal norm, unlike other its structural parts, without sanction the legal norm is deprived its force.

Keywords: a norm is right, normativeness right, approval of legal norm, the norm structure.

УДК 355.23(477):340:159.955

C. M. Скуріхін

ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВОГО МИСЛЕННЯ ОФІЦЕРІВ ЗБРОЙНИХ СИЛ УКРАЇНИ

Збройні Сили України, як інститут держави, посідають особливе місце в її механізмі. Специфіка призначення і діяльності Збройних Сил, високі психологічні та фізичні навантаження під час проходження військової служби, підвищене почуття обов'язку перед державою та інші чинники сприяють виокремленню військовослужбовців в окрему соціальну спільність. Ця спільність характеризується наявністю особливої системи цінностей, специфікою правосвідомості, правового мислення, правової культури.

Центральне місце в середовищі військовослужбовців займають офіцери. Саме завдяки офіцерському складу досягається консолідація армії у цілісність, при цьому моральний дух, дисципліна і боєздатність військовослужбовців багато в чому залежать від особистих якостей офіцерів.

Аналіз правового мислення офіцерського складу Збройних Сил України дозволить з'ясувати, яким чином засвоюються й осмислюються ними правові норми, як відбувається інтерпретація правових зв'язків і відносин, учасниками яких є офіцери, що визначає їх поведінкові настанови в юридично значущих ситуаціях тощо.

Наявність відмінних особливостей військового мислення від способу думок цивільної людини зазначав ще С. Хантінгтон. Він підкреслював, що, незважаючи на факт безлічі способів мислення цивільних осіб через ту або іншу специфіку їх діяльності, рівнів і якості освіти, місце проживання тощо, спосіб мислення військового професіонала (під військовими професіоналами С. Хантінгтон розуміє, передусім, офіцерський склад збройних сил) є універсальним, конкретним і постійним. Це, з одного боку, об'єднує офіцерів у деяке специфічне середовище або групу, а з іншого — мимоволі відділяє їх від інших представників суспільства [1, с. 29]. Ці особливості проявляються також і при вивчені правового мислення офіцерів Збройних Сил України.

У процесі свого життя людина постійно освоює нові предмети та явища, невідомі їй властивості, зв'язки і відносини у навколошньому світі. У такій ситуації у ній виникають питання, на які не можна отримати відповіді шляхом безпосереднього сприйняття тих або інших об'єктів і відтворення того, що вже відомо про них.

Безпосереднє чуттєве відображення, що здійснюється індивідом у відчуттях і сприйняттях, виявляється недостатнім для правильного орієнтування у природному і соціальному світі. У пошуках відповідей на питання людина навчилася удаватися до уявних дій з об'єктами та їх образами у свідомості. Від безпосереднього споглядання вона зуміла перейти до розуміння їх суті, розкриття їх закономірних зв'язків і стосунків. Цей психічний процес пізнання та ідеального перетворення дійсності, пошуків нового і є мислення. У процесі мислення людина піднімається від конкретного до абстрактного, від особливого до загального і потім знову повертається до конкретного, але вже будучи збагаченою знанням загального, багатосторонніх зв'язків предметів і явищ навколошнього світу [2, с. 128]. Мислення — процес відображення в людській свідомості складних зв'язків і стосунків між предметами і явищами об'єктивного світу [3, с. 61].

Мислення як функція людського мозку — це соціально зумовлений процес. Воно розвивається у праці, у спілкуванні з іншими людьми. Джерелом мислення і його кінцевою метою є суспільна практика. Інформаційна функція культури передбачає можливість історичного накопичення і множення інформації, що знаходиться у розпорядженні людини. Із давніх пір людство закріплювало результати своєї діяльності у знакових системах (у слові, в мові, в математичних і логічних знаках тощо). Кожна людина, засвоюючи ці системи знаків, вчиться мислити. Особа дізнається про ті або інші предмети, події, явища, виявляє їх властивості і немов би закріплює, фіксує уявлення і поняття про них, передусім, у словах. Думка набуває у слові матеріальної оболонки, в якій вона стає безпосередньою дійсністю для оточення. Завдяки формуванню і закріпленню у слові думка не зникає і не згасає, ледве встигнувши виникнути, вона міцно фіксується в усній або письмовій формі. Фіксація, закріплення, збереження і передача знань за допомогою мови від однієї людини до іншої, від покоління до покоління створює історичну спадкоємність знань — спадковість. Засвоєння цих знань призводить до розумового розвитку людини, пов'язує їого мислення з пізнавальним досвідом усього людства [3, с. 129–130].

Правове мислення є важливим компонентом правової культури індивіда. Воно відповідає як загальним характеристикам мислення, так і має власні специфічні риси. Теоретичною розробкою питань правового мислення займалися такі учени, як П. П. Баранов, В. М. Братасяк, А. Е. Жалінський, А. Ю. Мордовцев, Ю. М. Оборотов, О. І. Овчинніков, В. М. Розін, О. Ф. Скакун та ін.

На думку О. І. Овчиннікова, правове мислення — це «феномен пра-

вової сфери духовного світу людини, процес розуміння соціально-правової дійсності, що оточує індивіда, результатом якого є, з одного боку, бажане і позитивне право, з іншого — комплекс правових знань, звичок і стереотипів поведінки, що формується й інституціоналізується у правовій свідомості і юридичному світогляді людини» [4, с. 309]. Воно являє собою, передусім, інтелектуальну діяльність, що полягає у вирішенні завдань, пов’язаних з використанням правових засобів або правових аргументів для впорядкування суспільних відносин [5, с. 33]. При цьому мислення стає правовим, якщо його: по-перше, спрямовано на реалізацію права з використанням можливостей права; по-друге, якщо для досягнення поставлених цілей проектируються й використовуються правові засоби; і, по-третє, при вирішенні завдань, що виникають, враховуються закономірності і властивості права, включаючи дотримання деяких загальнообов’язкових правил [6, с. 198].

А. Е. Жалінський, розглядаючи дані про динаміку правового мислення, виокремлює ряд його етапів. Перший етап полягає у виявленні, усвідомленні й формулуванні проблемної ситуації, пов’язаної з певним об’єктом; отримання фактичної, а також правової характеристики об’єкта мислення; формулування завдання, на вирішення якого спрямовано процес розумової діяльності. Другий етап полягає в аналізі можливостей використання правових засобів і способів вирішення проблемної ситуації з урахуванням виникаючих наслідків та існуючих обмежень. Третій етап передбачає вибір оптимального варіанта вирішення, отримання його ресурсної характеристики (ціни), визначення можливих результатів і негативних наслідків [6, с. 200].

Будь-яке мислення починається із спостереження. Наприклад, у військовій справі процесу ухвалення рішення командиром на наступ (оборону) передує розумова діяльність з оцінки бойової (навчальної) обстановки і рекогносцировки місцевості. Цим питанням військова наука надає особливого значення.

У правовому мисленні спостереження передує іншим етапам розумової діяльності, воно спрямоване на отримання, усвідомлення і класифікацію інформації, що є значущою для суб’єкта і супроводжує всі інші етапи правового мислення, забезпечуючи їх необхідною інформацією.

Значення спостереження полягає в тому, що кожен отриманий блок інформації може: спонукати до дій; визначати зміст цих дій; вказувати на можливу небезпеку для тих або інших осіб, інтересів, що захищаються, навіть самого суб’єкта тощо [6, с. 202–203].

Етап спостереження у випадку виникнення юридично значущої ситуації у Збройних Силах України включає такі аспекти правового мислення офіцера: а) з’ясування зв’язку свого правового статусу (прав і обов’язків) із проблемною правовою ситуацією, що виникла, а також оцінка рівня знань військового законодавства для її вирішення; б) аналіз та оцінка проблемної правової ситуації та її значущості для життєдіяль-

ності підрозділу, виконання бойового (навчального) завдання, вироблення власного ставлення до неї.

Проблемна правова ситуація у найзагальнішому вигляді може бути визначена як сукупність обставин, які вимагають, породжують необхідність прийняти рішення про дії, прямо або побічно пов'язані з реалізацією приписів законодавства. Виявити проблемну ситуацію — означає піддати соціальну дійсність аналізу, оціні та позиції діючого права, вказати на необхідність ухвалення відповідного рішення або зобов'язатися прийняти його [6, с. 204].

Проблемні правові ситуації у Збройних Силах України є досить різноманітними. Вони можуть бути пов'язані з наведенням статутного порядку у підрозділі; підтриманням військової частини у стані бойової готовності; виданням наказів щодо повсякденних аспектів військової служби тощо. Проте у будь-якому випадку вирішення цих ситуацій залежить від реалізації або застосування норм військового законодавства.

Уміння виявляти проблемні правові ситуації вимагає від офіцерського складу певного рівня знання права, механізмів його дії, умов його реалізації і пов'язано із специфічними статусними характеристиками цієї категорії військовослужбовців.

Усвідомлення проблемної ситуації у правовому мисленні офіцерського складу може відбуватися по-різному. Іноді упродовж тривалого часу офіцер може досить спокійно ставитися до деяких видів поведінки, не помічаючи існуючих проблемних ситуацій або підстав до їх виникнення (наприклад, порушення дисципліни строю). В інших випадках проблемна ситуація виникає як очевидна для офіцера, але в умовах, що не дозволяють або перешкоджають йому на неї реагувати (наприклад, відсутність прямих повноважень стосовно конкретної правової ситуації). Тому слід зазначити, що цей етап правового мислення офіцера багато в чому залежить від рівня його правової культури і статусних характеристик (прав і обов'язків).

Наступним етапом у динаміці правового мислення офіцера, після виявлення й усвідомлення проблемної правової ситуації, є формулювання правового завдання.

На думку А. Е. Жалінського, правові завдання є «алгоритмами діяльності, що включають, по-перше, уявлення про цілі, які мають бути досягнуті; по-друге, способи досягнення цілей; по-третє, умови реалізації цього завдання» [6, с. 213]. За допомогою сформульованих правових завдань офіцер отримує уявлення про те, що він повинен робити у відповідних правових ситуаціях, яким чином його дії позначаться на стані законності і правопорядку у військовій частині. Наприклад, у разі застосування права правове мислення офіцера має бути спрямоване на рішення таких завдань: надання правової оцінки юридичному факту, фактичному складу; отримання необхідної інформації, її поповнення, перевірка, оцінка; визначення змісту і порядку правових дій, необхідних для отримання того або іншого результату; оцінка достатності підстав

для ухвалення певного правового рішення; оцінка відповідності закону юридично значущих дій і рішень, що приймаються; визначення можливості (вірогідність) розвитку наступних подій.

Найбільш важливим результатом правового мислення офіцера є правове рішення. Під правовим рішенням розуміють виділені у певну форму і з деякою мірою обов'язковості, висновки про можливість використання правових засобів для вирішення проблемних ситуацій, з урахуванням наявного фактичного складу, обставин, що породжують певні право-відносини [6, с. 217].

При ухваленні правового рішення в процесі розумової діяльності використовуються певні засоби. Вони є дуже різноманітними, але в практичних цілях їх можна об'єднати у три групи. Перша включає засоби, що забезпечують необхідні процедури мислення, тобто процедурні засоби. Друга — це засоби, що забезпечують просування до висновку, тобто змістовні засоби (чи докази). І, нарешті, до третьої групи належать засоби, що закріплюють результати мислення [6, с. 200].

Під процедурними засобами зазвичай розуміють основні види розумових операцій, що підпорядковуються прийомам і законам формальної логіки і що становлять «суть процесу мислення: аналіз, синтез, порівняння, абстрагування, конкретизація, узагальнення» [7, с. 87].

Процес мислення — це, передусім, аналіз і синтез. Саме з аналізу і синтезу починається уявне оперування об'єктами в голові індивіда. Аналіз — це розкладання об'єкта, що пізнається, на його складові і компоненти, виокремлення у ньому певних сторін, елементів, властивостей, зв'язків, стосунків. У процесі синтезу відбувається поєднання, співвідношення тих елементів, на які було розчленовано пізнаваний об'єкт, відновлення цілого на основі розкритих аналізом істотних зв'язків. Прикладом аналітико-синтезуючої діяльності правового мислення офіцера може бути його робота щодо з'ясування завдання, що має правове значення (наприклад, бойового завдання), оцінки обстановки і прийняття юридично значущого рішення.

Спільність або відмінність між предметами або явищами, їх властивості і якісні особливості встановлюються шляхом порівняння. Так, при порівнянні правової норми (наприклад, норми Статуту внутрішньої служби) з фактичною поведінкою підпорядкованого військовослужбовця офіцер повинен виявити рівень відповідності їй і в разі порушення цієї норми прийняти рішення щодо дисциплінарного впливу.

Абстрагування — це уявне відсторонення від несуттєвих ознак предметів, явищ і виокремлення в них основного, головного. Навпаки, при конкретизації передбачається виокремлення істотних властивостей у конкретному об'єкті або явищі [8, с. 97]. Наприклад, офіцер при роботі з підрозділом абстрагується від індивідуальних, особистих характеристик кожного окремого військовослужбовця. Для нього цей підрозділ (взвод, рота, батальйон...) — єдине ціле, яке виконує його накази, підкоряється його волі. Врахування же індивідуальних особливостей військо-

вослужбовців є важливим при постановці кожному з них окремих завдань.

У свідомості кожної людини є більш-менш цілісна система понять, що відбиває єдність навколошнього соціального і природного світу. Правові поняття при цьому відбивають правову дійсність. Надаючи кваліфікацію тому або іншому явищу через поняття (статутні правила поведінки; розкрадання військового майна; дезертирство; мародерство тощо), офіцер підводить підсумок творчої розумової діяльності, орієнтуючись на закріплене в законі поняття. Окрім понять, мислення відбувається в таких формах, як судження і висновок. Правове судження уявляє собою встановлення загальних взаємозв'язків у правовій сфері в межах компетенції офіцера. Воно повинне мати нормативність, точність, формалізованість висновків. Судження обґруntовується раніше перевіреними фактами, закономірностями, системою висновків. За допомогою правового висновку відбувається узагальнення властивостей однорідної групи правових явищ; отримання нового знання з наявних знань. Висновок офіцера не повинен виходити за рамки норм, загального і військового законодавства. Висновок як форма правового мислення зазвичай здійснюється з використанням операцій індукції (від окремих випадків до загального висновку) і дедукції (від загальних станів до окремих випадків) [8, с. 96]. Індукція і дедукція взаємопов'язані між собою, вони взаємно доповнюють і перевіряють одна одну. У процесі правового мислення виникають припущення, гіпотези. У них офіцер із тією або іншою мірою достовірності передбачає відповіді на питання, які вирішує його мислення.

Змістовні засоби правового мислення включають: початкові положення, принципи, постулати, презумпції, парадигми, доктрини, концепції, наукові гіпотези, теорії, висновки, твердження, соціальні факти, емпіричну інформацію. Особливе значення має правова інформація: тексти законів та інших нормативно-правових актів, судова практика, правозастосовна діяльність правоохоронних органів. Змістовні засоби, як і процедурні засоби правового мислення, є інструментами вирішення розумових завдань з використанням права [6, с. 201–202].

Засоби, що закріплюють результати правового мислення, включають понятійний апарат, правові дефініції, юридичні конструкції, тексти правових актів, наукові тексти тощо [6, с. 202]. Важливе значення в розумовій діяльності офіцерського складу мають правові поняття.

Уміння юридично мислити означає цілеспрямовано оперувати поняттями в умовах юридично значущого практичного завдання, що виникає [9, с. 208]. Уесь процес правового мислення відбувається на основі правових понять. Саме правові поняття, що проговорюються про себе, при оцінюванні того чи іншого юридичного факту приводять до вироблення розумових дій. Тому не випадково, що труднощі розуміння юридично значущих ситуацій неминуче виникають при недостатньому володінні правовими поняттями і категоріями. Відсутність у офіцерів Збройних

Сил України правових знань у межах своєї компетенції може призвести до труднощів у процесі вирішення інтелектуальних, сенсорних і рухових завдань. Наприклад, невірно оцінити правову поведінку підпорядкованого військовослужбовця, віддати незаконне розпорядження, наказ.

Залежно від характеру діяльності людини мислення поділяють на такі види: наочно-дієве, образне, абстрактне [3, с. 67].

У процесі професійної практичної діяльності офіцера використовуються в основному наочно-дієве і образне мислення. Вирішення ситуацій правового характеру здійснюється на основі абстрактних понять, які образно не уявляються. Абстрактне правове мислення розвивається на основі знань нормативно правових актів, що регулюють діяльність офіцера, і підкріплюється його практичним досвідом.

На теоретичному рівні до основних характеристик правового мислення П. П. Баранов і О. І. Овчинніков пропонують зарахувати:

1. Двосторонній характер, діалогічність, оборотність правового мислення. Всі уявні процеси, предметом яких є правові норми, детерміновані інтелектуальними уявленнями двостороннього характеру прав і обов'язків. Людина не може бути залученою до процесу правового мислення одна, завжди є протилежна сторона, представлена людьми, що поділяють із нею її соціальне буття. Тобто в усіх процесах правового мислення завжди є уявлення про наявність зобов'язаної або правомочної протилежної сторони.

Правове мислення має діалоговий характер. Обов'язки і права двох сторін у процесі їх реалізації є своєрідним діалогом, у ході якого, якщо виявляється не належне використання права або виконання обов'язку, виникає непорозуміння.

Із двостороннього характеру правових образів або уявлень в юридичному мисленні є присутньою і властивість оборотності. Вона виражається у здатності розглядати власні права й обов'язки з точки зору протилежної сторони.

2. Нормативно-ціннісна природа правового мислення. Нормативність правового мислення проявляє себе в тому, що його основною формою є нормативні висловлювання, що набирають, кінець-кінцем, вигляду правової норми. Крім того, нормативність міститься в оцінному характері всіх правових знань, ідей, поглядів, уявлень.

3. Системність правового мислення. Оскільки в основі всіх нормативних велінь лежать цінності, настільки у свідомості, ієрархія правових норм відповідає ієрархії цінностей. Системність норм — це особлива форма юридичної взаємопов'язаності всього комплексу нормативних регуляторів, що спираються на усвідомлення певної вищестоячої норми.

4. Фактологічність правового мислення. Установити, чи є факт юридичним, може лише правове мислення, оскільки «розпізнання» правового образу реальної ситуації полягає в ототожненні якихось її параметрів із тими, які передбачені правом, у виокремленні юридично значущих

ознак, сторін конкретного відношення. При цьому відбувається співвідношення абстрактного образу факту, описаного в законі, з конкретним фактом в реальній ситуації, що також здійснюється за допомогою «здатності судження».

5. Принцип еквівалентності відплати правового мислення. Будь-яке порушення норм права сприяє виникненню у правовому мисленні образу наступної відповідальності, відшкодування завданої шкоди. Причому відшкодування тоді буде правовим, коли воно є еквівалентним завданому збитку. Інакше виникає почуття неправомірності або несправедливості права.

6. Абстрактність, формалізм і догматизм правового мислення. Формально-раціональна природа правового мислення прямо випливає з по-передньої ознаки: формалізм допомагає оцінити з позиції загального кожен вчинок і покликаний відіграти позитивну роль в обмеженні свавілля. Норма права як загальний еталон, що не визнає станових, майнових, мовних та інших бар'єрів, є символом «рівності», «правової справедливості», гарантії захисту особи від свавілля. Її абстрактність демонструє призначення права — служити певним мірилом, прикладом найбільш значущих людських взаємовідносин, абстрагуючись від конкретних обставин [10, с. 12–13].

Специфіка професійної діяльності офіцера полягає в активній право-застосовній діяльності. Постійно в процесі комунікації між офіцерами або між офіцером і підпорядкованим рядовим і сержантським складом виникають юридично значущі ситуації. Ці ситуації оцінюються з точки зору наявності прав і обов'язків кожним з учасників комунікаційного процесу. Проте офіцер законодавчо наділений значно більшим обсягом прав щодо рядового і сержантського складу, відповідно у правовому мисленні офіцера ці ситуації оцінюються з точки зору імперативних показників. Усвідомлення переважання прав (суб'єктивних прав) над обов'язками (юридичними обов'язками) є характерною рисою правової свідомості і правового мислення офіцерського складу Збройних Сил України.

Слід зазначити, що аналіз нормативно-ціннісної системи офіцерського складу Збройних Сил України свідчить про деяку зневагу нормами законів. Наприклад, під час соціологічного опитування офіцерського складу Збройних Сил України, здійсненого автором спільно з Регіональним центром вивчення громадської думки «Аспект» (м. Білгород-Дністровський Одеської області) у серпні 2010 р., з'ясувалося, що із запропонованих правових цінностей найбільше особистісне значення для офіцерів мають поняття «дисципліна» і «наказ», тоді як ставлення до закону як цінності відрізняється переважною індиферентністю [11, с. 6–7]. Це свідчить про переважання директивного правового мислення офіцерського складу над нормативним правовим мисленням.

У Збройних Силах України, як, втім, і в збройних силах будь-якої держави, можливість для диспозитивної діяльності є надзвичайно ма-

лою. Практично всі аспекти військової служби, життя і діяльності Збройних Сил України врегульовано нормами законів і підзаконних нормативно-правових актів. Управлінська, команда діяльність офіцерського складу спочатку припускає знання норм військового законодавства й уміння розумово співвідносити поодинокі юридичні факти з абстрактним змістом норм права.

Авторитет окремого офіцера, всього офіцерського корпусу багато в чому залежить від справедливого ставлення до підпорядкованого особового складу. Адекватність заохочень і покарань реальним вчинкам військовослужбовців матимуть регулятивний характер, сприятимуть підвищенню боєздатності підрозділу. Правові вчинки військовослужбовців відбуваються у правовому мисленні офіцерів разом з образом передбачуваної еквівалентної позитивної або негативної відповідальності. Еквівалентність відповідальності у Збройних Силах України тяжіє, більшою мірою, до формалізму і догматизму. Саме у разі еквівалентності норми й відплати у підпорядкованих військовослужбовців виникає почуття правомірності дій офіцера, особистої захищеності, справедливості права.

Проте існує проблема співвідношення еквівалентності відплати і формалізму. «Справедливість або еквівалентність відплати і формалізм... норм позитивного права — це два полюси, між якими відбувається правове мислення. Зняття між ними напруги є метою правового мислення. Погоджувати часткове і загальне, індивідуальне і соціальне, ірраціональне й раціональне — завдання і призначення правового мислення» [10, с. 14].

Розумова діяльність офіцерів часто здійснюється в екстремальних умовах. В її успішному здійсненні велику роль відіграють особистісні якості офіцера, а також рівень сформованості його мислення. У зв'язку із цим не втрачають своєї цінності такі якості правового мислення офіцерського складу, як «..самостійність, гнучкість і швидкість мислення» [8, с. 99]. Самостійність правового мислення проявляється, передусім, в умінні побачити і поставити нове питання, науково обґрунтувати проблему і потім вирішити їх своїми силами. Це здатність приймати правові рішення і діяти відповідно до власних правових переконань, не піддаючись стороннім впливам. Гнучкість правового мислення полягає в умінні змінювати намічений шлях вирішення завдання, якщо він не задовольняє умовам, які несподівано виявляються у ході його вирішення. Маючи гнучкий розум, офіцер буде у змозі розкривати протиріччя в явищах, своєчасно помічати зміни в обстановці, вносити поправки до раніше прийнятих юридично значущих рішень. Швидкість правового мислення є надзвичайно важливою у випадках, коли необхідно приймати правильні, обґрунтовані рішення у дуже стислий термін (наприклад, під час бою, аварії тощо). Розвиток цієї якості мислення багато в чому залежить від здатності офіцера аналізувати й узагальнювати безліч даних. Швидкість правового мислення сприяє підвищенню швидкості

осмислення швидкоплинних подій складної навчально-бойової і бойової обстановки.

Правове мислення реалізує такі функції: розуміння або інтерпретації соціально-правової дійсності, пояснення, проблематизації, комунікації, регуляції [12]. Основною функцією правового мислення, у ході якої відбувається осмислення, освоєння соціально-правової дійсності є інтерпретаційна функція. Інші функції лише доповнюють цей процес, мають допоміжний характер. Насправді, зрозуміти правову норму — означає перейнятися її юридичним сенсом. За допомогою інтерпретації правове мислення погоджує одиничне і загальне у чотирьох моментах: правореалізації, правотворчості, виборі своєї позиції, оцінці своїх інтересів по відношенню до права. За допомогою інтерпретації відбувається узгодження справедливості і формальності права. Головний момент інтерпретаційної діяльності правового мислення при цьому: розуміти норму кожного разу, в кожному новому випадку, в кожній конкретній ситуації заново [10, с. 14]. У процесі інтерпретації відбувається осмислення, освоєння, розуміння офіцерами військово-правових відносин. Офіцер, інтерпретуючи норму військового права (наприклад, щодо дисциплінарної відповідальності військовослужбовця), повинен знайти «золоту середину» між формальністю, загальністю закону та індивідуальними, особливими рисами конкретного випадку; між справедливістю відплати і догматичністю права.

Особливості правового мислення офіцерського складу є очевидними, вони впливають на поведінкові реакції офіцерів, визначають специфіку їх правової культури. Враховуючи здійснений аналіз, правове мислення офіцерського складу можна уявити як здатність розуміння офіцерами юридично значущих аспектів життя і діяльності Збройних Сил України, що дозволяє їм орієнтуватися у правових ситуаціях відповідно до їх правового статусу і компетенції.

Література

1. Печуров С. Военные профессионалы в англо-саксонской модели управления вооруженными силами. История и современность / С. Печуров // Зарубежное военное обозрение. — 2010. — № 5. — С. 29–34.
2. Военная психология / [Б. Ц. Бадмаев, А. Д. Глотовкин, М. И. Дьяченко и др.] ; под ред. А. Д. Глотовкина. — М. : Воениздат, 1972. — 400 с.
3. Основы военной психологии и педагогики : учеб. пособие / [В. И. Вдовюк, П. Н. Городов, В. П. Давыдов и др.] ; под ред. А. В. Барабанщикова, Н. Ф. Феденко. — М. : Воениздат, 1981. — 366 с.
4. Овчинников А. И. Правовое мышление: теоретико-методологический анализ / А. И. Овчинников. — Ростов н/Д : Изд-во Рост. ун-та, 2003. — 344 с.
5. Овчинников А. И. Эпистемология правового мышления / А. И. Овчинников // Философия права. — 2003. — № 2. — С. 32–38.
6. Жалинский А. Э. Профессиональная деятельность юриста. Введение в специальность : учеб. пособие / А. Э. Жалинский. — М. : БЕК, 1997. — 330 с.

7. Військова психологія і педагогіка : підручник / [Л. А. Снігур, О. А. Хижняк, Е. М. Подтергера та ін.] ; за заг. ред. Л.А. Снігур. — Луцьк : Твердиня, 2010. — 576 с.
8. Психология и педагогика. Военная психология / [А. Я. Анцупов, В. Г. Белов, А. А. Благинин и др.] ; под ред. А. Г. Маклакова. — СПб. : Питер, 2004. — 464 с.
9. Скақун О. Ф. Юридическая деонтология : учебник / О. Ф. Скақун. — Х. : Эспада, 2009. — 384 с.
10. Баранов П. П. Место и роль правового мышления в духовном мире людей / П. П. Баранов, А. И. Овчинников // Юристъ-Правоведъ. — 2000. — № 1. — С. 7–16.
11. Результати соціологічного дослідження правої культури офіцерського складу Збройних Сил України / Білгород-Дністровський центр вивчення громадської думки «АСПЕКТ». — Вих. № 8 від 14.08.2010 р. — 10 с.
12. Овчинников А. И. Правовое мышление : Аксиологический и герменевтический аспекты : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 09.00.10 [Электронный ресурс] / А. И. Овчинников. — Ростов н/Д, 2000. — 31 с. — Режим доступа : <http://law.edu.ru/book/book.asp?bookID=89880>.

А н о т а ц і я

Скурихін С. М. Особливості правового мислення офіцерів Збройних Сил України. — Стаття.

У статті розглянуто особливості правового мислення офіцерського складу Збройних Сил України. Правове мислення аналізується у поетапній динаміці — виявлення й оцінювання проблемної правої ситуації, формулювання правового завдання, прийняття правового рішення.

Ключові слова: мислення, правове мислення офіцерів.

А н н о т а ц и я

Скурихин С. Н. Особенности правового мышления офицеров Вооруженных Сил Украины. — Статья.

В статье рассмотрены особенности правового мышления офицерского состава Вооруженных Сил Украины. Правовое мышление анализируется в поэтапной динамике — выявление и оценивание проблемной правовой ситуации, формулирование правовой задачи, принятие правового решения.

Ключевые слова: мышление, правовое мышление офицеров.

S u m m a r y

Skurikhin S. N. Features of the legal thinking of officers of the Armed Forces of Ukraine. — Article.

The features of the legal thinking of officers of the Armed Forces of Ukraine are considered in the article. Legal thinking is analysed in stage-by-stage dynamics — revealing and evaluation of a problem legal situation, defining of a legal task, acceptance of a legal decision.

Keywords: thinking, legal thinking of officers.

УДК 801.82:81“37:340.64

В. Я. Мизецкая

ЛЕКСИКО-СЕМАНТИЧЕСКИЙ АНАЛИЗ ПИСЬМЕННОГО ТЕКСТА КАК СРЕДСТВО ИДЕНТИФИКАЦИИ ЛИЧНОСТИ АДРЕСАНТА

В последнее время возрастает значение судебной лингвистики как одного из направлений юридической лингвистики, которое тесно связано с решением многих задач в сфере судопроизводства и криминалистики.

В частности, судебная лингвистика помогает установить авторство устных и письменных текстов, оценить коммуникативные интенции автора текста, получить информацию об адресанте текста на основе его письменных и устных высказываний, что дает возможность создать социально-психологический портрет подозреваемого, свидетеля или какого-либо иного фигуранта судебного дела.

Развитию судебной лингвистики как весьма актуального направления юридической лингвистики способствовали научные работы членов кафедры иностранных языков ОНЮА, в частности кандидатские диссертации Е. В. Балабухи, Н. П. Михайлук, К. А. Кантура, научные работы других членов кафедры, в том числе В. Я. Мизецкой, Л. В. Нижниковой [1; 3; 5–7].

Все эти изыскания были направлены на исследование различных пластов лексики английского языка, что позволило наблюдения более общего характера применить при конкретном анализе письменных текстов с целью идентификации личности адресанта на основании его речевых особенностей, в том числе и особенностей лексикона.

Идентификация личности адресанта сообщения возможна благодаря тому, что каждый фигурант имеет свой особый идиолект, который складывается под воздействием целого ряда факторов, в том числе национального, возрастного, гендерного, образовательного, профессионального и др.

Остановимся на особенностях каждого в плане их лексической актуализации.

Многочисленные исследования воздействия гендерного фактора на речепроизводство [2; 4; 5] показывают, что в целом женская речь отличается большей степенью экспрессивности, чем мужская (1,2:1). В женской речи наблюдается использование таких аксиологических и эмотивных единиц, как *gorgeous, marvellous, very nice* и многие др., которые не свойственны речи мужчин. Повышенное число экспрессивов и эмотивов в тексте позволяет сделать исследователю предварительный вывод о гендерных характеристиках идентифицируемой личности. Однако эти выводы имеют лишь предварительный характер, поскольку в действительности большую роль играют индивидуальные психологические качества личности. В частности, существует целая категория лиц мужского пола, для которых характерна повышенная экзальтация, что, естественно, сказывается и на вербальных, речевых характеристиках, в том числе на повышенном количестве эмотивно-экспрессивной лексики в тексте, что сближает их речь с женской.

Еще одна гендерная особенность — повышенное число нестандартной ненормативной лексики или лексики, которая в стилистическом плане относится к грубой, в мужских лексиконах по сравнению с женскими. В целом это соотношение составляет приблизительно 1,3:1 [5]. Однако в последнее время все больше дает себя знать тенденция к унификации мужской и женской речи преимущественно за счет огрубления женских лексиконов. Поэтому наличие повышенного по сравнению с усредненным числом нестандартной или грубой лексики (3 слова или выражения на 2400 буквенных знаков или 400 слов) может давать основание только для предположений по поводу половой принадлежности адресанта сообщения и должно подтверждаться показателями по другим параметрам.

Для женских лексиконов характерно использование большего числа бытовых эвфемизмов, чем для мужских:

To glow (to sweat); in the family way (pregnant); incontinent (promiscuous); to outrage (to rape); to do the duties of life (to defecate); congress (copulation); ill (1. having a venereal disease; 2. menstrual; 3. drunk; 4. mentally unwell) и др.

Мужчины часто используют эвфемизмы из сферы политики и экономики:

Production difficulties (strikes); normalization (the suppression of rebellion or protest); negative cash (disolvency); expedient demise (an unlawful killing by a government agency). Однако появление их в тексте не означает, что последний обязательно принадлежит адресанту-мужчине. Деловые женщины также используют их в своей официальной и неофициальной переписке. Тем не менее, вероятность того, что адресантом подобного сообщения является мужчина, — весьма высока. Поэтому особенности использования эвфемизмов разных семантических групп также должны учитываться при идентификации личности адресанта сообщения.

В устной речи опознать в говорящем иностранца бывает значительно легче, чем в письменной, благодаря специальному акценту и интонации. В письменных формах коммуникации компенсировать отсутствие подобных индикаторов национальной принадлежности помогает лексический анализ текста, хотя он, конечно, тоже не является абсолютно надежным средством идентификации личности.

Национальный фактор вольно или невольно дает себя знать, даже если адресант хорошо владеет иностранным языком, на котором он делает свое сообщение. Чаще всего «проколы» касаются нарушений, связанных с валентностью отдельных слов. Иностранца в этом случае может выдать неправильное или не свойственное носителям языка объединение слов в коллокации, которые звучат неестественно (например, «глаз за глаз» вместо «око за око»).

Особенно часто иностранцев подводят паронимические замены, когда вместо одного слова используется близкая по звучанию или даже родственная по этимологии лексическая единица (работать засучив рукава — работать засучив руки).

Использование неудачно выбранных для определенной коммуникативной ситуации элементов синонимического ряда («жрать птичье молоко» вместо «есть конфеты «Птичье молоко») также относится к индикаторам национальной принадлежности автора выражения.

Еще один аспект, который представляет сложности для иностранца, который пишет, например, на английском языке, — использование предлогов. Здесь особенно ярко проявляется интерференция родного языка, когда адресант фактически использует в тексте кальку с родного языка (*to vest power on somebody* вместо *to vest power in somebody* по аналогии с русским «возложить властные полномочия на кого-либо»).

По характеру допущенных ошибок в препозитивном плане в ряде случаев можно даже определить конкретную национальность адресанта-иностранца. Так появление избыточного предлога *to* в выражении *to go home — to go to home* наталкивает на мысль, что адресантом сообщения вполне вероятно является немец (ср. с немецким аналогом *gehen nach Hause*).

Как ни парадоксально это звучит, излишняя начитанность адресанта-иностранца может иногда сослужить ему плохую службу. Известно, что изучающие иностранный язык нередко берут на вооружение слова или выражения, вычитанные у классиков, но в настоящее время считающиеся устаревшими, архаичными. Так, не удивительно, что в лексиконе достаточно хорошо говорящего на русском языке профессора Н. из Великобритании, с которым довелось общаться автору настоящей статьи, появилось позаимствованное у И. С. Тургенева выражение «во все ноги», которое в настоящее время квалифицируется как архаический эквивалент современного словосочетания «со всех ног».

Подобные анахроничные вкрапления являются одним из индикаторов иностранного происхождения адресанта сообщения. У носителей языка

они встречаются крайне редко. Их появление в речи так называемых native speakers обычно связано с какой-либо конкретной коммуникативной задачей (цитирование, шутливая манерность речи и проч.), в то время как иностранцы используют их в качестве стилистически нейтральных общеупотребительных единиц.

Происхождение адресанта или место его длительного пребывания помогают определить диалектные вкрапления, характерные для различных территорий. Так, появление в тексте наряду с общеупотребительными таких слов, как *ken* (*know*); *linn* (*pool*); *lift* (*sky*), *row* (*head*) позволяет предположить, что идентифицируемое лицо родом из Шотландии, а появление в тексте, например, такого слова, как *abrode* (*broke*) дает возможность распознать в адресанте жителя графства Дорсет (Великобритания).

Принадлежность адресанта сообщения к той или иной социальной группе определяется по наличию слов, относящихся к соответствующему социальному или профессиональному жаргону. Так, в речи тех, кто провел в заключении длительное время, нередко появляются слова и выражения из тюремного жаргона. В английском языке, например, это слова *click* (*robbery*); *cuffing* (*a man; person*); *sliff* (*a corpse*); *slammer* (*a prison*) и многие другие. Адресант может даже не заметить, что с нейтрального стиля перешел на сниженный регистр, поскольку определенные жаргонные слова как таковые и уже не воспринимаются.

Возрастные особенности получают вербальную актуализацию в виде соответствующих определенным возрастным категориям ЛЕ. Так, для представителей младших возрастных групп характерно использование элементов молодежного жаргона, которые отсутствуют в лексиконе представителей старших возрастных групп, например, *george!* (*excellent!*) — оценочная характеристика; *gerry* (*an old person*); *joy juice* (*alcoholic drink*) и другие.

Наличие подобных элементов в тексте дает возможность предположить, что адресант сообщения принадлежит к категории лиц старших возрастных категорий, которые желая шагать в ногу со временем, пытаются подражать молодым, переходят на молодежный жаргон. Однако в целом это происходит не очень часто. Поэтому наличие элементов молодежного жаргона может считаться индикатором соответствующей возрастной характеристики идентифицируемого лица.

Комплексное изучение особенностей, обусловленных различными социокультурными и психофизическими факторами, позволяет нарисовать гипотетический социо-психологический портрет идентифицируемого лица, сделать предположения относительно его национальной, половой, возрастной принадлежности, а также его принадлежности к определенной социальной, в том числе профессиональной, группе, наконец дать некоторые психологические и поведенческие характеристики (например, касающиеся повышенной эмоциональности или, наоборот, сдержанности).

Лексический анализ письменного текста удачно дополняет графологическую экспертизу. Он может и должен стать важным аспектом деятельности следственных и судебных органов.

Необходимо осознать, что разработка конкретных методик лексического анализа текста становится всё более важным направлением судебной лингвистики и требует самого пристального внимания не только со стороны лингвистов, но и правоведов.

Л и т е р а т у р а

1. Балабуха Е. В. Підготовка майбутніх учителів іноземних мов до навчання старшокласників фразеології : дис. ... канд. пед. наук : 13.00.02 / К. В. Балабуха. — О., 2007. — 315 с.
2. Земская Е. А. Особенности мужской и женской речи / Е. А. Земская, И. А. Китайгородская, Н. Н. Розанова // Русский язык в его функционировании. Коммуникативно-прагматический аспект. — М., 1993. — С. 90–136.
3. Кантур К. А. Сучасна англомовна евфемістична лексикографія і критерії відбору евфемізмів / К. О. Кантур // Вісник Житомирського державного університету ім. Івана Франка. — Житомир, 2010. — Вип. 50. — С. 121–124.
4. Крейдлин Г. Е. Мужчины и женщины в невербальной коммуникации: эмоциональный аспект / Г. Е. Крейдлин // Эмоции в языке и речи : сб. ст. — М., 2005. — С. 282–323.
5. Мизецкая В. Я. Композиционно-речевая организация персонажной подсистемы в драматургическом тексте : монография / В. Я. Мизецкая. — О. : ОНУ «Черноморье», 1992. — 150 с.
6. Михайлук Н. П. Функционально-стилистические особенности прономинальной транспозиции в различных типах текста (на материалах английского языка) : дис. ... канд. филол. наук : 10.02.04 / Н. П. Михайлук. — О., 2007. — 205 с.
7. Нижникова Л. В. Официально-деловой стиль и деловое юридическое письмо как его отдельная разновидность / Л. В. Нижникова // Збірник наукових статей та матеріалів до V Міжнародної науково-практичної конференції з питань методики викладання іноземної мови пам'яті проф. В. Л. Скалкіна. — О. : Астропрінт, 2007. — С. 291–296.

А н н о т а ц і я

Мизецкая В. Я. Лексико-семантический анализ письменного текста как средство идентификации личности адресанта. — Статья.

Настоящая статья посвящена проблемам идентификации личности на основании лексикона. Подробно анализируются также такие факторы, как социальный статус, пол, национальность, которые во многом определяют идиолект коммуниканта.

Ключевые слова: идентификация, социальный статус, национальность, гендерный фактор.

А н о т а ц і я

Мізецька В. Я. Лексико-семантичний аналіз письмового тексту як засіб ідентифікації особи адресанта. — Стаття.

Стаття присвячена проблемам ідентифікації особи на основі її лексики. Увага, в пер-

шу чергу, приділяється таким чинникам, як соціальний статус, національність, стать, що формують ідолект комуніката.

Ключові слова: ідентифікація, соціальний статус, національність, гендерний чинник.

S u m m a r y

Mizetska V. Y. Jexico-semantic analysis of the written text as an instrument of personal identification. — Article.

The article is devoted to the problems of the personal identification on the basis of the lexicon, the factors of gender, nationality, social status being analyzed in detail.

Keywords: identification, social status, nationality, gender.

УДК 347.73

B. B. Хохуляк

ПРИЗНАЧЕННЯ НАУКИ ФІНАНСОВОГО ПРАВА: ПІДХОДИ ДО РОЗУМІННЯ І ТРАКТУВАННЯ

Постановка проблеми. Висока динаміка економічних, соціальних, політичних процесів, яка властива сучасній державі, поглиблює у наукових колах, серед представників правотворчих і правозастосовчих органів держави, а також серед юристів-практиків усвідомлення того факту, що суттю сучасного законодавства, в тому числі — фінансового має бути сприяння юридичного забезпечення стабільного суспільного співіснування та правопорядку, а владні рішення державних органів, як і сам процес їх прийняття, обов'язково повинні ґрунтуватись на сучасній відповідній теорії та методології. В світлі цього призначення науки фінансового права вбачається у формуванні нею правових та політичних ідей, які були б необхідною базою певного фінансового нормативно-правового акта чи знаходили б своє вираження у процесі його реалізації. Тому питання призначення фінансово-правової науки, її функціональної спрямованості є наскрізним питанням для всієї системи знань про фінансове право.

Ступінь наукової розробки проблеми. Історично у фінансово-правовій думці сформувалось два основних підходи до розуміння і трактування призначення науки фінансового права як невід'ємної складової юридичної науки. Представники першого підходу, зокрема: С. І. Іловайський, В. О. Лебедєв, Д. І. Львов, І. Т. Тарасов, І. І. Янжул, Ю. А. Ровінський, О. М. Горбунова, Л. К. Воронова, К. С. Бельський, О. П. Орлюк та ін., вбачають основним призначенням науки фінансового права відображення, пояснення та обґрунтування існуючих фінансово-правових процесів, аналіз дії фінансових законів та інших нормативних актів і на основі вивчення останніх — формулювання певних узагальнень та положень, які б примножили, збагатили існуючу систему знань про фінансове право. У спектрі такого підходу наука фінансового права розглядається як похідна нормотворчої політики держави у сфері фінансів.

Як вважають представники другого підходу, серед яких відзначимо М. К. Ренненкампфа, І. Х. Озєрова, М. В. Карасьову, Ю. О. Крохіну та ін., головним завданням науки фінансового права є не просто аналіз дій фінансово-правових норм. Призначення науки фінансового права полягає у моделюванні впливу даних норм на фінансово-правові відносини у різних соціально-економічних та політичних умовах, в яких може знаходитись суспільство. За даним підходом, наука фінансового права та політика держави у сфері публічних фінансів розглядаються як взаємо-доповнюючі один одного феномени.

У статті ставиться за мету проаналізувати існуючі підходи до розуміння призначення науки фінансового права, визначити їхні риси та особливості. Встановити суб'єктивне та об'єктивне значення науки фінансового права як фактора формування та реалізації політики держави у сфері публічних фінансів.

Виклад основного матеріалу дослідження. Уявлення про мету та призначення науки фінансового права як складової юриспруденції постійно еволюціонувало і трансформувалось у зв'язку з її власним, внутрішнім розвитком та внаслідок економічних, суспільно-політичних змін. В силу цього розуміння призначення науки фінансового права формувалось на основі бачення її у невід'ємному зв'язку з правою практикою. При цьому відзначимо, що історія правової думки містить факти про неодноразові заклики не змішувати правову науку і юридичну практику. Зокрема, іше Арістотель, відокремлюючи науку (епістеміс) від уміння, практики (динамеос), вважав, що законотворчій діяльності треба вчитись не за настановами коментаторів законів, а в самих державних мужів, які дані закони приймають [1, с. 269–297]. Так само Ф. Бекон закликав не змішувати юридичну науку з юридичною практикою, а у загальноюридичній літературі розрізняв шість видів «допоміжної» літератури, в широкому сенсі даного терміна [3, с. 507–509]. Такі ж точки зору знаходимо і в подальшій історичній та сучасній правовій літературі [6, с. 51–54].

Історично превалюючим підходом у визначенні взаємозв'язку фінансово-правової науки і об'єктивної фінансово-правової практики є трактування першої як похідного, додаткового елемента останньої. Таке трактування було домінуючим в російській імперській науці фінансового права. Зокрема, характерним прикладом цьому може бути твердження С. І. Іловайського, на думку якого основним призначенням науки фінансового права є систематизація норм позитивного, діючого в певному місці і в певний час фінансового законодавства шляхом застосування всіх доступних юридичному мисленню методів, а особливо — спеціально-правового, конструктивно-догматичного і т.д. [10, с. 16–18]. Такий же підхід до розуміння фінансово-правової науки превалює і в радянський період її розвитку. Так, Ю. А. Ровінський, надаючи визначення науки фінансового права і відмежовуючи її від фінансової науки, відштовхується від концепції базису і надбудови. Наука фінансового права, — писав

він, — відмежовується від науки про фінанси тим, що вона, використовуючи дані науки про фінанси, вивчає правову форму фінансової діяльності держави і суспільних відносин, що виникають у ході цієї діяльності [28, с. 62]. Подані Ю. А. Ровінським визначення та ідентифікація науки фінансового права в подальшому лише уточнювались і доповнювались в деяких своїх аспектах [30; 31]. Так, на думку Л. К. Воронової, наука фінансового права досліджує встановлені фінансово-правовими нормами методи і способи, якими держава і органи місцевого самоврядування мобілізують грошові кошти в централізовані і децентралізовані фонди і витрачають їх для власного функціонування [5, с. 49]. Трактування науки фінансового права як похідної фінансової діяльності держави у сфері фінансів зустрічається і в сучасній вітчизняній та іноземній фінансово-правовій літературі [2, с. 13; 21, с. 35; 35, с. 58].

Як очевидно, дані твердження побудовані на розумінні одновекторності взаємозв'язку науки фінансового права і фінансово-правової практики. У даному взаємозв'язку наука фінансового права виступає результатом аналізу, узагальнення, а нерідко — опису та коментування окремих заходів державно-вольового впливу на фінансову сферу. В контексті такого трактування основним її призначенням є вивчення фінансово-правових норм, інститутів та джерел фінансового права, а також сприяння удосконаленню законодавства «шляхом вироблення загальних віх, в напрямку яких їмовірніше всього будуть рухатись фінансово-правові відносини» [36, с. 63]. Такі позиції ми зустрічаємо і в деяких сучасних вітчизняних підручниках з фінансового права [5, с. 49; 35, с. 58].

Другий тип розуміння і трактування призначення науки фінансового права полягає у визначенні її як одного з основних чинників фінансової політики держави. Згідно з такою концепцією, наука фінансового права і фінансово-правова практика знаходяться у постійному двосторонньому взаємозв'язку: «фінансово-правова практика — наука фінансового права; наука фінансового права — фінансово-правова практика». Лейтмотивом даних ідей стала позиція професора Ерлангенського університету К. Т. ф-Еберга, який з даного приводу зазначав: фінансова наука і практика обов'язково повинні взаємодоповнювати одна одну. Якщо між теорією і практикою не має взаємного впливу, то за панування фінансової теорії може настути утопія, а за панування практики — емпіризм. Тільки в своєму поєднанні вони служать істинному прогресу [12, с. 12].

Слід відзначити, що така позиція у фінансово-правовій літературі далеко не поодинока. Як стверджував Р. Іерінг, дослідження фінансово-правових відносин не можуть зводитись лише до опису існуючих у визначений проміжок часу фінансово-правових інститутів або фінансового законодавства, що їх регламентує. У такому випадку, як він влучно підмітив, наука фінансового права нерідко обмежується тільки знанням циферблата годинника, не маючи уявлення про його механізм. Вона не відповідає на основне запитання про приховану силу, що надає рух стрілці. У цьому вона нагадує нам при такому чисто описовому напрям-

ку архів якого-небудь департаменту і зводиться до абсолютно марної констатації факту [8, с. 12]. Подібні твердження зустрічаються і в сучасній фінансово-правовій літературі. Так, на думку І. В. Рукавішнікової, матерія фінансового права являє собою живий організм, що вимагає постійної уваги як з боку практика-законодавця, так і теоретика-ченого-го, оскільки тільки всебічне вивчення процесів, що відбуваються у фінансово-правовій дійсності, дозволить об'єктивно оцінити стан даної галузі [11, с. 15].

Цілком погоджуючись з наведеними позиціями, підкреслимо, що дослідження фінансово-правової матерії повинно здійснюватись на основі загального методологічного принципу єдності теоретичної та предметно-практичної діяльності. Адже аналітична, пізнавальна діяльність науковця — дослідника фінансової діяльності держави завжди має своєю метою сприяння підвищенню ефективності останньої за рахунок поглиблення знань про її природу, зміст та форму, розроблення пропозицій щодо її удосконалення. В цьому ми підтримуємо думку В. Селіванова, що, відображаючи практичну діяльність, теоретичне пізнання входить в останню, впливаючи на неї, розвиваючи та змінюючи її [29, с. 41].

Водночас слід визнати, що проблема визначення науки фінансового права як фактора впливу на фінансову політику держави має в сучасних суспільно-політичних умовах не стільки загальнотеоретичне, як практичне значення. Адже потреби сучасної практики трансформації суспільних (у тому числі фінансово-правових) відносин, як правило, випереджають можливості сучасної вітчизняної фінансово-правової науки. Крім того, сучасне фінансове законодавство розробляється і затверджується головним чином на підставі політичної доцільності, часто — міжпартійного компромісу, а не на підставі науково обґрунтованих рекомендацій. Як показує аналіз практики реалізації розробок теорії фінансового права, політичні структури, які уповноважені створювати оптимальні умови для функціонування фінансової системи в конкретних економічних умовах, залишають незатребуваними створені моделі. При спробах досягнення політичного компромісу, як зауважують В. С. Яричевський та В. В. Яричевський, проводяться різноманітні експерименти, в той час як обґрунтовані та теоретично доведені конструкції залишаються архівними цінностями [36, с. 71]. За такої ситуації фінансово-правові акти не тільки не сприяють розвиткові економіки, а, навпаки, набувають деструктивного характеру. Реакцією на такий стан подій стали ідеї розробки загальних, концептуальних положень фінансово-правової науки, які би служили орієнтирами у фінансовій політиці держави. Такі ідеї обґрунтуються в спеціальних наукових публікаціях [7, с. 12; 26, с. 51–52], висловлюються на науково-практичних конференціях [13, с. 32; 16, с. 41].

Обґрунтування необхідності визначення науки фінансового права як фактора впливу на фінансову політику держави, яке сьогодні є превалюючим в сучасній вітчизняній та зарубіжній фінансово-правовій літературі, водночас не надає однозначної відповіді на такі запитання: 1) яким

же ж чином наука фінансового права повинна впливати на фінансову правову практику?; 2) як співвідносяться доктринальні розробки у сфері фінансового права із фінансовим законодавством? Однак подібні питання для науки фінансово права не є новими. Як писав з цього приводу І. Х. Озєров, наука фінансового права впливає на фінансово-правову практику лише опосередковано. «Не виробляти фінансові рецепти ми покликані в храмі науки, — стверджував він, — а встановлювати закономірності явищ, підмічати їх емпіричні закони...» [19, с. 18]. Погоджуясь з таким твердженням, ми все ж хочемо відзначити, що наукі фінансового права властивий і прикладний характер. Як, на нашу думку, абсолютно справедливо відзначав К. Т. ф-Еєберг, завдання науки фінансового права полягає в описі та поясненні фінансового ладу шляхом формулювання загальних принципів. Але якщо наука буде формулювати загальні положення, не звертаючи увагу на практичну сторону фінансової матерії, то є висока ймовірність заслонити теорією те, що було досягнуте практично [12, с. 12]. Ми в цілому погоджуємося із сучасним поглядом на вирішення даної проблеми, запропонованим Ю. О. Крохицькою, на думку якої, доктрина фінансового права (яка визначається в двох аспектах: широкому — істинно науковому і вузькому — науково-нормативному) виконує завдання вторинного джерела галузі фінансового права. Вона компенсує лаконічність нормативних положень, забезпечуючи їхню теоретичну повноту і юридичну визначеність, розкриваючи нормативний зміст фінансово-правових категорій [16, с. 41–43]. «Досліджуючи взаємодію фінансово-правової доктрини і фінансового законодавства, — продовжує даний автор, — слід звернути увагу на універсальність наукових розробок, оскільки вони передують формуванню політичних і правових ідей, які закладаються в основу концепції певного фінансового нормативного акта» [16, с. 43]. Очевидно, не викликає заперечень, що науково-теоретичні роботи прикладного характеру допомагають вирішувати часткові питання, що виникають на практиці. Як доводив Г. С. Остроумов, самі норми права є особливою формою втілення специфічної системи правових поглядів [22, с. 138–139]. Отже, підкреслимо: наука фінансового права, вивчаючи як зміст фінансового права, так і його форму, одночасно здійснює цілеспрямований вплив на законодавчу практику держави.

Висновок. Таким чином, призначення фінансово-правової науки трактується виходячи з відображення об'єктивних закономірностей накопичення системи знань про фінансове право та дії загального методологічного принципу єдності теоретичної та практичної діяльності. Вважаємо, що при визначенні мети, завдань, призначення науки фінансового права слід враховувати суб'єктивні та об'єктивні фактори її впливу на правову та суспільну практику. В суб'єктивному аспекті політика держави та органів місцевого самоврядування у сфері публічних фінансів досліджується на науково-теоретичному рівні одночасно як для поглиблення знань про її сутність та форму, так і для розроблення конкретних

шляхів покращення її ефективності. З об'єктивної точки зору, в умовах гострої політичної боротьби в суспільстві, правові рішення, які приймаються державою у сфері публічних фінансів, повинні бути виваженими та детально і всебічно обґрунтованими на науково-теоретичному рівні. Саме загальні, концептуальні положення фінансово-правової науки є орієнтирами для держави і органів місцевого самоврядування у правотворчій і правозастосовчій діяльності.

Література

1. Аристотель. Большая этика // Собрание сочинений : в 4 т. / *Аристотель*. — М., 1983. — Т. 4.
2. Бельский К. С. Финансовое право: наука, история, библиография / *К. С. Бельский*. — М. : Юрист, 1995.
3. Бэкон Ф. Великое восстановление наук // Сочинения : в 2 т. / *Ф. Бэкон*. — М., 1971. — Т. 1.
4. Винницкий Д. В. Российское налоговое право: Проблемы теории и практики / *Д. В. Винницкий*. — СПб.: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2003.
5. Воронова Л. К. Финансовое право : учеб. пособие для студ. юрид. вузов и фак. / *Л. К. Воронова, Н. П. Кучерявенко*. — Х. : Легас, 2003.
6. Графский В. Г. Интегральная (синтезированная) юриспруденция: актуальный и все еще незавершенный проект / *В. Г. Графский* // Правоведение. — 2000. — № 2.
7. Запольский С. В. О предмете финансового права / *С. В. Запольский* // Правоведение. — 2002. — № 5.
8. Иеринг Р. Юридическая техника / *R. Иеринг*. — СПб., 1905.
9. Иловайский С. И. Учебник финансового права / *С. И. Иловайский*. — О., 1899.
10. Иловайский С. И. Учебник финансового права / *С. И. Иловайский*. — 5-е (посмертное) изд. / под ред. Н. П. Яспольского. — О., 1912.
11. История финансового законодательства России: учеб. пособие. — М. : ИКЦ «МарТ», 2003. — (Серия «Экономика и управление»).
12. ф-Эберг К. Т. Курс финансовой науки / *К. Т. ф-Эберг*; пер. с нем. под ред. М. А. Курчинского. — СПб., 1913.
13. Карасева М. В. Политическая обусловленность финансово-правового регулирования / *М. В. Карасева* // Финансово-правовая доктрина постсоциалистического государства. — Черновцы : Рута, 2003. — Вып. 1 : [сб. науч. докл. и сообщ. по материалам междунар. науч. конф. 22–24 сент. 2003 г.].
14. Карасева М. В. Финансовое право России в XXI веке: иные акценты / *М. В. Карасева* // Правоведение. — 2002. — № 5.
15. Карасева М. В. Финансовое право. Общая часть : учебник / *М. В. Карасева* . — М. : Юрист, 2000.
16. Крохина Ю. А. Доктрина как фактор оптимизации финансового законодательства / *Ю. А. Крохина* // Финансово-правовая доктрина постсоциалистического государства. — Черновцы : Рута, 2003. — Вып. 1 : [сб. науч. докл. и сообщ. по материалам междунар. науч. конф. 22–24 сент. 2003 г.].
17. Лебедев В. А. Финансовое право. Лекции. Т. 1 / *В. А. Лебедев*. — Изд. 2-е. — СПб. : Изд-во «Общественная польза», 1882.
18. Львов Д. Курс финансового права / *Д. Львов*. — Казань, 1887.
19. Озеров И. Х. О приемах изучения финансовой науки / *И. Х. Озеров*. — М. — 1903.
20. Озеров И. Х. Основы финансовой науки. Вып. 1. Учение об обычновенных доходах / *И. Х. Озеров*. — Изд. 4-е. — М., 1911.
21. Орлюк О. П. Фінансове право : навч. посіб. / *О. П. Орлюк*. — К. : Юрінком Інтер, 2003.

22. Остроумов Г. С. Правовое осознание действительности / Г. С. Остроумов. — М. : Юрид. лит., 1969. — 218 с.
23. Патлаевский И. Ю. Курс финансового права / И. Ю. Патлаевский. — О., 1885.
24. Пацурківський П. С. Зв'язок юриспруденції з правою практикою / П. С. Пацурківський // Науковий вісник Чернівецького університету : зб. наук. пр. — Чернівці, 2000. — Вип. 100 : Правознавство.
25. Пацурківський П. С. Сучасні проблеми правопізнання : навч. посіб. / П. С. Пацурківський. — Чернівці : Рута, 2001.
26. Покачалова Е. В. Доктрина финансового права и новое законодательство об институтах государственного кредита и государственного долга / Е. В. Покачалова // Правоведение. — 2002. — № 5.
27. Ренненкампф Н. К. Юридическая энциклопедия / Н. К. Ренненкампф. — Изд. 2-е, испр. и доп. — СПб., 1898.
28. Ровинский Е. А. Основные вопросы теории советского финансового права / Е. А. Ровинский. — М. : Госюризатд, 1960.
29. Селиванов В. Проблема методологічної обґрунтованості вітчизняного правознавства / В. Селиванов // Право України. — 1998. — № 12.
30. Советское финансовое право : учебник. — М. : Юрид. лит., 1985.
31. Советское финансовое право : учебник. — М. : Юрид. лит., 1987.
32. Тарасов И. Очерк науки финансового права / И. Тарасов. — Ярославль, 1883.
33. Финансовое право : учеб. для вузов / Н. М. Артемов, О. Н. Горбунова, И. Г. Денисова [и др.] ; отв. ред. О. Н. Горбунова. — М. : Юристъ, 1996.
34. Фінансове право : навч. посіб. для студ. юрид. вузів та ф-тів / за ред. д.ю.н., проф. Л. К. Воронової. — К. : Вентурі, 1998.
35. Фінансове право : підручник / [Є. О. Алісов, Л. К. Воронова, С. Т. Қадъкаленко та ін.]; кер. авт. кол. і відп. ред. Л. К. Воронова. — Х. : Консум, 1998.
36. Яричевский В. С. Проблемы соотношения и взаимосвязи науки финансового права и финансовой науки в процессе становления национальной финансовой системы / В. С. Яричевский, В. В. Яричевский // Государство и право. — 2002. — № 4.

А н о т а ц і я

Хохоляк В. В. Призначення науки фінансового права: підходи до розуміння і трактування. — Стаття.

У статті досліджуються проблеми визначення мети і призначення науки фінансового права. Розкривається зміст існуючих підходів до розуміння призначення науки фінансового права. Характеризуються суб'ективні та об'ективні фактори впливу науки фінансового права на правову та суспільну практику.

Ключові слова: призначення науки фінансового права, наука фінансового права, фінансове право.

А н н о т а ц и я

Хохоляк В. В. Предназначение науки финансового права: подходы к пониманию и трактовке. — Статья.

В статье исследуются проблемы определения цели и предназначения науки финансового права. Раскрывается смысл существующих подходов к пониманию предназначения науки финансового права. Характеризуются субъективные и объективные факторы влияния науки финансового права на правовую и общественную практику.

Ключевые слова: пред назначение науки финансового права, наука финансового права, финансовое право.

S u m m a r y

Khokhuliak V. V. Setting of science of financial law: going is near understanding and interpretation. — Article.

In the article the problems of determination of purpose are probed setting of science of financial law. Maintenance of the existent going opens up near understanding of setting of science of financial law. The human and objective factors of influence of science of financial law are characterized on legal and public practice.

Keywords: setting of science of financial law, science of financial law, financial law.

УДК 346.7:624

O. O. Квасніцька

СУТНІСТЬ БУДІВЕЛЬНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ: ТЕОРЕТИЧНИЙ ПОГЛЯД

Сучасний стан господарської науки свідчить про наявність низки невирішених питань теоретико-методологічного характеру. Сьогодні є всі підстави констатувати про необхідність консолідації вчених-господарників та залучення теорії права для комплексного дослідження питань господарсько-правового регулювання будівельної діяльності.

Значний масив нормативно-правових актів, що регулюють будівельну діяльність, особливості правового статусу учасників, специфіка фінансування будівельного процесу, недостатність відображення правового регулювання будівельної діяльності в науковій та навчальній літературі є підтвердженням актуальності в проведенні комплексних, виважених досліджень даного інституту господарського права.

Правову природу будівельної діяльності в Україні досліджують фрагментарно, так на сторінках юридичної літератури з'являються праці молодих вчених І. Миронець, Н. Трофуненко, П. Покатаєва, М. Омеляненко. Однак зазначені дослідження є вкрай недостатніми, враховуючи те, що будівельна діяльність займає все більший сегмент ринку, є суттевим інститутом господарського права та потребує системного врегулювання.

Правовідносини, що складаються у сфері будівельної діяльності, піддаються комплексному правовому регулюванню нормами різних галузей права (господарського, цивільного, адміністративного, фінансового, кримінального), а також нормами, що мають різні правові характеристики (нормами загальноправового регулювання і нормами технічних регламентів (технічними нормами)). В зв'язку з цим на сторінках наукової літератури дискусійним залишається питанням галузевої належності будівельної діяльності та особливо це вбачається при розгляді засобів та форм державного регулювання і застосування значного масиву управлінських рішень у містобудівній діяльності.

В Україні господарське право має свій системоутворюючий правовий акт, що дозволило сформувати самостійність цієї галузі права як системи правових норм господарської діяльності, та в сферу господарсько-правового регулювання поряд з іншими галузями економіки ввійшла і будівельна діяльність як різновид господарської діяльності.

У науковій літературі поняття «будівельна діяльність» ототожнюється з поняттям «капітальне будівництво», «будівництво», «містобудівна діяльність» при цьому використовується без визначення дефініції, що дає можливість стверджувати про єдність поглядів. Між тим аналіз законодавства, наукової літератури вказує про відсутність солідарності у визначенні концептуальної сутності будівельної діяльності.

Звернення до сталих визначень «капітальне будівництво», «будівництво» [1, с. 294; 2, с. 8; 3, с. 688; 4, с. 9] дозволяє зробити висновок про їх недосконалість та недопустиму звуженість і як наслідок потребу сучасного, системного підходу до сутності будівельної діяльності в господарському праві України.

З певною мірою умовності та для зручності вивчення даного питання виокремимо групу поглядів дослідників стосовно визначення будівельної діяльності (будівництва, капітального будівництва) в системі права України:

- 1) будівництво — як самостійна галузь економіки;
- 2) будівництво — як економіко-правова форма інвестування;
- 3) будівництво — як процес створення спорудження об'єктів;
- 4) будівництво — як управлінська діяльність;
- 5) будівництво — як техніко-економічна категорія.

Варто зазначити, що аргументація кожного із пропонованих підходів має свої проблемні аспекти, які не дозволяють підійти до сутності будівельної діяльності, так як не враховують ні оновлене законодавство в даній сфері, ні сучасні вимоги розвитку науки теорії держави і права взагалі і господарського права зокрема.

Перший підхід. В перехідний період української економіки відбулася трансформація і реорганізація видів господарської діяльності, галузей, секторів економіки. Саме на початку трансформаційного періоду існувала будівельна галузь в рамках видів діяльності, сутність якої полягала у введенні в дію нових, а також реконструкції, розширення, ремонту і технічного переозброєння діючих об'єктів виробничого та невиробничого призначення. Між тим таке визначення будівельної галузі є надто звуженим, як для галузі, що не дозволяє на сьогодні вказати її відмінності від будівельної діяльності як різновиду господарської діяльності, що призводить до підмінюванні цих понять та не відповідає академічному науковому погляду.

Будівельна галузь посідає одне з основних місць в економіці держави та є сукупністю організацій, що характеризуються єдністю економічного призначення продукції, що виробляється для функціонування всіх галузей національної економіки держави, забезпечення побутових, соціаль-

но-культурних потреб населення, однорідністю матеріалів, що використовуються, спільністю технологічної бази і технологічних процесів, особливим професійним складом кадрів, специфічними умовами праці.

Саме такий підхід до визначення будівельної галузі дозволяє окреслити основні завдання та структуру будівельної галузі, в яку входить регіональне та територіальне будівництво, що у свою чергу обумовлене в працях російських дослідників А. Н. Асаула [5], С. Н. Іванова [6], Н. А. Асаула [7]. Будівельна галузь на сьогодні сформувалася і розвивається як набір територіальних технологічних кластерів, її характеризують притаманні даній галузі ознаки: випуск продукції відповідного призначення; спільність технологічних процесів; наявність однорідних підприємств; наявність професійного складу кадрів; специфічні умови праці.

Галузь будівництва об'єднує діяльність загальнобудівельних і спеціалізованих організацій, проектно-дослідницьких і науково-дослідних організацій, підприємств будіндустрії у складі будівельних об'єднань, а також організацій, що виконують будівельно-монтажні роботи господарським способом. Вживане нині поняття «будівельна галузь» є сукупністю галузей, виробництв і організацій, що характеризуються тісними стійкими економічними, організаційними, технічними і технологічними зв'язками в отриманні кінцевого результату — забезпечені виробництва основних фондів народного господарства. Саме такий підхід до визначення будівельної галузі дозволяє зробити висновок про включення в її структуру відповідного виду господарської діяльності — будівельну діяльність.

Другий підхід, згідно з яким капітальне будівництво є економіко-правовою формою інвестування, розглядається О. М. Вінник [8] в межах вивчення положень інвестиційного права. Даний підхід базується на тому, що інвестування є елементом господарської діяльності та може здійснюватися в певних формах, до яких і відносять капітальне будівництво, в аспекті окремого сегмента капітальних вкладень. Між тим слід зазначити, мова йде про інвестування в об'єкти (продукцію) капітального будівництва, що здійснюється з метою створення нових і відтворення діючих основних фондів. Та незважаючи на інвестиційний цикл, мова не йде про будівельну діяльність, якій характерні певні засоби державного регулювання, технологічні вимоги, а мова йде про форми інвестування в об'єкти будівництва (і тут слід враховувати як об'єкти капітального, так і некапітального будівництва), що відносяться до фінансової діяльності фізичних осіб та суб'єктів господарювання.

У зв'язку з відсутністю в законодавстві уніфікованого поняття «об'єкти капітального і некапітального будівництва» критеріями їх розмежування слугуватиме: наявність ознак нерухомого майна у відповідності до ЦК України; під час планування таких об'єктів передбачається, що вони будуть експлуатуватися до повного зносу. Відповідно критерієм розмежування некапітальних об'єктів будівництва є: відсутність у них

ознак нерухомого майна; тимчасовий характер використання таких об'єктів. Крім того, слід погодитися з висновками І. М. Миронець, що категорія капітальне будівництво — це елемент радянської епохи [9, с. 170] і в науковій та законодавчій літературі слід відходити від поняття «капітальне будівництво», яке, на жаль, вживавшим залишається у Господарському кодексу України (глава 33 «Капітальне будівництво»). Отже застосування терміна «капітальне будівництво» можливе лише в рамках класифікації об'єктів будівництва, що в свою чергу потребує уточнення при підході до визначення економіко-правових форм інвестування, а саме доцільно застосовувати інвестування в об'єкти будівництва.

Третій підхід, згідно з яким капітальне будівництво розглядають як процес створення, спорудження об'єктів. Будівельний процес у літературі визначають як вид відносин, врегульований нормами права, суб'єктами яких являються як фізичні і юридичні особи, так і безпосередньо держава [10, с. 21]. Відповідно до Постанови Кабінету Міністрів України «Про затвердження Порядку державного фінансування капітального будівництва» від 27 грудня 2001 р. № 1764 (далі — Постанова) капітальне будівництво розглядається як процес створення нових, а також розширення, реконструкція, технічне переоснащення діючих підприємств, об'єктів виробничого і невиробничого призначення, пускових комплексів (з урахуванням проектних робіт, проведення торгів (тендерів) у будівництві, консервації, розконсервації об'єктів, утримання дирекцій підприємств, що будуються, а також придбання технологічного обладнання, що не входить до кошторису об'єктів [11]. Проте якщо розглядати будівельну діяльність як процес, то законодавче закріплення має певні дефекти, так як не всі складові будівельного процесу зазначені у відповідній Постанові. Окрім цього, висвітлення будівельної діяльності як процесу є відтворенням вузького підходу до розуміння сутності будівельної діяльності як правової категорії, що призведе до розмивання початкових уявлень про її правову природу.

Варто зазначити, що процес будівництва відноситься до технологічної діяльності і в свою чергу будівельна діяльність передбачає проходження певних стадій, які в більшій мірі носять дозвільний характер, комплексно пов'язані між собою, що мають відповідну правову регламентацію та чітко встановлений законодавством порядок. У зв'язку з цим будівельний процес слід розглядати як необхідну складову будівельної діяльності, але не ототожнювати дані поняття, так як сутністю будівельної діяльності є не процес, а діяльність суб'єктів господарювання у сфері виробництва, спрямована на створення (спорудження) об'єктів будівництва шляхом проходження певних стадій.

Четвертий підхід базується на визначенні сутності будівництва як об'єкта адміністративно-правового регулювання. Так В. О. Ромасько визначає будівництво як урегульовану адміністративним законодавством управлінську діяльність у сфері будівництва, реконструкції, реставрації

чи капітального ремонту, одним із суб'єктів якої є орган, наділений владно-розворядчими повноваженнями [12]. Аргументація даного підходу знаходиться в площині здійснення державного контролю за дотриманням законності й дисципліни під час будівельних робіт та застосування різних форм державного регулювання.

Однак слід констатувати про входження до предмета правового регулювання господарським правом й відносин управління за участю суб'єктів господарювання, в яких орган державної влади або орган місцевого самоврядування, по-перше, наділений господарською компетенцією і, по-друге, здійснює організаційно-господарські повноваження (реалізує вказану компетенцію) безпосередньо щодо суб'єкта господарювання [13, с. 40].

Наряду з цим державне регулювання будівельної діяльності є не-від'ємним інструментом ринкової економіки, його засоби, регламентовані господарським законодавством, розповсюджуються і на будівельну діяльність, головним принципом якого є поєднання свободи суб'єктів господарювання і державних інтересів.

Поряд з цим, важлива роль у сфері будівельної діяльності відводиться засобам та формам державного регулювання, здатним забезпечити розширення дії в галузі законів і принципів ринкової економіки, підвищення ефективності виробництва, серед яких фінансово-кредитне забезпечення суб'єктів господарювання, матеріально-технічна підтримка, податкові преференції, інформаційне обслуговування, управлінська допомога; консультивативна допомога. Для успішного функціонування зазначених форм важлива наявність конкретної програми формування та розвитку державного регулювання економіки, а також відповідного організаційно-економічного механізму його реалізації. Не слід забувати, що в господарюванні не повинен діяти домінант публічного інтересу, повинен забезпечуватися баланс, що здійснюється безпосередньо за допомогою господарського законодавства, саме в ньому ми знаходимо втілення основних зasad ринкової економіки, здійснення структурного регулювання та модернізації будівельної галузі.

Нормативно-правові регулятори забезпечують державний контроль будівельної діяльності через систему будівельних норм, ліцензування, стандартизацію та сертифікацію продукції на всіх етапах будівництва. Система страхування належить до механізмів державного регулювання на етапах проектування, будівництва, експлуатації всіх об'єктів будівництва. Все це є свідченням впливу на економічні відносини, у тому числі господарські, не через управлінські рішення, а через державний вплив, поєднуючи публічні і приватні інтереси учасників будівельної діяльності.

Крім цього, ринкові економіці притаманна така важлива ознака, як саморегулювання, та саме господарське право в змозі поєднати державне регулювання господарської діяльності та її саморегулювання. На даний час в Україні створення моделі ефективного поєднання державно-

го регулювання з саморегулюванням у сфері містобудування, забезпечення господарського порядку на основах саморегулювання професіональними об'єднаннями у будівельній діяльності стає актуальним. Про це свідчить існування законопроекту «Про саморегулівні організації у сфері містобудування», розробленого Українською будівельною асоціацією, який визначає організаційно-правові засади створення та діяльності саморегулівних організацій у сфері містобудування, а також порядок здійснення державного нагляду за їх діяльністю.

Аналіз зарубіжної практики регулювання будівельної діяльності показує, що основними регулюючими органами виступають професійні об'єднання будівельників і фахівців суміжних професій: в США це, наприклад, Корпус військових інженерів, Асоціація американських генеральних підрядників, Асоціація американських архітекторів, Американське суспільство інженерів цивільного будівництва і інші недержавні організації; у Великобританії — Федерація підрядників по цивільному будівництву, Національна федерація підприємців у будівництві, Федерація зарубіжного будівництва і інші асоціації; у Японії — Японське товариство інженерів цивільного будівництва, Асоціація генеральних підрядників і інші; у Канаді — Центральна корпорація нерухомого майна, будівель і споруд; у Німеччині — Центральний союз будівництва, Головний союз будіндустрії, Союз спеціалізованих субпідрядників і т. д.

П'ятий підхід обумовлений запереченням щодо існування правового поняття «капітальне будівництво» взагалі. Так, І. Л. Брауде зазначав, що капітальне будівництво (будівництво) є категорією техніко-економічною, тому правового поняття «капітальне будівництво» не має і не може бути [14, с. 8]. Зазначається про доцільність розгляду даного поняття через його правовий режим, так само, як і тоді, коли застосовується економічна категорія «власність» для визначення права власності, її правового режиму. При цьому під правовим режимом розуміється сукупність правових норм, які регулюють відносини капітального будівництва [15, с. 27].

Слід зазначити, що така позиція має право на існування лише в контексті застосування категорії «капітальне будівництво» для визначення або класифікації об'єктів будівництва. Так термін «капітальне будівництво» характеризує будівельну діяльність не в цілому, а лише його об'єкти, тобто якісні характеристики об'єкта будівельної діяльності, без визначення її сутності.

Між тим, розглядаючи капітальне будівництво як діяльність, як вид виробничої діяльності, що має своїм призначенням створення об'єктів будівництва, така позиція є хибною. Адже будівельна діяльність розглядається як правова категорія нарівні із зовнішньоекономічною діяльністю, торговельною, фінансовою та ін., якій властиві загальні ознаки притаманні господарській діяльності в цілому, так і специфічні ознаки, характерні безпосередньо будівельній діяльності.

Аналіз законів України «Про регулювання містобудівної діяльності», «Про будівельні норми», «Про архітектурну діяльність» дозволяє зробити висновок, що поряд з будівельною діяльністю існують містобудівна, архітектурна діяльність. Однак не можна ототожнювати поняття «будівельна діяльність» і «будівництво», незважаючи на те, що поняття «будівельна діяльність» відображається через «будівництво». У свою чергу містобудівна діяльність охоплює набагато більшу кількість аспектів діяльності, пов’язаної зі створенням середовища для життєдіяльності споживачів, ніж будівельна та архітектурна діяльність, та виходить за межі правового регулювання господарського права.

Відповідно до Закону України «Про основи містобудування» зазначено, що містобудівна діяльність — це цілеспрямована діяльність державних органів, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій, громадян, об’єдань громадян по створенню та підтриманню повноцінного життєвого середовища, яка включає прогнозування розвитку населених пунктів і територій, планування, забудову та інше використання територій, проектування, будівництво об’єктів містобудування, спорудження інших об’єктів, реконструкцію історичних населених пунктів при збереженні традиційного характеру середовища, реставрацію та реабілітацію об’єктів культурної спадщини, створення інженерної та транспортної інфраструктури [16].

Виходячи з наведеного аналізу поняття «містобудівна діяльність», можна зробити висновок, що до її видів належать наукова, проектна, будівельна діяльність, а також викладацька діяльність з підготовки фахівців у даній галузі та управлінська діяльність. Будівельна діяльність реалізує завдання з організації предметно-просторового середовища, зміни і пристосування первісного середовища до сучасних вимог, що дозволяє стверджувати про її співвідношення з містобудівною діяльністю як часткове з цілим.

Не претендуючи на досконалість та завершеність, але розуміючи, що будь-які дискусії з окресленої проблеми будуть більш результативними за умови подання авторських пропозицій щодо вирішення проблем, будівельна діяльність може бути представлена як різновид господарської діяльності, змістом якої є сукупність практичних дій суб’єктів господарювання і інших учасників господарських правовідносин, спрямованих на створення (спорудження) об’єктів (продукції) будівництва, поєднуючи при цьому організаційно-економічні і техніко-економічні складові.

Для розуміння сутності будівельної діяльності як різновиду господарської діяльності слід визначитися з її характерними ознаками. Так, будівельна діяльність має підприємницький характер і здійснюється з метою отримання прибутку, у виключччих випадках будівельна діяльність може мати некомерційний характер. Прикладом може слугувати здійснення будівельної діяльності відповідно до ч. 2 ст. 77 ГК України казенним підприємством, а враховуючи те, що казенне підприєм-

ство здійснює некомерційне господарювання, то і будівельна діяльність буде некомерційною.

Таким чином, враховуючи підприємницький характер, будівельній діяльності притаманні всі ознаки першої, але при цьому слід констатувати наявність специфічних ознак, які дозволяють виокремити будівельну діяльність серед інших видів підприємницької діяльності.

Специфіка ознак будівельної діяльності полягає в спеціальному нормативно-правовому регулюванні; обов'язковості отримання ліцензії на здійснення будівельної діяльності; наявності спеціального та виключного предмета діяльності — виконання будівельних і монтажних робіт під час нового будівництва, розширення, реконструкції, переобладнання, реставрації та ремонту; цільова спрямованість; визначена продукція (об'єкт); наявність стадійності та дотримання технологічного циклу; здійснення технічного нагляду.

Таким чином, будівельна діяльність має дві складові: організаційно-економічного та техніко-економічного спрямування, які у свою чергу мають певні особливості.

До організаційно-економічних особливостей, які визначаються умовами забудови, принадлежністю і призначенням об'єктів, що будуються, характером управління і організації будівництва, відносять:

- будівництво на замовлення (практично на кожний об'єкт будівництва або комплекс робіт укладається договір підряду, тобто завідомо відомий споживач будівельної продукції);

- значна кількість учасників — у створенні об'єкта будівництва беруть участь інвестори, замовники, забудовники, проектувальники, підрядники, субпідрядники та інші учасники будівельного процесу;

- різноманіття господарських зв'язків будівництва з іншими галузями народного господарства — будівництво неможливе без постачань різноманітних матеріалів, деталей, конструкцій, технологічного устаткування, будівельних і дорожніх машин і механізмів, послуг різних сервісних і обслуговуючих організацій та ін.;

- ступінь освоєності забудованої території (будівництво може вестися в міській смузі, у віддалених від виробничої і комунальної інфраструктури районах, у сільській місцевості і т. д.);

- необхідність комплексного будівництва (виробничі об'єкти з житлом, житло — з благоустроєм, соціальними, культурно-побутовими і освітніми установами і т.д.);

- особливості галузей, для яких споруджуються об'єкти (наприклад, сільське господарство, трубопроводи, аеродроми і т.д.).

До техніко-економічних особливостей, що визначаються технічними особливостями будівельної продукції і будівельного виробництва, відносяться: будівельна продукція — нерухома і територіально закріплена (кожна будівля споруджується на спеціально відведеному майданчику відповідно до плану міської забудови або схеми забудови території); різноманітна (практично немає однакових об'єктів); має великі розміри;

багатодетальна і складна (номенклатура вживаних у будівництві матеріалів, деталей і конструкцій досягає декількох сотень найменувань); матеріаломістка і має велику вагу (матеріальні витрати у вартості будівництва будівель досягають 70 % і більше); носить індивідуальний характер (кожен об'єкт або комплекс будівельно-монтажних робіт виконується за окремим проектом); капіталомістка — вимагає великих одноразових витрат інвестиційних ресурсів; має тривалий термін служби (середній термін експлуатації будов близько п'ятдесяти років).

Особливості будівельного виробництва полягають в такому: тривалість виробничого циклу; робота на відкритому повітрі — вплив кліматичних і погодних умов; залежність від місцевих умов (геологічних, кліматичних, сейсмологічних); пересувний характер ведення робіт (постійне переміщення виробничої бази і робітників з одного будівельного майданчика на інший); необхідність освоєння знову створених виробничих потужностей (доведення випуску продукції до заданого або проектного рівня).

Виходячи з наведеного вище стислого аналізу сутності та особливостей будівельної діяльності як різновиду господарської діяльності, слід констатувати, що неможливо уявити створення оптимального середовища без складових цієї діяльності, які тісно переплетені між собою, поєднуються в процес і органічно доповнюють одне одне. У зв'язку з цим, необхідно зазначити, що в нормотворчій діяльності стосовно будівельної діяльності практично неможливо визначити, який етап в ній є перший, а який заключний, оскільки вона є циклічним процесом, який постійно триває, постійно перебуває в русі.

Підсумовуючи наведене, зазначимо, що будівельна діяльність безспірно відноситься до предмета господарсько-правового регулювання, тому що є галуззю економіки, адже ні цивільне, ні адміністративне право не мають на меті регулювання економіки як такої. Публічно-правові та приватно-правові правовідносини у сфері будівельної діяльності не можуть бути розділені, адже вони об'єднані один об'єктом — економікою, і це вимагає об'єднання їх в єдину групу, в єдиний предмет регулювання господарським правом.

Бачення будівельної діяльності як різновиду господарської діяльності, що складається з відповідних складових елементів, дасть змогу зрозуміти сутність даної правової категорії, уніфікувати навчальні програми та відповідну навчальну літературу господарського спрямування, певною мірою побудувати узгоджену термінологію даного інституту. У цьому контексті слід навести позицію провідного українського теоретика права П. Рабіновича, котрий зазначає, що «відображати правильно сутнісні властивості якісно визначеного явища може лише одне поняття. В інтересах наукової суверості кожне таке поняття повинно б і визнанітись особливим, неповторним терміном» [17, с. 38].

Л і т е р а т у р а

1. Попондуполо В. Ф. Коммерческое право. Ч. II / *В. Ф. Попондуполо*; под ред. В. Ф. Попондуполо, В. Ф. Яковлевой. — СПб.: С.-Петербург. ун-т, 1998. — 518 с.
2. Доценко-Белоус Н. Правовая энциклопедия инвестирования строительства: практика. пособие / *Н. Доценко-Белоус*. — К.: Юрид. практика, 2006. — 543 с.
3. Хозяйственное право: учебник / под ред. акад. В. К. Мамутова. — К.: Юрінком Інтер, 2002. — 910 с.
4. Брагинский М. И. Совершенствование законодательства о капитальном строительстве / *М. И. Брагинский*. — М.: Стройиздат, 1982. — 144 с.
5. Асаул А. Н. Региональный инвестиционно-строительный комплекс существует / *А. Асаул, С. Иванов* // Экономика строительства. — М., 2002. — № 2. — С. 3–20.
6. Асаул Н. А. Институциональный поход к развитию инвестиционно-строительного комплекса / *Н. Асаул* // Экономическое возрождение России. — 2005. — № 1 (3). — С. 37–44.
7. Иванов С. Н. Теоретические подходы к исследованию структуры трансакционных издержек ИСК / *С. Иванов* // Экономическое возрождение России. — 2007. — № 3 (13). — С. 42–49.
8. Вінник О. М. Інвестиційне право: навч. посіб. для студ. вищ. навч. закл. / *О. М. Вінник*. — 2-ге вид. змінами та допов. — К., 2009 — 614 с.
9. Миронець І. М. Поняття будівництва і капітального будівництва / *І. М. Миронець* // Вісник господарського судочинства. — 2009. — № 3. — С. 167–170.
10. Тенякова Л. К. Административно-правовое регулирование деятельности коммерческих организаций-застройщиков в сфере жилищного строительства: дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.14 / *Тенякова Любовь Константиновна*. — Ростов н/Д, 2010. — 189 с.
11. Про затвердження Порядку державного фінансування капітального будівництва: постанова Кабінету Міністрів України від 27 груд. 2001 р. № 1764 // Офіційний вісник України. — 2001. — № 52. — С. 134.
12. Ромасько В. О. Державний контроль у сфері будівництва: адміністративно-правові засади: автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07 / *В. О. Ромасько*. — Х., 2010. — 20 с.
13. Віхров О. П. Предмет господарського права за господарським кодексом України / *О. П. Віхров* // Право та управління. — 2011. — № 1. — С. 37–44.
14. Брауде И. Л. Правовое регулирование капитального строительства в СССР: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук / *И. Л. Брауде*. — М., 1954. — 28 с.
15. Хламов И. Т. Капитальное строительство в условиях ускорения научно-технического прогресса. Планово-организационные проблемы. Ч. 1 / *И. Т. Хламов, К. Ф. Шометов*. — Саратов: Изд-во Саратов. ун-та, 1988. — 152 с.
16. Про основи містобудування: Закон України від 16 листоп. 1992 р. (ред. від 12 берез. 2011 р.) // Відомості Верховної Ради України — 1992. — № 52. — Ст. 683.
17. Рабинович П. М. Социалистическое право как ценность / *П. М. Рабинович*. — 2-е изд., стер. — О., 2006. — 168 с.

А н о т а ц і я

Квасніцька О. О. Сутність будівельної діяльності: теоретичний погляд. — Стаття.

У статті пропонується ревізія поняття «капітальне будівництво». Автором пропонується дискусія з питань відносно феноменальної сутності будівельної діяльності, еволюції цього поняття в контексті економічного розвитку видів діяльності і господарських зв'язків. Аналіз наукових підходів до правової категорії «будівництво», усебічне визна-

чення характерних ознак будівельної діяльності, її складових дозволили запропонувати авторське визначення будівельної діяльності як різновиду господарської діяльності, змістом якої є сукупність практичних дій суб'єктів господарювання і інших учасників господарських правовідносин, спрямованих на створення (спорудження) об'єктів (продукції) будівництва, поєднуючи при цьому організаційно-економічні і техніко-економічні складові.

Ключові слова: будівельна галузь, будівельна діяльність, капітальне будівництво, містобудівна діяльність, об'єкти будівництва, господарська діяльність, господарсько-правове регулювання.

А н н о т а ц и я

Квасніцька О. А. Сущность строительной деятельности: теоретический взгляд.

— Статья.

В статье предлагается ревизия понятия «капитальное строительство». Автором предлагается дискуссия по вопросам относительно феноменальной сущности строительной деятельности, эволюции этого понятия в контексте экономического развития видов деятельности и хозяйственных связей. Анализ научных подходов к правовой категории «строительство», всестороннее определение характерных признаков строительной деятельности, ее составляющих позволили предложить авторское определение строительной деятельности как разновидности хозяйственной деятельности, содержанием которой является совокупность практических действий субъектов хозяйствования и других участников хозяйственных правоотношений, направленных на застройку (сооружение) объектов (продукции) строительства, включая при этом организационно-экономические и технико-экономические составляющие.

Ключевые слова: строительная отрасль, строительная деятельность, капитальное строительство, градостроительная деятельность, объекты строительства, хозяйственная деятельность, хозяйственно-правовое регулирование.

S u m m a r y

Kvasnitska O. The essence of the construction activity: a theoretical view. — Article.

In the present publication is proposed revision of the concept of «capital construction». The author is inviting to debate on issues concerning the phenomenal nature of construction activity, the evolution of this concept in the context of economic development activities and economic links. The analysis of scientific approaches to the legal category of «construction», a comprehensive definition of the characteristic signs of construction activity, its components, allowed to offer the author's definition of construction activities, as a form of economic activity, the content of which is the aggregate action of business entities and other participants of economic relations aimed at building (construction) of the objects (product) development, including with the organizational, economic and techno-economic components.

Keywords: construction industry, construction activities, capital construction, urban planning, construction projects, economic activities, economic and legal regulation.

УДК 340.11:165.12:316.334.56

O. С. Мельничук

ПРОСТОРОВА ОСНОВА МІСЬКОЇ ПРАВОСВІДОМОСТІ

Становлення урбанізованого суспільства пов'язується з різноманітними факторами розвитку людської цивілізації. Підтвердження цього факту можна віднайти, звертаючись до великого історичного часового проміжку: від виникнення античних міст-полісів до існування сучасних індустріальних мегаполісів.

У середньовіччі з оформленням та укріпленням статусу міста як центру соціокультурного розвитку його сприйняття людиною асоціювалося зі свободою та захистом. В рамках міського простору діяли особливі норми, що відстоювали свободу пересування, право на працю, на захист честі та гідності, життя та здоров'я індивідів, які скили вбивство з необережності. Такі міста мали назву міст-сховищ [1, с. 23]. Сучасні великі міста оцінюються як такі, в яких відбувається значна трансформація психології людини. У місцях масового скупчення людей нівелюються моральні особистісні якості людей, що призводить до підвищення ризику для безпеки особистості у рамках мегаполісу [2].

Отже змінюється призначення міста, що зумовлюється низкою підстав. Мета розбудови міста, його становлення, функціонування, розвиток та визнання супроводжуються відхиленнями від першочергового задуму. Таке корегування може відбуватися завдяки факторам, незалежним від свідомості людей (географічним, природнім), але більшість змін залежить від людини. Однією з головних характеристик, що моделює місто, визнається саме свідомість особистостей [3, с. 353–354]. Рухаючись у напрямку правового мислення щодо ролі міста у його теоретико-правовому контексті, слід визнати можливість існування рис, які доповнюють категорію правосвідомості, що тільки підкреслює актуальність досліджуваної тематики та визначає її мету.

Слід зазначити, що дослідження міської правосвідомості у її загальнотеоретичному аспекті не є досить розвиненим. Частіше за все ця проблематика зустрічається у роботах соціологів та соціологів права,

таких як: П. Бурд'є, Л. Вірт, Ю. Р. Горелова, Дж. Фрідман, Т. М. Паренчук, В. М. Сирих, М. Соболевська, Ю. Ц. Тихеєва, Т. Б. Щепанська. Однак навіть у соціолого-правових дослідженнях учени не оперують категорією саме міської правосвідомості, а тим більше у зв'язку з просторовим критерієм її виділення. Найбільш наближеними до досліджуваної тематики є доробки правників-кримінологів щодо визначення та використання одного із структурних елементів міської правосвідомості — Р. С. Могилевського, А. П. Мозоля, Ю. А. Суслова, А. М. Ханькевича.

Що стосується вивчення правових аспектів особливостей територіально-просторового буття держави та міста, то тут потрібно виділити роботи таких дослідників: І. В. Долматова, Є. В. Калініної, Ю. М. Оборотова, Н. А. Полякової, особливe значення мають також розробки видатного французького мислителя Ш. Л. Монтеск'є. Важливим матеріалом для виділення структурних елементів міської правосвідомості та її просторового критерію, є ідеї відомих мислителів в історії юриспруденції: В. К. Липинського та Л. Й. Петражицького.

Маючи за мету визначення категорії міської правосвідомості, цілком доречно звернутися до відомої дихотомії «територія — простір». При дослідженні державної території та простору стверджується, що державна територія міцно фіксована її державними межами, тоді як її державний простір знаходиться в русі як динамічна характеристика буття держави [4, с. 365].

Міське середовище є деякою протяжністю, взаємозв'язком та взаємопереходом території, відносин, сенсів, подій та ситуацій; певним комплексом, цілісністю у своєму територіальному, соціальному та культурному взаємозв'язку [5]. Місто є особливим простором, як з точки зору середньовічного суспільства, так і усвідомлення сучасних форм соціо-просторової організації суспільства.

Виходячи з наукових розробок відомого соціолога П. Бурд'є, поняття соціального простору передбачає реальність не лише сталих форм та зв'язків, але й реальних форм та зв'язків, зумовлених випадковістю, мінливістю меж [6, с. 111]. Основною ознакою міського простору є його розуміння як соціально-територіального явища. Отже, поняття міського простору, враховуючи його соціальну природу, може, разом зі встановленими територіальними кордонами і врегульованими відносинами між людьми, включати інші реальні форми суб'єкт-об'єктних зв'язків.

Природа міського простору, у першу чергу, пов'язана з територіальною свідомістю індивіда. Сучасні дослідники, ґрунтуючись на доробках відомого українського ученого В. К. Липинського щодо хліборобської свідомості та ідеології, підкреслюють значення територіальної свідомості, яка містить в собі процес самовизначення людей відповідно до території, що веде до їх боротьби за право визначати межі цих територій [4, с. 367]. Таким чином, свідомість індивідів, які знаходяться на певній території та ідентифікують себе відповідно до неї, дозволяє кон-

статувати усвідомлення ними не лише державної території, але й території міста.

Дослідження сучасної держави з точки зору її просторового буття має у своїй новизні та висновках положення про існування такої категорії юриспруденції, як державний простір. Державний простір визначається як явище, що зумовлюється не тільки державною територією, але й усією сукупністю державних подій, що розгортаються у відносинах з прикордонними державами; державами, в яких присутні економічні, політичні та культурні інтереси, а також з транснаціональними корпораціями, міжнародними та регіоналістськими організаціями та іншими суб'єктами, з якими вибудовуються державні відносини [7, с. 6, 167].

Якщо простежити, яким чином виводиться категорія державного простору, то, досліджуючи просторове буття сучасної держави, можна використовувати логічну операцію «за аналогією». Звернення до «соціології простору» Г. Зіммеля, а потім до сучасних політологічних досліджень, де оперують поняттям «простір політичних подій», наштовхує на ствердження існування простору державних подій, тобто державного простору [7, с. 59–60].

Цінним є пряме використання поняття правового простору у зв'язку з ідеєю Г. Зіммеля, згідно з яким коли між людьми немає взаємодії, то простір між ними перетворюється на ніщо. За роздумами відомого дослідника соціології простору, у місті спочатку існували різноманітні спільноти, і саме їх просторове співіснування привело до того, що виник загальний мирний простір міста, в якому вони могли розраховувати на правовий захист. Тут мова йде про правовий простір, де виникає функціональний поділ загального простору між окремими утвореннями, що мають певні місця [7, с. 59].

Між тим логічний ряд може бути продовжений. Доведення існування та визначення терміна «державний простір», який не може існувати за рамками соціального простору, дає підстави звернутися до ідей відомого французького соціолога П. Бурд'є та його роботи «Соціальний простір: поля та практики».

За думками П. Бурд'є, відносини між людьми відбуваються за відповідними правилами гри і правове поле при цьому не є виключенням. Будь-яка конкуренція, продуктом якої є, приміром, «ідеологічний ефект незнання», здійснюється в рамках простору, який здатен передати її свої основні тенденції, які випливають з постулатів, вписаних в саму структуру гри та являють собою її фундаментальний закон, наприклад, відносини між правовим полем та полем влади [8, с. 75–128]. Тут ми бачимо визнання існування не тільки правового поля, але й поля влади, тобто поля державної влади. Крім того, правове поле, за П. Бурд'є, визначається як частина соціального простору. Таким чином, у рамках соціального простору поряд з державним простором існує правовий простір.

Цікавою тезою вищезазначеного дослідження є сприйняття правового поля як такого, що відіграє визначальну роль у процесі соціального вираження, але воно є менш автономним у порівнянні з іншими полями — такими, як поле живопису, літератури або навіть науки, які теж піддержують символічний порядок і таким чином зберігають порядок соціальний. Та виходячи з такого автономного існування, прибічники «ортодоксії», тобто культу тексту, примату доктрини та екзегези, тобто одночасно теорії та історії, відмовляються визнати за юриспруденцією хоча б найменшу творчу цінність і, відповідно, практично відмовляються від економічної та соціальної реальності, що означає відмову від наукового осмислення цієї реальності [8, с. 124].

Підкреслюючи необхідність осмислення правової реальності у поєднанні з загальносоціальною, у рамках правового поля міський простір можна розглядати у вузькому та широкому сенсі. У вузькому сенсі та територіальна цілісність, яка окреслена її офіційно визнаними та нормативно-закріпленими межами, її буде міським простором. Тут також можливе розуміння міського простору як території, розділеної на райони в рамках міста. У широкому сенсі уявлення міського простору у вигляді певної території може бути доповнено правовими відносинами між людьми, подіями та ситуаціями.

Тому поняття міської території як місця формування міської правосвідомості дещо обмежене і може бути доповнено характеристиками міського правового простору, який поряд з географічними, демографічними, економічними, військово-силовими та іншими чинниками, може зумовлюватися особливим характером ставлення індивідів до права.

Заслуговує на особливу увагу думка про те, що місто як форма соціопросторової організації суспільства має свою особливу модель культури — міську культуру [9, с. 35], яка, безперечно, включає міську правову культуру — систему правових цінностей городян, у відповідності до яких формується образ правового життя та здійснюється соціально-правове регулювання між суб'єктами міських правовідносин. Відповідно, спроби визначення міської правової культури надає міцніших підстав для вирізnenня та використання саме категорії простору у поєднанні з вивченням правосвідомості жителів міста.

Дослідники міста як явища соціокультурної та економіко-правової реальності мають у своїх наукових розвідках одну спільну ідею та використовують такі терміни: правова культура міста, рівень правосвідомості городян [9, с. 36]; формування структури свідомості в місті у зв'язку з формуванням соціальних норм городян, особливості свідомості жителя мегаполіса, етнічна свідомість у мегаполісі [10, с. 41–42]; політико-правова активність громадяніна міста [11, с. 126]; міська ментальність як єдина, загальна, нівелювана свідомість [12]. Помітно, що усі ці думки пов'язані з питаннями взаємопроникнення права та людської свідомості, зумовлене особливостями міського простору.

Як зазначає А. В. Ткаченко, однією з умов та результатом «переплавки» людини є образ міста як просторова реалізація певної «плавильної печі» [13, с. 34]. Усвідомлення існування категорії міського простору дає підстави стверджувати, що існує міська правосвідомість, яка властива її носієві та сформована у зв'язку з уявленнями міського жителя про право. Це твердження не виключає того, що міські жителі можуть мати іншу правосвідомість, але через довге перебування в одному місті відбувається міська правова соціалізація. Тому її ставлення до права жителів міста стає специфічним.

Якщо звернутися до питання про визначення правової соціалізації у дослідженнях соціологів права, то вони стверджують, що вона виступає як підміна правомірної поведінки за примусом — правовою поведінкою, яка зумовлена особистісними особливостями. Висновком таких тверджень є більш узагальнююче визначення правової соціалізації, де вона розуміється як процес включення індивіда у систему правовідносин конкретного суспільства на підставі засвоєння всієї його культури [14, с. 112].

Тут можна погодитися з тим, що підставами правової соціалізації є засвоєння правових норм та прийняття певної позиції стосовно них, оцінка безпосередньої реалізації норм в юридичній практиці, засвоєння правової ідеології. Однак поза визначенням правової соціалізації залишається її «негативний аспект». Існує думка, що правова культура — це явище, яке включає в себе не тільки позитивні риси [15, с. 14], вона може мати свій рівень вираження у різноманітних соціальних групах. Тому правова соціалізація теж може мати досить специфічні риси та бути зумовленою не тільки особливостями суб'єкта з правомірною поведінкою, але її характеристиками особистостей, які у своїй правовій поведінці відхиляються від відповідності правовим нормам.

На підтвердження слід додати, що визначення соціально-психологічної соціалізації, частиною якої є правова соціалізація, як процесу соціального навчання, для якого необхідно схвалення групи, підкреслює різноманітність інтересів цих груп. Існування у сучасному суспільстві соціальних груп із різноспрямованими інтересами робить можливим зайняття цими групами різноманітних правових позицій по відношенню до всіх елементів будь-якої правової системи [14, с. 118].

Наприклад, у місті може мати місце певний рівень злочинності, який безпосередньо буде пов'язаний з різними знаннями та настановами відносно права. У кримінології використовуються терміни «регіональна злочинність», «злочинність в сільській місцевості» [16], «міська злочинність» [17], що лише підтверджує специфіку цього явища у зв'язку з його просторовою прив'язкою.

Термін «географія злочинності» пов'язують з територіальними особливостями злочинності, її видів відповідно до певних територій та регіонів. Це дозволяє вченим-кримінологам виділяти систему характеристик регіональної злочинності та міської злочинності, що існує в регіонах

та містах, на підставах адміністративно-територіальних, соціально-економічних та соціально-культурних, географічних та етнічних параметрів [16; 18].

Метод просторової локалізації, який застосовується при дослідженні соціального середовища міста, вивів кримінологів до визнання того, що в певних просторових одиницях міста існує концентрація соціально-патологічних явищ. Із точки зору ефективної боротьби зі злочинністю, на підставі результатів просторової локалізації може бути побудована карта злочинності в місті. І головне, метод просторової локалізації має суто теоретико-правовий вихід, тому що він може застосовуватися при аналізі правової свідомості: масової та локальної [17, с. 114–115].

У політико-правовому сенсі місто — це основна площа для розвитку громадянського суспільства. Так, для міста характерна наявність великої кількості жителів, що є необхідною умовою для формування інститутів громадянського суспільства, які об'єднуються та взаємодіють для задоволення як загальних, так і групових інтересів городян [19, с. 128].

Наукові розробки у сфері культурології свідчать про урбаністичну культуру новітнього часу, яка проявляється крізь етнокультурні характеристики. По-перше, в основі культурних проявів сучасних міст знаходиться соціальна та етнічна культура народів міста. А по-друге, міська поліетнічність є протилежністю моноетнічності та спрощеної соціальної моделі села [20, с. 316].

Беручи до уваги світоглядно-ідеологічну функцію правової культури у межах міського простору, слід визнати її конкретизацію у специфічній правосвідомості поліетнічного міського соціуму. Існування різноманітних правових звичаїв в етнічних груп, які проживають зазвичай на певній території міста, може привести й до несприйняття такого мінісоціуму, тобто до нетерпимості та протистояння або до процесу формування міжкультурної толерантної свідомості.

Яскравими прикладами нетерпимості є негативне ставлення корінних жителів міст до емігрантів, які зазвичай в межах нового для них міста починають об'єднуватися на підставах свого етнічного походження (афро-американські квартали, Чайнатаун, Брайтон-Біч у Нью-Йорку, Іст-Сайд у Лондоні, арабські квартали у Парижі та його передмістях).

Іще один приклад, який максимально відображає поєднання норм (у тому числі правових), свідомості людини та простору — це теорія субкультур, розглянута на прикладі традицій міських субкультур. Термін «субкультура» пройшов цікавий шлях від негативного симіолового навантаження — «контркультури» до визнання іншості носіїв субкультури, тобто визначення «підсистемності» субкультури по відношенню до розуміння культури взагалі [21].

Вказуючи на мультикультурний характер сучасного суспільства, субкультура розуміється як комунікативна система, яка має відповідні рівні: соціальний та знаковий. Соціальний рівень окреслює зв'язки та спільноти, які завдані певною культурою, а також моделі поведінки,

норми та ритуали, які підтримують ці структури. Знаковий рівень передбачає засоби комунікації: спеціально-знакові, серед яких символіка, ідеологія, картина світу, та ситуативно-знакові, куди вписані просторовий, часовий, предметний, тілесний та актуальний коди [21, с. 29].

Якщо сконцентрувати увагу на моделях поведінки, нормах, ритуалах, ідеології та просторі, тобто, конкретизуючи, — правовому полі, правосвідомості та міському просторі, то можна дійти висновків про існування особливої міської правосвідомості у вигляді ставлення до права локальних субкультур, регіональних спільнот, які мають свої мовні особливості, нормативні традиції тощо.

Історико-правові дослідження міста доводять, що західноєвропейське місто — це простір свободи його жителів, їому притаманна просторова організація, яка складалася з міського центру — торговельного або адміністративного, та менш значущих міських утворень, які розходилися концентричними колами до міських стін. Особливим чином були розділені «свої» та «інші» — іноземці, іновірці, наприклад євреї, які жили за своїми законами у відгороджених від певного міста гетто відповідно до встановлень Галахи, книги релігійного іудейського права [22, с. 183]. Тобто місто — це особливий простір, в якому залежно від менталітету, етнічної приналежності, соціально-групових інтересів завжди існувало і продовжує своє буття особистисне правове середовище.

Відповідно, різноманітність міського простору у співвідношенні з міською правосвідомістю у рамках одного міста підтверджує ідею варіативності правосвідомості городян, які проживають у різних районах міста. Джерела такої різноманітності можна віднайти, керуючись географічними, соціальними, економічними, політичними, історичними характеристиками як певного простору, так і уявлень про право певного кола городян, приналежних до цього простору.

Надзвичайно цікавою є ідея дисципліни у корпусі соціальних наук, запропонована американськими соціологами на початку ХХ століття, — людська екологія [23, с. 25]. Завдяки дослідженням Р. Е. Парка та інших структура різноманітних природних ареалів, які складають фізичний каркас міського світу, а також екологічні процеси концентрації, дисперсії, сегрегації людей, інститутів та культурних рис, що відбуваються у його просторі, стали виявлятися за допомогою кількісних показників. Це наштовхує на використання таких соціологічних знань і в правовій сфері у напрямку виявлення локального характеру міської правосвідомості у межах міста та порівняння людського ставлення до права в різноманітних містах, тим більше, що аналіз природних та географічних факторів вже отримував своє втілення у класичних державно-правових дослідженнях.

Відомий мислитель XVIII століття Ш. Л. Монтеск'є у своїй праці «Про дух законів» теж наголошував на важливості географічного фактора та взагалі вбачав у ньому першопричину історичного розвитку. Кліматичні умови та його особливості, на його думку, тісно пов'язані з індивідуаль-

ними рисами та поведінкою людини. «Від різниці у потребах, які породжуються різницею кліматів, відбувається різниця у способі життя, а від різниці у способі життя — різниця законів» [24, с. 204—205]. Наприклад, у холодному кліматі люди фізично сильні, природа теплих країн навпаки розслаблює людей і вони не здатні до геройчних звершень, говорячи сучасною мовою, для них характерна маргінальна поведінка — вони щось виқонують тільки зі страху бути покараними.

Іще однією важливою ознакою встановлення законів та форми правління є родючість земель. У країнах із родючою землею встановлюється дух залежності, селяни не цікавляться питаннями своєї свободи, тому що вони зайняті роботою та вирішенням своїх особистих справ. Таким чином, «у країнах родючих частіше за все зустрічається правління одного, а в країнах неродючих — правління декількох, що є іноді ніби відшкодуванням за несприятливі природні умови» [24, с. 240].

Таким чином, ми бачимо учення, що поєднує у собі об'єктивні (клімат, родючість земель) та суб'єктивні (дух народу) елементи, які складають просторово усвідомлену підставу для духу законів. «Закони повинні знаходитися у такій тісній відповідності до якостей народу, для якого вони встановлені, що тільки у надзвичайно випадкових ситуаціях закони одного народу можуть бути придатними для іншого народу» [24, с. 16].

Такі загальновідомі ідеї Ш. Л. Монтеск'є були розвинуті тисячолітнім досвідом учених-правників. Сьогодні, як зауважує професор Ю. М. Оборотов, спираючись на доробки американських учених та застосовуючи термін «місцерозвиток», цілком доведеним є вплив географії, топографії, клімату, океанських течій та навіть берегових ліній на розвиток різноманітних суспільств цілком конкретизованим чином [25].

Як відомо, правосвідомість пов'язують з її носієм — індивідом, групою людей або суспільством у цілому. Для іншої класифікації рівнів правосвідомості критерієм обирається глибина віддзеркалення правової реальності у свідомості людини, де виділяються буденна, компетентна, професійна та наукова правосвідомість. Думается, що для повнішої типологізації правосвідомості можливим є використання критерію її просторової приналежності.

Можуть бути виділені структурні елементи міської правосвідомості як категорії загальнотеоретичної юриспруденції: просторова або територіальна правова ідеологія та просторова або територіальна правова психологія.

Поняття територіальної ідеології, як вже зазначалося, пов'язано з іменем відомого українського ученого В. К. Липинського та його твердженням, що тільки територіальна ідеологія (точніше, хліборобська ідеологія) здатна бути основою українського етносу та державності [7, с. 98].

Сучасні дослідники правової ідеології зазначають, що вона формується амбівалентно: від індивіда до держави та від держави до індивіда, що

й складає її внутрішню єдність та змістовну спрямованість. А однією з передумов формування правової ідеології є існування у сучасному суспільстві груп, націй, колективів, корпорацій тощо, для яких правова ідеологія здатна виступати ментально-культурологічною основою їх самоідентичності, що об'єднує і спрямовує, та засобом виховання [26, с. 8].

До елементів правової ідеології пропонується додати «правосфери» держави, суспільства та інших суб'єктів права. Правосфера визнається одним з ключових елементів правової ідеології та визначається як простір індивіда, який існує у правовій дійсності, в якій здійснюється комунікація з іншими носіями правових ідей, учень та концепцій [26, с. 9].

Поняття територіальної правової психології може бути доповнене не тільки сучасними ідеями кримінологів, які використовують саме цей термін [17, с. 115]. Також слід підкреслити існування класичної ідеї щодо психологічної теорії права Л. Й. Петражицького, де вчення про елементи правових явищ представлене вченням про емоційні та інтелектуальні елементи правових переживань: «про правові моторні збудники та уявлення, про суб'єктні уявлення, об'єктні представлення та їх елементи, представлення належних дій, отримань та їх модальностей: часу, місця, дестинаторів тощо, про уявлення релевантних фактів та нормативних фактів» [27, с. 371].

Інтуїтивне право в ученні Л. Й. Петражицького є, говорячи мовою сучасності, суто теоретичною розробкою поняття індивідуальної та територіальної правової психології. Таке твердження випливає зі змісту інтуїтивного права, який визначається індивідуальними умовами та обставинами життя індивіда, його характером, вихованням, освітою, соціальним положенням, професійними заняттями, особистісними знайомствами та ін. «Спільність відомих умов та факторів розвитку інтуїтивної правової психіки декількох індивідів або більших чи менших мас може вести і веде до наявності більшого або меншого ступеня погодженості їх інтуїтивного права» [27, с. 383]. А це вже веде до визнання інтуїтивного права якоїсь спільноти, тобто до правової психології певної групи індивідів. Крім того, психологічна теорія права пов'язує уявлення про право з категорією місця.

Горизонтальний критерій співвідношення правосвідомості та міського простору, який виявляє себе у межах міста, може бути доповнений його розширювальним значенням, тобто ствердженням існування одноманітного уявлення, ставлення та слідування праву жителів міста в цілому.

Відповідно, виходячи із самоідентифікації індивіда у зв'язку з приналежністю його до того чи іншого міста, можна визначати приклади правосвідомості жителів кожного з міст, існуючих на карті світу. Будь-яке місто має своє обличчя, свою специфіку за абсолютно різними критеріями та напрямками. Міста можуть розпізнаватися реально (наприклад, візуально, за призначенням відповідних споруд — Пізанська вежа) або абстрактно (за образами у свідомості людей — «Одеса-мама»). Право-

вий образ міста безперечно складається у правосвідомості індивіда, що потім дає підстави для визначення та вивчення ставлення до права за реальними втіленнями кожного міста у правових відносинах (правова поведінка жителів міста, можливості міста як суб'єкта права і т.д.).

Вертикальні уявлення про просторовий критерій, що визначають типи правосвідомості, можуть бути розглянуті при співвідношенні понять міста та не-міста (периферії). У міських умовах, частіше за все, формуються нові типи відносин між людьми. На відміну від периферії міські відносини стають менш особистісними та набувають рис суто сусідських, економічних, соціальних та правових.

Як зазначалося, в історії є приклади, коли простір за межами міської стіни — це вже зовсім інша субстанція, між тим, периферія починає сприйматися як місцевість, яка, якщо не належить місту, то певним чином залежить від нього. Тобто місто виробляє управлінські групові утворення та формує міську правосвідомість, а периферійна свідомість базується на особистісних чинниках. Інтерес (частіше всього на підставі грошового критерію) та ідеологія починають служити тим цементом, який скріплює людських індивідів у групи, що ефективно працюють, замість родинності та традицій у периферійній правосвідомості.

На будь-якому просторовому рівні центр та периферія пов'язані між собою різного роду комунікативними потоками — інформаційними, грошовими, міграційними, управлінськими, причому спрямованість цих комунікацій визначає характер взаємодії центру та периферії незалежно від їх віддаленості [28, с. 85.].

Тому на підставі просторового виміру може існувати не тільки міська правосвідомість, а ще й периферійна, яка, незважаючи на її певну підпорядкованість, більш спирається на відчуття права та справедливості, традиційність, ніж знання про право. Не є виключенням й те, що глибоко вкорінена периферійна правосвідомість може себе реалізовувати у місті, тому що носії правосвідомості, поринаючи у міський простір не завжди деперсоналізовані, а іноді, навпаки, є ідеологами деяких правових або політичних зрушень.

Крім того, використання просторово-вертикальних уявлень про класифікацію правосвідомості, доведеність існування у загальнотеоретичному юридичному науковому обігу категорій державно-правового простору, національної держави та національної свідомості може спрямовувати до розуміння національної правосвідомості.

Таким чином, просторове буття права та держави може бути критерієм для виділення міської правосвідомості поряд з периферійною та національною, яка виражається у територіальній правовій ідеології (ідеях, поняттях, знаннях про право індивідів, які ідентифікують себе з певною територією та відповідним ставленням до права, наприклад, до права певного міста) та територіальній правовій психології (почуттях, емоціях та переживаннях щодо права відповідно до індивідуальних умов та обставин життя у рамках простору міста).

Відповідно міська правосвідомість як категорія загальнотеоретичної юриспруденції може розумітися у вузькому та широкому сенсі. У вузькому сенсі міська правосвідомість може бути визначена як сукупність уявлень, поглядів, переконань, оцінок, настроїв та почуттів міських жителів по відношенню до права свого міста. У широкому сенсі — це сукупність уявлень, поглядів, переконань, оцінок, настроїв та почуттів людей, які проживають на певному міському просторі, по відношенню до права взагалі.

Література

1. Калинина Е. В. К вопросу о феномене города в историческом и политico-правовом контексте. Города-убежища / Е. В. Калинина // Город как явление социокультурной и экономико-правовой реальности : междунар. науч.-практ. конф. 28–29 нояб. 2008 г. — СПб. : Изд-во СПбГУП, 2008. — С. 22–24.
2. Скубченко Л. Ф. Безопасность личности в контексте урбанизации общества / Л. Ф. Скубченко // Город как явление социокультурной и экономико-правовой реальности : междунар. науч.-практ. конф. 28–29 нояб. 2008 г. — СПб. : Изд-во СПбГУП, 2008. — С. 138–140.
3. Горелова Ю. Р. Образ города : единство реального и идеального / Ю. Р. Горелова // Личность. Культура. Общество. — 2009. — Т. XI, вып. 4. — С. 353–360.
4. Общетеоретическая юриспруденция : учеб. курс : учебник / под ред. Ю. Н. Оборотова. — О. : Фенікс, 2011. — 436 с.
5. Мельничук О. С. Феноменологія міста та формування його правового образу / О. С. Мельничук // Часопис Київського університету права. — 2011. — № 3. — С. 27–31.
6. Соболевська М. Неофункціоналістські та постструктуралістські теорії у сучасній соціології : навч. посіб. / Марина Соболевська. — К. : Дух і літера, 2010. — 164 с.
7. Долматов І. В. Просторовое быття сучасної держави : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / І. В. Долматов. — О., 2008. — 205 с.
8. Бурдье П. Социальное пространство: поля и практики : пер. с фр. / Пьер Бурдье ; отв. ред. пер. и послесл. Н. А. Шматко. — М. : Ин-т эксперимент. социол. ; СПб. : Алетейя, 2005. — 576 с.
9. Полякова Н. А. Город как локальная социопространственная сфера правовой культуры / Н. А. Полякова // Город как явление социокультурной и экономико-правовой реальности : междунар. науч.-практ. конф. 28–29 нояб. 2008 г. — СПб. : Изд-во СПбГУП, 2008. — С. 35–37.
10. Больщаков А. С. Измерение и оценка конфликтности мегаполиса: интегрирующий подход / А. С. Больщаков // Город как явление социокультурной и экономико-правовой реальности : междунар. науч.-практ. конф. 28–29 нояб. 2008 г. — СПб. : Изд-во СПбГУП, 2008. — С. 40–46.
11. Крупеня Е. Н. Город и политico-правовая активность личности: теоретические аспекты / Е. Н. Крупеня // Город как явление социокультурной и экономико-правовой реальности : междунар. науч.-практ. конф. 28–29 нояб. 2008 г. — СПб. : Изд-во СПбГУП, 2008. — С. 124–127.
12. Тыхеева Ю. Ц. Человек в городском пространстве (философско-антропологические основания урбаниологии) [Электронный ресурс] / Ю. Ц. Тыхеева. — Режим доступа : <http://www.mosgu.ru/nauchnaya/publications/professor.ru/Tyheeva/>
13. Ткаченко А. В. Метафора «плавильного котла» и функционализм сравнительного правоведения / А. В. Ткаченко // Город как явление социокультурной и экономико-

- правової реальності: міжнародн. наук.-практ. конф. 28–29 нояб. 2008 р. — СПб.: Ізд-во СПбГУП, 2008. — С. 33–35.
14. Соціологія права: учеб. посібник / В. В. Глазырин, Ю. И. Гречев, В. В. Зенков [и др.]; под ред. В. М. Сирых. — М.: Юстицинформ, 2001. — 480 с.
 15. Скурихін С. М. Статусна та компетентна правова культура військовослужбовців Збройних Сил України: монографія / С. М. Скурихін; за ред. Ю. М. Оборотова. — О.: Фенікс, 2011. — 212 с.
 16. Ханькевич А. М. До поняття злочинності в сільській місцевості з урахуванням регіональних аспектів [Електронний ресурс] / А. М. Ханькевич. — Режим доступу: http://www.nbuuv.gov.ua/portal/Soc_Gum/Vlduvs/2010_1/10_1_2_9.pdf.
 17. Могилевский Р. С. Городская преступность как объект криминологических исследований / Р. С. Могилевский, Ю. А. Суслов // Правоведение. — 1973. — № 5. — С. 110–116.
 18. Мозоль А. П. Актуальні аспекти кримінологічного аналізу злочинності м. Києва [Електронний ресурс] / А. П. Мозоль, С. І. Мінченко, С. А. Мозоль. — Режим доступу: http://www.naiau.kiev.ua/tslc/pages/biblio/visnik/2002_3/mozol.htm.
 19. Шахов И. И. Город как фактор становления гражданского общества / И. И. Шахов // Город как явление социокультурной и экономико-правовой реальности: междунар. науч.-практ. конф. 28–29 нояб. 2008 г. — СПб.: Изд-во СПбГУП, 2008. — С. 127–129.
 20. Паренчук Т. Н. Эволюция функций городской праздничной культуры в XX–XXI вв. / Т. Н. Паренчук // Личность. Культура. Общество. — 2008. — Вып. 5–6. — С. 315–320.
 21. Щепанская Т. Б. Традиции городских субкультур / Т. Б. Щепанская // Современный городской фольклор. — М.: РГГУ, 2003. — С. 27–33.
 22. Сигалов К. Е. Цивилизационные факторы становления среды права в средневековом городе / К. Е. Сигалов // Право и образование. — 2006. — № 3. — С. 178–193.
 23. Вирт Л. Городское общество и цивилизация / Л. Вирт // Личность. Культура. Общество. — 2006. — Вып. 2. — С. 21–32.
 24. Монтескье Ш. Л. О духе законов / Ш. Л. Монтескье. — М.: Мысль, 1999. — 672 с.
 25. Оборотов Ю. Місцерозвиток в основі апологізації українського права / Ю. Оборотов // Право України. — 2011. — № 8. — С. 142–150.
 26. Байков А. Ф. Правовая идеология: сущность и реализация в условиях правового государства: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / А. Ф. Байков. — Екатеринбург, 2006. — 20 с.
 27. Петражицкий Л. И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности / Л. И. Петражицкий. — СПб.: Лань, 2000. — 608 с.
 28. Фридман Дж. Центр и периферия в социологических исследованиях: методологические подходы / Дж. Фридман // Вопросы социологии. — 1992. — Т. 1, № 1. — С. 85–90.

А н о т а ц і я

Мельничук О. С. Просторова основа міської правосвідомості. — Стаття.

У статті з позицій загальнотеоретичної юриспруденції виводиться категорія міської правосвідомості. Обґрунтovується просторовий критерій для додаткової класифікації категорії правосвідомості на міську, периферійну та національну. Виділяються і визначаються структурні елементи міської правосвідомості: просторова (територіальна) ідеологія і просторова (територіальна) психологія.

Ключові слова: міська правосвідомість, міський правовий простір, територіальна правова ідеологія, територіальна правова психологія.

А н н о т а ц и я

Мельничук О. С. Пространственное основание городского правосознания. — Статья.

В статье с позиций общетеоретической юриспруденции выводится категория городского правосознания. Обосновывается пространственный критерий для дополнительной классификации категории правосознания на городское, периферийное и национальное. Выделяются и определяются структурные элементы городского правосознания: пространственная (территориальная) идеология и пространственная (территориальная) психология.

Ключевые слова: городское правосознание, городское правовое пространство, территориальная правовая идеология, территориальная правовая психология.

S u m m a r y

Melnichuk O. S. Space Ground of Urban Legal Consciousness. — Article.

In the article from the points of general theoretical jurisprudence the category of urban legal consciousness is based. The space criteria of legal consciousness classification on urban, peripheral and national is grounded. The structural elements of urban legal consciousness are defined: space (territorial) ideology and space (territorial) psychology.

Keywords: urban legal consciousness, urban legal space, territorial legal ideology, territorial legal psychology.

А В Т О Р И

Аракелян М. Р., перший проректор, проректор з навчально-методичної роботи, завідувач кафедри історії держави і права Національного університету «Одеська юридична академія», професор

Аркуша Л. І., доцент кафедри криміналістики Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук, доцент

Афанасьєва М. В., доцент кафедри конституційного права Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

Бехруз X. Н., професор кафедри права Європейського Союзу та порівняльного правознавства Національного університету «Одеська юридична академія», доктор юридичних наук

Біла-Тіунова Л. Р., професор кафедри адміністративного та фінансового права Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук, професор

Вишняков О. К., завідувач кафедри права Європейського Союзу та порівняльного правознавства Національного університету «Одеська юридична академія», доктор юридичних наук

Вітман К. М., професор кафедри історії держави і права Національного університету «Одеська юридична академія», доктор політичних наук

Додін С. В., завідувач кафедри морського та митного права Національного університету «Одеська юридична академія», доктор юридичних наук, професор

Долежан В. В., професор кафедри організації судових та правоохоронних органів Національного університету «Одеська юридична академія», доктор юридичних наук, професор

Дръомін В. М., проректор з наукової роботи, завідувач кафедри кримінології та кримінально-виконавчого права Національного університету «Одеська юридична академія», доктор юридичних наук

Дръоміна-Волок Н. В., головний науковий співробітник Науково-дослідного інституту Національної академії прокуратури України, LL.M, кандидат юридичних наук, доцент

Дудченко В. В., професор кафедри теорії держави і права Національного університету «Одеська юридична академія», доктор юридичних наук, професор

Єзеров А. А., доцент кафедри конституційного права Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

Завальнюк В. В., проректор, професор кафедри теорії держави та права Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

Заморська Л. І., завідувач кафедри теорії та історії держави і права Чернівецького навчально-консультаційного центру Національного уні-

верситету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук, доцент

Зелінська Н. А., професор кафедри міжнародного права та міжнародних відносин Національного університету «Одеська юридична академія», доктор юридичних наук, професор

Калінін С. А., завідувач кафедри теорії та історії держави і права Білоруського державного університету, кандидат юридичних наук, доцент

Каракаш І. І., завідувач кафедри аграрного, земельного та екологічного права Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук, професор

Квасніцька О. О., доцент кафедри господарського права і процесу Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

Ківалов С. В., президент Національного університету «Одеська юридична академія», доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України

Колесніченко В. В., доцент кафедри держави і права Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

Короткий Т. Р., доцент кафедри міжнародного права та міжнародних відносин Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук, доцент

Крестовська Н. М., професор кафедри теорії держави і права Національного університету «Одеська юридична академія», доктор юридичних наук, професор

Крусян А. Р., завідувач кафедри конституційного права Національного університету «Одеська юридична академія», доктор юридичних наук

Мельничук О. С., доцент кафедри теорії держави і права Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

Мізецька В. Я., завідувач кафедри іноземних мов Національного університету «Одеська юридична академія», доктор філологічних наук, професор

Мішина Н. В., професор кафедри конституційного права Національного університету «Одеська юридична академія», доктор юридичних наук

Міщенко І. В., доцент кафедри морського та митного права Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

Оборотов Ю. М., завідувач кафедри теорії держави і права Національного університету «Одеська юридична академія», доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України

Овчиннікова А. П., професор кафедри теорії держави і права Національного університету «Одеська юридична академія», доктор мистецтвознавства

Орзіх М. П., професор кафедри конституційного права Національного університету «Одеська юридична академія», доктор юридичних наук, професор

Подцерковний О. П., завідувач кафедри господарського права і процесу Національного університету «Одеська юридична академія», доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України

Полянський Є. Ю., доцент кафедри кримінального права Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

Полянський Ю. Є., завідувач кафедри організації судових та правоохоронних органів Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук, професор

Рабінович П. М., професор кафедри теорії та філософії права Львівського національного університету імені Івана Франка, академік НАПрН України

Скакун О. Ф., завідувач кафедри правового регулювання економіки Кримського економічного інституту КНЕУ ім. Вадима Гетьмана, доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України

Скурихін С. М., завідувач кафедри військової підготовки Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

Тіщенко В. В., завідувач кафедри криміналістики Національного університету «Одеська юридична академія», доктор юридичних наук, член-кореспондент НАПрН України

Харитонов Є. О., завідувач кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія», доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України

Харитонова О. І., завідувач кафедри права інтелектуальної власності та корпоративного права Національного університету «Одеська юридична академія», доктор юридичних наук, професор

Хохуляк В. В., доцент кафедри конституційного, адміністративного і фінансового права Чернівецького факультету Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук, доцент

Чанишева Г. І., завідувач кафедри трудового права та права соціального забезпечення Національного університету «Одеська юридична академія», декан соціально-правового факультету, доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України

Юдин З. М., доцент кафедри теорії держави і права Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

ЗМІСТ

Розділ 1

КОНСТИТУЦІЙНІ ОСНОВИ ТА ІНСТИТУЦІОНАЛЬНІ МЕХАНІЗМИ ЗАХИСТУ ПРАВ ЛЮДИНИ

<i>C. В. Ківалов</i>		7
Виборчий спір як різновид публічно-правового спору		7
<i>B. В. Завальнюк</i>		
Соматичні права людини з позиції юридичної антропології		20
<i>M. П. Орзіх, A. A. Єзеров</i>		
Конституція України діє, конституційні перетворення тривають (до 15-ї річниці Конституції України)		28
<i>A. Р. Крусян</i>		
Конституційне законодавство України: сучасний стан та тенденції розвитку		47
<i>П. М. Рабінович</i>		
Делікти проти людяності як специфічний вид правопорушень		58
<i>O. Ф. Скакун</i>		
Основные понятия исходной материально-правовой субстанции «суд» и их соотношение		69
<i>Ю. Є. Полянський</i>		
Незалежність судді — правова і соціальна цінність		80
<i>Є. В. Додін</i>		
Роль суду в забезпеченні законності правоохранної діяльності митних органів		91
<i>B. В. Долежан</i>		
Судова реформа і раціоналізація судової системи України		101
<i>O. П. Подцерковний</i>		
Про процесуальні чинники підвищення авторитету судді та суду (на прикладі господарського судочинства)		113
<i>Г. І. Чанишева</i>		
Профспілкове представництво у соціальному діалозі у сфері праці		124
<i>L. Р. Біла-Тіунова</i>		
Функції національного агентства з питань державної служби України		134
<i>H. В. Мішина</i>		
Органы территориального общественного самоуправления в системе местного самоуправления		146

<i>M. В. Афанасьева</i>	
Зловживання правом у виборчому процесі	153
<i>O. К. Вишняков</i>	
Вплив прецедентної практики Європейського суду з прав людини на судову практику України: нові можливості	164
<i>H. А. Зелинська</i>	
Транснаціональне уголовне право: нові можливості та риски	171
<i>T. Р. Короткий</i>	
Екологізація міжнародного права	186
<i>H. В. Дрёмина-Волок</i>	
Економическое неравенство и дистрибутивная парадигма международного антидискриминационного права	202
<i>Є. Ю. Полянський</i>	
Доктрина Пінкертон в кримінальному праві США: критичний огляд та перспективи вдосконалення	218

Розділ 2

ТЕОРЕТИЧНІ ТА ПРАКТИЧНІ ПРОБЛЕМИ СУЧASНОЇ ЮРИСПРУДЕНЦІЇ

<i>Ю. Н. Оборотов</i>	
К вопросу о формировании глобальной правовой системы	229
<i>B. В. Колесниченко</i>	
Общее и особенное в правовой и политической системе общества	237
<i>M. Р. Аракелян</i>	
Эффективность права в контексте правозащитной деятельности государства: теоретический аспект	244
<i>B. В. Дудченко</i>	
Класична юридична освіта у центрі правової культури суспільства	252
<i>K. M. Вітман</i>	
Криза толерантності	261
<i>C. А. Калинин</i>	
Методологическое измерение аксиологии права	269
<i>H. M. Крестовська</i>	
Скарбниця як критерій типології держави	280
<i>A. П. Овчинникова</i>	
Творческий характер юридической педагогики	288
<i>Хашматулла Бехруз</i>	
Правовые системы современных исламских государств в эпоху глобализации: особенности функционирования	296
<i>З. М. Юдин</i>	
Понятие и основания правового контрактивизма	305

<i>Є. О. Харитонов</i>	
Динаміка концепції радянського цивільного права та відображення її в основах цивільного законодавства СРСР 1991 р.	313
<i>О. І. Харитонова</i>	
Категорія корпоративних правовідносин у контексті цивільних організаційних правовідносин	324
<i>І. І. Каракаш</i>	
Законодавчі засади нової Стратегії державної екологічної політики України	335
<i>І. В. Міщенко</i>	
Деякі питання визначення правового статусу митних посередників в Україні	345
<i>В. М. Дрьомін</i>	
Механізми інституціоналізації тіньової економіки	351
<i>В. В. Тищенко</i>	
Теоретические основы криминалистической методики расследования преступлений: проблемы и тенденции	362
<i>Л. І. Аркуша</i>	
Особливості початкового етапу розслідування легалізації (відмивання) доходів, одержаних у результаті організованої злочинної діяльності	372
<i>Л. І. Заморська</i>	
Нормативний підхід до аналізу правових санкцій: теоретичний зміст	379
<i>С. М. Скуприхін</i>	
Особливості правового мислення офіцерів Збройних Сил України	388
<i>В. Я. Мизецкая</i>	
Лексико-семантический анализ письменного текста как средство идентификации личности адресанта	399
<i>В. В. Хохуляк</i>	
Призначення науки фінансового права: підходи до розуміння і трактування	405
<i>О. О. Квасніцька</i>	
Сутність будівельної діяльності: теоретичний погляд	413
<i>О. С. Мельничук</i>	
Просторова основа міської правосвідомості	424
Автори	437

Наукове видання

НАУКОВІ ПРАЦІ

Національного університету
«Одеська юридична академія»

Том X

*Українською та російською
мовами*

Редактор-коректор *Н. І. Крілова*
Технічний редактор *Т. В. Іванова*

Підписано до друку 22.12.2011. Формат 70×100 $\frac{1}{16}$. Папір офсетний.
Гарнітура «Літературна». Друк офсетний. Ум. друк. арк. 36,40.
Тираж 300 прим. Зам. № 32.

Видавництво і друкарня «Юридична література»
65009, м. Одеса, вул. Піонерська, 2. Тел. 777-48-79
Свідоцтво суб'єкта видавничої справи
ДК № 1374 від 28.05.2003 р.

Наукові праці Національного університету «Одеська юридична
академія». Т. X / редкол.: С. В. Ківалов (голов. ред.) та ін.; відп. за вип.
В. М. Дръомін. — Одеса : Юридична література, 2011. — 448 с.
Укр. та рос. мовами.
ISBN 978–966–419–127–9.

У збірнику наукових праць Національного університету «Одеська юридична академія» опубліковано статті провідних учених НУ ОЮА, докторів та кандидатів наук, а також визначних правників з інших вузів України.

Збірник статей розрахований на фахівців, що працюють у сфері юриспруденції, студентів-юристів, а також юристів-практиків, які цікавляться тенденціями розвитку правового життя сучасного суспільства.

ББК 67(4Укр-2Од)я43
УДК 34(477-25Од)(082)