

МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ,  
МОЛОДІ ТА СПОРТУ УКРАЇНИ

---

Національний університет  
«Одеська юридична академія»

# НАУКОВІ ПРАЦІ

НАЦІОНАЛЬНОГО УНІВЕРСИТЕТУ  
«ОДЕСЬКА ЮРИДИЧНА АКАДЕМІЯ»

---

Том XI

---



Одеса  
«Юридична література»  
2012

ББК 67(4Укр-2Од)я43  
НЗ4  
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. Дрьомін*, 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-Тіцнова*, 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. Тищенко*, 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. Дрьомін*

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 кращим 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

КАБІNET 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**

## ПЕРЕДМОВА

Шановні читачі! Запропонований збірник наукових праць присвячений 15-річчю заснування Національного університету «Одеська юридична академія» та 165-річчю одеської школи права. Історія університету сягає своїм корінням ще в 1847 рік — час існування юридичного факультету Рішельєвського ліцею, першого вищого навчального закладу Одеси. Літочислення університету як самостійного вищого навчального закладу бере свій початок з 1997 року — часу створення Одеської державної юридичної академії. Враховуючи вагомий внесок у розвиток національної вищої освіти і науки, у 2000 році Одеській державній юридичній академії надано статус національної, а у 2010 році академія була реорганізована в Національний університет «Одеська юридична академія».

У 2012 році Національний університет «Одеська юридична академія» відзначає 15 років з дня заснування. Ми всі можемо пишатися реальними успіхами у навчальній, науковій, виховній і господарській діяльності. За час свого розвитку Національний університет «Одеська юридична академія» став провідним вищим навчальним закладом, який здійснює підготовку висококваліфікованих правознавців, і як учасник Великої хартії університетів і Асоціації європейських університетів ставить за мету підняття вітчизняної гуманітарної сфери знань на якісно новий рівень. У Національному університеті «Одеська юридична академія» навчається більше 17 тисяч студентів.

В університеті науково-дослідна робота здійснюється з перших днів його створення та спрямована на вирішення актуальних проблем освіти, науки та практики і проводиться професорсько-викладацьким складом 53 кафедр, на 9 факультетах, у 2 інститутах, 8 навчальних центрах, науково-дослідною частиною. Викладання, науково-дослідницьку та виховну роботу забезпечують 611 науково-педагогічних працівників, у тому числі 59 докторів наук, 69 професорів, 251 кандидатів наук, 235 доцентів. За 15 років існування університету випускниками аспірантури і докторантури було захищено 466 кандидатських дисертацій, 27 докторських дисертацій.

У томі XI Наукових праць Національного університету «Одеська юридична академія» автори приділяють значну увагу правовим та інституціональним механізмам забезпечення прав людини, теоретичним та практичним проблемам розвитку сучасної юриспруденції, проблемам удосконалення системи кримінальної юстиції, найбільш важливим питанням адміністративного, міжнародного права.

На сучасному етапі формування громадянського суспільства і становлення правової держави в Україні проблема правозахисної діяльності сучасної держави набуває особливого звучання. Сучасній державі необхідно трансформуватися в інституціональний центр, який би об'єднував демократичні інститути, які формують і реалізують суспільні потреби, виходячи з примату інтересів людини.

Вкрай важливим є вивчення правових проблем, що впливають на життєздатність системи Конвенції про захист прав людини і основних свобод, у кон-

тексті структурних/системних недоліків у національних правових системах держав-учасниць та запропонування конкретних заходів щодо збереження ефективності та життєздатності системи Конвенція—Суд.

У своїх роботах автори досліджують антропологічні тенденції утвердження пріоритету особистості та суб'єктивних прав у сучасній правовій думці та встановлюють, що в правових концепціях багатьох країн, на основі антропологічного принципу права, закріплені принципи гідного людського життя, свободи, рівності прав. Вченими розглядається практична реалізація універсальної концепції прав людини і дається оцінка доцільності використання її положень при ратифікації міжнародних договорів, а також у законотворчій і правозастосовчій діяльності органів публічної влади в Україні, досліджується питання модернізації Конституції в процесі здійснення конституційного реформування та модернізації в Україні.

Особливий інтерес становлять статті, в яких розглядаються актуальні проблеми реалізації права на свободу думки, совісті та релігії; аналізується міжнародно-правове значення соціологічної концепції «дифамації релігій», що міститься в документах ООН, і обґрунтовується перехід від неї до правової норми, що забороняє підбурювання до релігійної ненависті; досліджуються взаємозв'язки права (зокрема, основоположного, «природного» права людини на вибір і вільне вираження світогляду) та релігії, взаємовпливи різноманітних конфесій та національних державно-юридичних систем.

У ряді статей досліджуються загальнотеоретичні проблеми в умовах сучасного правового розвитку. Зокрема, звертається увага на визначення змісту права, адже нова філософія права є підставою трансформації права, і для того щоб право з інструменту захисту особистої свободи не перетворилося виключно на знаряддя державного апарату, правове мислення юристів при розгляді питання про зміст права покликане враховувати зміни у сферах політики та економіки, моралі і релігії, у відносинах людини і державної влади, зміни традиційних соціальних інститутів і формуванні інститутів інформаційного суспільства.

Заслужують на увагу наукові праці, присвячені реформі кримінально-процесуального законодавства, зокрема новому Кримінально-процесуальному кодексу України, проблемним питанням кримінології та криміналістики, ролі правоохоронних органів у виконанні завдань із захисту прав і свобод людини, охорони прав та законних інтересів державних і недержавних організацій, боротьби зі злочинами та іншими правопорушеннями.

Висловлюю надію, що XI том «Наукових праць НУ ОЮА» зробить свій внесок у поширення сучасних досягнень вчених у різних сферах юриспруденції та сприятиме подальшому вдосконаленню правової системи нашої держави.

*Сергій КІВАЛОВ,*

доктор юридичних наук,  
професор, академік АПН України,  
президент Національного університету  
«Одеська юридична академія»,  
голова Комітету Верховної Ради  
України з питань правосуддя

## **Розділ 1**

# **ПРАВОВІ ТА ІНСТИТУЦІОНАЛЬНІ МЕХАНІЗМИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВ ЛЮДИНИ**





---

УДК 341.231.14:341.645.001.73

*С. В. Кивалов*

### **«ДИСФУНКЦИИ» НАЦИОНАЛЬНЫХ ПРАВОВЫХ СИСТЕМ В КОНТЕКСТЕ РЕФОРМИРОВАНИЯ ЕВРОПЕЙСКОГО СУДА ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА**

Реформирование Европейского суда по правам человека — процесс длящийся и сложный. Результаты глобальной реформы Суда, начатой в 1998 г., еще раз подтвердили очевидность взаимной ответственности как самого Суда, так и государств, признавших его юрисдикцию, за жизнеспособность и эффективность этого уникального международного судебного органа.

По мнению известного швейцарского философа-персоналиста Дени де Ружмона, «государство не может ни дать ни отнять те права, которые предшествуют ему; но оно должно им служить, их защищать» [1, с. 68].

Особый характер обязательств государств — участников Конвенции о защите прав человека и основных свобод (ЕКПЧ) предполагает, что «за государствами признаются определенные дискреционные полномочия в выборе мер, которые они сочтут наиболее подходящими для того, чтобы гарантировать соответствующим образом права и свободы. И именно поэтому в толковании ЕКПЧ Европейский суд по правам человека не может не учитывать основные черты и процедуру национальной правовой системы» [2, с. 72].

На современном этапе реформирования Европейского суда по правам человека возникает вопрос: готовы ли государства — участники Конвенции принимать быстрые и эффективные меры по исполнению решений ЕСПЧ и устранению структурных недостатков в рамках национальных правовых систем и с какими трудностями они сталкиваются на этом пути? Трудности возникают из-за отсутствия политической воли или из-за нехватки ресурсов?

Целью настоящего исследования является освещение основных структурных/системных недостатков (дисфункций) национальных правовых систем государств — участников ЕКПЧ, влияющих на жизнеспособность

собность и эффективность системы Конвенция — Суд и предложение мер, направленных на устранение таких дисфункций.

Данная тематика вызывает научный интерес как отечественных, так и зарубежных авторов. Наиболее существенный вклад в исследование правовых аспектов деятельности Европейского суда по правам человека и имплементации положений Конвенции о защите прав человека и основных свобод в правовую систему Украины внесли работы отечественных ученых: М. М. Антонович, В. Г. Буткевича, О. В. Буткевич, Н. Н. Гнатовского, В. Е. Мармазова, Л. А. Луць, А. А. Мережко, И. С. Пиляева, П. В. Пушкаря, П. М. Рабиновича, И. С. Чиж, С. В. Шевчука [3]. Правовым проблемам становления и развития европейского права прав человека посвящены исследования российских ученых: С. А. Глотова, Л. М. Ентина, С. Ю. Кашкина, В. А. Карташкина, Ю. М. Колосова, П. А. Лаптева, И. И. Лукашука, Р. А. Мюллерсона, А. С. Пиголкина, О. И. Тиунова, Б. Н. Топорнина, В. А. Туманова. В работах зарубежных ученых и практиков Э. Бредли, Д. Гомьена, М. Дженниса, Дж. Донелли, Л. Зваака, Р. Кей, Ф. Лича, К. Параскевы, Х. Пургуридеса, М. де Сальвиа, Д. Харриса, Э. Юргенса, а также в публикациях действующих судей Европейского суда по правам человека и судей ЕСПЧ в отставке содержатся предложения по дальнейшему усовершенствованию системы Конвенция — Суд.

Более 15 лет тема имплементации решений ЕСПЧ является постоянным предметом исследования Комитета по юридическим вопросам и правам человека ПАСЕ. Седьмой по счету доклад на эту тему, в 2011 г., представил член Комитета по юридическим вопросам и правам человека ПАСЕ Христос Пургуридес [4].

Первоочередное внимание в данном исследовании необходимо уделить термину «структурные/системные недостатки» в правовых системах государств — участников ЕКПЧ.

Обращение к структурным/системным проблемам государств — участников ЕКПЧ в последнее время часто встречается в документах Комитета министров и решениях Европейского суда по правам человека.

Первое обращение Комитета министров к этому термину было сделано в Резолюции, принятой 12 мая 2004 г. в отношении решений Суда, выявивших системную проблему. В этой Резолюции Комитет министров призвал Суд «определять в своих решениях проблему, которая лежит в основе нарушения(ий) Конвенции, и источник этой проблемы, в частности, когда она приводит к многочисленным жалобам, оказывая, тем самым, помощь государствам в поиске подходящего решения, а Комитету министров — в контроле за исполнением судебных решений» [5].

В своем первом «пилотном решении» по делу Брониовски против Польши ЕСПЧ отметил, что Резолюция Комитета министров должна рассматриваться в контексте роста его нагрузки, в частности, в результате серии дел, возникающих по причине одного и того же структурного или системного недостатка [6].

31 марта 2011 г. ЕСПЧ внес в свой Регламент специальное правило (правило 61), регулирующее применение процедуры «пилотных решений». Новое правило определяет, каким образом Суд должен использовать эту процедуру «...в тех случаях, когда факты, изложенные в жалобе, обнаруживают в Договаривающемся государстве существование структурной или системной проблемы или иную подобную дисфункцию, которая привела или может привести к возникновению аналогичных жалоб» [7].

Таким образом, структурной/системной проблемой может считаться «дисфункция» национальной правовой системы, которая приводит к многочисленным обращениям в Страсбургский суд.

Какое явление в правовой системе государства можно считать структурной/системной проблемой, а какое нет — решает Суд, исходя из конкретных обстоятельств дела.

С научной точки зрения, понимание термина «структурные/системные недостатки», влияющие на жизнеспособность системы ЕСПЧ, на наш взгляд, должно быть более широким и объективным.

Например, не является ли системной проблемой явление, которое подтверждается ежегодной официальной статистикой Суда, а именно признание судом более 90 % поступивших на рассмотрение жалоб неприемлемыми? Или, например, не является ли системной проблемой отсутствие перевода решений ЕСПЧ на государственные языки государств — сторон Конвенции?

Совершенно противоположный подход к проблеме системных проблем продемонстрировал в своем недавнем интервью известный британский адвокат Энтони Спайт. Он заявил, что «Европейский суд по правам человека отошел от нормальных принципов интерпретации международных договоров и его сверхактивная юриспруденция является «системной проблемой» [8, с. 91]. Эта точка зрения весьма радикальна, однако, по нашему мнению, необходимо учитывать подобные мнения и их причины, чтобы выработать правильные рекомендации.

Причиной очередного всплеска критики деятельности ЕСПЧ со стороны некоторых политиков и известных правоведов Великобритании послужило принятие Судом решения по делу Хёрст против Великобритании [9]. Этим решением было выявлено нарушение избирательных прав заключенных в соответствии со ст. 3 Протокола 1 к Конвенции. Решение по делу Хёрст было принято в 2005 г. и до сих пор является неисполненным. В феврале 2011 г., в ходе обсуждения постановления в Палате Общин, ряд парламентариев критически отзывались о Европейском суде по правам человека и его решениях, которые, по их мнению, являются чрезмерным вмешательством в вопросы, находящиеся в компетенции парламента. На указанном заседании, а также в публикации одной из уважаемых экспертных организаций [10] были озвучены такие радикальные предложения, как выход Великобритании из под юрисдикции ЕСПЧ. По итогам указанного заседания члены Палаты Общин

проголосовали за сохранение существующего запрета на голосование, распространяющегося на всех заключенных (234 против 22 голосов), то есть против исполнения постановления ЕСПЧ [11].

Структурные и системные проблемы в национальных правовых системах играют особую роль в процессе глобальной реформы ЕСПЧ. В 2010, 2011 и 2012 гг. были проведены три межправительственные конференции Совета Европы (Измирская, Интерлакенская и Брайтонская), посвященные будущему Европейского суда по правам человека. По итогам конференций были приняты декларации и планы действий, которые предполагают поэтапное реформирование Суда. Следует отметить, что дисфункциям в национальных правовых системах посвящены отдельные параграфы Брайтонской декларации: параграф А. «Имплементация Конвенции на национальном уровне»; параграф В. «Взаимодействие между Судом и органами национальной власти». Большинство рекомендованных мер в этих направлениях планируется осуществить до конца 2013 г. [12].

Если рассматривать структурные/системные недостатки в широком смысле, то именно они порождают три основные проблемы в деятельности Европейского суда по правам человека:

1. Возрастающее количество ежегодно поступающих жалоб.
2. Несоответствие большинства жалоб (более 90 %), находящихся на рассмотрении Суда, критериям приемлемости.
3. Высокий процент «дел-клонов».

Следующим логичным шагом является определение круга государств-участников, которые находятся в наиболее сложном положении и которые в наибольшей степени ответственны за развитие вышеуказанных трех основных проблем.

Сравнение и анализ статистики ЕСПЧ и данных, содержащихся в ежегодных отчетах Комитета Министров, убеждают в том, что шесть государств — участников Конвенции имеют самые высокие показатели по количеству жалоб, ожидающих рассмотрения в ЕСПЧ (по состоянию на 30 июня 2012 г.): Россия (34 800 жалоб), Турция (16 900 жалоб), Италия (14 300 жалоб), Румыния (11 900 жалоб), Украина (10 550 жалоб), Сербия (8700 жалоб) [13, с. 150]; по количеству неисполненных решений ЕСПЧ, находящихся на контроле Комитета министров по состоянию на 01.01.2012: Италия (2522 решения), Турция (1780 решений), Россия (1087 решений), Польша (924 решения), Украина (819 решений) и Румыния (636 решений) [14, с. 37—39].

Однако здесь не учитывался еще ряд статистических показателей, на которые необходимо обратить особое внимание.

Прежде всего, это показатель соотношения количества поступивших жалоб на рассмотрение в ЕСПЧ по отношению к населению соответствующих государств (из расчета на 10 000 населения). Учитывая, что население государств — членов Совета Европы составляет около 819 миллионов жителей, среднее количество жалоб на 10 000 жителей составляет 0,79. Следует отметить, что перечень государств-участников,

в которых этот показатель был самым высоким, не совпадает с перечнем государств, от которых поступило наибольшее количество жалоб. В 2011 г. такие государства-участники, как, например, Черногория, Лихтенштейн, Словения, Монако, Румыния, Молдова, Хорватия, Сербия, Эстония и Швеция, имели наибольшее количество жалоб по отношению к численности населения [15].

Этот список, таким образом, не включает государства-участники (такие как Россия, Турция, Украина и Италия) с наибольшим количеством поступивших на рассмотрение жалоб в абсолютном выражении.

Как подчеркивается в Резолюции Парламентской Ассамблеи Совета Европы 1787 (2011), некоторые виды структурных проблем остаются неизменными.

Это в основном: продолжительность судебного разбирательства (Италия, Польша), неисполнение решений национальных судов (Россия и Украина), смерть или жестокое обращение, за которые ответственны сотрудники правоохранительных органов, и отсутствие эффективных средств правовой защиты (Россия и Турция) и незаконное и чрезмерно длительное содержание под стражей (Польша, Россия, Турция и Украина) [16].

Конечно, существует ряд скептиков и критиков деятельности ЕСПЧ.

Конструктивную критику в данном случае можно расценивать как повод для разработки мер по сохранению эффективности и жизнеспособности системы Конвенция — Суд как одной из основных общеевропейских ценностей и достижений.

Разработка и предложение национальных мер, направленных на уменьшение количества жалоб, поступающих в Европейский суд по правам человека, и повторяющихся нарушений Конвенции — это еще один шаг к достижению данной цели.

Такие меры можно рассматривать на двух уровнях:

- на стадии определения приемлемости жалоб в ЕСПЧ;
- на стадии имплементации решений ЕСПЧ, которыми установлены нарушения Конвенции.

На стадии определения приемлемости жалоб в ЕСПЧ основной проблемой является фильтрация неприемлемых жалоб.

До принятия специальных рекомендаций для вышеуказанных шести государств — участников Конвенции было бы полезно рассмотреть, какие меры могут применяться в качестве общих для всех из них, на стадии определения приемлемости жалоб и/или на этапе реализации решений ЕСПЧ.

Поскольку вопрос рассматривался несколько раз различными органами и лицами, в том числе членами Парламентской Ассамблеи, напомним основные идеи/предложения по улучшению ситуации.

Относительно сокращения числа заявлений, поступающих в ЕСПЧ, некоторые меры могут быть рекомендованы в качестве мер по фильтрации на национальном уровне, например:

— создание правительственных консультативных центров в крупных административно-территориальных единицах для оказания бесплатной экспертизы жалоб на предмет их приемлемости в ЕСПЧ и ознакомления заявителя с критериями приемлемости жалоб и процедурами ЕСПЧ;

— организация встреч представителей гражданского общества, ассоциаций адвокатов и представителей научного сообщества с бывшими судьями ЕСПЧ, с делегациями Парламентской Ассамблеи Совета Европы и другими официальными лицами Совета Европы с целью обмена информацией, идеями и опытом, что может способствовать повышению квалификации;

— законодательное урегулирование прямого конституционного обжалования для физических лиц (в тех государствах — участниках ЕСПЧ, где такая возможность отсутствует) до подачи жалобы в Европейский суд по правам человека.

Введение в Украине института конституционной жалобы также может повлиять на сокращение потока жалоб в ЕСПЧ против Украины. Законодательное урегулирование этого процесса требует проведения широкой профессиональной дискуссии относительно оптимальной модели конституционной жалобы на современном этапе развития отечественного конституционализма.

Для лиц, утверждающих, что их права, гарантированные Конвенцией, были нарушены, должны быть доступны эффективные средства правовой защиты на национальном уровне (желательно компенсаторные). Однако, как подчеркивает в недавнем докладе член юркомитета ПАСЕ г-жа Бемельманс-Видек, «...очевидно, что один и тот же подход для улучшения внутренних средств правовой защиты (например, требование о принятии типового закона) не приемлем. Суд признает, что государства-участники требуют гибкости для работы в рамках их различных национальных условий и правовых систем» [17]. Эту рекомендацию следует также принимать во внимание национальным законодателям.

На стадии исполнения решений ЕСПЧ в каждом государстве важно определить компетентные органы, ответственные за исполнение решений ЕСПЧ.

Например, исполнение решений ЕСПЧ мог бы координировать уполномоченный орган исполнительной власти с расширенными полномочиями, контролируемый правительством и парламентом соответствующего государства.

Ситуация, когда Правительственный уполномоченный по вопросам Европейского суда по правам человека несет ответственность как за представление правительства в Европейском суде по правам человека, так и за выполнение решений Суда, создает конфликт обязанностей. Для устранения такого конфликта следует создать орган или должность Уполномоченного по исполнению решений ЕСПЧ или наделить существующие государственные органы такими полномочиями:

- осуществление официальной систематизации и обобщения практики Суда;
- контроль (надзор) за исполнением решений Суда государственными органами (в частности, посредством парламентского контроля);
- анализ и проверка причин, которые привели к нарушению Конвенции, установленному решением суда;
- принятие мер индивидуального и общего характера, включая разработку и подготовку законопроектов с целью приведения законодательства в соответствие с Конвенцией и практикой Суда.

Очевидна необходимость повышения роли национальных парламентов по контролю за исполнением решений ЕСПЧ. Парламентским комитетам по правовым вопросам (правосудию) соответствующих государств-участников «должны быть предоставлены полномочия: контролировать деятельность органов исполнительной власти, ответственных за исполнение судебных решений ЕСПЧ, разрабатывать специальные средства, организационные и правовые, оказывать влияние на правительства государств-участников в связи с нарушениями, происходящими, в частности, в случае задержки исполнения решений ЕСПЧ».

Также указанные парламентские комитеты должны нести ответственность за законодательную поддержку пилотных решений ЕСПЧ и контролировать их исполнение.

Комитет Верховной Рады Украины по вопросам правосудия рассмотрел законопроект № 9458 о внесении изменений в Закон «Об исполнении решений и применении практики Европейского суда по правам человека» во втором чтении и подготовил его для обсуждения в парламенте. Согласно данному законопроекту предлагается дополнить действующий Закон новой статьей, которой будет установлено, что «Верховная Рада осуществляет парламентский контроль в сфере исполнения решений и применения практики Суда в пределах полномочий, определенных Конституцией Украины».

При этом на орган, ответственный за обеспечение представительства Украины в Европейском суде по правам человека и координацию исполнения его решений (Правительственный уполномоченный по делам Европейского суда по правам человека), будет возложена обязанность информировать Верховную Раду Украины об исполнении решений и применении практики Суда, а также подавать ежегодно не позднее 1 марта отчет об исполнении решений и применении практики Суда в Украине, в том числе предложения о принятии мер общего характера путем внесения изменений в действующее законодательство [18].

В заключение важно отметить, что большинство мер, направленных на устранение структурных/системных проблем в правовых системах государств — участников Конвенции, могут быть приняты в рамках исполнения решений ЕСПЧ под наблюдением Комитета министров. Обязательство по имплементации решений ЕСПЧ может означать для государства-ответчика обязанность принимать общие меры, которые могут

заклучаться в отмене/принятии законодательных актов, изменении административной или судебной практики (включая прецедентное право), распространении и публикации решений ЕСПЧ (для того, чтобы соответствующие органы были осведомлены о требованиях, вытекающих из Конвенции, и могли избежать дальнейших ошибок в ее применении), подготовке должностных лиц, судей и т.д.

Необходимо также помнить, что большинство государств — участников Конвенции относятся к романо-германской правовой семье. Роль прецедента в этой правовой семье является неоднозначной. Проблемой является также отсутствие системного понимания прецедентного права ЕСПЧ национальными органами власти (в частности, судами и правоохранительными органами). Целесообразным для любого государства — члена Совета Европы могло бы быть создание специального веб-сайта, содержащего базу данных практики ЕСПЧ в официальном переводе на государственный(ые) язык. Перевод должен подвергаться юридической экспертизе для того, чтобы избежать произвольного использования терминов и противоречивых толкований.

Важно подчеркнуть необходимость правового образования и повышения правосознания, которые помогут избежать дальнейших нарушений Конвенции, в государствах — членах Совета Европы. Глубокие изменения в юридическом образовании и профессиональной подготовке специалистов в области права должны изменить эту ситуацию в долгосрочной перспективе.

Как подчеркивается в Измирской и подтверждается в Брайтонской декларации, жизнеспособность системы Конвенции подпадает под сферу совместной ответственности как Суда, так и государств-участников, что закреплено основополагающим принципом субсидиарности. Измирская декларация также призывает, государства — участники Конвенции «уделять приоритетное внимание разрешению повторяющихся дел в порядке дружественного урегулирования или заявления односторонних деклараций, в случае необходимости» [19]. Дружественное урегулирование споров и односторонние декларации могут, безусловно, освободить Суд, но они не решат серьезных структурных проблем государств-участников. Более жесткие и всеобъемлющие меры необходимы на национальном уровне.

#### Л и т е р а т у р а

1. Дені де Ружмон. Європа у грі. Шанс для Європи. Відкритий лист до європейців / *Дені де Ружмон*. — Л.: Літопис, 1998. — 273 с.
2. Michele de Salvia. European Convention on Human Rights / *Michele de Salvia*. — St. Petesburg: R. Aslanov Publishing House "Yuridichesky Center Press", 2004 — 267 p.
3. Антонович М. М. Україна в міжнародній системі захисту прав людини: теорія і практика / *М. М. Антонович*. — К.: Вид. дім «Кієво-Могилянська академія», 2007. — 384 с.; Буткевич В. Г. Еволюція критеріїв реформування Європейського суду з прав



- людини (здобутки і втрати) / В. Г. Буткевич // Правове забезпечення ефективного виконання рішень і застосування практики Європейського суду з прав людини : зб. наук. ст. Міжнар. наук.-практ. конф. (Одеса, 15 верес. 2012 р.) / за ред. С. В. Кивалова ; Нац. ун-т «Одес. юрид. акад.». — О. : Фенікс, 2012. — С. 23—73 ; Буткевич О. В. Рішення Європейського суду з прав людини в українській правозастосовній практиці / О. В. Буткевич // Європейський суд з прав людини. Судова практика / за заг. ред. В. Г. Буткевича. — К. : Ред. журн. «Право України», 2011. — Дод. до журн. «Право України». Вип. 1, ч. 3 : у 3 ч. — С. 5—29 ; Рабінович П. Рішення Європейського суду з прав людини: до характеристики концептуально-методологічних засад їх обґрунтування / П. М. Рабінович // Практика Європейського суду з прав людини: рішення, коментарі. — 1999. — № 1. — С. 358 ; Мармазов В. Є. Рада Європи: політико-правовий механізм інтеграції: навч. посіб. / В. Є. Мармазов, І. С. Піляєв. — К. : Юрид. кн., 2000. — 472 с. ; Шевчук С. Судовий захист прав людини: Практика Європейського Суду з прав людини у контексті західної правової традиції / С. Шевчук. — Вид. 2-ге, випр., допов. — К. : Реферат, 2007. — 848 с.
4. Committee on Legal Affairs and Human Rights. Implementation of judgments of the European Court of Human Rights. Report. Rapporteur: Mr Christos Pourgourides, Cyprus, Group of European People's Party. A. Draft AS/Jur (2010) 36 (9 November 2010) [Електронний ресурс]. — Режим доступа : [http://www.assembly.coe.int/Communication/20101109\\_arretsCE\\_E.pdf](http://www.assembly.coe.int/Communication/20101109_arretsCE_E.pdf)
  5. Resolution Res (2004)3 of the Committee Of Ministers on Judgments Revealing An Underlying Systemic Problem (Adopted By The Committee Of Ministers On 12 May 2004, At Its 114th Session) [Електронний ресурс]. — Режим доступа : <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=743257&Site=CM>
  6. Broniowski v. Poland, judgment of 22 June 2004, application No 31443/96, параграф 190.
  7. Rules of Court (1 September 2012) Registry of the Court, Strasbourg [Електронний ресурс]. — Режим доступа : [http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/6AC1A02E-9A3C-4E06-94EF-E0BD377731DA/0/REGLEMENT\\_EN\\_2012.pdf](http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/6AC1A02E-9A3C-4E06-94EF-E0BD377731DA/0/REGLEMENT_EN_2012.pdf)
  8. The UK and the European Court of Human Rights Human Rights / A. Donald, J. Gordon, P. Leach ; Social Justice Research Institute, London Metropolitan University. — 2012. — 241 p.
  9. Hirst v. the United Kingdom (no. 2) [GC], no. 74025/01, ECHR, 2005.
  10. Policy Exchange, Bringing Rights Back Home: Making human rights compatible with parliamentary democracy in the UK [Електронний ресурс]. — Режим доступа : <http://www.policyexchange.org.uk/publications/publication.cgi?id=225>
  11. MPs reject prisoner votes plan. BBC news. UK politics, 10 february 2011 [Електронний ресурс]. — Режим доступа : <http://www.bbc.co.uk/news/uk-politics-12409426>
  12. High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights. Brighton Declaration [Електронний ресурс]. — Режим доступа : <http://hub.coe.int/20120419-brighton-declaration>
  13. European Court of Human Rights. Annual report, 2011. — Council of Europe, Strasbourg, 2012. — 155 p.
  14. Supervision of the execution of judgments and decisions of the European Court of Human Rights. Annual report, 2011. — Council of Europe, April 2012. — 128 p.
  15. European Court of Human Rights. Annual report, 2011. — Council of Europe, Strasbourg, 2012. — 155 p.
  16. Assembly Resolution 1787 (2011) and Recommendation 1955 (2011) on the Implementation of judgments of the ECtHR adopted on 26 January 2011 [Електронний ресурс]. — Режим доступа : <http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta11/ERES1787.htm>
  17. Committee on Legal Affairs and Human Rights. — Guaranteeing the authority and effectiveness of the European Convention on Human Rights. Report of Ms Marie-Louise Bemelmans-Vidéc (3 January 2012) [Електронний ресурс]. — Режим доступа :

<http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/Working>  
EDOC12811.htm

Docs/Doc12/

18. Проект Закону про внесення змін до Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_2?id=&pf3516=9458&skl=7](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?id=&pf3516=9458&skl=7)
19. High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights organised within the framework of the Turkish Chairmanship of the Committee of Ministers of the Council of Europe, Izmir, Turkey, 26 — 27 April 2011, Declaration [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/conferenceizmir/Declaration%20Izmir%20E.pdf>

#### А н н о т а ц і я

***Кивалов С. В.* «Дисфункции» национальных правовых систем в контексте реформирования Европейского суда по правам человека. — Статья.**

В статье рассматриваются некоторые правовые проблемы, влияющие на жизнеспособность системы Конвенции о защите прав человека и основных свобод, в контексте структурных/системных недостатков (дисфункций) в национальных правовых системах государств-участников. Предлагаются меры по сохранению эффективности и жизнеспособности системы Конвенции — Суд.

*Ключевые слова:* Конвенция о защите прав человека и основных свобод, Европейский суд по правам человека, структурные/системные недостатки (дисфункции), правовые системы государств — участников ЕКПЧ.

#### А н о т а ц і я

***Кивалов С. В.* «Дисфункції» національних правових систем в контексті реформування Європейського суду з прав людини. — Стаття.**

У статті розглядаються деякі правові проблеми, що впливають на життєздатність системи Конвенції про захист прав людини і основних свобод, у контексті структурних/системних недоліків (дисфункцій) у національних правових системах держав-учасниць. Пропонуються заходи щодо збереження ефективності та життєздатності системи Конвенції — Суд.

*Ключові слова:* Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод, Європейський суд з прав людини, структурні/системні недоліки (дисфункції), правові системи держав — учасниць ЄКПЛ.

#### S u m m a r y

***Kivalov S. V.* «Dysfunctions» in the national legal systems in the context of the European Court of Human Rights reforming. — Article.**

The article discusses some of the legal issues affecting the viability of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms in the context of structural/ systemic deficiencies (dysfunctions) in the national legal systems of the States Parties. The author proposes some measures to preserve the effectiveness and viability of the Convention — Court system.

*Keywords:* Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, the European Court of Human Rights, the structural/systemic deficiencies (dysfunctions), the legal systems of the States Parties of the ECHR.

---

УДК 340.12:1:572.02

*В. В. Завальнюк*

## **ПРИНЦИП АНТРОПОЛОГІЇ ПРАВА У ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВИХ ДОСЛІДЖЕННЯХ СУЧАСНОСТІ**

У сучасній правовій думці все виразніше виявляються антропологічні тенденції відстоювання пріоритету особистості та суб'єктивних прав. На основі антропологічного принципу права в правових концепціях багатьох країн закріплені принципи гідного людського життя, свободи, рівності прав тощо. Ці норми виводяться з уявлення про недоторканність людської гідності як критерію права і як «людського виміру» основного закону, що і є виявом антропологічного принципу. Підтвердженням цього можна вважати збільшення кількості теорій справедливості (Ю. Габермас, Дж. Роус та ін.). Ідея людської гідності стала не лише мірилом організаційно-структурних засад, а й способом проведення демократичного процесу, становлення і вибору методу прийняття рішень.

Вітчизняні дослідники права вказують на одну з найхарактерніших ознак сучасної західної правової думки — понятійне розмежування і критичне зіставлення прав і закону. Закон не є правовим, легітимним, якщо він не узгоджений із правом. Досить помітними є також ідеологічна і практична радикалізація протилежностей «право — неправо», «право — свавілля», «людина — влада», «людина — колектив», «індивід — держава», пошуки універсальних критеріїв права тощо. Це істотно сприяло актуалізації ідей, цілей, цінностей юридичного типу, праворозуміння, відродженого природного права. Водночас, попри розмаїття й поліваріантності позицій і наукових концепцій правової думки, все ж можна вирізнити певні значущі концептуальні напрямки, властиві сучасній теорії права, які безпосередньо не використовують антропологічний принцип при побудові своїх теоретико-правових систем або суттєво обмежують його використання [1, с. 157].

Одним із таких найбільш поширених способів інтерпретації права, типів правового мислення є правовий позитивізм, суть якого — в ото-

тожненні права й позитивного права, правопорядку як системи встановлених норм та історично сформованих інститутів.

У другій половині ХХ ст. відбуваються значні зміни у тлумаченні права і закону, в оцінках позитивного права. На цьому етапі юридичний позитивізм трансформується в неопозитивізм. З'являється ряд нових напрямків у розвитку аналітичної юриспруденції, які починають переглядати позитивістські теоретичні висновки і робити власні узагальнення, спираючись певним чином на антропологічний принцип права, хоч ще й далеко не повно використовуючи його. Вони пов'язані насамперед з іменами Г. Кельзена і Х. Харта.

Учення Г. Кельзена, безумовно, справило значний вплив на аналітичну філософію права і розуміння змісту антропологічного принципу в цьому вченні. Передусім, Г. Кельзен виходить із позицій кантівської філософії, до якої схиляє сама правова практика, як зауважує Р. Ципеліус [2, с. 18–20]. Якщо враховувати, що теорія зорієнтована на пізнання, а методологія — на спосіб організації дій, тоді стає очевидним, що правові норми служать не пізнанню світу, а регулюють поведінку людей. Це означає, що всі правові положення в кінцевому підсумку зводяться до практичних норм і, отже, до приписів щодо певних дій.

Різноманітні соціальні норми різняться на підставі ціннісних відношень. Так, норми такту та етикету не служать меті здійснення справедливості; з іншого боку, правові норми не мають ніякого відношення до правил «доброго тону». За своїм значенням вони відрізняються від усіх інших соціальних норм тим, що мають специфічну цінність саме для здійснення справедливості. Право — явище культури, тобто ціннісний факт. Право може бути несправедливим, але воно є правом тільки тоді, коли покликане здійснювати справедливість. У так званому «чистому» вченні про право Г. Кельзена [3] були повною мірою втілені кантівські правові ідеї, які ґрунтуються на антропологічному принципі права.

Найбільш повно антропологічний принцип права, на нашу думку, реалізується продовжувачем ідей аналітичного правового позитивізму Г. Хартом, який прагне суттєво посилити процес гуманізації позитивного права. Для нього вищим призначенням права і водночас його мінімальною метою є виживання людей. Це виправдовує навіть жорстокість права, яке відрізняється від моралі примусовістю санкцій. Харт ще більшою мірою пом'якшує позицію позитивізму і визначає дієвість права через «визнання», ідею згоди більшості. Право він пов'язує не з обов'язком чи абсолютною необхідністю, а з вільним волевиявленням. Г. Харт уводить внутрішню точку зору на правову реальність, яка пов'язана, перш за все, із правилами «визнання чи легітимації влади». Він виділяє дві групи правил: первинні — що встановлюють обов'язки індивідів; та вторинні — що наділяють їх владою. Серед вторинних правил виділяються: правило «визнання», завдяки якому правила поведінки визнаються такими, що мають обов'язковий характер; «правило правосуддя», що дозволяє приймати рішення із приводу порушення первинних правил

у конкретній ситуації. Ці правила виправляють недоліки правової системи, побудованої виключно на первинних правилах, а саме: невизначеність соціальної структури, статичний характер правил, а також не-ефективність та розмитість характеру соціального тиску, що забезпечує виконання правил.

Таким чином, аналітичний позитивізм Г.Харта несе в собі певні антропологічні риси. Правова людина Г.Харта — це вже не просто абстракція ідентифікації нормативної системи як правової. Її образ визначається аналізом універсальних принципів існування, що діють у будь-якому життєздатному суспільстві. Вони виражають «мінімальний зміст природного права», що притаманний будь-якій правовій системі. Це — «уразливість людини», що вимагає обмежити можливість застосування сили приватними особами; «примусова рівність» суб'єктів права, що робить очевидною необхідність системи взаємного стримування дій чи компромісів; «обмежений альтруїзм», що передбачає взаємну терпимість людей; «обмеженість ресурсів», що виправдовує необхідність інституту власності; «обмежене розуміння та сила волі», що обумовлює можливість добровільного підкорення правилам [4, с. 51]. Згадування цих антропологічних констант свідчить про існуючу тенденцію до все більшого врахування суб'єктивності й емпіричних умов у процесі пізнання права.

В цілому представники аналітичної філософії права безпосередньо не концентруються на концепції людини, але все ж таки імпліцитно використовують антропологічний принцип права. Образ людини тут редукований до «мислячої тварини». Людина — це істота, яка наділена здатністю розуміти адресовані їй накази, що підкріплені погрозою застосування покарання. Розум, а точніше мислення такої людини допускає формалізацію, яка знімає всі її суб'єктивні особливості. Буття людини в праві представлене логіко-розумовою стороною людської природи. Право є інструментом для вирішення індивідуальних проблем людини.

Класичні ж концепції природного права переносять акцент з існування на сутність права, аналізуючи його із точки зору антропологічного принципу. Однак вони тлумачать природне право як існуючу чисту правову сутність поруч і над позитивним правом, зміст якого абсолютно правильний і легітимний і яке для всіх людей і за всіх часів мало незмінну дієздатність. Зрозуміло, що ця точка зору неприйнятна для сучасної правової думки.

Аналіз історії правової думки, слушно зауважує С. І. Максимов, дозволяє виділити два основні підходи до розуміння природного права і його співвідношення з позитивним, а саме:

1) як сукупність апріорних моральних вимог, пропонованих до позитивного права як критична інстанція, що дає моральну оцінку позитивного права із погляду його справедливості або несправедливості (Платон, Кант);

2) як необхідну і незмінну основу чинного законодавства, що не існує поза ним; тут природно-правові принципи відшукувалися всередині чин-

ного права, що мислилося як ідея права, яка реалізується в історії (Арістотель, Гегель) [5].

Погоджуємось із думкою А. П. Кравченко, що як перший, так і другий підходи не заперечують антропологічного принципу права і в основному спираються саме на нього, адже право значною мірою представлене тут як проекція буття самої людини. Структура ж правової реальності є суперечливою єдністю природного і позитивного права. Саме тому реальне (дійсне) право є єдністю справедливості, яка становить його зміст, і позитивності, яка становить його предметно-інституційну форму. Звідси необхідними умовами дійсності права є як справедливість, так і позитивність. У цьому відношенні антропологічний принцип проявляється у самому визначенні права як вираження і закріплення в предметно-інституціональних формах регулювання зовнішньої поведінки людей на основі справедливості. При цьому правова справедливість, або природне право, не становить абсолютної реальності права, а є реляційно-смысловим феноменом. Воно є тим смыслом, який проявляється й утримується у відносинах між різними суб'єктами і моментами правової реальності. У такому випадку природне право слід розуміти як еквівалент об'єктивно істинного права, принцип людського співіснування, без дії якого неможливий культурний, соціальний і технічний розвиток людини. Це принцип, що діалектично розвивається. Його дійсність зобов'язана не суб'єктивній волі законодавця, а всьому правовому оформленню заданої об'єктивної істини, і це оформлення є процесом його становлення. Дійсність права втілюється через єдність справедливості і позитивності. Справедливість є дійсною лише будучи втіленою в позитивному праві, а позитивне право дійсне тільки будучи причетним до справедливості. Природне і позитивне право взаємно вимагають і доповнюють одне одного.

Починаючи з епохи Просвітництва, теорія природного права незмінно схилилась до того, що основою права, його стрижнем і призначенням є свобода. Але не просто свобода, не свобода взагалі, а реальна свобода живої правової особи, свобода окремої автономної людини, свобода особистості, яка захищена від насильства та свавілля. Розвиток права неухильно йшов від загальних формул про свободу, рівність та братство до ідей правозаконності, до пріоритету в політико-правовому житті невід'ємних прав і свобод людини. І звідси — до формування панування гуманістичного права, основою якого є антропологічний принцип права.

Із часів Просвітництва права людини називалися «природженими», «священними», «невідчужуваними». У цьому виражалось уявлення про самоцінність та безумовну значущість прав людини. Натуралістичний термін «природжені» фіксував розуміння прав людини як таких індивідуальних правомочностей, які існують до і незалежно від будь-яких людських настанов — від усіякої практики позитивного права; вираз «священні» має секулярне значення — як «безумовні», «невідчужувані» чи, юридичною мовою, «зверх» або «над'юридичні»; автентичний сенс, який

вкладається в поняття «невідчужувані права», полягає в тому, що вони «невід'ємні», тобто ніхто і ніколи не може в людини їх відібрати, у тому числі й сама людина не може від них відмовитися [6, с. 14].

У сучасних теоріях природного права вирізняються різні підходи до розуміння права. Так, наприклад, Ф. Жені розуміє право як об'єктивно дану цінність, Ж. Дабен та А. Дьєндрев — як цінність, що ґрунтується на моральних та деонтологічних принципах, Ф. Селзнік — як таке, що стосується соціології, Л. Фуллер — як внутрішню моральність закону. Але найповніше антропологічний принцип теорії права реалізується в антропологічних концепціях природного права М. Міда, М. Еделя та А. Еделя. Цей принцип було покладено і в основу марксистської концепції відродженого природного права, у якій він виконує роль узагальнюючого підходу.

Серед розмаїття теоретико-правових напрямків відродженого природного права, що реалізують антропологічний принцип права у своїх системах, одне із провідних місць належить неокантіанству.

І. Кант був першим, хто в Новий час обґрунтував самостійність, унікальність і неповторність духовного світу людини, її моральну автономію [7]. Для концепцій природного права, що виникли на основі вчення І. Канта про право, основоположним є антропологічний принцип, що реалізується в даності «істинного» права лише через суб'єктивне мислення. У руслі кантівських положень про співвідношення належного і суцього, формального і фактичного Р. Штаммлер і Г. Радбрух доводять, що закономірність соціального життя людей є закономірністю юридичної форми. Під закономірностями та метою суспільного життя і розвитку вбачаються апріорні ідеї права й правові належності [8].

Неокантіанські ідеї відродженого природного права були підтримані і в Росії, зокрема П. І. Новгородцевим у роботах «Вступ до філософії права» та «Історична школа юристів». Він створив свою оригінальну природно-правову теорію, в якій спирався на антропологічний принцип права. У своїй праці «Вступ до філософії права» П. І. Новгородцев підсумовує, що розумним началом в особистості є автономне моральне начало. Моральна ідея як ідеал завжди імперативна (загальнообов'язкова). Вона існує виключно у свідомості особистості і має абсолютну цінність. У соціальних відносинах вона набуває форми природного права, незмінної ідеальної норми з мінливим змістом. За П. І. Новгородцевим, абстрактна основа природного права розкривається у моральній ідеї особистості, яка є ідеалом і цілком самій собі і з цієї позиції оцінює політико-правову реальність. У цьому і виявляється антропологічний принцип права у теорії П. І. Новгородцева. Автономна особистість є основою ідеального суспільного устрою. Її суспільно-правовий ідеал слугує засобом і критерієм в організації правопорядку і політичних інститутів [9, с. 248].

Значний внесок у розвиток природничо-правової думки ХХ ст. зробили неогегельянці, які виходили з визначення Г. Гегелем ідеї права як

свободи. Найбільш яскравими із представників цього напрямку були Ю. Біндер, Ф. Блашке, Г. Геллер, Т. Герінг, Ф. Джентіле, Б. Кроче, М. Мюллер, І. Поенге, Е. Шпрангер, Л. Ціглер та ін. У їхніх поглядах є багато спільного і дещо відмінне, але всі вони так чи інакше використовують антропологічний принцип права. Наприклад, еклектично об'єднавши екзистенціалізм із об'єктивним ідеалізмом, М. Мюллер констатував, що розвиток права є результатом саморозвитку свободи, що виявляється в процесі усвідомлення людиною своєї сутності. На основі права формується вільне суспільне існування людей і законодавство. Е. Шпрангер відстоював ідею природного права як справедливого, що міститься у правосвідомості і виникає в результаті діалектичного розвитку духу.

Б. Кроче називає свою концепцію «релігією свободи», де свобода — найвищий закон людської історії та буття. Він обґрунтовує ідею формальної, юридичної свободи і неможливість фактичної. Зрештою, лише «меншість, яка править» (політичний клан), знає, чого вона хоче. Але, з іншого боку, він захищає юридичні права особистості. Б. Кроче стверджував, що свобода без суб'єкта — це пусте слово і абстракція. Тому обов'язковим є визнання особистісної свободи [10, с. 385].

Погоджуємось із думкою А. П. Кравченко, яка констатує, що до кінця XIX ст. ідея природного права в основному ґрунтувалася на антропологічному принципі права й розглядалася як основа і передумова досягнення загальносуспільного консенсусу — «соціального контракту». У XX ст. до природного права звертаються з метою захисту ідентичності окремих соціальних груп і конкретних людей, які виявляються під загрозою уніфікації універсалізуючою ідеєю держави. Природне право постає, таким чином, світоглядною основою принципу мультикультуралізму, ґрунтується на антропологічному принципі права, отже, ідеться не про абстраговані від реального суспільного життя правові процедури, а про саму «гущу» суспільного життя у його конкретиці, про відтворення і захист прав особистості, повноти соціального буття.

Такий «антропологічний поворот» у теоретико-правовому мисленні став здійснюватися, головним чином, на основі вчень феноменологічно-екзистенціальної спрямованості (Е. Гуссерля, М. Гайдеггера, М. Шеллера, Н. Гартмана, представників юридичної герменевтики). Перш за все, це стосується різних концепцій природного права, досліджень «феноменологічної школи права» (Ж. Гардієс, Х. Азевадо, А. Троллер та ін.), теоретичної конструкції «допозитивного права» (Г. Коїнг, Х. Хубман), «юридичної герменевтики» (Й. Ессер, В. Хассемер, А. Кауфман) [11; 12]. Особливістю метаморфози такої проблеми за останнє століття є й те, що її постановка та розв'язання дедалі помітніше переходять з плану теоретико-пізнавального в екзистенційний. Унаслідок цього лінія гносеологічного дослідження, пов'язана з іменами Декарта, Канта, Гуссерля, що становила «нерв» усього комплексу розвідок з означеної тематики у галузі правознавства, у XX ст. поступово перетворюється на периферій-



ну. Значення ж екзистенційного підходу у праві, навпаки, зростає і стає визначальним. Пов'язано це також із поступовим усвідомленням необхідності обґрунтування і поширення у філософії відродженого права людського прообразу майбутнього [13].

Таким чином, представниками різноманітних напрямків відродженого природного права активно використовується антропологічний принцип права, який становить основу методологічного фундаменту обґрунтування прав і свобод людини в сучасному світі. Найбільш важливими для будь-якого дослідника у цих концепціях є питання: а) яким є специфічний характер прав людини щодо права взагалі? б) яку позицію щодо природи людини слід зайняти, щоб уможливити концепцію прав людини? Усі вони виходять із розуміння права як одного з визначальних вимірів людського буття, «природи людини». Для такого підходу характерним є осмислення прав людини як умов можливості здобуття і здійснення нею всіх інших прав, тобто умов можливості реалізації себе як людини. За своєю суттю це трансцендентальні права, і в цьому сенсі (і тільки в цьому) ідея права людини може і повинна розглядатися як ідея універсальна, що трансцендентує просторово-часові виміри людської історії та культури.

На антропологічному принципі ґрунтується й інтерсуб'єктивний напрямок у теорії права, що визначається як взаємодія суб'єктів права між собою і пов'язаний з розумінням природи людини та права, людини в праві. Суть відносин індивідів у сфері права розкривається тут за допомогою введення та інтерпретації таких категорій, як «природа речей», «правові єйдоси», «буття-в-якості» через ідею діалогу як універсальну форму буття права, ідею комунікації як основу всіх процесів та ідею життєвого світу як особливу сферу суспільного буття. Ці ідеї конкретизують антропологічний вимір права.

Інтерсуб'єктивний напрямок найповніше реалізований у феноменологічній філософії, яка значною мірою вплинула на формування антропологічного обґрунтування сучасного типу праворозуміння. Її представники визначають антропологічний принцип як вихідний та розглядають право через постійну присутність його в людському бутті. Сутність права розкривається через з'ясування сутності людини, право виводиться із внутрішнього досвіду особи, яка є учасником правового життя. Некласичні концепції права, що ґрунтуються на ідеї інтерсуб'єктивності, намагаються подолати характерне для класичної філософії права протиставлення буття та свідомості, об'єкта та суб'єкта, природного та позитивного права, довести, що право не розчиняється ні в свідомості суб'єкта, ні в об'єктивному світі, а є результатом взаємодії учасників правовідносин. Право є не силою, що тисне на людину іззовні, а способом її буття [13].

Найяскравіше ж інтерсуб'єктивний напрямок у теорії права здобув своє вираження через феноменологічну філософію, що стала фундаментом сучасних теоретико-правових шкіл. Феноменологічний напрямок

справив суттєвий вплив на формування методології антропологічного обґрунтування сучасного типу праворозуміння, провідним принципом якого і стала інтерсуб'єктивність. Він ґрунтується на: а) концепції «природи речей» (Р. Коїнг, Г. Радбрух, В. Майгофер); б) М. Шеллер та М. Гартман в основу своїх теоретико-правових систем поклали філософське вчення про цінності; в) Е. Гуссерль та П. Амселек базуються на теорії «правових ейдосів» [14].

Представники цього напрямку виходять із антропологічного принципу і проблеми права вирішують через укоріненість його в людському бутті, присутність у людському житті. Питання про те, що є правом, вони вирішують через з'ясування проблеми сутності людини. Такий антропологічний підхід до права з інтерсуб'єктивістської позиції виводить право із внутрішнього досвіду людини, яка є учасником правого життя.

Виходячи із антропологічного принципу права та абсолютних цінностей соціальної етики, можна розглядати природне право на двох рівнях: по-перше, як абсолютне, що досягається в результаті апріорного пізнання, і як утілене в ідеї права, яку загалом не пізнано; по-друге, як принципи справедливості, обумовлені відповідною історичною ситуацією і отримані на базі емпіричних даних. Але в основу закону повинен бути покладений синтез природного права обох рівнів, тобто поєднання апріорно абсолютних (ціннісних) та емпірично відносних принципів. Право як певний порядок використовується всіма людьми як особами ще до того, як вони використають його як громадяни. Інакше кажучи, право є частиною людського буття, тому правова теорія повинна в першу чергу зосереджуватися на особистості як «бутті в праві», а потім — на поверхневих явищах права.

Серед сучасних теорій обґрунтування права, що працюють у парадигмі інтерсуб'єктивності, виділяються онтологічні та неонтологічні концепції. Онтологічні концепції представлені правовим екзистенціалізмом чи екзистенціальною феноменологією (М. Мюллер, Е. Фехнер, В. Майгофер) [15, с. 34] та правовою герменевтикою (А. Кауфман, В. Гассемер, П. Рікер); неонтологічні — комунікативною філософією (К.-О. Апель, Ю. Габермас) [16, с. 117]. Інтерсуб'єктивістська філософія права намагається поєднати найсуттєвіші моменти об'єктивізму та суб'єктивізму. Екзистенціально-феноменологічно-герменевтична лінія філософії права — це варіант правової антропології. В якості основного свого завдання вона розглядає перспективу справедливості, тому розвиває природно-правову лінію стосовно сучасної соціокультурної ситуації і ґрунтується на антропологічному принципі.

Антропологічний принцип покладено в основу і у феноменолого-герменевтичній філософії права. За відстороненими формами об'єктивного права вона намагається роздивитися живого суб'єкта, носія дійсної правосвідомості. В образі такого суб'єкта трансцендентальне (універсальне) та емпіричне (одиничне) представлене в єдності, як єдність сутності та існування. Поняття суб'єкта найбільшою мірою відповідає

юридичному вченню про дієздатність. Суб'єкт має природні здатності до дії, яка носить ціннісноорієнтований характер. Серед ціннісноорієнтованих актів виділяються такі, які виражають сенс права. Це акти визнання. Кожний правопорядок припускає існування такого суб'єкта, буття якого невіддільне від цінніснозначимих актів, а отже, і від буття самих цих цінностей, роблячи їх життєво реальними. Акти визнання — це особливі інтенціональні акти, що виражаються в направленості на іншого, при цьому інший розглядається як цінність незалежно від міри його достоїнств, як цінність, що заслуговує гарантій захисту з боку права [17].

Таким чином, у культурно-історичних умовах ХХ ст. виникає необхідність в нових інтерпретаціях змістовної сторони права та нових способах його обґрунтування. Тенденція подальшої антропологізації та персоналізації права знаходить вираження в інтерсуб'єктивності як способі його обґрунтування. Пошуки граничних підстав права ведуться в реальності комунікативної взаємодії суб'єктів як підстав антропологічних та «життєво світових». При цьому, не заперечуючи самостійної цінності підходів, заснованих на класичній раціоналістичній моделі праворозуміння, певною мірою вдається перемогти однобічність кожного з них. Це не обмеженість розгляду права «зовні», за його зовнішніми ознаками, не обмеженість розгляду права «знизу», як такого, що вийшло з глибини актуальних соціальних відносин, це не обмеженість розгляду права «зверху», з позицій ідеї права. Це спроба розглянути право зсередини на основі антропологічного принципу як спосіб людського буття, заснований на співіснуванні суб'єктів. Це продовження лінії природного права в сучасних культурно-історичних умовах.

Таким чином, нами досліджені антропологічні тенденції утвердження пріоритету особистості та суб'єктивних прав у сучасній правовій думці. Так, нами встановлено, що в правових концепціях багатьох країн, на основі антропологічного принципу права, закріплені принципи гідного людського життя, свободи, рівності прав. Необхідно підкреслити, що антропологічний принцип яскраво виявляється у таких теоретико-правових напрямках, як неопозитивізм, теорії відродженого природного права, неокантіанство, інтерсуб'єктивний напрямок, феноменолого-герменевтична філософія права. Нами охарактеризовано прояв антропологічного принципу у кожному з наведених напрямків, особливу увагу нами приділено теорії відродженого природного права. Це обґрунтоване тим, що, починаючи з епохи Просвітництва, теорія природного права незмінно схилилась до того, що основою права, його стрижнем і призначенням є свобода, а права людини визнавалися природженими і невідчужуваними.

#### Л і т е р а т у р а

1. Кравченко А. П. Антропологічний принцип у філософії права : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.12 / А. П. Кравченко. — Х., 2008. — 217 с.

2. Циппеліус Р. Філософія права / *Райнольд Циппеліус*; пер. з нім. Є. М. Причепій. — К.: Тандем, 2000. — 300 с.
3. Кельзен Г. Чисте правознавство / *Г. Кельзен*. — К.: Юніверс, 2004. — 496 с.
4. Харт Х. Л. А. Концепція права / *Х. Л. А. Харт*. — К.: Сфера, 1998. — 236 с.
5. Максимов С. И. Целевые и ценностные аспекты человеческой деятельности в сфере права / *С. И. Максимов* // Вісник Дніпропетровського ун-ту: Соціологія. Філософія. Політологія. — Д., 2001. — Вип. 7. — С. 143–150.
6. Соловьев Э. Чтобы мир до времени не превратился в ад: религия прогресса и идеал правового государства / *Э. Соловьев* // Знание — сила. — 1995. — № 7. — С. 8–15.
7. Кант И. Антропология с прагматической точки зрения // Сочинения: в 6 т. / *И. Кант*. — М.: Мысль, 1966. — Т. 6. — С. 349–587.
8. Калиновський Ю. Ю. Правосвідомість та правопорядок у сучасних умовах у контексті роздумів І. Канта про автономію особистості / *Ю. Ю. Калиновський* // Філософсько-антропологічні студії. 2004. — К.: Стилос, 2004. — Спецвипуск. — С. 275–280.
9. Новгородцев П. И. Введение в философию права. Кризис современного православия / *П. И. Новгородцев*; Ин-т государства и права РАН. — М.: Наука, 1996. — 269 с.
10. Кроче Бенедетто. Антология сочинений по философии. История. Экономика. Право. Этика. Поэзия / *Бенедетто Кроче*; пер., сост. и коммент. С. Мальцева. — СПб.: Пневма, 1999. — 480 с.; Максимов С. І. Структура правової реальності: феноменологічний аналіз / *С. І. Максимов* // Вісник Академії правових наук України. — Х., 2002. — № 2. — С. 125–133.
11. Гарник О. В. Філософія права: предметна специфіка, місце та значення в системі соціально-гуманітарного знання / *О. В. Гарник*. — Д.: Вид. Дніпропетр. держ. ун-ту, 1998. — 182 с.
12. Гайденко П. П. Научная рациональность и философский разум в интерпретации Эдмунда Гуссерля / *П. П. Гайденко* // Вопросы философии. — 1992. — № 7. — С. 116–135.
13. Щербак С. І. Інтерсуб'єктивність і соціальність: дис. ... канд. філос. наук: 09.00.01 / *С. І. Щербак*. — К., 2004. — 187 с.
14. Феноменологія буття людини: Сучасна західноєвропейська філософська рефлексія. — К.: Укр. центр духовної культури, 1999. — 278 с.
15. Цимбалюк М. Онтологічний аспект дослідження права та правосвідомості / *М. Цимбалюк* // Право України. — 2007. — № 2. — С. 31–35.
16. Максимов С. И. Правовая реальность: опыт философского осмысления / *С. И. Максимов*. — Х.: Право, 2002. — 328 с.
17. Кошарний С. О. Біля джерел філософської герменевтики (В. Дільтей і Е. Гуссерль) / *С. О. Кошарний*. — К., 1992. — 123 с.

#### А н о т а ц і я

**Завальнюк В. В. Принцип антропології права у теоретико-правових дослідженнях сучасності.** — Стаття.

У статті досліджені антропологічні тенденції утвердження пріоритету особистості та суб'єктивних прав у сучасній правовій думці та встановлено, що в правових концепціях багатьох країн, на основі антропологічного принципу права, закріплені принципи гідного людського життя, свободи, рівності прав. Виявлено, що антропологічний принцип яскраво виявляється у таких теоретико-правових напрямках, як неопозитивізм, теорії відродженого природного права, неокантіанство, інтерсуб'єктивний напрямок, феноменолого-герменевтична філософія права.

*Ключові слова:* принцип антропології права, особистість, неопозитивізм, теорії відродженого природного права, неокантіанство, інтерсуб'єктивний напрямок, феноменолого-герменевтична філософія права.

**А н н о т а ц и я**

***Завальнюк В. В. Принцип антропологии права в теоретико-правовых исследованиях современности.*** — Статья.

В статье исследованы антропологические тенденции утверждения приоритета личности и субъективных прав в современной правовой мысли и установлено, что в правовых концепциях многих стран, на основе антропологического принципа права, закреплены принципы достойной человеческой жизни, свободы, равенства прав. Выявлено, что антропологический принцип ярко проявляется в таких теоретико-правовых направлениях, как неопозитивизм, теории возрожденного естественного права, неокантианство, интересубъективное направление, феноменолого-герменевтическая философия права.

*Ключевые слова:* принцип антропологии права, личность, неопозитивизм, теории возрожденного естественного права, неокантианство, интересубъективное направление, феноменолого-герменевтическая философия права.

**S u m m a r y**

***Zavalniuk V. V. Principle of anthropology of law in theoretical and legal fields of modernity.*** — Article.

The article studies the anthropological trends approval priority of the individual and subjective rights in modern legal thought and found that in many countries, legal concepts, based on the anthropological principle of law, enshrined the principles of decent human life, freedom, equality. Revealed that the anthropological principle evident in these theoretical and legal fields as neo, revived the theory of natural law, Kantianism, intersubektivnoe direction phenomenological-hermeneutical philosophy of law.

*Keywords:* Principle of anthropology of law, individual, neo, revived the theory of natural law, Kantianism, intersubektivny direction, phenomenological-hermeneutical philosophy of law.

УДК 342.7.001.73

*М. Р. Аракелян***ТРАНСФОРМАЦИЯ ПРАВОЗАЩИТНОЙ ФУНКЦИИ  
СОВРЕМЕННОГО УКРАИНСКОГО ГОСУДАРСТВА**

На современном этапе формирования гражданского общества и становления правового государства в Украине проблема правозащитной деятельности современного государства обретает особое звучание. Современному государству необходимо трансформироваться в институциональный центр, который бы объединял демократические институты, формирующие и реализующие общественные потребности исходя из примата интересов человека.

Проблема защиты прав человека и связанная с ней правозащитная функция являются объектом пристального внимания многих исследователей. В частности, ее разработкой занимаются такие ученые, как М. А. Беспалова, В. А. Карташкин, С. В. Кивалов, Н. И. Козюбра, М. Ф. Орзих, Ю. Н. Оборотов, П. М. Рабинович и др.

Целью данной статьи является изучение трансформации правозащитной функции украинского государства в период проводимых в последние годы правовых реформ, в том числе конституционной, судебной и уголовно-процессуальной.

Юридической наукой предложена трактовка функций государства как особого механизма государственного воздействия на общественные процессы и отношения, определяющего направления и содержание его деятельности по управлению обществом. И это правильно, поскольку, выполняя определенные функции в тех или иных сферах жизни общества, государство одновременно посредством регулирования общественных отношений, проводимых реформ, различного рода преобразований воздействует на состояние общественных процессов. Осуществление определенных функций может как стабилизировать условия развития общества, так и усилить его кризисное состояние [1, с. 397].

К числу основных функций государства относят: правоустановительную, правореализующую, правозащитную функции. Если правоустано-

вительная функция — это деятельность государства по установлению всех источников и норм действующего права (издание законов и иных нормативно-правовых актов, установление прецедентов, санкционирование обычаев, официальное признание и закрепление приоритетного позитивно-правового значения естественных прав и свобод человека и т. д.), то правореализующая функция призвана обеспечить все формы реализации права (осуществление правомочий, обязанностей и соблюдения запретов, применения права), как в деятельности самого государства (всех государственных органов и должностных лиц), так и применительно к поведению людей [2, с. 260].

Необходимо разграничивать правоохранительную и правозащитную функции государства. Это принципиально важно для исследования проблематики трансформации правозащитной функции современного Украинского государства.

В словарях дается следующее толкование данных терминов: «защищать — оберегать, охранять, оборонять, отстаивать, заступаться, не давать в обиду, закрывать, загораживать охраняя» [3, с. 668]. «Охранять — стеречь, беречь, оберегать, сторожить, караулить, бороться, защищать, безопасить, крыть, отстаивать, заступать, держать в целостности, сохранять, спасать» [4, с. 774]. В «Українсько-російському словникові» дается следующее толкование слова «охрана» — «те ж саме, що й захист» [5, с. 182], еще в одном словаре — «охорона — це захист» [6, с. 370]. То есть этимология и значение слов «защита» и «охрана» не являются принципиально различными и не способствуют разграничению правоохранительной и правозащитной функций государства. Разница между этими словами не столь принципиальна, как те феномены, которые они определяют.

Разница в определении понятий «правоохранительный» и «правозащитный» обуславливается не столько этимологической разницей слов «охрана» и «защита», сколько содержанием, которое в них вкладывается в конкретном обществе.

Таким образом, правоохранительная деятельность — это, прежде всего, деятельность государства через специально созданные им органы. Она предусматривает специальное материально-техническое обеспечение, вооружение, льготы для работников, которые относятся к правоохранительным органам и осуществляют правоохранительную деятельность, правозащитная же деятельность направлена на защиту прав человека [7, с. 25].

Если перевести данные размышления в плоскость функций государства, то важным представляется высказывание О. Ф. Скаун о том, что механизм охраны прав человека включает в себя меры по профилактике правонарушений для утверждения правомерного поведения личности, а механизм защиты включает меры по восстановлению нарушенных неправомерными действиями прав и ответственности лица, совершившего правонарушение. Без возможности защиты прав охрана прав будет

неполной. Защита — это наиболее действенная охрана, вторая ее степень [8, с. 206].

Не так давно в правоведении речь шла только о правоохранительной функции государства, которая понималась как объективные обусловленные его охраняемыми правовыми потребностями и сущностью государственной власти однородные, устойчивые направления его деятельности по удовлетворению этих потребностей [9, с. 14].

Правозащитная функция из общего числа функций государства юридической наукой была вычленена не так давно. Одним из первых правоведов, который начал разграничивать правозащитную и правоохранительную функции государства, является В. В. Лазарев, который в числе внутренних функций государства упоминает охрану прав собственности, иных прав и свобод граждан [10].

Как справедливо отмечает П. М. Рабинович, любое право человека — это право на удовлетворение его определенных потребностей. В этом и проявляется гуманистичность потребностной интерпретации прав человека и усматривается одно из самых существенных его преимуществ [11, с. 7]. Так как правозащитная функция направлена на реализацию основных прав и свобод человека и гражданина, то она носит ярко выраженный гуманистический характер.

Права человека — это один из важнейших социальных и политико-правовых институтов, которые объективно являются мерилем достижения общества, показателем уровня его цивилизованности [12, с. 11].

В юридической науке дискутируется вопрос определения правозащитной деятельности государства. Так, В. А. Карташкин считает, что правозащитная функция государства и связанная с ней система защиты прав человека включают судебную защиту, несудебную защиту и деятельность неправительственных правозащитных организаций [13, с. 6]. А. В. Чурилов рассматривает правозащитную деятельность с точки зрения обязанности государства обеспечивать защиту провозглашенных им прав и свобод; как права каждого самостоятельно защищать свои права и свободы; как обязанности международных, специально для этого создаваемых организаций [14, с. 16–17].

М. А. Беспалова правозащитную функцию государства представляет как возникшее на определенном этапе развития общества и государства под воздействием гуманитарных аксиологических требований, детерминированное конституционной обязанностью государства защищать права и свободы человека и гражданина сущностное направление деятельности государства, содержание которого выражается в пресечении нарушения и восстановлении нарушенного права посредством адекватных: мер, принимаемых от имени государства публичными субъектами [15, с. 5].

Выделяются формальные, доктринальные и праксеологические предпосылки правозащитной деятельности государства. В качестве формальных предпосылок выступает конституционное установление однозначных аксиологических предпочтений в пользу человека, его прав и сво-



бод, обеспечиваемое, по замыслу, обязанностью государства их защищать. Доктринальные — связаны с исследованием правоохранительного и правозащитного видов деятельности государства. Праксеологические — опосредованы реальным состоянием сферы прав человека и неотвратимостью поиска адекватных механизмов их эффективной защиты [15, с. 9].

Правозащитная функция государства имеет ряд признаков. В частности, она возникает на определенном этапе развития общества и государства, кроме того, она опосредована обязанностью государства защищать права и свободы человека и гражданина. Ее признаками так же выступает тот факт, что она выражается в пресечении нарушения и восстановлении нарушенного права и проявляется через соответствующие средства правозащиты и осуществляется широким кругом публичных субъектов, а также обеспечивается специальным механизмом и инстанциями ответственности.

При рассмотрении существующих элементов правового регулирования, направленных на реализацию правозащитной функции государства, необходимо обратить внимание на то, защита понимается как в узком, так и в широком смысле: в узком смысле слова защита понимается как вид процессуальной деятельности; в широком — как конституционная обязанность государства, системная деятельность правозащитных структур и т. п.

Таким образом, на основе проведенного анализа существующих доктринальных точек зрения в юридической литературе необходимо рассматривать правозащитную функцию современного государства не в узком смысле и сводить ее лишь к пресечению нарушения и восстановлению нарушенного права посредством адекватных мер, принимаемых от имени государства публичными субъектами. Понимание правозащитной функции современного государства предполагает широкий подход к ее трактовке. Правозащитная функция государства отражает сущностную характеристику государства, соответствует определенному этапу развития общества и государства; она постоянно трансформируется под влиянием внутренних и внешних факторов и наполняется новым содержанием; это — комплекс мер правового характера, направленных на всестороннюю защиту прав и свобод человека и гражданина и осуществляемую правозащитными структурами.

В юридической науке одним из наиболее распространенных подходов к защите прав и свобод человека и гражданина является системный подход. В соответствии с ним, защита прав и свобод человека и гражданина в Украине представляет собой целостную конституционно обусловленную упорядоченную совокупность взаимодействующих элементов правового механизма, направленного на защиту нарушенных прав и свобод граждан.

В современном глобализирующемся мире, как справедливо отмечает М. А. Беспалова, обособление правозащитной функции государства при-

обретает характер тенденции. На это указывают, во-первых, положения международных актов в части, касающейся защиты прав человека; во-вторых, нормы новых конституций, в той или иной степени отражающих обязанность государства защищать права и свободы человека; в-третьих, признание юрисдикции международных правозащитных органов, опосредующее ответственность государства, допустившего нарушение прав и свобод человека [15].

Таким образом, прослеживается тенденция изменения правозащитной функции современного государства. Так, она наполняется новым содержанием, поскольку появляются новые права и свободы, гарантированные государством. Косвенным подтверждением этому служит тот факт, что подход к пониманию содержания общепризнанных прав и свобод, юридически закрепленных в международных актах и нормах внутригосударственного права, много раз менялся за последние десятилетия.

Также меняется сущностная характеристика правозащитной функции современного государства, что предполагает, как уже отмечалось ранее, широкий подход к трактовке правозащитной функции современного государства.

Если раньше правозащитная функция государства однозначно относилась к внутренним функциям государства (в рамках классификации функций государства на внутренние и внешние), то современная ситуация несколько смещает акценты в сторону отнесения данной функции также и к внешним функциям государства.

Все вышеперечисленные трансформации в понимании и реализации правозащитной функции государства в полной мере относятся и к Украинскому государству. После принятия Конституции Украины в 1996 году защита прав и свобод человека становится приоритетным направлением в функционировании правовой системы Украины. В структуре Конституции Украины отдельно выделен раздел, посвященный правам и свободам человека и гражданина, а стремление их реализации красной нитью проходят через всю Конституцию. А. В. Лавринович отмечает, что «со дня провозглашения независимости Украины и по сей день именно права и свободы человека и гражданина являются путеводителем конституционного развития общества и государства, о чем свидетельствуют и особенности развития конституционного процесса в Украине» [16, с. 82].

В рамках правозащитной функции существенное значение имеет последовательное соблюдение государством данных им гарантий в области прав и свобод человека и гражданина. Такие гарантии закреплены и в Конституции Украины, например, в ст. 23: «Конституционные права и свободы гарантируются и не могут быть упразднены. При принятии новых законов или внесении изменений в действующие законы не допускается сужение содержания и объема существующих прав и свобод».

Акцент на правозащитную функцию государства усилился в связи с вступлением Украины в Совет Европы, ратификацией Европейской конвенции по защите прав и основных свобод человека 1950 г. и протоколов к ней.

В целях реализации правозащитной функции Украинского государства согласно взятым на себя обязательствам перед Советом Европы Украиной приняты соответствующие нормативно-правовые акты, среди которых знаковым является Закон Украины «О практике исполнения решений Европейского суда по правам человека».

В решениях Европейского суда неоднократно отмечалась важность позитивного обязательства государства в обеспечении прав человека. Но еще более важно уяснение того постоянного процесса, который можно наблюдать в развитии международного законодательства в сфере прав человека.

Примером этого является реформирование Европейского суда по правам человека — важнейшей и наиболее авторитетной международной институции по защите прав человека в европейском регионе. «Эффективность Европейской конвенции по правам человека в большой степени зависит от четкой и продуктивной работы Европейского суда по правам человека, необходимость реформирования которого назрела и ощущается всеми. Круг проблем довольно широкий — есть субъективные и объективные моменты. Один из них, например, увеличение количества дел в связи с присоединением к Страсбургской системе еще одной организации — Европейского Союза. Это означает, что станут поступать жалобы на европейских чиновников, что, в свою очередь, безусловно, приведет к росту нагрузки на суд. Необходимо уже сейчас подумать об этом, предупредить непростую ситуацию и обеспечить разгрузку Страсбургского суда от излишнего багажа дел» [17].

С целью реформирования Европейского суда по правам человека был принят 14-й протокол к Европейской конвенции о правах человека. Цель протокола — сделать Страсбургский суд более эффективным. Вступление в силу протокола позволит Страсбургскому суду сконцентрироваться на делах, которые затрагивают важные правозащитные вопросы для того, чтобы он лучше выполнял возложенную на него миссию.

Принципиально важным является понимание того, что государства — члены Совета Европы не должны допустить, чтобы реформы, проводимые в этих государствах, были использованы для выражения недовольства некоторыми аспектами решений Европейского суда по правам человека. И, безусловно, это касается и Украины.

Таким образом, правозащитная функция является приоритетным направлением в функционировании современного Украинского государства, основанного на современном законодательном обеспечении, отражающем закономерности в развитии украинского общества, а также внешних факторов, определяющих стратегическое развитие Украины.

Правозащитная функция современного государства — это, прежде всего, деятельность государства по защите прав и свобод человека и гражданина, утверждение законности и правопорядка во всех сферах общественной и политической жизни.

В контексте смены акцентов общественно-правового развития возникает необходимость антропологического поворота в стратегии модернизации государственно-правовой системы Украины. Базовым ориентиром правовой политики Украинского государства стало признание приоритета человека, его прав и свобод в совокупности с государственными гарантиями их защиты, что предусматривает соответствующие обязанности государства по их обеспечению. Реализация правовой политики государства в таком русле обеспечивается принятием соответствующих нормативно-правовых актов, а также созданием механизма, обеспечивающего их воплощение в жизнь.

### Л и т е р а т у р а

1. Общетеоретическая юриспруденция: учебный курс : учебник / под ред. Ю. Н. Оборотова. — О. : Фенікс, 2011. — 437 с.
2. Нерсисянц В. С. Общая теория права и государства : учебник / В. С. Нерсисянц. — М. : НОРМА-ИНФРА, 1999. — 539 с.
3. Даль В. Толковый словарь живого великорусского языка. В 4 т. Т. 1 / В. Даль. — М. : Рус. яз, 1978. — 699 с.
4. Даль В. Толковый словарь живого великорусского языка. В 4 т. Т. 3 / В. Даль. — М. : Рус. яз., 1978. — 638 с.
5. Украинско-русский словарь. — К. : НАН УССР, 1961. — 528 с.
6. Українсько-російський словник складної лексики. — К. : Вид. центр «Академія», 1998. — 712 с.
7. Левченко К. Б. До визначення понять «правозахисний» та «правоохоронний»: постановка проблеми / К. Б. Левченко // Наше право. — 2004. — № 1. — С. 21–27.
8. Скакун О. Ф. Теория государства и права : учебник / О. Ф. Скакун. — Х. : Консум : Ун-т внутр. дел, 2000. — 704 с.
9. Онопенко П. В. Правоохоронні функції української держави: зміст і реалізація : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / П. В. Онопенко. — К., 2005. — 16 с.
10. Общая теория права и государства : учебник / под ред. В. В. Лазарева. — М. : Юристъ, 1996. — 356 с.
11. Рабинович П. М. Основоположные права человека: социально-антропная сущность, классификация / П. М. Рабинович // Право Украины. — 2011. — № 5–6. — С. 4–10.
12. Козюбра Н. И. Права человека и верховенство права / Н. И. Козюбра // Право Украины. — 2011. — № 5–6. — С. 11–23.
13. Карташкин В. А. Механизмы защиты прав человека / В. А. Карташкин // Журнал российского права. — 1999. — № 3–4. — С. 3–11.
14. Чурилов А. В. Защита прав и свобод человека и гражданина средствами прокурорского надзора / А. В. Чурилов. — М. : Норма, 1999. — 342 с.
15. Беспалова М. А. Становление правозащитной функции Российского государства в условиях современного конституционного строительства : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.02 / М. А. Беспалова. — Белгород, 2011. — 36 с.
16. Лавринович А. В. Европейская конвенция по правам человека — надежный путеводитель гуманистического развития Украины / А. В. Лавринович // Право Украины. — 2011. — № 5–6. — С. 82–86.

17. Кивалов С. В. Эффективность Европейской конвенции по правам человека в большей степени зависит от четкой и продуктивной работы Европейского суда по правам человека [Электронный ресурс] / С. В. Кивалов. — Режим доступа : <http://http://www.partyofregions.org.ua/news/blog/4fe303a163eac59348000203>

#### А н н о т а ц и я

**Аракелян М. Р. Трансформация правозащитной функции современного Украинского государства.** — Статья.

В статье рассмотрены проблемы трансформации содержания правозащитной функции современного государства. Особое внимание уделено реализации правозащитной функции современного Украинского государства в контексте проводимых в стране правовых реформ.

*Ключевые слова:* современное государство, функции современного государства, трансформация, правозащитная функция современного государства, защита прав и свобод человека.

#### А н о т а ц і я

**Аракелян М. Р. Трансформація правозахисної функції сучасної Української держави.** — Стаття.

У статті розглянуто проблеми трансформації змісту правозахисної функції сучасної держави. Особливу увагу приділено реалізації правозахисної функції сучасної Української держави у контексті правових реформ.

*Ключові слова:* сучасна держава, функції сучасної держави, трансформація, правозахисна функція сучасної держави, захист прав і свобод людини.

#### S u m m a r y

**Arakelian M. R. Transformation of human rights function of the modern Ukrainian state.** — Article.

The article discussed the problem of transforming of the content of human rights function of the modern state. Particular attention is paid to the implementation of human rights function of the modern Ukrainian state in the context of the legal reforms that were traversed in the country.

*Keywords:* modern state, the functions of the modern state, transformation, human rights function of the modern state, the protection of human rights and freedoms.

УДК 341.176(4)

*Т. А. Анцупова***ПРАВО СОВЕТА ЕВРОПЫ: НОВАЯ ПРАВОВАЯ СИСТЕМА  
ИЛИ ПОДСИСТЕМА МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА?**

Прежде чем начать исследование данной темы, необходимо отметить, что понятие «система» (от др. греч. *Σύστημα* — целое, составленное из частей; соединение) является чрезвычайно широким понятием и применяется представителями различных наук (технических, естественных, социальных, гуманитарных) и в широком смысле означает «совокупность элементов, которые находятся в отношениях и связях друг с другом и создают целостность, единство» [1, с. 1437].

Исследование понятия «правовая система» в данной статье вызвано необходимостью прояснения обоснованности его употребления в отношении права Совета Европы с международно-правовой точки зрения.

Исследованием понятий «система права» и «правовая система» в национальном и международном (европейском) измерении занимались многие отечественные и зарубежные ученые. Фундаментальные исследования данной проблемы принадлежат перу отечественных ученых: В. Г. Буткевича, Ю. Н. Оборотова, Л. А. Луць, А. А. Мережко, П. М. Рабиновича, О. Ф. Скакун, С. В. Шевчука; и российских ученых: С. С. Алексеева, П. Н. Бирюкова, С. А. Глотова, В. И. Евинтова, Г. В. Игнатенко, А. Я. Капустина, Ю. М. Колосова, И. И. Лукашука, Р. А. Мюллерсона, О. И. Тиунова, Г. И. Тункина, Н. А. Ушакова, Д. И. Фельдмана, С. Б. Черниченко и других.

Научные работы зарубежных ученых Ф. Бенуа-Ромер, Я. Броунли, А. Бойл, Г. Клебес, Х. О'Бойл, А. Синклейр, Р. Хиггинс, М. Д. Эванс посвящены проблематике национальных и международной правовых систем, а некоторые из них исследованию системы права Совета Европы.

Понятие «правовая система» в теории права имеет множество интерпретаций.

Профессор Ю. Н. Оборотов считает, что «правовая система» охватывает все аспекты организационно-правового характера, а также право-

отношения, правосознание и многие другие стороны бытия права [2]. Огромным вкладом этого ученого, в том числе в науку международного и европейского права, является исследование понятия «правовая система» на разных уровнях бытия права. «...Категория правовой системы используется при рассмотрении права на разных уровнях его бытия, а именно на национальном уровне — национальные правовые системы, на региональном (интегративном) уровне — интегративные правовые системы, на международном уровне — международная правовая система» [3, с. 367].

По мнению профессора С. С. Алексеева, «правовая система включает три элемента: во-первых, собственно объективное (позитивное) право как совокупность правовых норм, признаваемых государством в формах позитивного права; во-вторых, правовую идеологию как активную сторону правосознания; в-третьих, судебную (юридическую) практику». Профессор Н. Ю. Оборотов отмечает, что «при такой характеристике элементного состава правовой системы она может существовать только как национальная правовая система. Можно констатировать, что большинство современных исследований правовой системы именно в этом ракурсе интерпретируют категорию «правовая система». Однако категория правовой системы связывается сегодня не только с существованием национального права, но и международного и интегративного права» [3, с. 370].

Российский ученый В. В. Гаврилов, посвятивший докторскую диссертацию исследованию понятия и взаимодействия национальной и международной правовых систем, считает, что «правовая система» несет самостоятельную смысловую нагрузку, обозначая понятие, объединяющее нормативную, институциональную и идейно-психологическую составляющие правовой стороны жизни любого общества и государства [4, с. 181].

В московском учебнике по теории государства и права под редакцией В. М. Корельского и В. Д. Перевалова можно найти следующее объяснение: «В правовой системе воедино слились естественные потребности людей с их мыслями, волей и чувствами, с правовыми традициями и арсеналом технико-юридических средств, с поступками, деятельностью их объединений. Именно этим объясняются возможность соединения в правовой системе разнообразных правовых явлений, многозначность состояний, а также трудность их познания и классификации» [5, с. 463].

В то же время, по сравнению с понятием «правовая система», понятие «система права» является более сложившимся и общепризнанным. По мнению многих ученых, система права — это нормативная составляющая правовой системы. Система права — это единство и разделение правовых норм по отраслям и институтам права, по правовым общностям. Кроме того, система права всегда построена на взаимодействии процедуры и материальной нормы.

Принимая во внимание общие принципы построения системы права и учитывая появление новых норм и институтов международного права, российские ученые К. А. Бекяшев и Е. Г. Моисеев считают, что современное международное право состоит из следующих основных отраслей: 1) субъекты международного права, 2) основные принципы международного права; 3) право международных договоров; 4) право международных организаций, 5) международно-правовые средства разрешения споров, 6) ответственность в международном праве; 7) право внешних сношений; 8) право международной безопасности; 9) международно-правовая защита прав человека; 10) международное уголовное право; 11) международное экономическое право; 12) территория в международном праве; 13) международное морское право; 14) международное воздушное право; 15) международное космическое право, 16) международное экологическое право; 17) международное гуманитарное право; 18) международное сотрудничество в научно-технической сфере; 19) международно-правовая борьба с терроризмом 20) международное процессуальное право [6].

Украинские ученые В. Г. Буткевич, В. В. Мицик и А. В. Задорожний обращают внимание на важный аспект определения системы международного права, а именно — разграничение понятий «структура международного права» и «система международного права». «Структура международного права — это внутренняя организация системы международного права. Структурой международного права являются особые способы связей на уровне норм международного права, институтов международного права и отраслей международного права» [7, с. 154]. В свою очередь «система международного права является совокупностью принципов и норм международного права, которые составляют единое целое и являются упорядоченными в относительно самостоятельные компоненты — институты и отрасли международного права. Система международного права является одновременно подсистемой системы международных отношений и ее правовой модели» [7, с. 153].

Несмотря на то, что практически каждый представитель международно-правовой науки выделяет уникальное (неповторимое) количество институтов и отраслей международного права, право международных организаций в современном международном публичном праве, безусловно, считается одной из основных отраслей.

Совет Европы является субъектом международного публичного права со всеми присущими ему (субъекту) основными признаками. Он создан государствами — первичными субъектами международного права, которые являются его членами в соответствии с межправительственным соглашением — Уставом Совета Европы. Совет Европы является юридическим лицом; имущество, принадлежит ему на праве собственности. В Совете Европы создана система органов и специализированных учреждений (институтов), которые обеспечивают выполнение уставных целей и соблюдают, определенный в Уставе и Правилах процедуры,



порядок принятия решений. Некоторые из институций Совета Европы имеют постоянный порядок деятельности (напр., Комитет министров, Секретариат, Европейский суд по правам человека), другие — регулярный порядок деятельности (ПАСЕ, Конгресс местных и региональных властей Европы). По правовому статусу Совет Европы является международной межправительственной региональной организацией и, таким образом, частью международно-правовой системы.

Представляется корректным мнение западноевропейских ученых Ф. Бенуа-Ромер и Г. Клебеса, которые считают, что «в отличие от права ЕС, право Совета Европы не является полноценной правовой системой, поскольку его нельзя считать независимым от международного права. Тем не менее, оно имеет целостность, в основе которой лежит учредительный документ Совета — его Устав» [8, с. 11].

В то же время украинский профессор Л. А. Луць считает, что Совет Европы имеет собственную правовую систему. В диссертации на соискание ученой степени доктора юридических наук она отмечает: «Правовая система Совета Европы имеет внутреннюю структуру, состоящую из устойчивого единства субъектов международного права, а также связей между ними, объективирующихся через поведение, деятельность субъектов, в большинстве случаев, в правовые отношения. Эти отношения являются, прежде всего, межгосударственными, властными. Однако эта структура была бы неполной, а система не функционировала бы, если бы в ней отсутствовала третья ее часть — нормативная, которая выполняет основную роль в возникновении связей между субъектами. Прежде всего, это касается права Совета Европы (совокупности юридических норм) и внешних форм его объективации» [9, с. 186–187] (Тезис 1. — *Авт.*).

Одновременно в докторской диссертации Л. А. Луць подчеркивается следующее: «...Нормативная часть правовой системы Совета Европы содержит как систему права, так и формы объективации норм права, которые ее составляют, но наряду с этим она функционирует в правовом пространстве где «пересекаются» как нормы международного права (универсального и регионального), так и внутригосударственного.

...Создавая международно-правовые нормы в рамках Совета Европы, государства согласовывают свои интересы, формулируют их в соответствии с основными принципами международного права. Чтобы соответствовать интересам большинства государств, нормы унифицируются, им предоставляется абстрактный, общий характер, определяющий особенности применения мер принуждения. Объективация таких норм в конвенциях и других международно-правовых договорах позволяет наиболее эффективно приобрести универсальный характер» [9, с. 187] (Тезис 2. — *Авт.*)

Но, по нашему мнению, первый тезис находится в противоречии со вторым, несмотря уже на наличие внутренних противоречий в каждом из них.

Следующее утверждение проф. Л. А. Луць, на наш взгляд, в большей части справедливо, но перечеркивает все предыдущие определения: «Система права Совета Европы является неотъемлемой частью международного права, которая образуется и функционирует на основании основных принципов и норм международного права. Первичными ее элементами являются нормы международного права, которые создаются в рамках задач Совета Европы. Система права включает и специфические нормы, определяющие внутреннюю организацию Совета Европы. Все нормы являются взаимосогласованными и распределены по отраслям и институтам, которые отвечают идентичным отраслям и институтам международного права, хотя их действие ограничивается задачами Совета Европы» [9, с. 187].

Отдельного внимания, здесь заслуживает утверждение «все нормы (права Совета Европы. — *Авт.*) являются взаимосогласованными и распределены по отраслям и институтам, которые отвечают идентичным отраслям и институтам международного права, хотя их действие ограничивается задачами Совета Европы». На наш взгляд, это далеко от истины. Ни один ученый еще не предложил полный и исчерпывающий перечень отраслей и институтов права Совета Европы (как, впрочем, отсутствует и единое мнение в отношении отраслей и институтов международного публичного права). Возможно, некоторые из них совпадают полностью или частично, но не являются идентичными.

Таким образом, научная позиция Л. А. Луць о наличии правовой системы Совета Европы не является достаточно убедительной, но она не лишена смысла.

Бесспорным является тот факт, что система права Совета Европы — неотъемлемая часть международного права, которая образуется и функционирует на основании основных принципов и норм международного права. Как уже было отмечено, правовая природа, правовой статус и многолетняя практика Совета Европы это подтверждают.

Система права Совета Европы включает в себя принципы, а также совокупность норм договорного права, институционального права и норм, содержащихся в юрисдикционных актах Европейского суда по правам человека.

Как уже было указано, любая система права построена на взаимодействии процедуры и материальной нормы, и система права Совета Европы не является исключением из этого правила.

Действительно, бытие права Совета Европы обеспечивается определенными процедурами его создания и реализации.

Процессуальное право Совета Европы состоит из совокупности принципов и норм, регулирующих создание, реализацию и осуществление контроля за выполнением материальных норм права Совета Европы, а также регулирующих процедурные вопросы деятельности уставных органов и специализированных учреждений Совета Европы. Особое место в системе процедурных (процессуальных) норма прав Совета Европы

занимают нормы, регулирующие деятельность ЕСПЧ, что подчеркивает некоторые особые свойства права Совета Европы в целом.

Возвращаясь к спорности понятия «правовая система Совета Европы», необходимо подчеркнуть, что юрисдикция Европейского суда по правам человека, хотя и распространяется на все государства — члены Совета Европы, ограничена сферой действия Конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г. Конвенция о защите прав человека и основных свобод открыта только для государств — членов Совета Европы. Начиная с 1989 г. присоединение к ЕКПЧ является обязательным условием для каждого государства-кандидата на членство в Совете Европы. Именно с этого события можно, по нашему мнению, начинать отсчет развития особых свойств права Совета Европы, отличных от международного права.

Важным и неотъемлемым элементом полноценной правовой системы является судебная практика. В институциональном механизме Совета Европы не создана единая система судебных органов. За все время деятельности организации были созданы два судебных учреждения, это — Административный трибунал Совета Европы и Европейский суд по правам человека, которой не имеет собственного Устава и функционирует в качестве контрольного механизма Конвенции о защите прав человека и основных свобод.

Но не стоит приуменьшать позиции ЕСПЧ. Именно благодаря его практике стандарты Совета Европы получили столь широкое распространение в Европе. Его обязательная юрисдикция, посредством которой обеспечивается соблюдение норм Конвенции о защите прав человека и основных свобод, выходит за рамки принципов добровольного исполнения международных обязательств и невмешательства во внутренние дела государства. Бесспорно, этот контрольный механизм имеет признаки наднациональности.

Влияние юрисдикционных актов ЕСПЧ на правовые системы государств — членов Совета Европы достигло непредсказуемых масштабов. Нормы Конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г. получили статус норм-принципов и достигли высокого уровня унификации в европейских государствах.

Здесь целесообразно отметить и критические замечания относительно системы Конвенция — Суд, чтобы объективно отразить действительную ситуацию, которая возникла в отношении имплементации постановлений ЕСПЧ.

Как отмечает Ф. Лич в докладе «Соединенное Королевство и Европейский суд по правам человека», «разные точки зрения и мнения высказываются, согласно которым Европейский суд по правам человека зашел слишком далеко в толковании Конвенции о защите прав человека и основных свобод. Порой эта критика базируется на том, что ЕСПЧ применяет отдельные положения Конвенции таким образом, который невозможно предсказать, исходя из оригинального текста Конвенции» [10, с. 91].

Джек Стро (Jack Straw) утверждает, что ЕСПЧ сам себя назначил Верховным судом для государств-участников и движется в те сферы, где нет и никогда не было никакого согласия и какого-либо соглашения государств. Он также утверждает, что некоторые из решений ЕСПЧ не учитывают исторические, культурные и другие различия между 47 государствами — членами Совета Европы. Также Ф. Лич в своей работе приводит мнение Джонатана Сампсона (Jonathan Sumption), который считает, что Страсбургский суд рассматривает Конвенцию не только как защиту от деспотизма государственной власти, но и как шаблон для большинства аспектов человеческой жизни [10, с. 91–92].

В ответ на эту критику можно привести следующие соображения.

Во-первых, консенсуса относительно уровня детализации Конвенции просто не существует.

Во-вторых, эволюционный принцип толкования Конвенции о защите прав человека и основных свобод, благодаря которому практика ЕСПЧ развилась до современных масштабов, не является уникальным в системе международного права. Этот принцип, в случае необходимости, применяется ко всем международным договорам.

Принцип «Конвенция — живой инструмент» является основной особенностью Страсбургского механизма. Эволюционный подход основан на понимании объекта и цели Конвенции, но отражает и роль ЕСПЧ в качестве международного суда по правам человека.

Бывший президент ЕСПЧ Жан-Поль Коста подчеркнул, что «Суд придерживался этого подхода на протяжении десятилетий. Дело в том, что с самого начала органы Конвенции ... пришли к мнению, что текст должен рассматриваться и применяться, в соответствии с адаптацией к изменениям, которые произошли с течением времени — к изменениям в обществе, в морали, в менталитете, в законах, в соответствии с технологическими инновациями и научно-техническим прогрессом. Конвенции шестьдесят лет: история за этот период ушла неумолимо вперед и эволюция была довольно значительной...» Франсуаз Тюлькенс, вице-президент ЕСПЧ, объясняет сам способ, в котором Конвенция была подготовлена, диктует необходимость такого подхода. «...Это в характере основных прав, что они могут быть применены только в процессе интерпретации, поскольку такие права не ограничены. Они также носят абстрактный характер и претворяются в конкретном контексте, в котором они применяются». Ян Эрик Хельгесен, первый вице-президент Венецианской комиссии, указывает, что «ЕСПЧ находится в совершенно другой позиции по сравнению с национальными судами. Там не будет развития стандартов Конвенции» [10, с. 99–100].

Таким образом, можно прийти к выводу о том, что наиболее значимой особенностью права Совета Европы, такой особенностью, которая выводит его за рамки международного публичного права и права международных организаций, является правозащитная система ЕСПЧ — ЕСПЧ. Подписание Конвенции в ближайшем будущем еще одной сторо-

ной — Европейским Союзом еще раз подчеркивает уникальность этой системы.

Нормы ЕКПЧ де факто являются нормами уставного (конституционного) характера для государств — членов Совета Европы. Ни один документ (будь то договор или акт институционального права Совета Европы) не может противоречить нормам ЕКПЧ *a priori*. Это единственный договор Совета Европы, который наряду с Уставом жестко привязан к членству в организации. По состоянию на 01.10.2012 г. сторонами Конвенции являются все 47 государств-членов, а это означает, что нормы ЕКПЧ со временем приобретают унифицированный характер в Европе. Подтверждением тому может служить анализ конституционных положений по защите прав человека и основных свобод практически всех европейских конституций [11]. Это означает, что нормы ЕКПЧ стали не только частью внутреннего законодательства государств — членов Совета Европы, но имеют высшую юридическую силу в рамках этого законодательства. А благодаря обязательной юридической силе решений и постановлений ЕСПЧ эти нормы становятся неотъемлемой частью национальной юридической практики и судебного процесса.

Таким образом, право Совета Европы не является полноценной и самостоятельной правовой системой, на данном этапе развития оно не отделимо от международно-правовой системы. Однако создание и действие норм наднационального характера в рамках правозащитного механизма Конвенция (ЕКПЧ) — Суд (ЕСПЧ) является его уникальной особенностью и дает основания для его выделения в особую подсистему международно-правовой системы.

#### Л и т е р а т у р а

1. Большой Российский энциклопедический словарь. — М.: БРЭ, 2003. — 1437 с.
2. Видеолекция доктора юридических наук, профессора Оборотова Ю. Н. Тема лекции: Система права [Электронный ресурс]. — Режим доступа: [http://onua.edu.ua/index.php?option=com\\_content&view=article&id=964%3A1&catid=121%3A2011-10-14-12-29-02&Itemid=379&lang=ru](http://onua.edu.ua/index.php?option=com_content&view=article&id=964%3A1&catid=121%3A2011-10-14-12-29-02&Itemid=379&lang=ru)
3. Общетеоретическая юриспруденция : учебный курс : учебник / под ред. Ю. Н. Оборотова. — О.: Юрид. л-ра, 2011. — 627 с.
4. Гаврилов В. В. Понятие и взаимодействие международной и национальной правовых систем : монография / В. В. Гаврилов. — Владивосток : Изд-во Дальневост. ун-та, 2005. — 216 с.
5. Теория государства и права : учеб. для юрид. вузов и фак. / под ред. В. М. Корельского и В. Д. Перевалова. — М.: Изд. группа НОРМА-ИНФА, 1998. — 570 с.
6. Программа по учебному курсу «Международное публичное право» / сост.: К. А. Бекяшев, Е. Г. Моисеев. — М., 2002; Международное публичное право : учебник / отв. ред. К. А. Бекяшев. — 4-е изд., перераб. и доп. — М.: ТК Велби: Проспект, 2005. — 784 с.
7. Буткевич В. Г. Международное право. Основы теории : учебник / В. Г. Буткевич, В. В. Мицик, А. В. Задорожний; под ред. В. Г. Буткевич. — К.: Лыбедь, 2002. — 608 с.

8. Флоренц Бенуа-Ромер. Право Ради Європи: прямуючи до загальноєвропейського правового простору / *Флоренц Бенуа-Ромер, Гайнріх Клебес*. — К. : КІС, 2007. — 252 с.
9. Луць Л. А. Європейські міждержавні правові системи: загальнотеоретична характеристика : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.01 / *Л. А. Луць*; НАН України, Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького. — К., 2005. — 448 с.
10. Donald A. The UK and the European Court of Human Rights / *Alice Donald, Jane Gordon and Philip Leach*; Human Rights and Social Justice Research Institute London Metropolitan University. — 2012. — 220 p.
11. Конституции государств Европы : в 3 т. / под общ. ред. и со вступ. ст. *Л. А. Окунькова*. — М. : НОРМА, 2001. — Т. 1. — 324 с.; Т. 2. — 840 с.; Т. 3. — 792 с.

#### А н н о т а ц и я

***Анцупова Т. А. Право Совета Европы: новая правовая система или подсистема международного права?* — Статья.**

В статье исследуется понятие «правовая система» по отношению к праву Совета Европы с международно-правовой точки зрения. Автором исследованы интерпретации понятия «правовая система» и «система права» в теории права и международном праве. Выявлены наднациональные черты права Совета Европы, что, по мнению автора, позволяет отделить право Совета Европы в особую подсистему международно-правовой системы.

*Ключевые слова:* система права, правовая система, международно-правовая система, право Совета Европы, Конвенция о защите прав человека и основных свобод, Европейский суд по правам человека.

#### А н о т а ц і я

***Анцупова Т. О. Право Ради Європи: нова правова система або підсистема міжнародного права?* — Стаття.**

У статті досліджується поняття «правова система» по відношенню до права Ради Європи з міжнародно-правової точки зору. Автором досліджено інтерпретації поняття «правова система» і «система права» в теорії права і міжнародному праві. Виявлено наднаціональні риси права Ради Європи, що, на думку автора, дозволяє відокремити право Ради Європи в особливу підсистему міжнародно-правової системи.

*Ключові слова:* система права, правова система, міжнародно-правова система, право Ради Європи, Конвенція щодо захисту прав людини і основоположних свобод, Європейський суд з прав людини.

#### S u m m a r y

***Antsupova T. Council of Europe Law: a new legal system or subsystem of international law?* — Article.**

In this article the term «legal system» was investigated in relation to the Council of Europe Law from the point of view of International Law. The author investigated the interpretation of the terms «legal system» and «system of law» in Theory of Law and International Law. The author identified the supranational characteristics of the Council of Europe Law, which separates the Council of Europe Law in special subsystem of the international legal system.

*Keywords:* system of law, the legal system, the international legal system, the Council of Europe Law, Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, the European Court of Human Rights.

---

УДК 341.231.14

*В. Д. Юрчишин*

**ПРАКТИКА ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ  
ЯК ДЖЕРЕЛО ПРАВА: КОЛІЗІЇ У НАЦІОНАЛЬНОМУ  
ЗАКОНОДАВСТВІ ТА ШЛЯХИ ЇХ ВИРІШЕННЯ**

Проблема формування джерел права у національній правовій системі вважається однією з найбільш гострих і дискусійних в юридичній науці. Питання про те, що слід вважати джерелом права, який вигляд повинна мати ієрархічна структура джерел права, мають важливе не тільки теоретичне, але й практичне значення, оскільки вони виступають свого роду орієнтиром, дороговказом для суб'єктів правозастосування в правовій системі в цілому.

З іншого боку, дослідження щодо джерел права, як відомо, не належать до числа обділених увагою у вітчизняній юридичній науці. Крім того, вона неодноразово і небезуспішно обговорювалась представниками юридичної науки. Проте більшість вітчизняних авторів у висвітленні джерел сучасного українського права обмежується здебільшого характеристикою (як правило, досить стислою, оскільки монографічних досліджень, присвячених цій проблемі, на пострадянському просторі після відомої книги С. Л. Зівса «Источники права», опублікованої на початку 80-х років минулого століття, не проводилось) традиційних джерел права — правового звичаю, судового прецеденту, нормативного договору та нормативного акта, наголошуючи при цьому, що останній є домінуючим джерелом сучасного права України (або навіть усіх правових систем світу) [6, с. 3].

З іншого боку, судова практика відіграє суттєву роль та в певних світових і національних правових системах виступає джерелом права. Зокрема, в державах англосаксонської правової системи судовий прецедент вважається джерелом права. Прецедент, будучи результатом діяльності органів вищої судової влади, є актом правотворчості та основним регулятором суспільних відносин (Канада — Верховний суд Канади;

США — Верховний суд США, Англія — Верховний суд Англії та Уельсу тощо) [3, с. 316].

На сьогоdnішній момент правова система України, перебуваючи у стані реформування, в окремих нормативно-правових актах визнає судову практику джерелом права. Зокрема, у зв'язку із прийняттям Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» від 23 лютого 2006 р. № 3477-IV, його практика на законодавчому рівні визнана джерелом права в Україні [13]. До того ж у ч. 2 ст. 8 та ч. 5 ст. 9 КПК України від 13.04.2012 р. зазначається, що принцип верховенства права у кримінальному провадженні та кримінальне процесуальне законодавство України застосовуються з урахуванням практики Європейського суду з прав людини [11].

Однак в жодному кодифікованому нормативно-правовому акті України судовий прецедент як результат діяльності національної судової системи не передбачається як джерело права. Лише узагальнення судової практики, які проводяться вищими спеціалізованими судами, є обов'язковими для судів нижчих ланок [5, с. 185].

У такому випадку, в національній правовій системі України склалася ситуація, за якої судовий прецедент як результат національної правотворчості офіційно джерелом права не визнається, а практика Європейського суду з прав людини на законодавчому рівні виступає джерелом права на підставі ст. 17 «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» від 23 лютого 2006 р. № 3477-IV, у відповідності до якої суди застосовують при розгляді справ Конвенцію та практику Суду як джерело права [13]. На наш погляд, на той час дана норма закону породила і залишає не вирішеною по сьогодні ряд правових колізій: чи означає це те, що у 2006 р. увесь масив рішень Суду набув в Україні якості обов'язкового джерела права, а судові органи відтоді несуть обов'язок застосовувати і тлумачити Конвенцію лише так, як це робить Суд в аналогічних справах, та про яку практику йдеться — лише про ту, що стосується України, чи усю практику Суду, а також про прецедентну (власне рішення у справах) чи усю практику (до якої належать адміністративні та процесуальні рішення)?

Таким чином, виникає необхідність у проведенні наукового дослідження щодо з'ясування місця рішень і практики Європейського суду з прав людини в національній правовій системі та системі джерел права України. Особливої актуальності дана наукова проблема набула у зв'язку із прийняттям Закону України «Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу» від 18 березня 2004 р.

Виходячи з цього, метою даної наукової статті є з'ясування місця рішень та практики Європейського суду з прав людини як в системі джерел права, так і правовій системі України зокрема.

Стан наукової розробки теми полягає в тому, що велике місце в юридичній науці відводиться власне загальним положенням прецедент-



ного права. Варті уваги праці К. В. Андріанова, П. П. Андрушка, Х. Бехруз, О. В. Буткевич, В. А. Ватраса, М. І. Козюбри, О. В. Соловійова та інших. Однак проблеми визнання практики чи рішень Європейського суду з прав людини джерелом права залишаються недостатньо дослідженими у юридичній науці.

Верховна Рада України 17 липня 1997 р. ратифікувала Конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. та її протоколи № 1, № 2, № 4, № 7, № 11. В Законі України «Про ратифікацію Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, Першого протоколу та протоколів № 2, 4, 7 та 11 до Конвенції» від 17 липня 1997 р. № 475/97-ВР зазначається, що Україна повністю визнає на своїй території дію ст. 46 Конвенції (щодо виконання остаточних рішень Європейського суду з прав людини в будь-якій справі, в якій вона є стороною) і без укладання спеціальної угоди — юрисдикцію цього суду в усіх питаннях, що стосуються тлумачення і застосування Конвенції [14].

Відтоді до національної правової системи України Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року увійшла як джерело права. Особливого значення для національного сімейного законодавства з часу ратифікації набув розділ 2 Конвенції «Європейський суд з прав людини», який, власне, і наділив його як функцією правозастосування, так і надав йому статусу органу правотворчості, тобто Суд набув повноважень творити право, а його рішення набули статусу джерел права. Зокрема, у ст. 32 Конвенції зазначається, що юрисдикція Суду поширюється на всі питання тлумачення і застосування Конвенції та протоколів до неї, подані йому на розгляд відповідно до ст. ст. 33, 34 і 47 та ст. 46, оскільки договірні Сторони зобов'язуються виконувати остаточні рішення Суду в будь-яких справах, у яких вони є сторонами. У такому випадку Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року вважається міжнародним договором та передбачає обов'язок України визнавати рішення Суду як джерела юридичного права та виконувати рішення, винесені проти нашої країни [8].

Однак жодних положень стосовно юридичної сили практики Суду, в тому числі і використання (застосування) її судами як джерела права, Конвенція не містить. Визнання Україною практики Суду як джерела права у правозастосовчій діяльності здійснено нею за власною ініціативою і поставило цілий ряд питань, на які дати однозначну відповідь вельми складно. По-перше, практика Суду, його правові позиції можуть відрізнитись, суперечити положенням національного законодавства, в тому числі і положенням Конституції України, а також правовим позиціям Конституційного Суду України [2, с. 18]. По-друге, від моменту ратифікації Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року існує ціла низка підзаконних актів, що передбачають конкретні повноваження державних органів та установ, які задіяні в процесі застосування практики та виконання рішень Суду як джерела націо-

нального права: Указ Президента України від 25 червня 2002 р. № 581 «Про деякі питання здійснення захисту прав та інтересів України під час урегулювання спорів, розгляду у закордонних юрисдикційних органах справ за участю іноземного суб'єкта та України», постанова Кабінету Міністрів України від 31 травня 2006 р. № 784 «Про заходи щодо реалізації Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини», наказ Міністерства юстиції України від 9 лютого 2007 р. № 44/5 «Про затвердження Положення про представника Урядового уповноваженого у справах Європейського суду з прав людини і регіональне відділення Секретаріату Урядового уповноваженого у справах Європейського суду з прав людини» та багато інших.

На сьогодні в юридичній науці існують різноманітні точки зору, котрі стосуються даної проблематики дослідження. Зокрема, К. Андріанов зазначає, що рішення Суду, в тому числі по справах, де держава виступає відповідачем, однозначно не є обов'язковими для національних правозастосовчих органів — безпосередньо в силу норм Конвенції як норм міжнародного права [1]. В свою чергу, В. П. Кононенко визнає обов'язковість рішень Суду для судів України, але не в якості джерела права, а джерела тлумачення [10, с. 134]. Заслужує на увагу позиція тих авторів (С. П. Головатий, А. О. Селіванов), що визнають, у різних варіаціях, обов'язковий характер правових позицій, сформульованих у рішеннях Суду, для вітчизняного правосуддя при вирішенні схожих справ [4, с. 28; 18, с. 3].

Однак більшість науковців наполягає на тому, що Суд лише тлумачить норми Конвенції, і на цій підставі рішення Суду треба визнавати прецедентами тлумачення [15, с. 8]. Зокрема, Д. М. Супрун зазначає, що в результаті здійснення тлумачення норм Конвенції самі норми набувають нового розуміння, що вказує на необхідність застосування державами — учасницями Конвенції її правових норм у відповідності зі змістом, що їм наданий Європейським судом з прав людини як аутентичним інтерпретатором [19, с. 15]. На думку Г. Куца, рішення Європейського суду з прав людини, на підставі якого застосовуються і тлумачаться норми конвенції, є формою прецедентного права, що «розширює» нормативний обсяг Конвенції, вбачаючи нові загальнообов'язкові положення [12, с. 23].

Більш чіткіше з приводу даної проблематики сформульована позиція С. Шевчука, який вказує на те, що Суд від самого моменту створення стоїть на позиції доктрини судового прецеденту, посилаючись на попередню прецедентну практику у своїх рішеннях, оскільки ця доктрина є надійним інструментом захисту прав людини безпосередньо на основі Конвенції. Власне, прецедентом вважається принцип (*ratio decidendi*), який сформулював Суд і відповідно до якого вирішено справу. На відміну від континентальної правової системи, де основним джерелом права вважався закон, а судді вирішували справи, застосовуючи факти

до норм, судді в країнах загального права застосовували факти до принципу, який вони формулювали при винесенні рішення. Структурно в цей принцип входять норми статутного права, попередні прецеденти, логічне розмірковування суддів, цитати з доктринальних джерел тощо. Те, що надає цьому принципіві обов'язкового характеру, є його застосування Судом при вирішенні інших справ; інакше він не є прецедентом. Не можна вважати, що судовий прецедент міститься в резолютивній частині рішення, оскільки він є одним із засобів мотивування ухваленого рішення, тобто він входить у мотивувальну частину [21, с. 226]. Існує точка зору, відповідно до якої рішення Суду є прецедентами не в розумінні англійської доктрини, а як своєрідний технічний прийом для спрощення розгляду аналогічних справ [9, с. 13]. Крім того, інші науковці вказують на те, що немає необхідності розвивати суперечку із приводу визнання практики Суду взагалі яким-небудь джерелом, оскільки, якщо законодавство України в широкому розумінні цього терміна буде приведене у відповідність із Конвенцією й практикою діяльності Суду, то необхідності в прямому посиланні на норми Конвенції не повинно бути [20, с. 38].

При цьому жодна з наведених наукових позицій не є до кінця переконливою для того, щоб стверджувати, що з наукової точки зору практика Європейського суду з прав людини не може вважатися обов'язковим джерелом права для національної правової системи. Прийняття спеціального закону в Україні, що визнає практику Європейського суду з прав людини джерелом права, поки що не спричинило досить суттєвого застосування цієї практики національними правозастосовчими органами. Однак держави, які приєдналися до Конвенції про захист прав і основних свобод людини, визнавши обов'язковість рішень Європейського суду з прав людини, так чи інакше повинні сприйняти його практику та на законодавчому рівні врегулювати питання, пов'язані з формою права, у якій вони впроваджуються в їх правові системи.

В судовій практиці України відомі випадки, коли українські суди посилалися на практику Суду як на джерело права при винесенні рішень. Так, судова колегія Миколаївського апеляційного суду вперше в Україні при розгляді касаційної скарги у цивільній справі керувалася положеннями ст. 10 Конвенції та рішенням Європейського суду з прав людини у справі Лінгенс проти Австрії. Конституційний Суд України вперше посилається на рішення Європейського суду з прав людини у справі про смертну кару [16]. Але у мотивувальній частині рішення про заощадження громадян від 10 жовтня 2001 р. прецедентне право застосовується у традиційній формі — Конституційний Суд посилається на конкретне рішення Європейського суду з прав людини — «Джеймс та інші проти Сполученого Королівства» від 21 лютого 1986 року [17]. До того ж у 2004 р. ВСУ, ґрунтуючись безпосередньо на принципі верховенства права, зобов'язав ЦВК призначити повторне голосування по виборах Президента України, яке безпосередньо не було передбачене За-

коном України «Про вибори Президента України». Дотепер в опублікованих рішеннях судів України з виборчих спорів міститься лише одне рішення (апеляційного суду Миколаївської області від 8 січня 2002 року), для обґрунтування якого було використано рішення Суду за справою Матьє Моан і Клерво проти Бельгії, винесене у 1987 р. [7, с. 84].

У цьому контексті цікаво звернутися до практики інших держав. Загалом сьогодні рішення Суду становлять принаймні доктринальне джерело для більшості країн Ради Європи. Більше того, зважаючи на авторитетність рішень Суду, вони все частіше стають основою для прийняття рішень іншими судовими інстанціями, і навіть судами країн — не членів Ради Європи. Так, непоодинокі випадки звернення до рішень Суду, зокрема Федеральним судом США для мотивації своїх рішень [4, с. 14].

Отже, у пошуках правових рішень національними судами практика та рішення Європейського суду з прав людини можуть виявитися надзвичайно корисними, більше того, незамінними. Це зовсім не означає, що суди України при вирішенні тих чи інших конкретних справ мають обмежуватися посиланнями на рішення Європейського суду. Адже вони існують у єдності з положеннями самої Конвенції, а останні в свою чергу мають використовуватися в системному зв'язку із загальними принципами права та положеннями Конституції України.

**Висновки і перспектива подальших розробок.** Підсумовуючи викладене, можна припустити, що відмова від використання практики Суду національними судами країн — учасниць Конвенції може послужити тому, що розгляд справ у цих судах щодо порушених прав і свобод людини не буде відповідати практиці Суду. А це, у свою чергу, може в подальшому збільшити кількість рішень Суду, винесених проти цих конкретних держав, а відтак — і обсяги виплат призначених компенсацій. Цим підкреслюється необхідність приведення у відповідність до Конвенції та практики Суду не тільки національного законодавства. Тому питання про прецедентний характер рішень Суду в державах — учасницях Конвенції повинне розглядатися з урахуванням поширення й зростаючої ролі прецедентів Суду як одного з джерел права на європейському правовому просторі, зокрема й у країнах, що належать або тяжіють до романо-германської правової сім'ї [15, с. 11].

При цьому практику Європейського суду з прав людини слід розглядати як джерело права для національної правової системи та за юридичною силою слід розмістити одразу після міжнародних договорів, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України.

Впровадження практики Європейського суду з прав людини в національну правову систему надасть змогу посилити уже сформований механізм захисту прав та охоронюваних законом інтересів міжнародними стандартами та нормативами. Тим більше, що визнання рішень Європейського суду з прав людини джерелом права є невідворотним проце-

сом адаптації національного законодавства України до законодавства ЄС у вигляді видання законодавчих нормативних актів, які ґрунтувалися б на відповідних нормах права ЄС. До того ж ми підтримуємо позицію О. В. Соловійова з приводу того, що надзвичайно актуальним завданням слід вважати розробку та прийняття Пленумом Верховного Суду України спеціальної постанови, яка була би присвячена проблематиці застосування та врахування рішень Суду у національному праві. У такій постанові слід сформулювати своєрідний національний стандарт усталеної практики Суду, застосування якої забезпечуватиметься процесуальними повноваженнями й авторитетом вищого українського суду. А це опосередковано сприятиме виконанню Україною її міжнародних зобов'язань за Конвенцією і зменшуватиме вірогідність визнання рішень українських судів такими, що порушують ці міжнародні зобов'язання.

### Л і т е р а т у р а

1. Андрианов К. В. Роль контрольного механізму Конвенції про захист прав і основних свобод людини в процесі реалізації її норм : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / К. В. Андрианов ; Київ. нац. ун-т ім. Тараса Шевченка. — К., 2003. — 18 с.
2. Андрушко П. П. Джерела кримінального права України: поняття, види / П. П. Андрушко // Адвокат. — 2011. — № 6. — С. 10–22.
3. Бехруз Х. Порівняльне правознавство : підручник / Х. Бехруз. — О. : Фенікс, 2009. — 464 с.
4. Буткевич О. В. Рішення Європейського суду з прав людини в українській правозастосовній практиці / О. В. Буткевич // Європейський суд з прав людини. Судова практика / за заг. ред. В. Г. Буткевича. — К. : Ред. журн. «Право України», 2011. — Дод. до журн. «Право України». Вип. 1, ч. 3: Стаття 3 ЄКПЛ. Заборона катувань: у 3 ч. — С. 5–28.
5. Ватрас В. А. Визнання практики Європейського суду з прав людини джерелом сімейного права / В. А. Ватрас // Міжнародне приватне право: розвиток і гармонізація. — 2011. — № 10. — С. 185–187.
6. Козюбра М. І. Тенденції розвитку джерел права України в контексті європейських правоінтеграційних процесів / М. І. Козюбра // Наукові записки. Національний університет «Києво-Могилянська академія». Сер.: Юридичні науки. — 2004. — Т. 26. — С. 3–9.
7. Колесниченко В. М. Значення для судів України рішень Європейського суду з прав людини за результатами розгляду виборчих спорів / В. М. Колесниченко // Судова апеляція. — 2009. — № 2. — С. 82–89.
8. Конвенція про захист прав людини та основоположних свобод від 04.11.1950 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995\\_004](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_004)
9. Кононенко В. П. Звичаєва природа прецедентного характеру рішень Європейського суду з прав людини : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.11 / В. П. Кононенко. — К., 2009. — 19 с.
10. Кононенко В. П. Рішення Європейського суду з прав людини як прецедент тлумачення Конвенції про захист прав людини та основних свобод / В. П. Кононенко // Право України. — 2008. — № 3. — С. 131–134.
11. Кримінально-процесуальний кодекс України від 13 квітня 2012 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/4651%D0%B0-17>

12. Куц Г. Застосування норм Європейської конвенції та прецедентної практики Європейського суду з прав людини судами України / Г. Куц // Право України. — 2002. — № 2. — С. 18–23.
13. Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини : Закон України від 23 лют. 2006 р. № 3477-IV [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/3477-15>
14. Про ратифікацію Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, Першого протоколу та протоколів № 2, 4, 7 та 11 до Конвенції : Закон України від 17 лип. 1997 р. № 475/97-ВР 7 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/475/97-%D0%B2%D1%80>
15. Протасова В. Є. Рішення Європейського суду з прав людини в правових системах України і Російської Федерації: порівняльно-правовий аналіз / В. Є. Протасова, К. Мандрікова // Вісник Харківського національного університету внутрішніх справ. — 2010. — № 3. — С. 6–11.
16. Рішення Конституційного Суду України у справі № 1-33/99 за конституційним поданням 51 народного депутата України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статей 24, 58, 59, 60, 93, 190-1 Кримінального кодексу України в частині, що передбачає смертну кару як вид покарання (справа про смертну кару) від 29.12.1999 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v011p710-99>
17. Рішення Конституційного Суду України у справі № 1-23/2001 за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статей 7, 8 Закону України «Про державні гарантії відновлення заощаджень громадян України», за конституційним зверненням Воробйова В. Ю., Лосева С. В. та інших громадян щодо офіційного тлумачення положень статей 22, 41, 64 Конституції України (справа про заощадження громадян) від 10.10.2001 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v013p710-01>
18. Соловійов О. В. До питання про національно-юридичний статус практики Європейського суду з прав людини / О. В. Соловійов // Часопис Академії адвокатури України. — 2010. — № 6. — С. 1–9.
19. Супрун Д. М. Організаційно-правові засади та юрисдикційні основи діяльності Європейського суду з прав людини : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.11 / Д. М. Супрун. — К., 2002. — 23 с.
20. Фурса С. Я. Науково-практичний коментар до Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» / С. Я. Фурса, Є. І. Фурса. — К. : Вид. Фурса С. Я., 2007. — 52 с.
21. Шевчук С. Європейська конвенція про захист прав людини та основних свобод: практика застосування та принципи тлумачення у контексті сучасного українського праворозуміння / С. Шевчук // Практика Європейського суду з прав людини. Рішення. Коментарі. — 1999. — № 2. — С. 221–238.

#### А н о т а ц і я

**Юрчишин В. Д. Практика Європейського суду з прав людини як джерело права: колізії у національному законодавстві та шляхи їх вирішення.** — Стаття.

Стаття присвячена розгляду теоретичних та практичних аспектів щодо визнання практики Європейського суду з прав людини джерелом права у національному законодавстві. Вказано на колізійний характер норм національного законодавства та запропоновані шляхи вирішення вказаних проблем у науковій сфері, правотворчій та правозастосовній діяльності.

*Ключові слова:* Європейський суд з прав людини, Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод, рішення Європейського суду з прав людини.

---

**А н н о т а ц и я**

**Юрчишин В. Д.** Практика Европейского суда по правам человека как источник права: коллизии в национальном законодательстве и пути их разрешения. — Статья.

Статья посвящена рассмотрению теоретических и практических аспектов относительно признания практики Европейского суда по правам человека источником права в национальном законодательстве. Указано на коллизионный характер норм национально-го законодательства и предложены пути разрешения указанных проблем в научной сфере, правотворческой и правоприменительной деятельности.

*Ключевые слова:* Европейский суд по правам человека, Конвенция о защите прав человека и основных свобод, решения Европейского суда по правам человека.

**S u m m a r y**

**Yurchyshyn V. D.** The practice of the European Court of Human Rights as a source of law: conflict in national law and their solutions. — Article.

The article deals the theoretical and practical aspects of definition practice of the European Court of Human Rights source of law in national legislation. In article is shown nature of conflict with national law and given the ways how to solve these problems in the scientific area, legislation and enforcement activity.

*Keywords:* The European Court of Human Rights, the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Solutions of the European Court of Human Rights.

УДК 347.96/99(477).001.76

*В. В. Долежан*

## ЮРИСДИКЦІЙНА ДІЯЛЬНІСТЬ ВИЩОЇ РАДИ ЮСТИЦІЇ ТА ШЛЯХИ ЇЇ УДОСКОНАЛЕННЯ

Юрисдикційна діяльність державного органу у контексті, що розглядається, являє собою встановлену законом сукупність повноважень розглядати та вирішувати правові спори і справи про правопорушення, давати правову оцінку діям суб'єктів права з точки зору їх правомірності чи неправомірності, застосовувати санкції до правопорушників [1, с. 490]. Юрисдикцією наділено як судові, так і квазісудові органи, одним з яких є Вища рада юстиції, яка діє в Україні на підставі ст. 131 Конституції України.

До числа юрисдикційних повноважень Ради (надалі вживатимемо це скорочення) відноситься розгляд питань щодо:

— внесення подань про звільнення суддів судів загальної юрисдикції за матеріалами дисциплінарного провадження, проведеного Вищою кваліфікаційною комісією суддів України;

— здійснення дисциплінарного провадження стосовно суддів Верховного Суду України і суддів вищих спеціалізованих судів;

— прийняття рішень щодо порушення суддями і прокурорами вимог щодо несумісності;

— розгляд скарг на рішення про притягнення до дисциплінарної відповідальності суддів апеляційних та місцевих судів, а також прокурорів.

За результатами розгляду цих питань приймаються відповідні акти юрисдикційного характеру.

Хоча розгляд Радою юрисдикційних питань здійснюється не на підставі норм судово-процесуального законодавства, а за власною процедурою, він повинен відповідати певним принципам демократичного судочинства: верховенства права, законності, справедливості, неупередженості, змагальності тощо. Ці принципи доцільно викласти безпосередньо в Законі України «Про Вищу раду юстиції» [2] (надалі вживати-



мемо термін «Закон»). Суддям, поведінка яких є предметом розгляду Радою, мають бути надані всі можливості для забезпечення своїх прав та законних інтересів, чому певною мірою сприяє колегіальний порядок провадження. При цьому, однак, Закон має містити норми, спрямовані на запобігання зловживанням зацікавленими особами своїми процедурними правами і можливостями.

Президент України В. Янукович у виступі на X з'їзді суддів України підкреслив, що «Вища рада юстиції не повинна бути каральним органом і використовуватися будь-ким для розправи з неслухняними суддями» [3, с. 5]. Водночас практика останніх двох років свідчить про те, що в діяльності Ради проявляється тенденція до підвищення принципості оцінки діянь окремих суддів, які своєю поведінкою підривають авторитет судової влади, створюючи цим додаткове джерело соціальної напруги. Спрацьовує механізм самоочищення судової системи від людей, негативні якості яких не дозволяють вважати їх повноцінними професіоналами у сфері судочинства [4, с. 207]. Було б дивно, якби це подобалося всім. Деякі політики і навіть судді досить високого рангу висловлюють не просто критичні зауваження, а огульні обвинувачення на адресу Ради, більшості її членів у перетворенні цього органу на знаряддя неправомірного впливу на судову владу, підриви незалежності суддів на догоду політичним інтересам і навіть перетворення Ради на поліцейський орган.

Водночас слід визнати, що певні недоліки в юрисдикційній діяльності, які властиві як Вищій кваліфікаційній комісії суддів, так і самій Раді, обумовлені не досить чіткими критеріями діянь, що стають предметом розгляду. Не всі процедурні питання вирішені в Законі та Регламенті Ради достатньо чітко. Це пов'язано з тим, що зміни, які останнім часом вносилися до Закону, не носили системного характеру, а переважно були пов'язані з розглядом різних рекомендацій європейських структур, які вважалися першочерговими для розгляду законодавцем.

Як з теоретичних, так і з практичних позицій є важливим чітко кваліфікувати порушення закону з боку суддів, які є підставою для застосування до них відповідних юридичних, санкцій.

Харківський науковець І. В. Назаров, автор монографії, присвяченої організації та діяльності Ради, свого часу відніс до її дисциплінарних повноважень не лише накладення дисциплінарних стягнень в буквальному їх розумінні, але й внесення подань про звільнення суддів за серйозні порушення професійних обов'язків, а також заборон на сумісництво роботи суддею з іншими видами діяльності. За такого підходу звільнення судді мало б розглядатися не як особливий вид відповідальності, а як найсуворіший прояв дисциплінарної відповідальності, як це, до речі, передбачено нормами законодавства про працю [5, с. 121]. Такої думки дійшла і Венеціанська комісія, яка у Висновку від 20 березня 2007 р. щодо законопроектів про судоустрій і про статус суддів в Україні (пункт 45) записала: «З тим, щоб додержати принципу про-

порційності, звільнення має бути можливим лише у найсерйозніших *дисциплінарних справах* та у випадках повторних порушень» [6] (виділено мною. — В. Д.).

Окремою підставою для внесення Радою подання про звільнення судді є порушення ним суддівської присяги. Таке звільнення, як і звільнення за порушення вимог щодо несумісності, є різновидом конституційної відповідальності (ч. 5 ст. 126 Конституції України).

Втім, на нашу думку, конституційний характер звільнення судді за порушення присяги не є свідченням того, що таке звільнення втрачає характер дисциплінарного стягнення, оскільки і в тому, і в другому випадку застосована санкція є наслідком найсерйознішого порушення суддею професійних обов'язків, яке підриває основи конституційного ладу.

Стаття 55 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» [7], по суті, містить найважливіші обов'язки судді, який урочисто присягає об'єктивно, безсторонньо, неупереджено, незалежно та справедливо здійснювати правосуддя, підкоряючись лише закону та керуючись принципом верховенства права, чесно і сумлінно виконувати обов'язки судді, дотримуватись морально-етичних принципів поведінки судді, не вчиняти дій, що порочать звання судді та принижують авторитет судової влади.

Отже виходячи зі змісту присяги, її порушення має вважатися не об'єктивне, несправедливе, упереджене здійснення судочинства з порушенням принципу верховенства права і під стороннім впливом всупереч приписам закону, вчинення дій, які порушують морально-етичні принципи. Цього в принципі було б досить для належної оцінки поведінки того чи іншого судді. Проте законодавець пішов по іншому шляху, зосередивши перелік порушень присяги у ч. 2 ст. 32 Закону. Вони сформульовані так, що відкривають досить широкі межі для розсуду членів Ради як юрисдикційного органу, покладаючись на правильне розуміння ними закону і норм професійної етики.

Важко погодитись із зазначеним пунктом Висновку Венеціанської комісії про те, що «немає потреби негайно виганяти суддю ... за незначне порушення присяги». При цьому сам по собі вираз «виганяти суддю» побутово-жаргонним. **Незначних порушень присяги не буває.** Бувають порівняно незначні порушення професійних обов'язків, які через це не можуть розцінюватись як порушення присяги і за вчинення яких можна обмежитись застосуванням іншого дисциплінарного стягнення.

На наш погляд, в Законі норми, які стосуються притягнення суддів до відповідальності за порушення присяги, необхідно зосередити у главі 4 «Дисциплінарне провадження щодо суддів Верховного Суду України і вищих спеціалізованих судів». Що ж стосується підстав застосування цієї санкції (ч. 2 ст. 32 зазначеного Закону), то слід мати на увазі, що питання про відповідальність суддів за порушення присяги часто стають також предметом розгляду Вищої кваліфікаційної комісії суддів України (ВККСУ), яка може «...за наслідками дисциплінарного

провадження прийняти рішення про направлення рекомендації до Вищої ради юстиції для вирішення питання щодо внесення подання про звільнення судді з посади за наявності для цього підстав», насамперед, при виявленні ознак порушення присяги.

Оскільки підстави для звільнення судді за порушення присяги є однаковими для усіх суддів України незалежно від рівня судів, в яких вони працюють, є доцільним перенести норму, в якій містяться ці підстави, до глави 1 розділу VI Закону України «Про судоустрій і статус суддів».

Водночас викликає серйозні сумніви зміст ч. 3 ст. 32 Закону щодо ознак порушень присяги суддею, який обіймає адміністративну посаду в суді. Ним визнається «невиконання посадових обов'язків, встановлених для відповідної адміністративної посади, пов'язаних з процесуальними діями».

Рішенням Конституційного Суду України № 5рп від 16 червня 2011 р. (п. 3.4) ця норма визнана такою, що відповідає Конституції України. Як зазначено у рішенні Суду, «обов'язки судді, який обіймає адміністративну посаду в суді, що пов'язані з процесуальними діями, встановлені законом. Виконання таких обов'язків безпосередньо пов'язано із здійсненням судочинства та є його невід'ємною складовою» [8].

Висловимо власну, можливо, в чому і спірну думку щодо цього рішення. На жаль, воно само по собі вимагає тлумачення, що взагалі не є властивим для конституційно-юрисдикційних актів, які мають бути зразком науково-юридичного тлумачення. Залишилося незрозумілим, які ж адміністративні тобто управлінські обов'язки, безпосередньо пов'язані із здійсненням правосуддя, виконує голова суду або його заступник. Очевидно все-таки у Законі йдеться про посадові обов'язки керівника суду, які він виконує саме як суддя, а не особа, наділена адміністративними повноваженнями. Ця особа не має права вчиняти жодних процесуальних дій по справах, які перебувають у провадженні інших суддів, зокрема, втручатися у функціонування автоматизованої системи розподілу справ. Саме по собі порушення «табу» з цих питань і мало б насамперед служити підставою для звільнення з адміністративної посади і водночас з посади судді.

Та обставина, що зазначена вище норма не визнана Конституційним Судом такою, що суперечить Конституції, аж ніяк не виключає можливості її удосконалення шляхом конкретизації.

Відтак згадану норму краще сформулювати у такій редакції: «Порушенням присяги судді, що обіймає адміністративну посаду в суді, є також порушення принципу незалежності суддів шляхом його втручання у розподіл чи у розгляд судових справ».

Звичайно, голова суду або його заступник можуть бути звільнені і в разі нездатності виконувати управлінсько-організаційні обов'язки, проте не як за порушення присяги. Передбачати в законі перелік відповідних підстав для звільнення недоцільно та й неможливо.

Як порушення суддею присяги розцінюється також недотримання ним вимог та обмежень, встановлених Законом України «Про засади запобігання і протидії корупції» [9]. Це більш ніж вагома підстава для звільнення такого судді з посади з ініціативи Ради.

Проте у зв'язку з цим виникла ще одна проблема. Зазначеним Законом професійні судді, як і народні засідателі та присяжні, визнані суб'єктами відповідальності за корупційні правопорушення (п. «д» ч. 1 ст. 1).

Відтак немає жодних перешкод для притягнення їх до адміністративної відповідальності за статтями 172-2—172-9 Кодексу України про адміністративні правопорушення (КУпАП) на підставі протоколу, складеного прокурором або уповноваженою ним особою, з наступним розглядом його відповідним місцевим судом. Проте застосування цієї процедури до діючих суддів і навіть спроба її застосування може поставити під загрозу принцип суддівської незалежності. Відтак не варто допускати паралельного розгляду цих питань різними органами. Доцільно зробити застереження в КУпАП щодо можливості притягнення до адміністративної відповідальності за корупційне правопорушення лише колишнього судді, усунутого з суддівської посади за порушення присяги.

При вирішенні Радою питань щодо неможливості поєднання суддівства з іншими видами діяльності слід враховувати, що такий прояв несумісності, як порушення заборони займатися іншою оплачуваною або підприємницькою діяльністю «...безпосередньо або через інших осіб», одночасно є серйозним корупційним правопорушенням, встановлення якого має тягнути адекватні заходи реагування. Проте така адекватність відсутня. Судячи зі змісту ст. 35 Закону, «...рішення про несумісність є обов'язковим для негайного виконання суддею або підставою для внесення подання про звільнення судді з посади». На думку академіка С. В. Ківалова, резонно виникає питання: «...до чого можна зобов'язати несумлінного суддю? Невже відмовитись від бізнесу або від членства у політичній партії, яке він раніше приховував? Навряд чи варто позбавляти його цих «принад життя» — нехай продовжує в тому ж дусі. Але потрібні термінові заходи для того, щоб звільнити його від посади судді. Тому альтернативне вирішення цього питання у ч. 2 ст. 35 Закону про ВРЮ слід виключити» [10, с. 255].

Ця пропозиція заслуговує на підтримку, тим більше, що йдеться не лише про дисциплінарну, але й про конституційну відповідальність (п. 4 ч. 5 ст. 126 Основного Закону), причому у зазначеній нормі Конституції не передбачено жодних альтернатив для застосування цієї санкції, окрім звільнення судді з посади.

Питання, що стосуються дисциплінарної відповідальності суддів у вузькому розумінні, Рада вирішує як при здійсненні дисциплінарного провадження щодо суддів вищих судів і Верховного Суду України, так і при розгляді скарг на рішення з цих питань, ухвалених ВККСУ.

При цьому ч. 1 ст. 37 Закону не зазнала змін. Рада мусить виходити з підстав, передбачених у п. 5 ч. 5 ст. 126 Конституції України (порушен-

ня присяги) та Законом України «Про статус суддів», який, як відомо, втратив чинність у зв'язку з прийняттям Закону України «Про судоустрій і статус суддів». Цю недоречність необхідно усунути і керуватися підставами, названими у ст. 83 чинного Закону.

У документах європейських структур конкретні рекомендації з цього приводу здебільшого відсутні, і цю позицію можна зрозуміти, враховуючи різноманітність характеру порушень судьями професійних обов'язків. За будь-яких умов перелік, що міститься у ст. 83 Закону про судоустрій і статус суддів, не може охоплювати всього спектра цих порушень, а значить, чимало істотних порушень не зустрінуть відповідного реагування. У п. 63 Висновку консультативної Ради європейських суддів № 10 2007 року [11] відзначено, що «суддя, який нехтує розглядом справ через ледарство або який є повністю некомпетентний при їх вирішенні, повинен притягуватися до дисциплінарної відповідальності», тобто підставою такої відповідальності вважається **некомпетентність** судді. Така некомпетентність у сучасних умовах — це триваючий процес, який поглиблюється, коли суддя нехтує вдосконаленням свого професійного рівня, не враховує змін до законодавства, не цікавиться практикою судів України та Європейського суду з прав людини тощо. В результаті — низькі показники стабільності судових рішень з усіма негативними наслідками для учасників процесу і стану судочинства загалом. Врешті-решт, робітник на виробництві за виготовлення браку, та ще й систематично, притягується до дисциплінарної, матеріальної відповідальності, позбавляється премії тощо, зрештою звільняється. В принципі це має стосуватися і судді.

Вважаємо за потрібне доповнити перелік, що міститься у ст. 83 Закону «Про судоустрій і статус суддів», такою підставою: «помилки при застосуванні законодавства при розгляді справ через низький рівень професійної кваліфікації».

Проблемним слід також визнати питання щодо переліку можливих дисциплінарних стягнень. Власне такий перелік відсутній, оскільки відповідно до ч. 1 ст. 88 передбачено лише накладення на суддю догани, якщо не вважати таким стягненням звільнення з посади. Іншою крайністю є перелік, запропонований зазначеною вище Рекомендацією Комітету міністрів Ради Європи щодо незалежності, ефективності і ролі суддів. В ній пропонується така палітра стягнень: а) усунення судді від провадження у справі; б) доручення судді виконання інших завдань у межах суду; в) штрафні санкції, як, наприклад, зменшення розміру винагороди протягом якогось періоду часу; д) тимчасове зупинення суддівських функцій.

Думається, що застосування таких санкцій до судді, попри те, що вони рекомендовані авторитетним органом європейського суддівського співтовариства, є неприйнятним, оскільки вони значною мірою принижують гідність судді. Які ще завдання, крім суддівських, можна покласти на суддю в порядку дисциплінарного стягнення? Перевести в помічники

до іншого судді або в судові розпорядники, чи що? До того ж авторитет судді буде остаточно зруйнований, якщо відомості про такі заходи набудуть розголосу. Подібні імпровізації для демократичної судової системи України в принципі є неприпустимими.

Потрібно відшукати інше рішення. У практиці розгляду дисциплінарних справ, особливо колишніми кваліфікаційними комісіями суддів, часто виносились рішення типу: «порушення були, але порівняно незначні, а тому можна обмежитись обговоренням». Інколи для таких висновків дійсно були підстави, але здебільшого це було проявом надто ліберального ставлення до порушників. Для останніх важливо, щоб такі виховні заходи не фіксувалися в «послужному списку» і не впливали істотно на подальшу суддівську кар'єру. Звичайно, оцінка серйозності порушення — це прерогатива органу дисциплінарної юрисдикції. Проте якщо воно мало місце, йому за результатами дисциплінарного провадження має бути надана офіційна оцінка. Відтак за подібні порушення, особливо вчинені уперше, можна було б застосовувати таке «первинне» стягнення, як **попередження**, закріпивши його в законі.

У низці статей Закону, присвячених розгляду різних за характером юрисдикційних справ (32, 32-1, ч. 4, ст. 42, 46), містяться близькі за змістом норми щодо наслідків неучасті судді у розгляді його справи. Так, відповідно до ч. 4 ст. 42, «вирішуючи питання про дисциплінарну відповідальність судді, Рада повинна вислухати його пояснення. У разі неможливості взяти участь в засіданні Ради з поважних причин суддя може надати по суті порушених питань письмові пояснення, які долучаються до матеріалів справи. Письмові пояснення виголошуються на засіданні в обов'язковому порядку. Повторне нез'явлення такого судді є підставою для розгляду справи за його відсутності».

Виникає питання, якщо суддя відсутній на засіданні з поважних причин, наприклад через перебування в лікарні, то чи не слід відкласти розгляд справи, а письмові пояснення виголосити у разі повторного нез'явлення. При цьому важко погодитися з можливістю розгляду справи у разі повторного нез'явлення незалежно від поважності причин, особливо тоді, коли суддя заздалегідь про це повідомив і причини дійсно є поважними. Варто відзначити, що відповідно до п. 14 ч. 1 глави 2 розділу 1 Регламенту Вищої ради юстиції [12] «повторна неявка без поважних причин судді, стосовно якого вирішуватиметься питання щодо здійснення дня дисциплінарного провадження, провадження щодо несумісності або звільнення за особливих обставин чи з адміністративної посади є підставою для розгляду такого питання за відсутності судді». Отже, в підзаконному акті, яким є Регламент, права судді на забезпечення неупередженого вирішення його справи викладені повніше і чіткіше, ніж у тексті закону, що навряд чи є прийнятним.

Відтак у зазначеній нормі в її різних варіаціях при розгляді справ юрисдикційного характеру щодо суддів слід передбачити такі положення:

— про призначення справи до розгляду за участю судді йому має бути повідомлено не менше як за десять днів до розгляду;

— судді має бути надана можливість ознайомитися з усіма матеріалами перевірки щодо нього і постановою про порушення дисциплінарного провадження;

— суддя має право подати по суті порушених питань письмові пояснення, які долучаються до матеріалів справи;

— справа може бути заслухана у відсутності судді лише у разі його письмової згоди, а в іншому випадку розгляд справи відкладається;

— при повторному нез'явленні судді без поважних причин справа може бути розглянута за його відсутності з оголошенням письмових пояснень судді, якщо такі надано.

Потребує уваги питання про доцільність покладення на Раду розгляду питань, які стосуються прокурорів: встановлення з їх боку порушень вимог щодо несумісності служби в прокуратурі з іншими видами діяльності (п. 2 ч. 1 ст. 131 Конституції України) і розгляду скарг на притягнення до дисциплінарної відповідальності (п. 3 ч. 1 цієї статті).

«Чи є необхідність встановлення прокурорами вимог несумісності рішенням Вищої ради юстиції, — запитував М. В. Косюта, — якщо це може зробити прокурор вищого рівня шляхом елементарної службової перевірки» [13, с. 221]. З характеру запитання впливає і відповідь на нього. Так само без зайвих формальностей керівник прокуратури вищого рівня або навіть вища за посадою особа в конкретній прокуратурі може встановити факт порушення підлеглим вимог щодо несумісності, вживши у разі потреби відповідних заходів.

У сучасних умовах переглядати практику розгляду цих питань ВРЮ неможливо, оскільки вона заснована на положеннях чинної Конституції України. Остаточне вирішення цього питання залежатиме від того, яку модель організаційної побудови прокуратури буде закріплено у новій чи оновленій Конституції України в результаті розпочатої конституційної реформи.

Якщо прокурорська система залишиться єдиною і централізованою, то факт несумісності можна буде розглядати як достатньо серйозний, хоча і банальний дисциплінарний проступок, за який винуватця слід притягнути до відповідальності відповідно до Дисциплінарного статуту. Втручання у ці процеси Вищої ради юстиції буде зайвим, оскільки це суперечить її основному призначенню — участі у формуванні суддівського корпусу. Що ж стосується скарг прокурорів на дисциплінарні стягнення, то можна було б зробити крок уперед по шляху демократизації існуючого порядку їх накладення і розгляду скарг на прийняті рішення шляхом покладення цих обов'язків на колегіальні органи, які складаються з прокурорів. Накладені стягнення можна оскаржувати і в судовому порядку.

По-іншому це питання вирішуватиметься у разі глибокої інтеграції прокуратури до судової влади за прикладом таких країн, як Франція

Італія, Бельгія та деяких інших, де питання організаційного і дисциплінарного характеру стосовно як суддів, так і прокурорів вирішуються одним органом, хоча і окремими палатами з різним представництвом суддів і прокурорів.

І, на закінчення, слід зупинитися на перспективах оптимізації системи органів держави, призначених для вирішення кадрових проблем судової влади.

Під час останнього етапу реформування законодавства про судуострій були, як відомо, ліквідовані кваліфікаційні комісії суддів у регіонах, а натомість — істотно розширені повноваження ВККС України. Було централізовано формування складу професійних суддів і притягнення до дисциплінарної відповідальності суддів місцевих і апеляційних судів усіх юрисдикцій. Це стало, безумовно, кроком у правильному напрямку. Проте склалася ситуація, коли ці процеси, однакові за своєю спрямованістю, виявилися штучно поділеними між ВККС України і ВРЮ. При цьому основи правового статусу ВРЮ визначені у Конституції України, а ВККС України — в ординарному законі. Окремі питання послідовно розглядаються спочатку ВККС, а потім передаються на розгляд ВРЮ. Виникає дублювання і перетинання повноважень, що не сприяє раціональному вирішенню проблем оптимізації статусу суддів України. До того ж обидва ці органи називаються вищими, що може породжувати нездорову конкуренцію.

Не випадково в тих європейських країнах, де існують органи, подібні до нашої ВРЮ, відсутні аналоги ВККС України. Отже, існує принципова можливість об'єднати ВККС і ВРЮ в єдиний орган, що відповідало б об'єктивним потребам державного будівництва і було б з розумінням зустрінuto європейськими структурами. Поштовхом для цього може слугувати розширення повноважень ВРЮ на конституційному рівні.

### Л і т е р а т у р а

1. Педько В. С. Юрисдикція / В. С. Педько // Юридична енциклопедія. — К.: Вид-во «Укр. енцикл. ім. М. П. Бажана», 2004. — С. 190.
2. Про Вищу раду юстиції: Закон України від 15 січ. 1998 р. з наступними змінами // Відомості Верховної Ради України. — 1998. — № 25. — Ст. 346.
3. Виступ Президента України Віктора Януковича на X з'їзді суддів України: стенограма X з'їзду суддів України. — К., 2011. — 80 с.
4. Москвич Л. М. Ефективність судової системи: концептуальний аналіз: монографія / Л. М. Москвич. — Х.: Фінн, 2011. — 376 с.
5. Назаров І. В. Правовий статус Вищої ради юстиції: монографія / І. В. Назаров. — Х.: Право, 2006. — 208 с.
6. Європейська комісія за демократію через право (Венеціанська комісія). Висновок щодо законопроекту про статус суддів в Україні від 20 березня 2007 р. CPL (2007). — Страсбург, 2007. — 20 с.
7. Про судуострій і статус суддів: Закон України від 7 лип. 2010 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2010 — № 41–42, 43, 44–45. — Ст. 529.



8. Рішення Конституційного Суду України № 5-рп у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремих положень Кодексу адміністративного судочинства України, законів України «Про Вищу раду юстиції», «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо недопущення зловживань правом на оскарження» від 15.07.2011 року (справа № 1-6 2011 // Офіційний сайт Конституційного Суду України.
9. Про засоби запобігання і протидії корупції: Закон України від 11 черв. 2009 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2009. — № 45. — Ст. 691.
10. Кивалов С. В. Судебная реформа в Украине: разочарования и надежды / С. В. Кивалов. — Изд. 2-е, перераб. и доп. — О.: Юрид. л-ра, 2010. — 310 с.
11. Висновок № 10 (2007) Консультативної ради європейських суддів до уваги Комітету Міністрів Ради Європи щодо Судової ради на службі суспільству, схвалений на восьмому засіданні КРЕС (Страсбург, 21–23.11. 2007 року): документ № СС ІЕ (2008). — 18 с.
12. Регламент Вищої ради юстиції, затверджений рішенням Вищої ради юстиції від 4 жовтня 2010 року № 791/01/15-10 [Електронний ресурс] // Офіційний сайт Вищої ради юстиції. — Режим доступу: [http://www.vru.gov.ua/legislative\\_acts/3](http://www.vru.gov.ua/legislative_acts/3)
13. Косюта М. В. Прокурорська система України в умовах демократичного суспільства: монографія / М. В. Косюта. — О.: Юрид. л-ра, 2002. — 376 с.

#### А н о т а ц і я

**Долежан В. В. Юрисдикційна діяльність Вищої ради юстиції та шляхи її удосконалення.** — Стаття.

Аналізуються характер і види дисциплінарних стягнень щодо суддів, повноваження Вищої ради юстиції з цих питань. Розглядаються особливості звільнення суддів за порушення присяги, в тому числі за прояви корупції. Пропонується додатково запровадити дисциплінарне стягнення у вигляді попередження, а також звільнити ВРЮ від розгляду справ щодо прокурорів, які не входять до судової системи України. Внесено пропозиції про удосконалення процедури розгляду справ.

*Ключові слова:* Вища рада юстиції, юрисдикційна діяльність, відповідальність суддів за порушення присяги і корупцію, підстави дисциплінарної відповідальності суддів, процедура розгляду дисциплінарних справ.

#### А н н о т а ц и я

**Долежан В. В. Юрисдикционная деятельность Высшего совета юстиции и пути ее совершенствования.** — Статья.

Анализируется характер и виды дисциплинарных взысканий относительно судей, полномочия Высшего совета юстиции по этим вопросам. Рассматриваются особенности увольнения судей за нарушение присяги, в том числе за проявления коррупции. Предлагается дополнительно закрепить дисциплинарное взыскание в виде предупреждения, а также освободить ВСЮ от рассмотрения дел относительно прокуроров, не входящих в судебную систему Украины. Внесены предложения о совершенствовании процедуры рассмотрения дел.

*Ключевые слова:* Высший совет юстиции, юрисдикционная деятельность, ответственность судей за нарушение присяги и коррупцию, основания дисциплинарной ответственности судей, процедура рассмотрения дисциплинарных дел.

**S u m m a r y**

***Dolezhan V. V. The jurisdictional activity of the Supreme Council of Justice and ways of its improvement.*** — Article.

The nature and types of disciplinary sanctions regarding judges and the powers of the Supreme Council of Justice on these issues are analyzed. The peculiarities of dismissal of judges for violation of the oath, including acts of corruption, are studied. It is suggested that the disciplinary sanction in the form of a warning be additionally set, and SCJ be exempted from cases concerning prosecutors outside the judicial system of Ukraine. Suggestions on improving the procedure for consideration of cases are made.

*Keywords:* the Supreme Council of Justice, jurisdictional activity, liability of judges for violation of the oath and corruption, the grounds of disciplinary liability of judges, the procedure of disciplinary cases.

УДК 347.96/99(477)

*Ю. Е. Полянский*

## **АКТУАЛЬНЫЕ АСПЕКТЫ ОРГАНИЗАЦИОННОГО УСТРОЙСТВА ВЫСШЕГО СОВЕТА ЮСТИЦИИ**

Создание в независимой Украине коллегиального государственного органа под названием «Высший совет юстиции» связано с реализацией Концепции судебной-правовой реформы 1992 года [1] и общей демократизацией государственно-правовой системы, включая судостроительство.

Важнейшие черты правового статуса Высшего совета юстиции (в дальнейшем — ВСЮ) закреплены в ст. 131 Конституции Украины, а вопросы организации и деятельности подробно раскрыты в Законе Украины «О Высшем совете юстиции» [2] с последующими изменениями.

За последние 15 лет существования ВСЮ необходимость существования этого органа полностью подтвердилась, хотя указанный Закон неоднократно претерпевал изменения. Отдельные его положения, как и нормы Конституции Украины, вызвали неодинаковое толкование на практике, оживленные дискуссии среди юристов и политиков, что получило отражение в шести решениях Конституционного Суда Украины, почти ровесника ВСЮ. Эти вопросы, безусловно, станут предметом обсуждения Конституционной Ассамблеи, созданной по инициативе Президента Украины, которая уже приступила к работе. Вопросы компетенции и организации деятельности ВСЮ являются и будут являться предметом обсуждения Европейской комиссии за демократию через право (Венецианской комиссии), интересы Украины в которой представляет президент Национального университета «Одесская юридическая академия», председатель Комитета Верховной Рады Украины по вопросам правосудия С. В. Кивалов.

В ст. 131 Конституции Украины не определено предназначение ВСЮ, цель ее деятельности, что было бы естественным для фундаментальной конституционной нормы. Этот пробел восполнен в ст. 1 Закона о ВСЮ, согласно которой этот коллегиальный независимый орган отвечает,

прежде всего, за формирование высокопрофессионального судейского корпуса. На наш взгляд, более приемлемо было бы перенести указанную норму непосредственно в текст будущей Конституции Украины. При этом представляется не вполне корректным использовать здесь военную терминологию (судейский корпус) по аналогии с армейским корпусом и следует заменить его на «судейское сообщество», что соответствовало бы демократическому характеру взаимоотношений в судейской среде.

Создание в независимой Украине Высшего совета юстиции явилось логичным шагом, связанным с демократизацией государственно-правовой системы, включая судоустройство. Ведь в Советском Союзе и Советской Украине подбор судейских кадров был целиком монополизирован органами КПСС/КПУ, назначавшими проверенных членов партии на судейские должности на основании решений под грифом «секретно», после чего эти назначения штамповались как «избрание» на местных выборах, а в конце 80-х годов XX столетия — на сессиях районных и областных Советов. Иначе и быть не могло в условиях, когда от судей вместо независимости требовалась безоговорочная готовность выполнять партийные директивы, особенно при проведении в жизнь жесткой карательной политики.

При создании ВСЮ был учтен опыт других, прежде всего, европейских стран. Как указано в Докладе Венецианской комиссии от 11 марта 1997 г. относительно Конституции Украины, «создание Высшего совета юстиции является позитивным шагом и может сделать вклад в практическое усиление судебной власти» [3]. Каких-либо замечаний по поводу состава этого органа, его компетенции в этом документе не содержалось — они появились позже в ходе практической деятельности ВСЮ.

Как тут не вспомнить, что в проекте Закона Украины «О внесении изменений в Конституцию Украины», подготовленном в 2009 г. по указанию тогдашнего Президента Украины В. Ющенко, предлагалось вообще ликвидировать ВСЮ, ограничившись областными, межрегиональными квалификационно-дисциплинарными комиссиями и Высшей квалификационно-дисциплинарной комиссией Украины (ст. 126) [4]. Однако указанная идея оказалась мертворожденной. Сейчас речь идет уже не о ликвидации ВСЮ, а повышении его роли в обеспечении надлежащего качества судейского сообщества, особенно молодого пополнения, которое влилось в него за последние два года.

Создание специализированных органов в этой сфере охватило большинство современных европейских стран. Об этом свидетельствует скрупулезный подсчет, проведенный в 2007 г. экспертами Венецианской комиссии [5], хотя есть и исключения.

Такой орган отсутствует в Великобритании, что обусловлено известным своеобразием ее судебной системы, где назначение судей осуществляется лорд-канцлером от имени монаршей власти. В Германии судьи назначаются на уровне земель министрами юстиции совместно с комис-

сиями по назначению судей, а на федеральном уровне — министром юстиции ФРГ совместно с Федеральной комиссией по назначению судей высших судов. В Чешской Республике, где назначение судей осуществляет Президент Чехии по представлению министра юстиции, предварительное обсуждение кандидатур каким-либо независимым коллегиальным органом не практикуется. В Голландии судьи назначаются королевскими указами, которые контрассигнует министр юстиции. В Швейцарии с ее своеобразными демократическими традициями судьи в некоторых кантонах избираются населением [6]. Эти и некоторые другие примеры свидетельствуют об условности термина «европейские стандарты» применительно к организации судебной системы.

Как отметил академик С. В. Кивалов, включение ст. 131 действующей Конституции Украины в раздел «Правосудие» отнюдь не значит, что ВСЮ является частью судебной власти, не говоря уже о судебной системе. ВСЮ можно отнести к инфраструктуре судебной власти, поскольку ее деятельность носит подчиненный, обслуживающий характер, прежде всего, для решения кадровых задач судебной системы [7]. Это обуславливает необходимость включения соответствующих норм о ВСЮ в раздел будущей Конституции Украины под названием «Судебная власть», а не «Правосудие», как неудачно, на наш взгляд, назван этот раздел в действующем Основном Законе.

Соответствующие положения целесообразно отразить не в одной, а в двух статьях Конституции, одну из которых посвятить функциям и полномочиям ВСЮ, а другую — составу этого органа и порядку его формирования.

Вопрос о функциях ВСЮ имеет важное не только теоретическое, но и практическое значение. По этому вопросу в литературе высказывались различные мнения. Так, В. Д. Бринцев считает ВСЮ высшим коллегиальным органом судебного администрирования [8, с. 307], с чем трудно согласиться, если учесть несовпадение задач Государственной судебной администрации, осуществляющей такое администрирование, и ВСЮ. О. В. Гончаренко усматривает наличие совещательной функции ВСЮ относительно президента и парламента в вопросах назначения судей [9, с. 131–139], что также вызывает сомнения, поскольку решения ВСЮ по этим вопросам имеет самостоятельное юридическое значение и являются необходимым этапом в процессе назначения.

По мнению И. В. Назарова, ВСЮ выполняет контрольную функцию и может рассматриваться как один из субъектов системы сдержек и противовесов [10, с. 77]. Действительно, в широком понимании этот орган действительно осуществляет контроль, носящий как предварительный (предотвращая попадание в судебскую среду лиц, непригодных для осуществления судопроизводства), так и последующий характер (применение санкций к судьям — нарушителям закона). Но это скорее следует рассматривать как задачу ВСЮ по участию в формировании высокопрофессионального судейского сообщества.

Чрезмерно размытой представляется выделение И. В. Назаровым пяти функций ВСЮ: формирование состава судей в Украине; обеспечение независимости судей и правовой защищенности прокуроров, дисциплинарная функция, представительская функция, организационно-управленческая функция [10, с. 33–35]. Содействие защите независимости судей также можно рассматривать как одну из задач ВСЮ. Что же касается представительской и организационно-управленческой функций, то они относятся не только к ВСЮ, но и ко всем органам власти с самостоятельным статусом. В связи с этим можно с иронией отнестись к неудавшимся попыткам Верховного Суда Украины оспорить в 2002 г. конституционность положений Закона о ВСЮ относительно признания его юридическим лицом и наличия в его составе аппарата, как будто Верховный Суд лишен такого аппарата. Опровержение таких утверждений явилось довольно легкой задачей для Конституционного Суда Украины [11].

Следует выделить две основные функции ВСЮ: **кадрово-управленческую**, прежде всего внесение представлений Президенту о назначении судей на должности и увольнение их с должностей, и **юрисдикционную**, в частности, рассмотрение дел и принятие решений относительно нарушения судьями и прокурорами требований, касающихся несовместимости, дисциплинарное производство в отношении судей Верховного Суда Украины и судей высших специализированных судов. В конечном счете, рассмотрение вопросов о нарушении судьями профессионального долга также способствует улучшению кадрового состава судейского сообщества за счет коррекции поведения отдельных его представителей и очищения от лиц, случайно в нем оказавшихся.

Довольно большую остроту в последнее время приобрел вопрос о порядке формирования ВСЮ и его качественном составе.

Среди принципов организации и деятельности Совета и аналогичных органов в других странах выделяется, как явствует из документов европейского сообщества, принцип **независимости**. Не только сам этот орган призван действовать независимо при вынесении решений, но и его деятельность должна способствовать «...осуществлению индивидуальными судьями своих функций независимо от любого контроля со стороны законодательной и исполнительной властей и без неправомерного давления изнутри судебной системы» [12].

Это обстоятельство является необходимым условием для правильного понимания его членами поставленных перед ними задач.

Естественно, что и количественный, и качественный состав Совета имеет большое значение для обеспечения законности, объективности, непредубежденности, обоснованности и даже простой человечности решений, принимаемых ими в отношении своих коллег-судей независимо от их служебного положения.

В соответствии с ч. 2 ст. 131 Конституции Украины состав ВСЮ формируется из представлений примерно в равных пропорциях от раз-

личных государственных и негосударственных структур, в том числе: трех членов, назначенных Верховной Радой Украины, Президентом Украины, съездом судей Украины, съездом адвокатов Украины, съездом представителей юридических высших учебных заведений и научных учреждений, а также двух членов, назначенных всеукраинской конференцией работников прокуратуры.

При этом законодатель руководствовался стремлением обеспечить как можно более широкое представительство в составе указанного органа, учитывая, что в защите независимости судебной власти заинтересованы не только судьи, но и общество в целом. Кроме того, преследовалась цель избежать узкокорпоративного подхода к решению вопросов, относящихся в компетенции ВСЮ.

К сожалению, надежды на понимание со стороны структур ПАСЕ не оправдались. Камнем преткновения было и остается оптимальное определение удельного веса судей в составе ВСЮ.

Европейская хартия о статусе судей (п. 1.3) [13] исходит из того, что «относительно каждого решения, связанного с подбором, комплектованием и назначением судьи на должность, повышением по службе или прекращением его полномочий, Законом о статусе судей должно быть предусмотрено вмешательство органа, который по крайней мере наполовину должен состоять из судей...». В вышеуказанном Заключении консультативного совета европейских судей (п. 16) отмечено, что «Судебный совет может состоять или полностью из судей, или иметь смешанный состав судей и не судей. В обоих случаях следует избегать корпоративного интереса, протекционизма и предоставления преференций». Встречаются рекомендации о членстве в составе Советов более половины и даже квалифицированного большинства профессиональных судей. Как отмечалось в Концепции совершенствования судопроизводства для утверждения справедливого суда в Украине в соответствии с европейскими стандартами, утвержденной указом Президента Украины 10 мая 2006 г. [14], состав квалификационных комиссий судей того времени вполне отвечал европейским требованиям, поскольку большая часть их членов — шесть из 11 избиралась из числа судей.

Хотя есть и такой вариант, выпадающий из большинства других заключений: «Значительная часть или большинство членов Высшего совета юстиции должны избираться представителями судебной власти» [5]. Наличие такой альтернативы путем использования союза или позволяет сделать вывод, что значительная часть может и не составлять большинства.

Указанные критерии в основном соблюдаются в странах, входящих в Совет Европы, хотя порядок формирования судебных советов в европейских государствах отличается разнообразием. Больше всего в этом плане выделяется Бельгия, где существуют два таких органа: один для судей, говорящих на фламандском, другой — на французском языке

[15, с. 368]. Чем не пример обеспечения национального равноправия в языковой сфере!

С нашей точки зрения, наиболее взвешенные суждения на этот счет содержатся в Докладе Венецианской комиссии «Назначение судей» от 22 июня 2007 г. [5] Будет не лишним проиллюстрировать это отдельными положениями указанного доклада.

«Необходимо найти равновесие между, с одной стороны, судебской независимостью и самоуправлением, а с другой стороны, — обязательной подотчетностью судебной власти. Такое равновесие предотвратит негативные последствия корпоратизации судопроизводства» (п. 27).

Далее: «Нет какой-либо стандартной модели, которой должна следовать демократическая страна при создании Совета юстиции. Хотя существуют модели, в которых участие других ветвей власти категорически исключено или сведено к минимуму, в большинстве законодательств такое участие все же в определенной мере признается и оправдывается общественным контекстом Высшего совета юстиции и потребностью в том, чтобы иные ветви государственной власти осуществляли мониторинг деятельности судебной власти» (п. 28).

«Обычно в состав советов юстиции также входят лица, не принадлежащие к судебной власти и представляющие иные ветви власти или научные круги» (п. 30).

«Участие законодательной власти в формировании совета юстиции является характерной практикой», «хотя ради изоляции совета юстиции от политики нужно, чтобы члены не были депутатами парламента текущего созыва» (п. 31).

«Хотя присутствие в совете юстиции представителей исполнительной власти может породить опасения относительно доверия к совету, указанная практика формирования советов юстиции достаточно распространена» (п. 33). При этом делаются ссылки на законодательство Франции, Болгарии, Румынии, других стран. Так по Конституции Португалии в Высший совет магистратуры входят Председатель Верховного Суда и, кроме того, два лица от Президента, семь от парламента и семь судей, избираемых их коллегами в соответствии с принципом пропорционального представительства. Итого, восемь судей и девять не судей, в том числе, как минимум, два «политических члена», используя терминологию ПАСЕ.

Напрашивается вывод, что эксперты Венецианской комиссии, готовящие рекомендации для Украины, далеко не всегда принимают во внимание аналогичные документы своих предшественников или не знают о них.

Вот и сейчас Парламентская ассамблея Совета Европы в резолюции 1862(2012) «Функционирование демократических институтов в Украине» (п. 6.4) требует: «принять поправки в соответствующие законы и реально **устранить** представителей Верховной Рады, Президента Украины и прокуратуры от членства в Высшем совете юстиции. В отноше-



нии принятия поправок эти три институции **должны** назначить в Высший совет юстиции **неполитических членов**».

При этом остается неясным, кого и почему авторы этого документа считают «политическими членами», особенно если речь идет о лицах, представляющих главу государства или законодательную, да и исполнительную власть. Речь идет прежде всего о государственных деятелях, призванных защищать государственные интересы. Их политические устремления ограничены или должны быть ограничены рамками правовой политики государства, отраженной в соответствующих законах. В этом плане судьи тоже являются субъектами политики, а именно, при проведении в жизнь правовой политики государства, закрепленной в Конституции и законах страны. Принимая участие в работе ВСЮ, его члены — не судьи действительно влияют на характер принимаемых им решений. Но чем хуже их влияние по сравнению с корпоративной зашоренностью судей-членов, избранных по всем европейским правилам?

Для того чтобы проявить добрую волю и смягчить критику со стороны структур Совета Европы, Верховная Рада Украины пошла на достаточно неординарный шаг, установив в июле 2010 г., что часть судей делегируется в ВСЮ парламентом, Президентом Украины, съездом адвокатов, съездом представителей юридических высших учебных заведений и научных учреждений и всеукраинской конференцией работников прокуратуры. В результате количество судей в составе ВСЮ, включая Председателя Верховного Суда, достигло 11 (половина плюс один).

Но при этом было невозможно безотлагательно выполнить другое требование, содержащееся в документах европейских структур: о вхождении в состав ВСЮ исключительно судей, избранных самими судьями, то есть всеукраинским съездом судей, до внесения изменений в ч. 2 ст. 131 Конституции Украины.

На этом фоне выглядят, по меньшей мере, спорными некоторые высказывания отечественных правоведов по данному вопросу.

Как отметил С. В. Прилуцкий, «...отдельные судьи стали представителями законодательной и исполнительной ветви власти, адвокатуры и юридической науки. Хотя, безусловно, судья может быть представителем исключительно одной ветви власти — судебной. Став отдельными уполномоченными Президента или Верховной Рады в Высшем совете юстиции, такие судьи утрачивают свою независимость, они перестают быть равными среди равных» [17, с. 242].

Им же приведена подборка высказываний отдельных судей, в том числе «обиженных» принципиальным подходом ВСЮ к их дисциплинарным проступкам. Здесь фигурируют утверждения, что ВСЮ превратился в полицейский орган, взяв очевидный курс на нарушение законодательства, «представляет собой угрозу для правосудия в Украине» и т.п. [17, с. 240–242].

Вряд ли представителю юридической науки, старшему научному сотруднику Института государства и права НАН Украины пристало само-

му вмешиваться в чисто политическую дискуссию по этим вопросам.

Очевидно, все-таки придется обождать принятия новой (обновленной) Конституции Украины, где эти вопросы будут решены достаточно взвешенно.

Каковы же перспективы решения этого вопроса в будущем? Представим себе, что в Высшем совете юстиции, к названию которого следует добавить слово «Украины», останутся 20 человек, а численность профессиональных судей, избранных съездом судей, составит 11 человек. Увеличивать количество нецелесообразно, так как не останется места для других авторитетных юристов, а корпоративный характер Совета со всеми вытекающими отсюда последствиями будет просто зашкаливать. Еще невероятнее будет сформировать Совет полностью из судей, хотя такая возможность и предусмотрена в некоторых актах европейского сообщества. Тогда он превратится в орган судейского самоуправления типа Совета судей Украины.

Попробуем теперь распределить остающиеся места.

Очевидно, в будущей Конституции можно будет частично уважить пожелания ПАСЕ, уменьшив квоты президента и парламента с трех до одного, а также исключить возможность включения в состав ВСЮ министра юстиции, представляющего исполнительную власть. Квота адвокатского сообщества должна остаться неизменной. Мнение авторитетных представителей адвокатуры, особенно при рассмотрении дисциплинарных дел, может оказать облагораживающее влияние на остальных членов Совета, хотя и не будет решающим. Что относится и к представителям системы юридического образования и юридической науки, способных высказать с научных позиций свежий взгляд на характер обсуждения тех или иных вопросов. Это — общеевропейская практика формирования советов. В таком составе ВСЮ насчитывал бы 21 члена, что позволило бы решать вопросы большинством голосов в случаях резкой поляризации мнений.

Считаем необходимым также полностью сохранить представительство прокуратуры в ВСЮ, включая Генерального прокурора Украины. Мотивы возражающих против этого сводятся к тому, что деятельность прокуроров в Совете отрицательно повлияет на независимость судей, поскольку прокуроры привыкли к обвинительному уклону, что чревато необъективностью. Вряд ли этот довод следует принимать во внимание, поскольку большинство членов ВСЮ будет судьями. Если отбросить предположения о возможности давления прокуроров на остальных членов Совета, то нужно признать, что их присутствие будет способствовать повышению принципиальности при решении тех или иных вопросов, что можно только приветствовать. Особенно если учесть наличие противовеса в виде такого же количества адвокатов. Нужно также учитывать, что прокурор, принимая участие в судопроизводстве, достаточно разбирается в процессуальных вопросах деятельности судов. Следует при этом отметить, что в некоторых европейских странах (Ита-

лии, Голландии, Болгарии и др.) в состав советов входят высшие представители прокуратуры.

Участие прокуроров в составе ВСЮ в Украине может приобрести новую актуальность в случае интеграции прокуратуры в состав судебной ветви власти. Соответствующее предложение вносилось руководством Генеральной прокуратуры Украины еще в 2006 году, но официально не рассматривалось, хотя такое решение вопроса было бы положительно воспринято органами европейского сообщества. В таком случае можно было бы воспринять опыт Франции, где и судьи, и прокуроры имеют одинаковый статус — магистратов, а в Высшем совете магистратуры представлено равное количество судей и прокуроров.

Спорным является вопрос о возможности назначения в состав ВСЮ судей в отставке, сохраняющих звание судьи и имеющих богатый опыт участия в отправлении правосудия. К тому же они обладают большей независимостью от своих бывших коллег и органов судебной администрации. Но следует учитывать, что работа в качестве члена ВСЮ в значительной степени напоминает судебную деятельность, особенно при рассмотрении вопросов юрисдикционного характера в отношении бывших коллег, а порой и связана с повышением эмоциональных нагрузок уровнем ответственности, что может отрицательно сказаться на состоянии здоровья такого судьи. Поэтому, по нашему мнению, этот вопрос требует глубокой проработки и обсуждения.

### Л и т е р а т у р а

1. Концепция судебно-правовой реформы в Украине : утвержденная постановлением Верховной Рады Украины от 28 апр. 1992 г. // Ведомости Верховной Рады Украины. — 1992. — № 30. — Ст.426.
2. О высшем совете юстиции : Закон Украины от 15 янв. 1998 г. с последующими изменениями // Ведомости Верховной Рады Украины. — 1998. — № 25. — Ст. 346.
3. Заключение Венецианской комиссии от 11 марта 1997 г. относительно Конституции Украины, документ СРУ(1997) 002е). — Страсбург, 1997.
4. Проект Закону України «Про внесення змін до Конституції України // Офіційний веб-портал Секретаріату Президента України.
5. Європейська комісія «За демократію через право» Венеціанська комісія. Призначення суддів. Доповідь, ухвалена Венеціанською комісією на її 70-му засіданні. Венеція, 16–17 березня 2007 р. Венеція, 22 червня 2007 р. Висновок № 403/2006 CDL-AD (2007)028.
6. Висновок № 1 2001 Консультативної ради європейських суддів до уваги Комітету Міністрів Ради Європи щодо стандартів незалежності судової влади та незмінюваності суддів. Рекомендація № R (94) 12 щодо незалежності, ефективності та ролі суддів. Страсбург, 23 листопада 2001 р., документ № СС Е 2001.
7. Судоустрій України : підручник / С. В. Ківалов, Ю. Є. Полянський, М. В. Косюта, В. В. Долежан ; за ред. С. В. Ківалова. — К. : Юрінком Інтер, 2011. — 384 с.
8. Бринцев В. Д. Стандарти правової держави: втілення у національну модель організаційного забезпечення судової влади : монографія / В. Д. Бринцев. — Х. : Право, 2010.

9. Суд, правоохоронні та правозахисні органи України. — К. : Юрінком Інтер, 2003. — 210 с.
10. Назаров І. В. Правовий статус Вищої ради юстиції: монографія / І. В. Назаров. — Х. : Право, 2006. — 208 с.
11. Рішення Конституційного Суду України у справі про Закон України «Про Вищу раду юстиції» від 21 травня 2002 року № 9-рп/2002. Справа № 1-3/2002 [Електронний ресурс] // Офіційний сайт Конституційного Суду України. — Режим доступу: <http://www.ccu.gov.ua/uk/doccatalog/list?currDir=9448>
12. Висновок № 10 Консультативної Ради Європейських суддів до уваги Комітету Міністрів Ради Європи щодо Судової ради на службі суспільству, схвалене на 8-му засіданні КРЕС. Страсбург. 21–23 листопада 2007 р., документ № ССЖЕ (2007).
13. Європейська хартія про статус суддів, схвалена учасниками багатосторонньої наради, що проводилася Радою Європи 8–10 липня 1998 р. // Вісник Верховного Суду України. — 1996. — № 4. — С. 9–11.
14. Концепція вдосконалення судочинства для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів: затв. Указом Президента України від 10 трав. 2006 р. № 361/2006 // Офіційне інтернет-представництво Президента України. — 2006.
15. Конституція Бельгії, ст. 151 // Конституции государств Европы. — М. : Манускрипт, 2001. — Т. 1.
16. Резолюція 1862 (2012) Парламентської Асамблеї Ради Європи «Функціонування демократичних інститутів в Україні» від 26 січня 2012 року. — Страсбург, 2012.
17. Прилуцький С. В. Вступ до теорії судової влади: суспільство, правосуддя, держава: монографія / С. В. Прилуцький. — К. : Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2012. — 317 с.

#### А н н о т а ц і я

**Полянський Ю. Е.** Актуальные вопросы организационного устройства Высшего совета юстиции. — Стаття.

В статье рассматривается правовой статус Высшего совета юстиции как независимого коллегиального органа, ответственного за формирование в Украине высокопрофессионального судейского корпуса, раскрывается характер его функций: кадрово-управленческой и юрисдикционной, роль Высшего совета юстиции в обеспечении независимости судебной власти и ее представителей. В центре внимания автора находятся проблемы формирования состава ВСЮ с учетом потребностей укрепления судебной системы Украины и рекомендаций органов Совета Европы. Предлагаются оптимальный баланс в части определения судьбы судей и представителей других структур в составе ВСЮ, вносятся предложения по совершенствованию соответствующих положений Конституции Украины и Закона Украины «О Высшем совете юстиции».

*Ключевые слова:* судебная власть, Высший совет юстиции; принципы организации и деятельности Высшего совета юстиции; функции Высшего совета юстиции; Венецианская комиссия, членство в Высшем совете юстиции.

#### А н о т а ц і я

**Полянський Ю. Є.** Актуальні питання організаційного устрою Вищої ради юстиції. — Стаття.

У статті розглядається правовий статус Вищої ради юстиції як незалежного колегіального органу, відповідального за формування в Україні високопрофесійного суддівського корпусу, розкривається характер його функцій: кадрово-управлінської і юрисдикційної, роль Вищої ради юстиції у забезпеченні незалежності судової влади та її пред-

ставників. У центрі уваги автора перебувають проблеми формування складу ВРЮ з урахуванням потреб зміцнення судової системи України і рекомендацій органів Ради Європи. Пропонуються оптимальний баланс у частині визначення долі суддів і представників інших структур у складі ВРЮ, вносяться пропозиції з удосконалення відповідних положень Конституції України і Закону України «Про Вищу раду юстиції».

*Ключові слова:* судова влада, Вища рада юстиції; принципи організації і діяльності Вищої ради юстиції; функції Вищої ради юстиції; Венеціанська комісія, членство у вищій раді юстиції.

### S u m m a r y

**Polanski Y. E. Actual issues of organizational structure of the Supreme Council of Justice. — Article.**

The article studies the legal status of the High Council of Justice as an independent collegial body responsible for the formation of highly professional judicial manpower in Ukraine, reveals the nature of its functions: personnel and managerial one and jurisdictional one, the role of the High Council of Justice to ensure the independence of the judiciary and their representatives. The author focuses on the issues of formation of the High Council of Justice considering the necessity of strengthening the judicial system of Ukraine and the recommendations of the Council of Europe. The best balance in terms of determining the fate of judges and representatives of other structures in the HCJ is offered; the proposals to improve the relevant provisions of the Constitution of Ukraine and the Law of Ukraine «On the High Council of Justice» are made.

*Keywords:* judicial authority, the High Council of Justice, the principles of organization and functioning of the High Council of Justice, the functions of the High Council of Justice, the Venice Commission, membership in the High Council of Justice.

УДК 347.962.1(477)

*М. Г. Мельник***ГАРАНТІЇ НАЛЕЖНОГО КВАЛІФІКАЦІЙНОГО РІВНЯ СУДДІ:  
ЄВРОПЕЙСЬКИЙ ДОСВІД ТА ЙОГО ІМПЛЕМЕНТАЦІЯ  
У ЗАКОНОДАВСТВО УКРАЇНИ**

Необхідність приведення системи правосуддя у відповідність до визнаних європейських стандартів обумовлена ухваленим у вересні 1995 року Парламентською Асамблеєю Ради Європи позитивним висновком (Висновок ПАРЕ № 190 (1995)). У зазначеному Висновку окремо виділено рекомендацію щодо системи підготовки суддів, яка повинна бути частиною судової гілки влади та здійснюватись під контролем і наглядом незалежного органу суддівського самоуправління. Така рекомендація прямо впливає з п. 7.3.3 Резолюції 1755 (2010) Парламентської Асамблеї Ради Європи «Функціонування демократичних інституцій в Україні», де було зазначено про відповідну рекомендацію Венеціанської комісії [1].

Імплементация рекомендацій здійснюється у приписах розділу V Закону України від 7 липня 2010 року «Про судоустрій і статус суддів» [2], які стосуються врегулювання питань забезпечення належного кваліфікаційного рівня судді, а також в Указі Президента України від 12 січня 2011 року № 24/2011, яким затверджено План заходів із виконання обов'язків та зобов'язань України, що впливають з її членства в Раді Європи, інших нормативних актах [3].

За достатньо стислі строки було здійснено низку організаційних заходів щодо запровадження європейських стандартів у практику організації належної підготовки суддів. Вищою кваліфікаційною комісією України, Вищою радою юстиції здійснюються процедури добору на посаду судді. У 2011 році проведено незалежне тестування 3430 осіб, допущених до участі у доборі кандидатів на посаду судді. У своєму рішенні від 18 травня 2011 року Вища кваліфікаційна комісія суддів України затвердила базу тестових запитань для складення кандидатами на посаду судді анонімного тестування (іспиту) на виявлення рівня загальних теоретич-

них знань у галузі права. Було утворено Національну школу суддів України при Вищій кваліфікаційній комісії суддів України на базі Академії суддів України. На Національну школу суддів України покладено відповідальність за підготовку висококваліфікованих кадрів для судової системи та організацію спеціальної підготовки на посаду судді. З 3 по 7 жовтня 2011 року Вища кваліфікаційна комісія суддів України за підтримки Спільної програми Європейського Союзу та Ради Європи «Прозорість та ефективність судової системи України» у рамках навчального модуля з методології тлумачення нормативно-правових актів провела четверту навчальну сесію для суддів-тренерів, у якій взяло участь близько 30 майбутніх суддів-викладачів.

У 2012 році рішенням Вищої кваліфікаційної комісії суддів України від 27 березня було затверджено Положення про Порядок підготовки матеріалів щодо проведення добору кандидатів на посаду судді уперше [4]. У липні 2012 року Вища кваліфікаційна комісія суддів України провела семінар на тему: «Виявлення особистих та моральних якостей кандидатів на посаду судді на стадії проведення кваліфікаційного іспиту». На забезпечення належного професійного рівня судді спрямовано також проект Закону про внесення змін до Закону України «Про судоустрій і статус суддів» щодо проведення кваліфікаційного іспиту (реєстр. № 10618), спрямований на забезпечення чіткості та прозорості процесу здійснення добору кандидатів на посаду судді, нормативної визначеності усіх складових його механізму та забезпечення рівних можливостей кандидатів щодо доступу до посади професійного судді шляхом внесення змін до ст. ст. 70, 73 та 80 Закону «Про судоустрій і статус суддів».

Проте проведена робота є лише початком процесу запровадження дієвих гарантій належного кваліфікаційного рівня судді, відповідно до європейських стандартів, про що свідчать і виявлені численні прогалини у законодавстві, зокрема у частині, що стосується процедур організації добору та відбору кандидатів на посаду судді, застосування заходів дисциплінарного впливу тощо. **Мета статті** полягає у визначенні гарантій належного кваліфікаційного рівня судді, враховуючи європейський досвід встановлення та функціонування таких гарантій.

Слід зазначити, що у наукових дослідженнях вчених питання про гарантування належного кваліфікаційного рівня судді не отримало достатній ступінь вивчення. Науковий пошук був спрямований переважно на загальні проблеми вдосконалення організації діяльності органів судової влади: В. В. Єршов, В. Т. Маляренко, А. О. Селіванов, В. С. Стефанюк, П. П. Пилипчук, М. Ф. Селівон, А. А. Стрижак, Д. М. Притика, В. Я. Карабань та інші. Їх науковий доробок є основою подальших напрацювань у напрямку вирішення питання про гарантування належного кваліфікаційного рівня судді.

Звернення до міжнародного законодавства дозволяє виділити приписи Європейської хартії про статус суддів, прийнятої у Страсбурзі

у липні 1998 року (DAJ/DOC (98)23), де встановлено вимогу передбачити законом забезпечення умов, що гарантуватимуть шляхом дотримання вимог щодо освітньої кваліфікації та наявності попереднього досвіду призначення на посаду саме тих осіб, які здатні здійснювати судові обов'язки [5, с. 135–138]. Такі умови в Україні можуть бути створені шляхом ефективної організації навчального процесу, формування навчальних програм, належного методичного забезпечення, добору на посади викладачів висококваліфікованих фахівців у різних галузях права, організації взаємодії із навчальними закладами, які готують майбутніх суддів, та інше.

Якщо звернутись до міжнародних стандартів у сфері судочинства, то ними передбачено певні рекомендації щодо навчання суддів. Зокрема, вказане стосується Рекомендації Рес (2004) 4 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам про роль Європейської конвенції з прав людини в університетській освіті та професійній підготовці [5, с. 110–114], Висновку № 4 (2003) Консультативної ради європейських суддів до уваги Комітету Міністрів Ради Європи щодо належної підготовки та підвищення кваліфікації суддів на національному та європейському рівнях [5, с. 115–120]. Про важливість навчання суддів вказано у таких міжнародних документах, як Основні принципи ООН щодо незалежності правосуддя, прийняті у 1985 році, та документах Ради Європи, прийнятих у 1994 році (Рекомендація № R(94) 12 щодо незалежності, ефективності та ролі суддів), а також у 1998 році (Європейська хартія про статус суддів), посилення на які містяться в п. 11 Висновку КРЕС № 1.

Звернення до досвіду Франції, Німеччини, інших демократичних держав свідчить про те, що здійснення судово-правових реформ та підвищення статусу судової влади у державі неможливі без професійної підготовки суддів у спеціалізованому навчальному закладі суддівської освіти. Такі навчальні заклади, першим з яких була Французька школа магістратури, діють у більшості країн Європи, а також у Португалії, Іспанії, Нідерландах та ін. Аналогічні принципи організації підготовки майбутніх суддів покладені в основу створення навчальних закладів суддівської освіти у постсоціалістичних країнах, наприклад, Румунії, Болгарії, Албанії, Польщі, Молдові, Боснії і Герцеговині, Хорватії, Казахстані, Грузії, Азербайджані, Вірменії та ін. [6, с. 33]. У Франції діє Національна школа магістратури як державний заклад, який займається підготовкою магістрів. Його унікальність проявляється у максимальному пристосуванні до реалізації завдань поповнення суддівського корпусу кадрами, які мають належну професійну підготовку. Слухачі набираються на конкурсній основі, а також шляхом персонального відбору. Щороку об'являються два конкурси з тим, щоб забезпечити приплив у суддівський корпус широкого спектра спеціалістів [7, с. 182].

В основному європейські установи будують свою роботу, орієнтуючись на досвід Національної школи магістратури Франції, навчальні програми якої базуються на роботі в аудиторіях з суддею-тренером, де



велика частина часу відведена розгляду окремих судових справ і проведенню тривалих стажувань у різних органах юстиції. Питаннями наукових досліджень у галузі судоустрою і правозастосування європейські установи по навчанню суддів не займаються.

Досвід професійної підготовки суддів у країнах із сталими демократичними традиціями свідчить про необхідність функціонування системи спеціальної професійної підготовки суддів, яка здійснюється у спеціалізованих вищих навчальних закладах. Гарантіями належного кваліфікаційного рівня судді при цьому виступають не тільки спеціалізація навчання, а й освітньо-кваліфікаційний рівень магістра, який набувають випускники цих навчальних закладів, а також існуюча система добору кандидатів на навчання.

Якщо звернутись до системи підготовки суддівських кадрів в Україні, слід виділити умовно два рівні. На першому здійснюється професійна підготовка юристів, у тому числі і майбутніх суддів, а на другому — підвищення їх кваліфікації.

Сучасна система підготовки суддів у юридичних вищих навчальних закладах в Україні передбачає спеціалізацію, відтворену у навчальних програмах, проходження практики тощо. Однак фаховість судді забезпечується підвищеним рівнем якості набутих знань, вмінь, навичок, адже у своїй повсякденній діяльності суддя у процесі відправлення правосуддя, прийняття рішення у справі виконує важливу державну функцію гарантування верховенства права, законності, що, у свою чергу, впливає на довіру населення до держави, її спроможності захистити справедливість, основні моральні цінності, відновити порушені права, притягнути винних до відповідальності. Виконання суддею професійних обов'язків, у свою чергу, вимагає підвищення кваліфікації, організації процесу постійного набуття суддею професійних знань, вмінь, навичок. При цьому слід відзначити наявність значного потенціалу щодо вдосконалення професійної підготовки шляхом встановлення вимоги щодо спеціалізації навчання. Вдається доцільним і встановлення окремих вимог щодо кандидатів на навчання у вищих навчальних закладах, які мають готувати майбутніх суддів.

Слід зазначити у цьому контексті про Висновок № 4 (2003) Консультативної ради європейських суддів до уваги Комітету Міністрів Ради Європи щодо належної підготовки та підвищення кваліфікації суддів на національному та європейському рівнях. У ньому підкреслено важливість отримання судьями, відібраними після здобуття повної юридичної освіти, детальної, глибокої, різноманітної підготовки з тим, щоб мати можливість задовільно виконувати свої обов'язки. Підкреслено необхідність включення потреби підготовки суддів до правил, які регулюють статус суддів та дано рекомендацію щодо недоцільності деталізації точного змісту підготовки. При цьому спеціальний орган має відповідати за складання навчальної програми, організацію навчання та нагляд за його проведенням [5, с. 115–120].

Вирішення вказаних завдань передбачає налагодження співпраці між Вищою кваліфікаційною комісією суддів України, Вищою радою юстиції та Міністерством освіти і науки, молоді та спорту України, Міністерством юстиції України, Державною судовою адміністрацією України. З іншого боку, також має бути налагоджена співпраця Національної школи суддів України із провідними юридичними вищими навчальними закладами, досвід підготовки кадрів яких неоціненний і випробуваний часом. Така співпраця може бути здійснена на підставі відповідних договорів. Формами співпраці можуть бути процедури узгодження навчальних планів для забезпечення наступності навчання, проведення спільних семінарів-нарад з проблем підготовки кадрів, розробка спільних навчальних програм тощо.

Окремий напрямок має складати співпраця із навчальними закладами інших країн, які здійснюють підготовку кадрів для судової системи. При цьому мають бути враховані положення Концепції удосконалення судівництва для утвердження справедливого суду відповідно до європейських стандартів, затвердженої Указом Президента України від 10 травня 2006 року № 361/2006, якими передбачено якісне підвищення фахового рівня суддівського корпусу та визначено, що неодмінними умовами справедливого судочинства є незалежність, безсторонність та професіоналізм судді [8].

Стосовно ж підвищення кваліфікації, доцільно звернутись до відповідної системи, яка плідно функціонує в Королівстві Іспанія, де з метою забезпечення високого рівня професійності суддівського корпусу передбачено безперервну освіту суддів у таких формах: конгреси; курси; семінари; додаткова освіта; стажування; наради; проведення досліджень з проблеми розвитку юриспруденції; здійснення заходів щодо переходу у спеціалізовані суди; дистанційне навчання.

Враховуючи зазначене, для гарантування належного кваліфікаційного рівня судді в Україні корисним вдається розвиток системи дистанційного навчання та активізація наукових досліджень з питань вдосконалення функціонування судової системи взагалі, її кадрового забезпечення, зокрема. При цьому функції координатора таких досліджень та організатора дистанційного навчання доцільно покласти на Національну школу суддів України, враховуючи ту роль, яку вона виконує у системі судоустрою.

Вирішенню цих завдань сприятиме постійний моніторинг стану розвитку судової системи та чинного законодавства, організацію якого можливо було би здійснити у межах функціонування Національної школи суддів України. Для запровадження системи дистанційного навчання Національна школа суддів України може розробляти програми і пропонувати навчальні курси у рамках, наприклад, Плану підвищення кваліфікації суддів, забезпечуючи таким чином проведення освітніх заходів у націленій на такі завдання співпраці з установами, що спеціалізуються на наданні такої освіти.

Основу якісної підготовки суддів має складати науковий доробок, для чого доцільним є не лише комплектування на посади науково-викладацького складу у вищих навчальних закладах, які готують майбутніх суддів, а також у Національній школі суддів України провідними вченими-юристами, а й розвиток постійної їх взаємодії із судами, зокрема, шляхом участі у роботі науково-консультативних рад, надання методичної допомоги, підготовки науково-практичних коментарів до законодавства. Крім того, до навчального процесу доцільно залучати суддів, які є досвідченими і мають схильність до викладання. У Висновку № 4 (2003) Консультативної ради європейських суддів до уваги Комітету Міністрів Ради Європи щодо належної підготовки та підвищення кваліфікації суддів на національному та європейському рівнях підкреслено важливість здійснення навчання судьями та експертами у кожній дисципліні. Викладачі повинні ретельно відбиратися з числа найкращих у своїй професії органом, відповідальним за навчання, з урахуванням їхнього знання предметів, які викладаються, та навичок викладання (п. 20) [5, с. 117].

Отже, гарантіями належного кваліфікаційного рівня судді доцільно назвати професійну підготовку суддів, організацію такої підготовки. При цьому організація підготовки суддів передбачає підвищення ролі Національної школи суддів України у формуванні навчальних програм підготовки та необхідність її взаємодії із міністерствами, Державною судовою адміністрацією України з метою визначення необхідної кількості кандидатів щодо підготовки, формування змістовної частини навчальних програм. Окремо постають вимоги до викладачів, які мають брати участь у професійній підготовці суддів.

### Л і т е р а т у р а

1. Резолюція 1755 (2010) Парламентської Асамблеї Ради Європи «Функціонування демократичних інституцій в Україні» [Електронний ресурс] // Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. — Режим доступу: [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994\\_a19](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_a19)
2. 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.
3. Про План заходів із виконання обов'язків та зобов'язань України, що випливають з її членства в Раді Європи : Указ Президента України від 12 січ. 2012 р. № 24/2011 // Офіційний вісник України. — 2011. — 28 січ. — С. 810. — Ст. 197.
4. Положення про Порядок підготовки матеріалів щодо проведення добору кандидатів на посаду судді уперше, затверджене рішенням Вищої кваліфікаційної комісії суддів України [Електронний ресурс] // Офіційний веб-сайт Вищої кваліфікаційної комісії суддів України. — Режим доступу: <http://vkksu.gov.ua>
5. Міжнародні стандарти у сфері судочинства. — К. : Істина, 2010. — 488 с.
6. Войтюк І. А. Застосування європейських стандартів при підготовці професійних суддів / І. А. Войтюк // Вісник Верховного Суду України. — 2006. — № 2. — С. 32–37.

7. Судебные системы западных государств / отв. ред. В. А. Туманов. — М. : Наука, 1991. — 240 с.
8. Про Концепцію вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів : Указ Президента України від 10 трав. 2006 р. № 361/2006 // Офіційний вісник України. — 2006. — 24 трав. — С. 23.

#### А н о т а ц і я

**Мельник М. Г. Гарантії належного кваліфікаційного рівня судді: європейський досвід та його імплементація у законодавство України.** — Стаття.

Стаття присвячена визначенню гарантій належного кваліфікаційного рівня судді, враховуючи європейський досвід встановлення та функціонування таких гарантій. Гарантіями визначено професійну підготовку суддів, організацію підготовки. Виокремлено необхідність встановлення вимог до викладачів, які здійснюють підготовку суддів.

*Ключові слова:* гарантії, належний кваліфікаційний рівень, суддя, європейський досвід, імплементація, професійна підготовка, організація.

#### А н н о т а ц и я

**Мельник Н. Г. Гарантии надлежащего квалификационного уровня судьи: европейский опыт и его имплементация в законодательство Украины.** — Статья.

Статья посвящена определению гарантий надлежащего квалификационного уровня судьи, учитывая европейский опыт установления и функционирования таких гарантий. Гарантиями определены профессиональная подготовка судей, организация подготовки. Выделена необходимость установления требований к преподавателям, осуществляющим подготовку судей.

*Ключевые слова:* гарантии, надлежащий профессиональный уровень, судья, европейский опыт, имплементация, профессиональная подготовка, организация.

#### S u m m a r y

**Melnyk M. G. Due judge qualification rate guarantees: European experience and its implementation in the legislation of Ukraine.** — Article.

The article is devoted to defining of due judge qualification rate guarantees taking into account European experience of such guarantees formation and functioning. The guarantees are: judge professional training, organization of training. Necessary of formation of requirements to instructors which realize training of judges is grounded.

*Keywords:* guarantees, due qualification rate, judge, European experience, implementation, professional training, organization.

УДК 342.536

*І. Є. Словська*

## ТЕОРЕТИЧНІ І ПРАКТИЧНІ ПРОБЛЕМИ ОРГАНІЗАЦІЇ ТА ДІЯЛЬНОСТІ УПОВНОВАЖЕНОГО ВЕРХОВНОЇ РАДИ З ПРАВ ЛЮДИНИ

Розвиток демократичних засад функціонування державного апарату є практичною реалізацією ст. 3 Конституції України, яка стверджує людину найвищою соціальною цінністю. Прагнення впровадити кращі зразки світового парламентаризму у вітчизняну практику державного будівництва зумовлює оптимальне вирішення завдань всебічного забезпечення прав і свобод особи. Саме таким цілям слугує діяльність Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини (далі — Уповноважений).

Перманентний процес реформування законодавства з метою вдосконалення правового статусу народного захисника повинен передбачати виважену і науково обґрунтовану зміну нормативних положень згідно з класичними юридичними конструкціями.

Розробку окремих аспектів конституційно-правового інституту Уповноваженого здійснювали В. Б. Барчук, Л. В. Голяк, Г. С. Журавльова, О. О. Майданник, Н. С. Наулік, С. Г. Приходько та інші науковці. Водночас багато проблемних питань є предметом наукових дискусій і потребують подальших досліджень.

*Метою написання статті* є аналіз вітчизняної моделі парламентського омбудсмана та висловлення авторських зауважень з приводу доцільності й конкретних напрямків вдосконалення переліку його прав і обов'язків, процедури та гарантій діяльності.

Уповноважений структурно не входять до системи органів законодавчої установи, хоча пов'язаний з Верховною Радою України тісними організаційними зв'язками [1, с. 44]. Він є класичним взірцем парламентського омбудсмана, оскільки призначається на посаду і звільняється легіслатурою таємним голосуванням шляхом подання бюлетенів. Внесення пропозицій щодо кандидатур здійснює Голова Верховної Ради або

не менше 1/4 парламентаріїв від конституційного складу законодавчої інституції у 20-денний строк з наступного дня після закінчення терміну перебування службової особи на посаді або оголошення результатів голосування, за якими нового претендента не було обрано. Призначеним вважається той кандидат, за якого віддали голоси більшість народних депутатів.

Якщо на посаду Уповноваженого було запропоновано більше ніж два кандидати і жодного не було призначено, проводиться повторне голосування по двох претендентах, які отримали найбільшу підтримку. У разі не набрання кандидатами необхідної кількості голосів, знову проводиться висування кандидатур для призначення [2, ст. 6].

Законодавство містить вимоги, яким повинен відповідати потенційний високопосадовець: громадянство України, досягнення на день обрання 40 років, володіння державною мовою, наявність високих моральних якостей і досвіду правозахисної діяльності, проживання в Україні протягом останніх п'яти років. Особа з непогашеною або незнятою в установленому порядку судимістю не може претендувати на подання своєї кандидатури [2, ст. 5].

Наукові джерела вірно вказують на необхідність подальшого вдосконалення правового статусу вітчизняного омбудсман. Нині не визначені критерії оцінювання моральних якостей претендентів, термін здійснення ними правозахисної діяльності. Очевидно, що вид такої діяльності (адвокатська, судова тощо) особливого значення не має. Проте скасовувати вимогу щодо відповідності кандидата високим моральним цінностям, незважаючи на відносно формальні критерії оцінювання останніх [3, с. 385–386], не варто, оскільки така особа повинна користуватися повагою в суспільстві, бути відомою своїми гідними вчинками. Саме значні особисті досягнення розцінюватимуться як прерогативи в обранні на відповідальну державну посаду.

Особливість діяльності Уповноваженого полягає в тому, щоби захищати права і свободи особи, керуючись не лише Конституцією та законодавством України, але й справедливістю й велінням совісті [4, с. 7]. Тому позитивним є поширення дії нещодавно ухваленого Закону «Про правила етичної поведінки» на функціонування досліджуваної інстанції [5, п. 1 ч. 1 ст. 2].

Доцільно регламентувати обов'язковість набуття кандидатами юридичного фаху, так як забезпечити верховенство права і законну реалізацію повноважень органами держави всіх рівнів без розуміння базових правових понять складно навіть за умов наявності багаторічного досвіду практичної роботи.

Омбудсман — персоніфікована складова державного апарату, від рішень якого залежить об'єктивність, легальність і легітимність парламентського контролю й нагляду за всіма інституціями публічної влади [6, с. 228–229]. Тому функціонування професійної посадової особи повинно не підмінюватися, а лише доповнюватися роботою Секретаріату,

сформованого Уповноваженим для забезпечення власної діяльності [7, п. 1].

П'ятирічний термін каденції розпочинається з дня складення присяги на сесії Верховної Ради України [2, ч. 2 ст. 7]. На думку автора, слід визначити кількісну можливість переобрання Уповноваженого і прямо регламентувати обіймання посади не більше двох термінів підряд. Подібні новації дозволять уникнути політичної заангажованості чиновника, «зростання» з бізнес структурами і неприхованого лобювання їхніх інтересів. Крім того, обмеження терміну каденції надасть реальні шанси іншим гідним кандидатам претендувати на високу посаду.

Службова діяльність провадиться на підставі відомостей про порушення прав і свобод людини й громадянина, отриманих за зверненнями фізичних осіб чи їх представників, парламентаріїв та власною ініціативою. Такий спосіб надходження інформації є надзвичайно позитивним, оскільки об'єднує всі загально визнані форми одержання скарг службою омбудсмана.

При розгляді письмових звернень Уповноважений відкриває провадження у справі про порушення прав і свобод людини й громадянина; роз'яснює заходи, що їх має вжити суб'єкт подання; направляє звернення за підвідомчістю до належного органу публічної влади; відмовляє в розгляді звернення [2, ст. 16, ч. 2–3 ст. 17]. Очевидно, що діяльність Уповноваженого має місце на кожній із стадій забезпечення прав особи — закріплення, реалізації, охорони, захисту і відновлення [8, с. 10]. Більш того, наглядові повноваження реалізуються у сфері функціонування всього механізму держави, тобто охоплюють роботу органів публічної влади й інститутів громадянського суспільства.

Незважаючи на значний перелік прав омбудсмана [2, ст. 13], неперервність його діяльності в разі припинення функціонування Верховної Ради, введення воєнного або надзвичайного стану в Україні чи окремих її місцевостях [2, ч. 4 ст. 4], обов'язки співпраці з боку інститутів держави і громадянського суспільства [2, ст. 22], цей орган державної влади лише доповнює існуючі форми захисту конституційних прав і свобод особи, не підміняючи їх. Акти реагування народного захисника не тягнуть перегляду рішень інших державних інститутів [2, ч. 2 ст. 4], а звернення зацікавленої особи до суду з позовом, заявою або скаргю зупиняє вже розпочатий омбудсманом розгляд справи [2, ч. 4 ст. 7]. Вищесказане заперечує висловлені окремими науковцями твердження про першорядне значення інституту Уповноваженого як засобу охорони й захисту прав і свобод людини та громадянина [6, с. 231].

Дійсно, функціонування народного захисника свідчить про прагнення України побудувати демократичну, соціальну і правову державу згідно із загальносвітовими стандартами правозабезпечувального механізму. Але подібне нововведення в структурі державного апарату збагачує й удосконалює вже існуючі організаційно-правові форми здійснення державного контролю за недоторканністю конституційних прав і свобод [9, с. 14].

Варто підтримати пропозицію науковців щодо запровадження посад представників Уповноваженого в регіонах та за окремими напрямками (сферами) здійснення наглядової діяльності, так званих спеціалізованих омбудсманів — з прав жінок, військових, юстиції, споживачів тощо [10, с. 448; 11, с. 15]. Зокрема, з метою здійснення постійного моніторингу додержання конституційних прав дитини і виконання Україною міжнародних зобов'язань у цій сфері при Президентові було запроваджено посаду Уповноваженого з прав дитини [12, п. 3].

Переконані, що подібні державні інституції повинні формувати єдину структуру служби парламентського Уповноваженого. Така модель дозволить уникнути «розпорошення» функцій нагляду за додержанням прав особи між різними гілками влади та органами, що їх формують. Основними завданнями спеціалізованих омбудсманів слід декларувати збір інформації про можливі порушення прав людини і громадянина; співпрацю з органами публічної влади та інститутами громадянського суспільства, які правомочні надати необхідні матеріали, сприяти у відновленні порушених можливостей і запобіганні повторенню потенційних загроз; постійний моніторинг ситуації із забезпечення прав і свобод, обробку статистичних даних та їх передачу до центрального офісу Уповноваженого. Реформування інституту вітчизняного омбудсмана лише оптимізує виконання його соціального призначення.

Звичною формою реагування на виявлені порушення є конституційне подання і подання Уповноваженого. Конституційне подання — це акт реагування до Конституційного Суду України з приводу конституційності правових актів парламенту, Глави держави, Кабінету Міністрів Автономної Республіки Крим, а також офіційного тлумачення Конституції і законів України. З поданням Уповноважений звертається до органів публічної влади, об'єднань громадян, підприємств, установ, організацій незалежно від форми власності, їх посадових і службових осіб для вжиття відповідних заходів у місячний строк щодо усунення виявлених порушень прав й свобод особи [2, ст. 15].

Кодекс України про адміністративні правопорушення [13, ст. 188-19] передбачає санкції за невиконання законних вимог Уповноваженого, створення перешкод у його роботі, надання завідомо неправдивої інформації і недодержання встановлених законодавством строків представлення матеріалів. Проте диспозиція статті не розкриває поняття «законна вимога», яке взагалі відсутнє в спеціальному Законі. Як наслідок, відповідальність у вигляді накладення штрафних санкцій регламентована за невиконання як проміжних вказівок (подання необхідної для здійснення перевірки інформації, допуск у приміщення тощо), так і остаточних за результатами проведеної перевірки.

Необхідно диференціювати обсяг грошових стягнень за невиконання підсумкового акта реагування і вимог в процесі здійснення контрольних функцій. Тому за перешкоджання роботі омбудсмана доцільно зберегти накладення штрафу від десяти до двадцяти п'яти неоподатко-



уваних мінімумів доходів громадян. А за невиконання подання як акта реагування, внаслідок чого були заподіяні незначні збитки, слід запровадити адміністративний штраф від сорока до ста неоподатковуваних мінімумів.

З метою посилення контрольних повноважень і надання їм реальної ваги Уповноважений повинен накладати адміністративні штрафи самостійно за власним рішенням, яке не потребує подальшого санкціонування іншими органами держави, зокрема судом.

Невиконання службовими особами законних вимог омбудсмана незалежно від стадії провадження справи, внаслідок чого була нанесена істотна шкода охоронюваним законом правам або інтересам окремих фізичних осіб, в залежності від об'єктивної сторони злочину слід застосовувати заходи кримінального переслідування — арешт, виправні роботи, обмеження волі, позбавлення волі, позбавлення права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю тощо [14, ст. 364–367]. Проте зміцненню авторитету і владних повноважень єдиного органу парламентського контролю за дотриманням прав й свобод особи слугуватиме доповнення Кримінального кодексу України спеціальною статтею про відповідальність за невиконання його подання. Її диспозиція і санкція повинні нагадувати зміст ст. 382 КК України — невиконання судового рішення.

Варто запровадити кримінальні санкції за посягання на особисту безпеку Уповноваженого, перешкоджання проведенню ним інспекційних заходів по аналогії з чинними ст. ст. 377, 378, 383–387 КК України. Вдосконалена система гарантій діяльності сприятиме зростанню престижу вітчизняної служби омбудсмана, запобіганню номінальності його актів реагування.

Дієвим засобом інформування органів публічної влади і громадськості з результатами роботи народного представника є щорічні й спеціальні доповіді на пленарних засіданнях Верховної Ради України [2, ст. 18], розміщення матеріалів про останні новини, заяви в засобах масової інформації, звернення громадян тощо на офіційному сайті [15], друк окремими виданнями публічних виступів [4; 16–19]. Проте протягом останніх років збірники доповідей не друкуються, що пов'язано, вірогідно, з дефіцитом фінансування.

**Висновки.** В цілому, можна підсумувати, що захист прав і свобод людини й громадянина в умовах нестабільної політичної, соціально-економічної ситуації є досить складною, проте актуальною проблемою. Вирішуючи її в межах конституційних повноважень, Уповноважений розв'язує важливі питання державного будівництва. Лише гарантовані права особистості є запорукою становлення правової держави і позитивного сприйняття населенням державної влади. Тому слід акцентувати, що висвітлена тематика слугуватиме фундаментом подальшого розвитку наукових ідей та їх нормативного впровадження у практику вітчизняного парламентаризму.

## Л і т е р а т у р а

1. Журавльова Г. С. Форми та методи парламентського контролю / Г. С. Журавльова // Вісник Запорізького національного університету. Юридичні науки. — 2009. — № 2. — С. 41–47.
2. Про Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини : Закон України від 23 груд. 1997 р. [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. — Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua>
3. Барчук В. Б. Вдосконалення правового статусу Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини / В. Б. Барчук // Парламентаризм в Україні: теорія і практика : матеріали міжнар. наук.-практ. конф. — К. : Ін-т законодавства Верховної Ради України, 2001. — С. 384–388.
4. Карпачова Н. І. Стан дотримання та захисту прав і свобод в Україні : доп. Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини / Н. І. Карпачова. — К., 2008. — 400 с.
5. Про правила етичної поведінки : Закон України від 17 трав. 2012 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua>.
6. Майданник О. О. Парламентський контроль в Україні / О. О. Майданник. — К. : Нац. пед. ун-т ім. М. П. Драгоманова, 2004. — 320 с.
7. Про Секретаріат Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини : Положення, затв. Уповноваженим Верховної Ради України з прав людини від 19 лип. 2005 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : [http://search.ligazakon.ua/l\\_doc2.nsf/link1/MUS4119.html](http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/MUS4119.html)
8. Барчук В. Б. Уповноважений Верховної Ради України з прав людини як суб'єкт національної безпеки України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.02. / В. Б. Барчук. — К., 2006. — 19 с.
9. Голяк Л. В. Інститут спеціалізованого омбудсмена : світовий досвід організації та діяльності : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.02. / Л. В. Голяк. — К., 2010. — 20 с.
10. Приходько С. Г. Шляхи вдосконалення інституту омбудсмена в Україні / С. Г. Приходько // Парламентаризм в Україні: теорія і практика : матеріали міжнар. наук.-практ. конф. — К. : Ін-т законодавства Верховної Ради України, 2001. — С. 446–450.
11. Наулік Н. С. Інститут омбудсмена в Україні та Республіці Польща: порівняльне дослідження : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.02. / Н. С. Наулік. — К., 2007. — 19 с.
12. Про Уповноваженого Президента України з прав дитини : Положення, затв. Указом Президента України від 11 серп. 2011 р. [Електронний ресурс] // Офіційне інтернет-представництво Президента України. — Режим доступу : [http://www.president.gov.ua/content/up\\_pr\\_dyt.html](http://www.president.gov.ua/content/up_pr_dyt.html)
13. Кодекс України про адміністративні правопорушення від 7 груд. 1984 р. [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. — Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua>
14. Кримінальний кодекс України від 5 квіт. 2001 р. [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. — Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua>
15. Офіційний веб-сайт Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.ombudsman.gov.ua>
16. Карпачова Н. І. Стан дотримання та захисту прав і свобод людини в Україні : перша щоріч. доп. Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини / Н. І. Карпачова. — К. : Книжкова друк. «Наукової книги», 2000. — 377 с.
17. Карпачова Н. І. Стан дотримання та захисту прав і свобод людини за кордоном : спец. доп. Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини / Н. І. Карпачова. — К. : ПЦ «Інтертехнологія», 2002. — 192 с.
18. Карпачова Н. І. Стан дотримання та захисту прав і свобод людини в Україні : доп. Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини / Н. І. Карпачова. — К. : ТОВ «АДЕФ-Україна», 2004. — 529 с.

19. Карпачова Н. І. Стан дотримання та захисту прав і свобод людини в Україні: доп. Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини / Н. І. Карпачова. — К., 2006. — 374 с.

#### А н о т а ц і я

**Словська І. Є.** Теоретичні і практичні проблеми організації та діяльності Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини. — Стаття.

У статті комплексно розглянуто правову природу інституту омбудсмена: функції, місце в механізмі держави, порядок формування та форми діяльності. Сформульовано низку конкретних пропозицій щодо подальшого вдосконалення нормативно-правової основи статусу Уповноваженого Верховної Ради з прав людини з метою підвищення ефективності його контрольно-наглядової і правозахисної діяльності.

*Ключові слова:* омбудсман, Уповноважений Верховної Ради України з прав людини, порушення прав людини, забезпечення прав людини.

#### А н н о т а ц и я

**Словская И. Е.** Теоретические и практические проблемы Уполномоченного Верховной Рады Украины по правам человека. — Статья.

В статье комплексно рассмотрена правовая природа института омбудсмена: функции, место в государственном механизме, процедура формирования и формы деятельности. Сформулирован ряд конкретных предложений по дальнейшему совершенствованию нормативно-правовой основы статуса Уполномоченного Верховной Рады Украины по правам человека с целью повышения эффективности его контрольно-надзорной и правозащитной деятельности.

*Ключевые слова:* омбудсман, Уполномоченный Верховной Рады по правам человека, нарушение прав человека, обеспечение прав человека.

#### S u m m a r y

**Slovaska I.** Theoretical and practical problems of organization and activity of Human Rights Commissioner of Supreme Soviet of Ukraine. — Article.

The article is devoted to the comprehensive research that examines the legal nature of the institute of ombudsman: functions and its place in the system of state authorities, order of formation and forms of activity. Contains concrete suggestions towards further improvement of the legal basis of Human Rights Commissioner of Supreme Soviet of Ukraine status aiming at strengthening the effectiveness of his control, supervision and law-protection activities.

*Keywords:* ombudsman, Human Rights Commissioner of Supreme Soviet of Ukraine, violation of human rights, human rights protection.

УДК 342.7(0758)

*П. Рабінович***ОСНОВОПОЛОЖНІ ПРАВА ЛЮДИНИ:  
СУЧАСНІ ПОЗИЦІЇ ПРАВОСЛАВНИХ ЦЕРКОВ  
РОСІЇ ТА УКРАЇНИ**

**Вступні зауваги.** Взаємозв'язки права (зокрема, основоположного, «природного» права людини на вибір і вільне вираження світогляду) та релігії, взаємовпливи різноманітних конфесій та національних державно-юридичних систем неодноразово досліджувались у сучасній українській загальнотеоретичній юриспруденції [1–4]. Нового імпульсу для подальших таких наукових пошуків надає ухвалена протягом останнього десятиріччя вищими інстанціями православних церков у деяких країнах СНД низка документів, присвячених висвітленню ставлення цієї гілки християнства до проблематики прав людини. Прийняття цих документів не є випадковим.

Як відомо, актуалізація означеної проблематики нині становить одну із сучасних тенденцій світового розвитку, у тому числі — розвитку суспільствознавства.

Не реагувати так чи інакше на неї, начеби не помічати її не можуть, зокрема, й керівні органи традиційних конфесій. Адже кожна з них, прагнучи не тільки бодай зберегти, але й збільшити кількість своїх прихильників, змушена шукати й пропонувати свої, суто релігійні, відповіді на ті нагальні проблеми, на ті новітні виклики, з якими зіштовхується нинішнє покоління людей — як тих, хто релігійно вірить, так і тих, хто нерелігійно вірить (зокрема, й атеїстів).

Ось і православні церкви в Росії та Україні на початку третього тисячоліття н.е. теж звернулись безпосередньо до праволюднинної проблематики та у серії документів виклали свою позицію стосовно основоположних прав людини та їх реалізації. До таких документів належать насамперед: Основи соціальної концепції Руської Православної Церкви, ухвалені її Архієрейським Собором 16 серпня 2000 року [5] (далі — ОСК), Декларація про права і гідність людини, прийнята X Всесвітнім

Руським Народним Собором 6 квітня 2006 року, та Основи вчення Руської Православної Церкви про гідність, свободу і права людини, ухвалені її Архієрейським Собором 27 червня 2008 року [6] (далі — Основи вчення). Для адекватного розуміння останнього документа важливе значення має виголошена на Архієрейському Соборі доповідь тодішнього Митрополита Смоленського і Калінінградського (нині — Патріарха Московського і всієї Русі) Кирила, в якій обґрунтовувався проект Основ вчення [7] (далі — Доповідь).

Відомий вчений В. А. Бачинин, коментуючи присвячену значною мірою проблемі прав людини попередню доповідь Митрополита Кирила на X Всесвітньому Руському Народному Соборі, відзначає: «Вже сам той факт, що Руська Православна Церква в особі одного з її вищих ієрархів взяла на себе працю висловитися з цієї проблеми, став подією абсолютно небувалою. За всю російську історію це був перший випадок публічного декларування церковної позиції стосовно проблеми, яка ніколи не входила до кола теоретичних інтересів руських православних богословів і, тим більше, церковних ієрархів» [8].

В усіх названих документах основну увагу приділено, ясна річ, саме праволюдниній тематиці. Звертає на себе увагу і те, що у них використані й суто юридичні терміно-поняття, як-от: «юридична система», «законодавчі норми», «законодавча ініціатива», «правові акти», «законність», «судові рішення», «правовий нігілізм» та ін. Принципово важливою є й та обставина, що у цих джерелах відображено позиції сучасного православ'я (передовсім в особі Руської Православної Церкви) (далі — РПЦ) стосовно взаємовпливів основоположних («природних») прав і позитивного, державно-юридичного права, з одного боку, та православ'я, з іншого. Тому такі документи не можуть лишатись поза увагою загальнотеоретичного праводержавознавства.

Суттєвим є також і те, що проблематика прав людини нині становить, якщо можна так висловитись, той «лакмусовий папірець», котрий, можливо, вельми рельєфно виявляє соціальну значимість сучасного православ'я (а втім, і будь-якої іншої релігії).

Отож з цих причин, а також відгукуючись на заклик РПЦ до «вивчення й обговорення» Основ вчення, спробуємо проаналізувати насамперед останній документ, оскільки вона вважала його головним завданням «нагадати основні положення християнського вчення про людину й оцінити теорію прав людини та її здійснення у житті» (преамбула).

**Праволюднинні позитиви у доктрині РПЦ.** Передовсім слід відзначити, що в Основах вчення більш-менш адекватно відтворено назви, основні різновиди та й, зрештою, зміст фундаментальних прав і свобод людини. Тут йдеться і про певні фізичні, особистісні («громадянські») та політичні права (зокрема, на життя, свободу совісті, свободу слова), і про права соціально-економічні, а також про колективні права. Подекуди зазначаються також підстави для можливого обмеження прав люди-

ни (скажімо, необхідність захисту Батьківщини, збереження моральності, охорона здоров'я і законних інтересів громадян, попередження або розкриття злочинів і здійснення правосуддя (Основи вчення, п. IV.7). Неважко помітити, що останні твердження збігаються із відповідними положеннями всесвітніх та європейських міжнародних актів з прав людини стосовно обмежень таких прав.

У преамбулі Основ вчення прямо констатується глобальність, повсюдність інституту прав людини в сучасних умовах. І у Доповіді визнавалось, що «права людини — це та реальність, з якою нам доводиться мати справу, хочемо ми того чи ні. Сучасна людина не тільки живе в рамках суспільно-державних інститутів, заснованих на правах людини, але й відчуває на собі вплив світогляду, породженого цією ідеєю».

Важливим є й те, що у цьому документі чітко наголошується на тому, що гідність людини, її права органічно поєднуються з її відповідальністю, з виконанням нею обов'язків перед іншими (Основи вчення, пункти 1.2, 1.5, III.4, IV.9).

Заслужовує на безумовну підтримку виголошений в Основах вчення намір РПЦ «...ревно — не тільки на словах, але й на ділі — піклуватись про збереження прав і гідності людини», тим більше, що «у сучасному світі права людини нерідко порушуються, а її гідність нехтується не тільки державною владою, але й транснаціональними структурами, суб'єктами економіки, псевдорелігійними групами, терористичними та іншими злочинними угрупованнями» (пункт V.2).

Прикметною особливістю Основ вчення є пряме визнання у них світськості, секулярності інституту основоположних прав людини. Адже тут офіційно визнано, що ідея прав людини та й самі ці права конституційовані не Богом, не належать до явищ боговстановлених (Основи вчення, пункт III.2), а як, констатовано у Доповіді, *запозичені* «у західних народів на особливому світоглядному ґрунті й за особливих історичних умов». Більше того: у ній вони визнаються «інородними» стосовно православної традиції. У Доповіді відверто виголошується таке: «Не можна стверджувати, що права людини є божественним установленням»; насправді їх «вийнашли люди».

У зв'язку з цим не можна не відзначити, що це положення явно суперечить ОСК, де зазначалось, що ідея невід'ємних прав людини «заснована на біблійному вченні про людину» (ОСК, пункт IV.6). (Навряд чи є випадковим і те, що серед самих розробників Основ вчення виявились, як сказано у Доповіді, «різномислення» в процесі підготовки цього документа.

Втім, у розглядуваному документі водночас стверджується, що для РПЦ опікування правами людини, правозахисна діяльність не є якимось новшеством, що цією діяльністю вона займалася зі «стародавніх часів» (Основи вчення, пункт V.1, Доповідь).

То чим же можна пояснити, що вже невдовзі після офіційного визнання (в ОСК) боговстановленості прав і свобод людини у керівництві РПЦ

взяла гору протилежна позиція: вони мають не божественне, а суто людське походження?

З огляду на загалом досить скептичну налаштованість Основ вчення щодо сучасної секулярної концепції прав людини (це буде продемонстровано далі), відповідь на поставлене запитання напрошується така: означена зміна позиції РПЦ, можливо, зумовлена прагненням її нинішнього керівництва послабити внутрішньорелігійні концептуальні перепони для критики такої концепції.

Щойно схарактеризована радикальна трансформація поглядів РПЦ стосовно одного з надто важливих аспектів вчення про людину спричинила й низку інших суперечностей та, як видається, дещо однобічних оцінок, які можна побачити в Основах вчення. Спробуємо розглянути їх детальніше.

Так, не можна не звернути увагу на те, що прогресивне, загальногуманістичне значення інституту основоположних прав людини якщо й визнається в Основах вчення, то досить стримано, так би мовити, глухо. (Хіба що не єдиний наведений у цьому документі приклад схвальної оцінки прав людини стосується лише тієї історичної ситуації, коли посилення на них використовувалось задля протестування РПЦ проти певних утисків православної церкви за радянських часів).

В Основах вчення ані словом не згадані й не оцінені позитивно фундаментальні складові Міжнародного білля про права людини (зокрема, Загальна декларація прав людини 1948 року, Міжнародні пакти ООН з прав людини 1966 року, Європейська конвенція про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року та інші джерела міжнародних стандартів таких прав). І чи не тому, що у жодному з них не згадується Бог чи інший позасоціумний «творець» прав людини?

Натомість найбільшу увагу в Основах вчення приділено тим ситуаціям, коли між такими стандартами (більшість яких відтворено у конституційному й біжучому законодавстві Росії, України та інших демократичних держав) та настановами православ'я (ясна річ, в їх ортодоксальній інтерпретації РПЦ) спостерігаються змістовні розбіжності. У таких випадках Церква вимагає керуватися її традиційними релігійними позиціями, навіть якщо б це призвело до ігнорування тих прав людини, які закріплені у згаданих стандартах і, відповідно, у національному законодавстві. Адже, за її уявленнями, не положення християнської релігії слід гармонізувати зі стандартами прав людини, а навпаки: останні треба узгоджувати з нею (Основи вчення, п. III.1; III.2). Одне слово, релігія має вивищуватись над правами людини. Їх теорія та практика здійснення декотрих з них можуть нести, на погляд РПЦ, небезпеку, шкоду православ'ю (п. II.2).

**Проблема суперечностей.** Така позиція РПЦ спричинилася до низки очевидних суперечностей при викладі в Основах вчення деяких праволудинних сюжетів. Так, РПЦ, з одного боку, визнає свободу вибору світогляду, свободу думок (Основи вчення, п. IV.3, IV.5, V.2, V.4), але,

з іншого боку, вона досить категорично виключає свободу вибору світогляду безрелігійного, вважаючи його мало не гріховним, бездуховним (Доповідь). Адже Церква не погоджується з таким світобаченням, яке в центр усього суцього ставить людину, а не Бога (ОСК, п. VII.4).

Далі. РПЦ, з одного боку, визнає полікультурність і поліконфесійність різних народів, різноманітних соціальних угруповань (Основи вчення, п. III.4, IV.1, IV.5). Водночас вона, з іншого боку, вважає єдино правильною лише свою — православну — ідеологію (Основи вчення, п. IV.3, V.1, V.2). РПЦ претендує (втім, як і будь-яка інша релігія) на роль безпомилкового, безальтернативного, безапеляційного інтерпретатора моральності, добра і зла. Певну суперечність у позиції РПЦ можна побачити й у тому, що, з одного боку, вона стверджує про наявність «вічного моральнісного закону» (Основи вчення, п. III.2); проте, з іншого, визнає необхідність перетлумачування його конкретного змісту, наповнення відповідних термінів актуальним змістом, зумовленим сучасними умовами. Як відзначається у Доповіді, «завдання полягало у тому, аби сформулювати незмінні євангельські істини на тій мові, яка сьогодні є зрозумілою для багатьох людей». (Там же, до речі, прямо визнається, що навіть численні терміни православного богослов'я свого часу було запозичено з еллінської філософії, але згодом наповнено «християнським благовістям»). Тут не можна не побачити неявного звернення до герменевтичних механізмів *переінтерпретації* певних понять, спричиненої необхідністю їх пристосування до соціальних змін, до нових умов і обставин.

Коли ж в Основах вчення йдеться про національне законодавство, то здебільшого згадується лише таке, яке дозволяє поведінку, що зазвичай забороняється канонами православ'я, вважається ним гріховною (зокрема, вчинення абортів, який названо «безумовно порочним явищем» (п. II.2), використання контрацептивних засобів). Але водночас зовсім не згадуються ті державні закони, якими встановлені пільгові для релігійних організацій юридичні режими у певних відносинах (майнових, земельних, податкових). Внаслідок цього і створюється досить однобічна картина: законодавство виглядає лише як соціальний опонент, так би мовити, соціальний антагоніст православної релігії, який «провокує» гріховність, а ось інша сторона взаємовідносин релігії і закону, — коли останній виступає, у певному сенсі, її соціальним спонсором, — оминається, замовчується. Такий підхід складно узгодити з вимогою РПЦ до християн «бути законотворчими громадянами земної батьківщини» (ОСК, IV.1).

Досить специфічним видається виражене в Основах вчення ставлення РПЦ до проблеми смертної кари. У документі відзначається, що в «історичному спадку» Православної Церкви «немає вказівок про необхідність скасування смертної кари», що Церква ніколи не заперечувала проти такого покарання (Основи вчення, п. IV.2). Отож складається враження, що РПЦ підтримує, як відомо, поширене серед населення



Росії уявлення про недоцільність скасування смертної кари, яке поки що втілено у чинному Кримінальному кодексі РФ. Варто відзначити, що у цьому питанні підхід РПЦ не відповідає позиції Всесвітньої Ради Церков, відображеної, зокрема, у Заяві її Виконавчого комітету (26 вересня 2008 р.) з нагоди 60-річчя Загальної декларації прав людини [9].

Чим же можна пояснити наявність зазначених невідповідностей у підходах РПЦ до проблематики основоположних прав людини?

Першою причиною видається цілком зрозуміле побоювання того, що внаслідок об'єктивно зумовлених духовно-ідеологічних процесів, які відбуваються у Росії й в інших країнах, там постане «нова безбожна ідеологія». (Останній вираз прозвучав у виступі нинішнього очільника Відділу зовнішньо-церковних зв'язків Московського Патріархату Митрополита Волоколамського Іларіона 23 червня 2010 р. у Християнській богословській академії у Варшаві під час презентації польськомовного видання книги Патріарха Кирила «Свобода і відповідальність: у пошуках гармонії. Права людини і гідність особи» [10]).

Другою ж причиною можна вважати те, що РПЦ намагається пригальмувати сучасні процеси (як висловлюються деякі фахівці) «внутрішньої секуляризації» православ'я, «християнського вольнодумства», зростання серед православних кількості «номінальних християн» [11, с. 8–9].

**Позиція УПЦ Київського патріархату.** Що ж до України, то справді самостійною, незалежною в організаційному плані інституцією православної конфесії тут нині є Українська Православна Церква Київського Патріархату (далі — УПЦ КП). Своє ставлення до праволюдності тематики вона поки що не виголошувала у спеціальному документі. Проте окремі положення з цього питання можна зустріти, наприклад, в ухваленій її Помісним Собором у січні 2001 року Декларації «Церква і світ на початку третього тисячоліття» [12] (далі — Декларація). У ній, зокрема, визнається, що у ХХ ст. відбулась секуляризація суспільства, внаслідок чого релігія, як світогляд і як інститут, остаточно втратила свою роль у політичній, соціальній і культурній сферах, що «європейська культура пішла шляхом нехристиянського гуманізму» і що «всі сфери громадського і культурного життя почали розвиватися під гаслом «свободи» і «прав людини» (п. II.1; II.3). Ця ситуація викликає незадоволення УПЦ КП, оскільки «безрелігійний європейський гуманізм відкинув Бога» і, отже, «конфлікт між секулярною ідеологією та християнською релігією триває» (Декларація, п. II.9; II.10).

Якщо у цьому документі і згадуються легалізовані державою основоположні права людини, то знову ж лише такі, здійснення яких суперечить фундаментальним канонам християнства. Стверджується, зокрема, що сучасні держава і суспільство дозволяють «вірити у що завгодно», а це «призводить до плюралізму і до релігійного поліморфізму» (п. II.5); дозволяють православній людині брати шлюб з нехристиянином (п. II.3); вчиняти (за певних умов) аборти, вживати контрацептиви (п. IV.7). Такі

державні дозволи Церквою, ясна річ, аж ніяк не схвалюються. Натомість декларується, що тільки християнська релігія «єдина може дати відповідь на питання людини...про її ставлення до інших людей» (п. II.9).

А наприкінці Декларації висловлюється сподівання на те, що європейська цивілізація повернеться до того, аби «у центрі історії і буття» було поставлено не людину, а Бога (п. XVI.11)...

В іншому документі УПЦ КП — Декларації її Помісного Собору «Про духовне відродження українського суспільства в умовах глобалізації світу», ухваленій у 2004 році, засуджується гендерна рівність, «яка призвела до фемінізму». Тут висловлюється категоричне заперечення проти поширення у суспільній свідомості уявлення про «рівнозначність усіх релігій» та проти утвердження «позаконфесійної духовності». А на адресу віруючих формулюється така настанова, що, «спілкуючись з ближніми, християнин повинен дотримуватися не секулярних, а християнських стандартів поведінки» [13].

Отже, хоча погляди УПЦ КП стосовно прав людини висвітлено в її документах лише фрагментарно, несистемно, вони, однак, принципово не відрізняються від сучасних підходів РПЦ до розглядуваної проблематики.

**Основні висновки.** Аналіз новітніх документів основних православних церков Росії й України, так чи інакше присвячених проблематиці основоположних прав і свобод людини, дає підставу резюмувати так:

1. Сучасне православ'я (уособлене вищими інстанціями РПЦ та УПЦ КП) вперше лише на початку XXI ст. сформувало й оприлюднило свою офіційну позицію з означеного питання. Ця позиція (оцінка) відзначається помітною неоднозначністю: констатуючи світову поширеність ідеї, концепції та практики забезпечення й захисту прав і свобод людини, православна церква вбачає у цьому не стільки загальноцивілізаційне досягнення, надбання людства, скільки загрозу деяким фундаментальним постулатам християнства. А останні мають бути, з цієї погляду церкви, вищими від ідеології прав людини.

2. Такий підхід до обговорюваної проблематики спричинив низку серйозних суперечностей — як «внутрішніх» (між окремими положеннями відповідних документів згаданих церков), так і «зовнішніх» (між деякими положеннями цих документів та стандартами прав людини, закріпленими у всесвітніх і європейських міжнародних актах (а відповідно, й у національному законодавстві сучасних демократичних держав). Внаслідок цього православні віруючі у деяких випадках можуть опинитись у непростій ситуації поведінкового вибору між релігійними та юридичними настановами стосовно здійснення своїх основоположних та конституційних прав.

3. З огляду на все викладене вище, загальна наукова оцінка позиції Православної Церкви щодо поширеної доктрини і практики здійснення основоположних та конституційних прав людини і громадянина теж, як видається, навряд чи може бути однозначною. Так, слід насамперед

віддати належне тим позитивним крокам, які ця Церква здійснила «назустріч» означеній проблематиці, задекларованим її керівними інстанціями намірам поважати та захищати більшість таких прав. Проте водночас не можна не зауважити, що в її документах містяться й деякі положення, які, мабуть, не сприятимуть реалізації, охороні та захисту декотрих з таких прав.

4. Майбуття православ'я (як, зрештою, й будь-якої іншої релігії) тепер значною мірою визначатиметься її ставленням до проблематики основоположних прав людини. Є підстави припускати, що Православним Церквам і в Україні, і в Росії, — оскільки вони намагатимуться зберегти свої позиції в суспільстві, — скоріше за все, не уникнути суттєвого коректування їхніх сучасних поглядів на цю проблематику (подібно до того, як це зробила свого часу католицька церква). Так чи інакше заслуговує на зацікавлене обговорення прогностична теза відомого українського релігієзнавця А. М. Колодного про те, що «якщо Православ'я не переживе своє аджорнаменто, то в третьому тисячолітті воно перетвориться на релігійну меншину. На одній лише традиції ХХІ сторіччя йому не прожити» [11, с. 11].

5. Результати викладеного у цій статті дослідження вкотре засвідчують, що проблема меж, обсягу і практичної реалізації прав людини залишається — як і раніше — однією з найбільш актуальних в юридичній теорії та практиці.

### Л і т е р а т у р а

1. Рабінович П. М. Право людини на свободу віровизнання та проблеми його державного забезпечення / П. М. Рабінович // Свобода віровизнання. Церква і держава в Україні. — К., 1996 ; Рабінович П. М. Свобода віровизнання: філософсько-правові та державно-юридичні аспекти / П. М. Рабінович // Вісник Академії правових наук України. — 2001. — № 2.
2. Ярмол Л. В. Свобода віросповідання: юридичне забезпечення в Україні (загальнотеоретичне дослідження) / Л. В. Ярмол. — Л., 2006. — 192 с.
3. Рабінович С. П. Права людини у природно-правовій думці католицької церкви (за матеріалами соціальної доктрини католицизму) / С. П. Рабінович. — Л., 2004. — 198 с.
4. Вовк Д. О. Право і релігія: загальнотеоретичні проблеми співвідношення / Д. О. Вовк. — Х., 2009. — 224 с.
5. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [www.mospat.ru/documents/social-concepts](http://www.mospat.ru/documents/social-concepts)
6. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [www.mospat.ru/dignitu-freedom-rights](http://www.mospat.ru/dignitu-freedom-rights)
7. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [www.mospat.ru/archive/41595/htm/](http://www.mospat.ru/archive/41595/htm/)
8. Бачинин В. А. Християнство — демократія — контрдемократія (російська модель взаимоотношений) / В. А. Бачинин // Личность. Культура. Общество. — 2008. — Вып. 3–4. — С. 95.
9. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [www.oikoumene.org/en/resources/documents.html](http://www.oikoumene.org/en/resources/documents.html).
10. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [mospat.ru/ru/2010/06/24/news\\_20814/](http://mospat.ru/ru/2010/06/24/news_20814/)
11. Колодний А. М. Релігійне сьогодення України: роздуми, оцінки і прогнози (тематична збірка вибраних статей і тез) / А. М. Колодний. — К., 2009.

12. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : [www.risu.org.ua/ukr/resources/religdoc/uoskr\\_doc/uoskr\\_socdoc](http://www.risu.org.ua/ukr/resources/religdoc/uoskr_doc/uoskr_socdoc).
13. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : [www.risu.org.ua/ukr/resources/religdoc/uoskr\\_doc/uoskr\\_councildeclaration/](http://www.risu.org.ua/ukr/resources/religdoc/uoskr_doc/uoskr_councildeclaration/)

#### А н о т а ц і я

**Рабинович П.** Основоположні права людини: сучасні позиції православних церков Росії та України. — Стаття.

У статті на основі вивчення серії документів РПЦ і УПЦ Московського і УПЦ Київського патріархату висвітлюються позиції цих релігійних інституцій щодо фундаментальних прав людини. Обґрунтовується висновок про неоднозначність оцінки цих позицій у світлі існуючих нині міжнародних стандартів таких прав.

*Ключові слова:* основоположні права людини, Російська православна церква, Українська православна церква Московського патріархату, Українська православна церква Київського патріархату.

#### А н н о т а ц и я

**Рабинович П.** Основопологающие права человека: современные позиции православных церквей России и Украины. — Статья.

В статье на основе изучения серии документов РПЦ и УПЦ Московского и УПЦ Киевского патриархата освещаются позиции этих религиозных институций относительно фундаментальных прав человека. Обосновывается вывод о неоднозначности оценки этих позиций в свете существующих ныне международных стандартов таких прав.

*Ключевые слова:* основоположные права человека, Российская православная церковь, Украинская православная церковь Московского патриархата, Украинская православная церковь Киевского патриархата.

#### S u m m a r y

**Rabinowitz P.** Fundamental human rights: modern approaches of orthodox churches of Russia and Ukraine. — Article.

The article based on the study of a series of documents of the ROC and the UOC of Moscow Patriarchate and the UOC of Kiev Patriarchate highlights the positions of the religious institutions regarding fundamental human rights. The ambiguity of these positions in the light of present-day international standards of such rights is proved.

*Keywords:* fundamental human rights, the Russian Orthodox Church, the Ukrainian Orthodox Church of the Moscow Patriarchate, the Ukrainian Orthodox Church of the Kiev Patriarchate.

УДК 341.231.14:342.731

*Н. А. Зелинская*

**СВОБОДА СОВЕСТИ И СОВЕСТЬ СВОБОДЫ:  
К ВОПРОСУ О ДИФФАМАЦИИ РЕЛИГИЙ  
И ЗАЩИТЕ РЕЛИГИОЗНЫХ ЧУВСТВ ВЕРУЮЩИХ**

«5 декабря 1931 г. в центре Москвы несколько раз прогремел жуткий гром. Ровно в 12 часов дня раздался первый взрыв: рухнул один из пилонов, на которых держался большой купол здания. Через полчаса другим взрывом был обрушен второй пилон, а еще через четверть часа и остальные. Последующими взрывами были обрушены внутренние стены и часть наружных» — писала газета «Вечерняя Москва» 6 декабря 1931 г. Прошло свыше 80 лет с момента разрушения храма Христа Спасителя, но отзвуки этих взрывов доносятся до нас и поныне.

Это был один из знаковых эпизодов непрекращающегося процесса «обезбоживания», происходившего на пространствах бывшего Советского Союза до 90-х годов прошлого столетия. Официально этот процесс был начат принятием Советом Народных Комиссаров РСФСР от 23 января 1918 г. декрета «Об отделении церкви от государства и школы от церкви». В декрете провозглашалось: «1. Церковь отделяется от государства. 2. В пределах Республики запрещается издавать какие-либо местные законы или постановления, которые бы стесняли или ограничивали свободу совести, или устанавливали какие бы то ни было преимущества или привилегии на основании вероисповедной принадлежности граждан. 3. Каждый гражданин может исповедовать любую религию или не исповедовать никакой...». В антирелигиозной пропагандистской литературе мероприятия советской власти получили восторженную оценку. Так, в своей статье о «Пролетарской и буржуазной совести» П. Красиков утверждал, что «широкие массы народа давно привыкли видеть в этой правящей клике монахов, священников и князей церкви постоянных и верных сотрудников ненавистного самодержавия и всех эксплуататоров» [1]. Декрет 20 января 1918 г. долго рассматривался как наиболее «демократичное воплощение свободы совести», став важ-

нейшей государственно-правовой гарантией свободы религиозных исповеданий и свободы атеизма [2] и заложив основы «краха церковной контрреволюции» [3].

Аналогичный (за некоторыми изъятиями) декрет был издан 22 января 1919 г. правительством Советской Украины. Так, на пространстве бывшей Российской империи была провозглашена «свобода совести». Практическая реализация этого благородного лозунга происходила методами, несовместимыми ни со свободой, ни с совестью.

«Революционная секуляризация» заключалась не только и не столько в отделении церкви от государства, сколько в физическом искоренении религии из жизни общества. «Репрессии, преследования, нарушения прав человека в отношении верующих всех конфессий, приверженцев самых различных Церквей стали неотъемлемой частью советской истории, которая началась на следующий день после революции и продолжалась до конца 80-х годов. Тем не менее эта постоянная величина не была одинаковой по степени интенсивности и по своим проявлениям в разные периоды советской власти. В первые двадцать лет после революции (во время военного коммунизма нэпа, полного захвата власти Сталиным после смерти Ленина, в период коллективизации и раскулачивания и, наконец, в годы террора и великих «сталинских чисток») предпринимались попытки полного физического уничтожения Церкви: учинялись расстрелы и депортация иерархии, конфискация церковного имущества и разрушение церквей, принудительная экспатриация верующей интеллигенции», — отмечает Дж. Гуайта [4].

Жесточайшие гонения, выразившиеся во внесудебных казнях и уголовных репрессиях в отношении священнослужителей, закрытии монастырей, разрушении и осквернении храмов, глумлении над святынями всех религий и религиозными чувствами верующих, преследовали одну цель — полного уничтожения религиозного мировоззрения и даже памяти о нем. Ф. Дзержинский писал: «Тов. Лацис глубоко прав, когда говорит, что Коммунизм и Религия взаимно исключаются, а также глубоко прав и в том, что религию не сможет разрушить никакой другой аппарат, кроме аппарата ВЧК» [5, с. 146].

Репрессивные меры сочетались с «воспитательными». Советское руководство уделяло большое внимание антирелигиозной агитационно-пропагандистской работе, ставя перед собой цель «полного обезбоживания страны». В 1924 г. в Москве было образовано «Общество друзей газеты «Безбожник», преобразованное впоследствии в «Союз безбожников», затем — в «Союз воинствующих безбожников», работники которого приравнивались по статусу к государственным служащим. Члены этого «Союза» снимали церковные колокола, срывали кресты, устраивали антирелигиозные карнавалы, сжигали иконы и священные книги. Осенью 1929 г. большевики объявили о начале первой безбожной пятилетки, преследовавшей цель «ликвидации всех остатков религиозного быта» [6].

Воплощение задуманного потребовало чудовищно жестоких мер, направленных на подрыв духовных основ жизни народа, на создание «нового человека», новой философии, нового мышления. Гонения на Церковь, духовенство, на мирян, не отречшихся от Бога, осуществлялись под предлогом борьбы с контрреволюцией. Лицам, преследуемым за веру, предъявлялось обвинение в контрреволюционной деятельности [7]. Разделив судьбу своего народа, приняли смерть тысячи мучеников за веру. Вспомним жертв «Бутовского полигона» — одного из крупнейших мест массовых расстрелов и захоронений жертв сталинских репрессий. «Сегодня известны имена 20 760 человек, здесь убиенных. Эти люди были расстреляны в течение короткого периода времени — с августа 1937 г. по октябрь 1938, а полигон «функционировал» с 34 по 53 год... Те, о ком мы знаем — мужчины и женщины в возрасте от 14 до 82 лет, представители 73 национальностей, всех вероисповеданий, всех сословий... Около 1000 человек, из числа погребенных в Бутово, пострадали как исповедники Православной Веры, более трехсот сегодня прославлены в лике святых» [8].

По данным правительственной комиссии по реабилитации жертв политических репрессий, в 1937 г. было арестовано 136 900 православных священнослужителей, из них расстреляно — 85 300; в 1938 г. арестовано 28 300, расстреляно — 21 500; в 1939 г. арестовано 1500, расстреляно — 900; в 1940 г. арестовано 5100, расстреляно — 1100; в 1941 г. арестовано 4000, расстреляно — 1900 [9, с. 94–95].

Как известно, 25 февраля 1956 г., в последний день работы XX съезда КПСС, на закрытом заседании был заслушан доклад Н. С. Хрущева «О культуре личности и его последствиях» [10]. Об антирелигиозном терроре в нем не говорилось. После XX съезда политические репрессии сократились и видоизменились, но не прекратились. Их главным направлением стала борьба с инакомыслием — «антисоветскими взглядами» [11, с. 59]. Едва ли не главную опасность инакомыслия власть видела в религиозных убеждениях.

Политическая программа Н. С. Хрущева включала в себя борьбу за «преодоление религиозных пережитков капитализма» в сознании советских людей [12]. В период «хрущевской оттепели» нападки на религию, имевшие целью полное уничтожение религиозной свободы, не только не ослабли, но и усилились. 7 июля 1954 г. было принято Постановление ЦК КПСС «О крупных недостатках в научно-атеистической пропаганде и мерах ее улучшения» [13], которое явилось стимулом для развязывания в стране масштабной атеистической пропагандистской кампании, сопровождавшейся массовым закрытием храмов, оскорблениями религиозных чувств народа в атеистических публикациях и выступлениях. Выполняя задачи научно-атеистической пропаганды, состоящей «в воспитании трудящихся, в том числе и верующих, в духе атеизма», ЦК КПСС на своем совещании в сентябре 1960 г. принял решение резко ужесточить борьбу с «религиозными пережитками». С 1961 г. борьба

с религией ставилась лидерами государства в центр своих задач. На июньском пленуме ЦК КПСС 1963 г. было прямо заявлено о том, что религия является главным и даже единственным легально существующим в стране идеологическим врагом марксизма. «Нельзя благодушеествовать и рассчитывать, что религия как антинаучная идеология отомрет сама по себе, без усилий, без борьбы с ней». Пленум ЦК ВЛКСМ обязал «комсомольские организации вести неустанную борьбу с носителями религиозного дурмана, вырвать из-под их влияния наших юношей и девушек» [14].

В конце 1963 г. Идеологическая комиссия ЦК по указанию Хрущева приняла развернутый план антирелигиозной борьбы под названием «Мероприятия по укреплению атеистического воспитания населения». Государство брало под свой контроль учет крещений, венчаний и погребений для информирования партийных органов, «работу с отдельными верующими и с детьми и подростками, любыми способами пытаюсь прекратить посещение церкви детьми». К 1964 г. осталось всего 18 монастырей. Особенно тяжелым ударом явилось закрытие в 1963 г. древней святыни Руси — Киево-Печерской лавры — под предлогом ремонта и реставрации. Ее храмы и пещеры оказались в угрожающем состоянии как раз после прекращения в них богослужений и ухода из монастыря монахов. Предпринималась попытка закрыть и Почаевскую лавру [14].

Религиозное мышление воспринималось как одна из опаснейших форм «инакомыслия». Именно в среде верующих людей и в их душах сохранялась та «свобода совести», которая представлялась особенно опасной советскому режиму. Вплоть до конца 1980-х годов посещения храмов и участие в богослужениях для многих граждан СССР могли повлечь если не уголовные, то дисциплинарные репрессии.

Ныне храм Христа Спасителя восстановлен и являет собой символ возрождения религиозной свободы. Миллионы верующих в странах, расположенных на пространствах бывшего СССР, без опасения быть подвергнутыми преследованиям, реализуют свое право на свободу совести.

Искренне уважая убеждения людей, не придерживающихся религиозных взглядов, и безусловно признавая их право на свободу слова, не могу не заметить с глубоким сожалением, что, как это ни парадоксально, и сегодня, вопреки памяти о жертвах радикального атеизма, некоторые «воинствующие безбожники» не отказались от своей воинственной риторики, грозящей перейти в практику. Представляясь оппонентами власти и, совмещая, зачастую, демократические лозунги с высокомерным пренебрежением к «погрязшему в религиозной тьме демосу», они патетически провозглашают себя интеллектуальной элитой — новыми борцами за идеалы «свободы совести», которая вся чаще в их интерпретации выступает в виде свободы от совести.

Преподнесенный историей горький урок, свидетельствующий о том, что свобода без совести, без уважения к чувствам и убеждениям миллионов людей, превращается в свою полную противоположность —



жесточайшую диктатуру, не усвоен последователями коммунистического научного атеизма.

В течение последних двух столетий теоретики секуляризации говорили о неизбежности утраты роли религии. «Крушение традиционной религиозной веры, горько оплакиваемое защитниками церкви и радостно встреченное теми, кто видит в старых убеждениях одни лишь предрассудки, — факт, не подлежащий сомнению, — писал в 1912 г. Б. Рассел [15].

С середины прошлого века многие западные ученые признавали атеизм главной тенденцией в мировой политике, связанной с распространением демократии. Однако многие процессы, происходящие в современном мире, свидетельствуют о том, что влияние религии усиливается. Сегодня многие исследователи пишут о всплеске интереса к религии и ее возрождению [16]. Свидетельства возвращения религии наблюдаются повсюду, включая традиционно светскую Европу. Религия возвращается в политику, оказывая существенное влияние на государства и международные отношения [17].

«Особенностью современного мира является то, что секуляризация более не воспринимается как непреложная закономерность развития современного общества, результатом действия которой должно стать доминирование безрелигиозного, то есть «секулярного» человека. «Постсекулярность» и «десекуляризация» становятся чертами новой реальности» [18].

Эти процессы отметили и такие знаковые представители западной политической философии, как Ф. Фукуяма и С. Хантингтон. Ф. Фукуяма высказывает уверенность в том, что «люди вернутся к религиозной традиции» [19, с. 478].

С. Хантингтон утверждает: «В первой половине двадцатого века представители интеллектуальной элиты, как правило, полагали, что экономическая и социальная модернизация ведет к ослаблению роли религии как существенной составляющей человеческого бытия. Это предположение разделялось как теми, кто его с радостью принимал, так и теми, кто сокрушался по поводу этой тенденции... Вторая половина двадцатого столетия показала, что эти надежды и опасения беспочвенны. Экономическая и социальная модернизация приобрела глобальный размах, и в то же время произошло глобальное возрождение религии» [20, с. 139–140].

А. Кырлежев в своем выступлении на семинаре «Эволюция моральных принципов и прав человека в поликультурном обществе», проведенном Советом Европы 30 октября 2006 г., подчеркнул, что активизация религий проявляется, в частности, в их все возрастающем участии в общественной жизни. В том числе — и в политике. Носители и выразители религиозного сознания все чаще становятся участниками публичной дискуссии и политического процесса, что не было характерно для еще совсем недавнего прошлого. «Было бы ошибкой считать, что ны-

нешняя активизация традиционных и нетрадиционных религий есть просто движение вспять, проявление архаики. Если, с точки зрения определенного мировоззрения, это и архаика, то *новая* архаика. То есть результат исторического процесса, реальность новой культурной эпохи, которую некоторые называют «постсовременной» («постмодерной»). В культурное (в том числе политическое) пространство «европейского» социума, расширившегося до глобального масштаба, возвращаются религиозные традиции. Вопреки вере некоторых в силу и окончательность секуляризации в течение всего «секулярного» периода эти традиции продолжали жить — как в «подполье» приватной религиозности, так и в зонах предполагаемой вестернизации. Сегодня они выходят на свет, вынося с собой богосознание, целостное мировоззрение и императивы религиозной жизни» [21].

«Вопрос о совести стал сегодня центральным вопросом морали и ее познания; в особенности это относится к католическому моральному богословию, — пишет в своей книге «Ценности в эпоху перемен. О ответственности вызовам времени» Папа Римский Бенедикт XVI (Й. Ратцингер) [22, с. 104]. Международная теологическая комиссия, ссылаясь на Всеобщую декларацию прав человека и Международный пакт 1966 г., в документе «Достоинство и права человека» от 31 декабря 1983 г. подчеркивает важнейшее значение свободы религии для уважения достоинства человека и определяет ее как основу всех других прав. В своей Декларации «Дигнитатис Гуманэ» от 7 декабря 1965 г. Второй Ватиканский собор определил предмет и основу свободы религии следующим образом: «Эта свобода заключается в том, что все люди должны быть свободны от любого принуждения со стороны отдельных лиц, групп лиц и любой власти, с тем чтобы в религиозной сфере никого не заставляли действовать вопреки его совести, никому не мешали предпринимать в разумных рамках действия, диктуемые его совестью, как в частной и общественной жизни, так и индивидуально и совместно с другими». Ватикан подчеркнул обязательство государств обеспечивать отдельным лицам и группам лиц личные и коллективные свободы, обусловленные общим правом на свободу вероисповедания. Кроме того, отмечалось, что обеспечиваемые государством юридические гарантии свободы каждого человека и каждой группы лиц проповедовать свои религиозные убеждения служат критерием уважения обществом других основных прав [23].

Святейший Патриарх Московский и всея Руси Кирилл на заседании Высшего церковного Совета 12 октября 2012 г. в храме Христа Спасителя в своем вступительном слове подчеркнул, что в Православии «свобода слова и творчества — это важные ценности, они, как и свобода вообще, неотъемлемы от образа Божия в природе человека». Вместе с тем Святейший Владыка призвал «и общество в целом, и религиозные общины ... искать золотую середину между произволом и принудительным ограничением свободы» [24].

В условиях возрастания роли религии в жизни общества особую опасность приобретают проявления неуважения к религиозным воззрениям и чувствам верующих, граничащие с унижением их достоинства. Ни право на свободу слова, ни право на свободу совести не могут служить объяснением заведомо оскорбительного отношения к людям, исповедующим ту или иную религию.

Представитель Московского Патриархата в Совете Европы игумен Филипп (Рябых) справедливо отмечает: «Нарастает очень тревожная тенденция вмешательства в мир верующих людей. Я говорю не просто о спорах или несогласии с религией. В последние годы верующие сталкиваются с вторжением в пространство собственной индивидуальной свободы. Также в последнее время складываются такие механизмы информационного освещения религиозной жизни, которые целенаправленно создают негативный образ религиозных общин и оскорбляют достоинство верующих людей. С большой скоростью тиражируются слухи, клевета, ложь и нападки на священнослужителей, а также распространяются насмешки над религиозными верованиями и святынями....В нормальном демократическом обществе дискуссии и даже споры проводятся с учетом уважения достоинства оппонента и его свободы. Но разве можно назвать демократической дискуссией или критикой оскорбление верующих, осквернение их святынь, провокационные и недозволенные действия в храмах или на кладбищах?» [21].

«Эволюция концепции прав человека исторически была параллельной процессу секуляризации публичного пространства и культуры в целом. Все началось с утверждения религиозной свободы по принципу *cujus regio, ejus religio* («чья власть, того и вера»), но сегодня все чаще можно слышать другую максиму (хотя она и представляет собой крайность): «там, где начинается религиозная свобода, кончаются права человека», подчеркивает А. Кыржалев, при этом имеется в виду, что религия не должна выходить из частного пространства, не должна переставать быть *Privatsache*, «частным делом» суверенного индивида, свобода которого не должна посягать на равную свободу других» [25].

Как правило, дискуссия о правовой допустимости в демократическом обществе, оскорбления религиозных чувств верующих подменяется обсуждением возможности или невозможности наказания за «богохульство» в светском государстве. Однако объектом посягательства со стороны лиц, осуществляющих публичные богохульные действия, и, соответственно, объектом правовой охраны являются не религиозные убеждения, а верующие граждане, чьи религиозные чувства оскорбляются и чье человеческое достоинство унижается указанными публичными богохульными действиями. В этом смысле действия государства, направленные на пресечение публичных богохульных акций, имеют юридическое обоснование [26].

16 декабря 2010 г. президиум Межсоборного присутствия Русской Православной Церкви постановил принять в первом чтении проект

документа «Отношение Русской Православной Церкви к намеренному публичному богохульству и клевете в отношении Церкви». В проекте сформулировано понятие богохульства и клеветы в православной традиции. В нем, частности, говорится: «В церковной традиции под богохульством (греч. βλασφημία, blasphemia) понимается оскорбительное или непочтительное действие, слово или намерение в отношении Бога или святыни. О грехе богохульства упоминается в книгах Ветхого Завета. О нем многократно говорится и в Новом Завете (напр. Мк. 7, 21-23; Ин. 10, 33; Откр. 13, 1). Святой апостол Павел говорит о богохульщиках как о потерпевших кораблекрушение в вере (1 Тим. 1, 19), понимая под богохульством не только оскорбление Бога или Его Святого имени, но и всякое отпадение от веры. Будучи выражением стремления оскорбить или подвергнуть поруганию Творца, богохульство является одним из самых тяжких нравственных преступлений и по сути своей есть грех хулы на Духа Святого, по слову Христа Спасителя, не прощаемый «ни в сем веке, ни в будущем» (Мф. 12, 32)» [26].

В международно-правовом контексте проблема защиты прав верующих нашла отражение в дискуссии относительно концепции борьбы с «диффамацией религий». В течение 1999–2011 годов Комиссией, а затем Советом по правам человека Организации Объединенных Наций, а также Генеральной Ассамблеей был принят ряд резолюций «О борьбе с диффамацией религий» [27]. Термин «диффамации религий» используется в этих резолюциях не в строго юридическом смысле, а для условного обозначения стигматизации, издевательств, оскорблений на почве религии, нападения, и связывается с необходимостью бороться против насилия, дискриминации, запугивания, принуждения и других подобных явлений. В резолюциях к государствам обращен призыв принять меры для «запрета распространения и ксенофобных идей и материалов, направленных против любой религии и ее последователей», а также обеспечить «адекватную защиту от актов ненависти, дискриминации, запугивания и принуждения в результате диффамации какой-либо религии». Понятие диффамации, которое существует в правовых системах многих стран, введено для защиты авторитета и репутации отдельных лиц. В своем общем правовом смысле оно означает недостоверное высказывание (устное или письменное), которое распространяется через различные средства коммуникации (печатные, аудиовизуальные, электронные) и направлено на то, чтобы причинить ущерб репутации такого лица. В некоторых странах существуют законы о богохульстве, в других — приняты законы о диффамации религий, которые распространяют концепцию диффамации на защиту религий и в этом смысле рассматривают преследование за диффамацию религий в качестве составной части защиты свободы религии или вероисповедания [28].

Более 100 организаций выступили с протестом против резолюций ООН о «диффамации религий», которые, по их мнению, могут принести больше вреда, чем пользы в сфере религиозной свободы. В частности,

такие организации, как «ARTICLE 19» и CIHRS, заявили, что резолюции не коснулись таких серьезных проблем, как дискриминация и нетерпимость, поскольку вместо этого они были полностью посвящены ограничению критики религии. Кроме этого, сам текст резолюций оставляет место для различных толкований, что может привести к открытым злоупотреблениям и оправданию цензуры.

В Докладе Верховного комиссара Организации Объединенных Наций по правам человека об осуществлении резолюции 10/22 Совета по правам человека («Борьба против диффамации религий») содержится информация, поступившая от государств, региональных организаций и Организации Объединенных Наций, по различным элементам, отраженным в резолюции Совета 10/22 о борьбе против диффамации религий. В нем отражены позиции государств, поддерживающих концепцию диффамации религий и отвергающих ее. В частности, в докладе говорится, что в Швейцарии отвергается концепция диффамации религий и отмечается, что права человека должны только лишь защищать индивида и что действующие стандарты в достаточной степени охватывают вопросы подстрекательства к ненависти [29, para. 41]. Соединенные Штаты Америки в своем докладе утверждают, что концепция диффамации религии несовместима с международным правом прав человека и несет в себе опасность возможного злоупотребления ею правительствами в целях ограничения прав человека. Разделяя озабоченности в отношении формирования негативных стереотипов религиозных групп, в особенности групп меньшинств, и использования подобных стереотипов в целях пропаганды неуважения и дискриминации, США выразили мнение, что установление ограничений на свободу слова является неприемлемым и к тому же неадекватно воспроизводящим подлинные озабоченности [29, para. 41].

Существенной проблемой в правовой оценке рассматриваемых резолюций является используемая в них терминология: защита религий как предмет озабоченности международного сообщества. Некоторые исследователи полагают, что борьба с диффамацией религий *sensu stricto* не является проблемой прав человека. Право прав человека не интересуется религией: оно не касается ни религиозных доктрин, ни их репутации. Можно сказать, что право прав человека косвенно затрагивает проблематику диффамации религий в той степени, в которой диффамация «может привести к социальной дисгармонии» [30, p. 215]. Однако существуют различные типы и уровни (или степени) диффамации, которые должны быть приняты во внимание.

Оскорбление чувств верующих рассматривается как «слишком субъективный критерий» для определения оснований ограничения основных прав человека, к каковым относится право на свободу слова — то есть право на выражение своего мнения. Возникает сложная проблема — необходимо идентифицировать нейтральные и объективные индикаторы, на основе которых можно оценить, оправдано ли государственное вмешательство [31, p. 215].

Бывший Специальный докладчик по вопросу о современных формах расизма, расовой дискриминации, ксенофобии и связанной с ними нетерпимости Д. Дьен, глубоко изучивший проблему диффамации религий, в своем последнем докладе «О проявлениях диффамации религий и в особенности о серьезных последствиях исламофобии для осуществления всех прав», представленном Совету по правам человека в сентябре 2008 г., изложил свой взгляд на причины неприятия концепции «диффамации религий» некоторыми политическими, правозащитными и научными кругами и обострение идеологической дискуссии по этому вопросу. Международная идеологическая поляризация находит свое конкретное выражение, по мнению Д. Дьена, в иерархизированной и политизированной интерпретации прав человека и основных свобод, в рамках которой Специальный докладчик отметил не только идеологическое преобладание свободы выражения мнений над другими основными свободами, провозглашенными в Международном пакте о гражданских и политических правах, но также и игнорирование или отказ от признания ограничений, четко определенных в международных договорах. Специальный докладчик подчеркнул, что политическая и идеологическая поляризация в отношении концепции диффамации религий является искусственной [32, paras. 12–13].

Д. Дьен пронизательно заметил, что в Европе христианофобия, как и исламофобия, связана с культурным воздействием догматической секуляризации, стимулирующей подозрительное отношение к религиозному феномену, которое оправдывается необходимостью защиты исторического завоевания — отделения церкви от государства. Эта тревожная тенденция спровоцировала появление в интеллектуальных и масс-медийных кругах агрессивной антирелигиозной культуры и стимулировала нарастание нетерпимости по отношению к любой религиозной практике, форме или символике. Такая нетерпимость, по словам Д. Дьена, выражается даже в отрицании демократического права граждан ссылаться на свои убеждения и духовные или религиозные ценности при высказывании своих политических взглядов либо перед лицом серьезных проблем и кризисных ситуаций в их обществах. Таким образом, христианофобия отражает дисбаланс между законной защитой светскости и уважением свободы религии. Идеологи и теоретики конфликта цивилизаций и религий пользуются отсутствием солидарности между жертвами исламофобии, антисемитизма, христианофобии и других форм диффамации религий и дискриминации и извлекают из этого очевидную выгоду [32, para. 35].

Обращая внимание на то, что анализ международных, региональных и национальных актов о правах человека указывает на почти повсеместное наличие положений, запрещающих подстрекательство к национальной, расовой или религиозной ненависти, Д. Дьен, вероятно, в качестве компромисса, рекомендовал Совету по правам человека содействовать переориентированию обсуждения с социологической концеп-

ции диффамации религий на правовую концепцию подстрекательств к национальной, расовой или религиозной ненависти, что означает не только перенос акцента на права человека, но и представляет собой стратегический курс на деполяризацию и деполитизацию этого обсуждения [32, параг. 12–13]. Подчеркнув необходимость проявлять бдительность для сохранения равновесия между защитой светских принципов и уважением свободы религии, Д. Дьен указал на то, что правительствам следует уделять особое внимание вопросам обеспечения и защиты мест отправления культа и культурных объектов всех религий и содействовать свободному выражению религиозных и духовных убеждений [32, параг. 67].

В октябре 2008 г. Управление Верховного комиссара Организации Объединенных Наций по правам человека провело семинар экспертов, основная цель которого, как было заявлено Верховным комиссаром в ее докладе о семинаре, заключалась в «рассмотрении правозащитных проблем, скрывающихся за понятием «диффамация религий» [33]. В целом, на семинаре экспертов был подтвержден подход, согласно которому признавался предпочтительным переход от социологического понятия диффамации к правовой концепции подстрекательства к расовой или религиозной ненависти.

Аналогичной позиции придерживается Г. Муйгаи, сменивший Д. Дьена на посту Специального докладчика по вопросу о современных формах расизма, расовой дискриминации, ксенофобии и связанной с ними нетерпимости (2009). В своем докладе «О проявлениях диффамации религий, и в особенности о серьезных последствиях исламофобии для осуществления всех прав верующими» Г. Муйгаи излагает, в числе прочего, результаты рассмотрения вопроса о «свободе выражения мнений и подстрекательстве к расовой и религиозной ненависти» совместно со Специальным докладчиком по вопросу о религии или убеждениях и Специальным докладчиком по вопросу о защите и поощрении права на свободу мнений. Специальные докладчики заявили, что «абстрактное представление «диффамации религий» как конфликта между правом на свободу религии или убеждений и правом на свободу мнений и их свободного выражения является «концептуально неточным» и предложили провести четкое разграничение между тремя следующими типами высказываний: а) высказывания, представляющие собой правонарушение в соответствии с международным правом; б) высказывания, которые не являются уголовно наказуемыми, но могут служить основанием для возбуждения гражданского иска; и с) высказывания, которые не влекут применения уголовных или гражданских санкций, но которые, тем не менее, вызывают беспокойство с точки зрения терпимости, корректности и уважения религий или убеждений других. При этом они особо подчеркнули необходимость учета свободы выражения мнений и потребностей плюралистического, терпимого, широко мыслящего и демократического общества во всех рассматриваемых случаях. Специальные док-

ладчики приветствовали намечающийся сдвиг в сторону концепции «подстрекательства к расовой или религиозной ненависти». По их мнению, существуют трудности с поиском объективного определения термина «диффамация религий» на международном уровне, что приводит к подверженности всей концепции различным злоупотреблениям [34].

11–29 июля 2011 г. Комитет по правам человека на своей 102-й сессии принял чрезвычайно важный и давно ожидаемый документ «Замечание общего порядка № 34. Статья 19: Свобода мнений и их выражения» (далее — «Замечания») [35]. Признавая значимость этого документа для развития международного права прав человека, следует, на наш взгляд, обратить внимание на п. 48 Замечаний, который может вызвать неоднозначную интерпретацию. Трудно согласиться с содержащимся в нем исходным положением, которое объявляет несовместимым с Международным пактом о гражданских и политических правах (за исключением отдельных случаев, предусмотренных в п. 2 ст. 20), запреты на разные формы неуважения к какой-либо религии или другим системам убеждений. Действительно, «нельзя допускать, чтобы такие запреты препятствовали критике религиозных лидеров и высказыванию замечаний по поводу религиозных доктрин и догматов веры или устанавливали за это наказание», однако признание не соответствующими Пакту каких бы то ни было запретов на проявление «неуважения к какой-либо религии или другим системам убеждений» означает, по существу, одобрение и полную безнаказанность неуважительного отношения к религии, даже глубоко оскорбительного для верующих, если оно приводит к последствиям, предусмотренным в п. 2 ст. 20 Пакта.

Любое проявление неуважения — есть унижение человеческого достоинства. Можно ли заранее предусмотреть все возможные последствия проявления неуважения к религии, и от кого зависит, «зажжется» ли ненависть от такой «игры с огнем»? Можно ли поощрять проявление неуважения к кому бы то ни было? Анализ п. 48 Замечаний позволяет сделать вывод, что, согласно мнению Комитета по правам человека, государство вправе устанавливать запрет на совершение деяний, оскорбляющих чувства верующих, только в том случае, если возможны негативные последствия для общества — разжигание розни, но не потому, что такие деяния нарушают или могут нарушить права многих людей. Если мотив установления запрета состоит только в том, чтобы не разжигать ненависть, направленную против оскорбляющих, — это защита оскорбителей, но не оскорбленных. Означает ли это, что любые глумления над верой допустимы, если верующие люди не испытывают или не проявляют ненависти, как было во времена антирелигиозных гонений в СССР?

Более ста лет тому назад Н. Бердяев писал: «Вопрос о свободе религиозной, о свободе совести, такой жгучий и большой вопрос, ставится коренным образом ложно в современном мире. Свободу совести защищает безрелигиозный, холодный к вере мир как формальное право...».



И далее: «Спор ведется в плоскости, в которой исчезает религиозная проблема свободы и остается лишь политическое озлобление. Религиозная проблема потонула в политике, в формализме, во внешнем и принудительном» [36].

Сегодня эти слова приобрели особую актуальность. Обратимся к «Основам учения Русской Православной Церкви о достоинстве, свободе и правах человека», в которых сказано: «Христианин ставит свою веру в Бога и свое общение с Ним выше собственной земной жизни... Никакими ссылками на свободу слова и творчества нельзя оправдать надругательство в публичной сфере над предметами, символами или понятиями, которые почитаются верующими людьми... Разработку и применение концепции прав человека необходимо согласовывать с нормами морали, с нравственным началом, заложенным Богом в природу человека и опознаваемым в голосе совести... С точки зрения Православной Церкви, политико-правовой институт прав человека может служить благим целям защиты человеческого достоинства и содействовать духовно-нравственному развитию личности. Для этого реализация прав человека не должна вступать в противоречие с богоустановленными нравственными нормами и основанной на них традиционной моралью» [37].

«Достоинство человека предполагает уважение к его святыням, к памяти родных и близких, к истории его народа. Православный человек не будет глумиться над символами иных религий не потому, что они святы для него, а потому, что это оскорбительно для человека, придерживающегося таковых убеждений» — так сформулировал связь между достоинством человека и его религиозной свободой Святейший Патриарх Московский и всея Руси Кирилл [38].

Понятие «религиозная свобода» ввел в начале прошлого века С. В. Познышев. Он определил ее как такое состояние жизни народа, при котором проявление религиозного мирозерцания каждого в полной мере пользуется независимостью от какого-либо стесняющего его принуждения, пока оно не выходит за... естественные границы». Познышев различал свободу совести и свободу вероисповедания, которая, по его мнению, должна включать в себя и свободу совести, и свободу пропаганды религии, и свободу отправления культа, которые входят в религиозную свободу и имеют «естественные границы» [39, с. 117; цит по: 40, с. 57, 59]. Академик П. М. Рабинович полагает, что «свобода вероисповедания — это не есть свобода выбора только религиозной веры или же выбора между верой и безверием. Такая свобода есть не что иное, как возможность свободного выбора объекта веры» [41; 42].

Понятие защиты религиозных чувств вполне совместимо с современной интерпретацией прав человека. Широкая трактовка личной неприкосновенности как одного из основополагающих прав человека позволяет выделить в ее структуре духовную неприкосновенность. Термин «духовная неприкосновенность» имеет давнее применение [43, с. 79, 80]

и получил убедительное обоснование в концепции личной неприкосновенности, разработанной А. А. Опалевой [44]. К духовной неприкосновенности личности относятся, прежде всего, ее психическая и нравственная неприкосновенность, а также неприкосновенность других духовных ценностей (свободы совести, свободы слова и т.п.). К сфере, подлежащей защите в рамках концепции духовной неприкосновенности, могут быть отнесены религиозные чувства верующих.

Духовная неприкосновенность верующих людей — наименее защищенная современным правом прав человека свобода от унижения человеческого достоинства. В светских государствах церковь отделена от государственной системы, но не исключена из общества, не является его изгоем. Свобода распространения своих убеждений принадлежит не только атеистам, но и верующим. То обстоятельство, что государство «отделено от церкви» не исключает его обязанности защищать право на распространение убеждений не только атеистами, но и верующими людьми. Принципиально ошибочен весьма распространенный подход, согласно которому «свобода слова» «принадлежит» критикам веры, а свобода совести — людям религиозным. Каждый имеет право исповедовать любую религию или не исповедовать никакой, и каждый имеет право на свободу слова — право выражать свои убеждения — как теистические, так и атеистические. Однако нельзя не учитывать, что религиозное мировоззрение предполагает наличие у человека не только рациональных убеждений, но и над рациональных, религиозных чувств. Государство обязано защищать от нападков и не допускать ущемления права на свободу совести как в сфере рациональной, так и в сфере религиозных чувств — прежде всего, проявляемых в любви к Богу. Любовь к Богу не несет и не может нести в себе никакой опасности для людей неверующих, но она чрезвычайно важна для верующего человека, в силу чего посягательства на эту сверхценность, проявляемые в неуважительном, оскорбительном виде, наносят глубокую моральную травму приверженцам веры и может вызвать с их стороны чрезвычайно резкую реакцию. Именно на предупреждение этой реакции, сформулированной как «религиозная ненависть», а не на недопущение нарушений прав верующего человека, направлена, в первую очередь, пришедшая на смену «борьбы с диффамацией религий», правовая концепция. Признавая важность такого подхода, нельзя не признать и его неполноту. Без уважения прав человека, в том числе его духовной неприкосновенности, невозможны мир и социальная гармония.

#### Л и т е р а т у р а

1. Красиков П. Пролетарская и буржуазная совесть / П. Красиков // Революция и церковь. — 1920. — № 9—12. — С. 1.
2. Персин М. Великая Октябрьская Социалистическая революция и создание условий для распространения атеизма в массах / М. Персин // Вопросы научного атеизма. —

- М., 1967. — Вып. 4: Победы научно-атеистического мировоззрения в СССР за 50 лет. — С. 19.
3. Плаксин П. Крах церковной контрреволюции 1917—1923 гг. / П. Плаксин. — М.: Наука, 1968.
  4. Гуайта Дж. Сопrotивление верующих на примерах Павла Флоренского и Александра Меня [Электронный ресурс]. — Режим доступа: [http://damian.ru/Cerkov\\_i\\_sovremennost/guaita/resistance.html](http://damian.ru/Cerkov_i_sovremennost/guaita/resistance.html).
  5. Шапов Я. Н. Русская Православная церковь и коммунистическое государство. 1917—1941. Документы и фотоматериалы / Я. Н. Шапов. — М.: Изд-во Библийско-Богословского ин-та св. апостола Андрея, 1996.
  6. Игумен Дамаскин (Орловский). Гонения на русскую православную церковь в советский период [Электронный ресурс] // Источник: ЦНЦ «Православная Энциклопедия». — Режим доступа: <http://ezh.sedmitza.ru/index.html?did=513>.
  7. 22.02.2009 Мученики и исповедники Российские в контексте изучения архивно-следственных дел 1920-х — 1930-х годов [Электронный ресурс] // Оптинский альманах. — 2009. — Вып. 3. — Режим доступа: [http://www.fond.ru/index.php?menu\\_id=374&menu\\_parent\\_id=358&show\\_date=1&category\\_id=14&article\\_page\\_content=0&show\\_preview\\_img=0&show\\_file\\_list=0&flag=ajax&page=1&regime=site&content\\_id=113](http://www.fond.ru/index.php?menu_id=374&menu_parent_id=358&show_date=1&category_id=14&article_page_content=0&show_preview_img=0&show_file_list=0&flag=ajax&page=1&regime=site&content_id=113).
  8. Бутово. Русская Голгофа. Бутовский полигон [Электронный ресурс]. — Режим доступа: [http://www.martyr.ru/index.php?option=com\\_content&view=article&id=176&Itemid=2](http://www.martyr.ru/index.php?option=com_content&view=article&id=176&Itemid=2)
  9. Яковлев А. Н. По мощам и елей / А. Н. Яковлев. — М., 1995.
  10. Доклад Первого секретаря ЦК КПСС Хрущева Н. С. XX съезду КПСС // Реабилитация/ Политические процессы 30-50-х годов / под общ. ред. А. Н. Яковлева. — М., 1991. — С. 24—25, 30.
  11. Зелинская Н. А. Политические преступления в системе международной преступности / Н. А. Зелинская. — О.: ФЕНІКС, 2003.
  12. Шкаровский М. В. Русская Православная Церковь при Сталине и Хрущеве (государственно-церковные отношения в СССР в 1939—1964 годах) / М. В. Шкаровский. — М.: Крутицкое Патриаршее подворье, 1999.
  13. Постановление ЦК КПСС о крупных недостатках в научно-атеистической пропаганде и мерах ее улучшения // КПСС в резолюциях и решениях съездов, конференций и пленумов ЦК. — М., 1985. — Т. 8. — С. 428—432.
  14. Цыпин В., протоиерей. История Русской церкви. 1917—1997 [Электронный ресурс] / В. Цыпин. — М.: Изд-во Спасо-Преображенского Валаамского монастыря, 1997. — Режим доступа: <http://krotov.info/history/20/tsypin/tsyp08.html>.
  15. Рассел Б. Сущность религии [Электронный ресурс] // Почему я не христианин. Избранные атеистические произведения / Б. Рассел. — М.: Политиздат, 1987. — Режим доступа: <http://www.aquarun.ru/psih/relig/relig3.html/>
  16. Berger P. L. The Desecularization of the World: Resurgent Religion and World Politics / P. L. Berger. — Washington, DC: Ethic and Public Policy Center, 1999.
  17. Toft M. D. God's Century: Resurgent Religion and Global Politics / M. D. Toft, D. Philpott, T. S. Shah. — W. W. Norton & Company 2011.
  18. Минченко Т. П. Проблема свободы совести в эпоху постсекулярности: истоки и перспективы: автореф. дис. ... д-ра филос. наук: 24.00.01 / Т. П. Минченко. — Томск, 2011.
  19. Фукуяма Ф. Великий разрыв / Ф. Фукуяма. — М.: АСТ, 2003.
  20. Хантингтон С. Столкновение цивилизаций / С. Хантингтон; пер. с англ. Т. Велимева, Ю. Новикова. — М.: ООО «Издательство АСТ», 2003.
  21. Кырлежев А. Взаимоотношение концепции прав человека и религиозных ценностей диалога [Электронный ресурс] / А. Кырлежев // Ежедневный Журнал. — 2006. — 14 нояб. — Режим доступа: <http://www.ej.ru/experts/entry/5347>

22. Ратцингер Й. (Бенедикт XVI). Ценности в эпоху перемен. О соответствии вызовам времени : пер. с нем. / Й. Ратцингер. — М. : Библиейско-богословский ин-т св. апостола Андрея, 2007. — (Серия «Современное богословие»).
23. UN Doc. E/CN.4/2000/65. — Para. 125.
24. Святейший Патриарх Кирилл: «Православным нужно научиться с достоинством отстаивать свои гражданские права и защищать свои религиозные чувства». Официальный портал Московской Патриархии. Пресс-служба Патриарха Московского и всея Руси. 12 октября 2012 г. [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://www.patriarchia.ru/db/text/2523283.html>
25. Представитель Московского Патриархата в Совете Европы игумен Филипп (Рябых): Нарастает вмешательство в мир верующих 12 октября 2012 г. [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://www.patriarchia.ru/db/text/2523247.html>.
26. Проект документа «Отношение Русской Православной Церкви к намеренному публичному богохульству и клевете в отношении Церкви» [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://www.patriarchia.ru/db/text/1343168.html>
27. Resolutions on «Combating Defamation of Religions»: Commission on Human Rights resolution 1999/23 — UN Doc. E/CN.4/1999/167 (22 March — 30 April 1999); E/CN.4/RES/2000/84 (26 April 2000); E/CN.4/RES/2001/4 (18 April 2001); E/CN.4/RES/2002/9 (15 April 2002); E/CN.4/RES/2003/4 (14 April 2003); E/CN.4/RES/2004/6 (13 April 2004); E/CN.4/RES/2005/3 (12 April 2005); General Assembly resolution 60/150 — UN Doc. A/RES/60/150 (20 January 2006); Human Rights Council decision 1/107 — UN Doc. A/HRC/DEC/1/107 (30 June 2006); General Assembly resolution 61/164 — UN Doc. A/RES/61/164 (21 February 2007); Human Rights Council resolution 4/9 — UN Doc. A/HRC/RES/4/9 (30 March 2007); General Assembly resolution 62/154 — UN Doc. A/RES/62/154 (6 March 2008); Human Rights Council resolution 7/19 — UN Doc. A/HRC/RES/7/19 (27 March 2008); General Assembly resolution 63/171 — UN Doc. A/RES/63/171 (24 March 2009); Human Rights Council resolution 10/22 — UN Doc. A/HRC/RES/10/22 (26 March 2009); General Assembly resolution 64/156 — UN Doc. A/RES/64/156 (8 March 2010); General Assembly resolution 65/224 — UN Doc. A/RES/65/224 (11 April 2011); General Assembly resolution 16/18 — UN Doc. A/HRC/RES/16/18 (12 April 2011).
28. UN Doc. A/HRC/9/25. — Paras. 7–9.
29. UN Doc. A/HRC/13/57.
30. Ferrari S. Law and Religion in the 21st Century: Relations Between States and Religious Communities / S. Ferrari, R. Cristofori. — Burlington : Ashgate Publishing, Ltd., 2010.
31. Temperman J. State-religion relationships and human rights law: towards a right to religiously neutral governance / J. Temperman. — Leiden ; Boston, Mass : Martinus Nijhoff Publishers, 2010.
32. UN Doc. A/HRC/9/12.
33. UN Doc. A/HRC/10/31/ADD.3.
34. UN Doc. A/HRC/12/38. — Paras. 33–36.
35. Комитет по правам человека. Сто вторая сессия. Женева, 11–29 июля 2011 года. Замечание общего порядка № 34. Статья 19: Свобода мнений и их выражения. — UN Doc. CCPR/C/GC/34. — П. 48.
36. Бердяев Н. А. Смысл творчества // Философия свободы. Смысл творчества / Н. Бердяев. — М. : Правда, 1989. — С. 186–187.
37. Основы учения Русской Православной Церкви о достоинстве, свободе и правах человека 26 июня 2008 г. П. 2, 3 [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://www.patriarchia.ru/db/text/428616.html>
38. Святейший Патриарх Кирилл: «Православным нужно научиться с достоинством отстаивать свои гражданские права и защищать свои религиозные чувства». Официальный портал Московской Патриархии. Пресс-служба Патриарха Московского и

- всёя Руси. 12 октября 2012 г. [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://www.patriarchia.ru/db/text/2523283.html>
39. Познышев С. В. Религиозные преступления с точки зрения религиозной свободы / С. В. Познышев. — М. : Университет. тип., 1906.
  40. Старков О. В. Криминология: религиозная преступность / О. В. Старков, Л. Д. Башкатов. — СПб. : Юрид. центр Пресс, 2004.
  41. Рабинович П. М. Свобода віровизнання та проблеми її державного забезпечення в Україні / П. М. Рабинович // Права людини в Україні : інформ.-аналіт. бюл. Українсько-Американського Бюро захисту прав людини. — К. ; Х., 1996. — Вип. 15. — С. 43.
  42. Рабинович П. М. Свобода віровизнання: філософсько-правові та державно-юридичні аспекти / П. М. Рабинович // Вісник Академії правових наук України. — 2001. — № 2. — С. 108.
  43. Рудинский Ф. М. Личность и социалистическая законность / Ф. М. Рудинский. — Волгоград, 1976.
  44. Опалева А. А. Институт личной неприкосновенности. (Теоретико-правовые проблемы) : монография / А. А. Опалева. — М. : Акад. управления МВД России, 2008.

#### А н н о т а ц и я

**Зелинская Н. А. Свобода совести и совесть свободы: к вопросу о диффамации религий и защите религиозных чувств верующих.** — Стаття.

В статье рассматриваются актуальные проблемы реализации права на свободу мысли, совести и религии; анализируются международно-правовое значение содержащейся в документах ООН социологической концепции «диффамации религий» и обоснование перехода от нее к правовой норме, запрещающей подстрекательство к религиозной ненависти.

*Ключевые слова:* религия, право на свободу мысли, совести и религии, подстрекательство к религиозной ненависти, защита религиозных чувств.

#### А н о т а ц і я

**Зелінська Н. А. Свобода совісті та совість свободи: до питання про дифамацію релігій і захисту релігійних почуттів віруючих.** — Стаття.

У статті розглядаються актуальні проблеми реалізації права на свободу думки, совісті та релігії; аналізуються міжнародно-правове значення соціологічної концепції «дифамації релігій», що міститься в документах ООН, і обґрунтування переходу від неї до правової норми, що забороняє підбурювання до релігійної ненависті.

*Ключові слова:* релігія, право на свободу думки, совісті та релігії, підбурювання до релігійної ненависті, захист релігійних почуттів.

#### С у м м а р у

**Zelinskaya N. A. The freedom of conscience and the conscience of freedom: to the point of defamation of religions and the protection of religious feelings of believers.** — Article.

The actual problems of realization of the right to freedom of thought, conscience and religion are approached in the article. The international legal meaning of the sociological concept of “defamation of religions» developed in the United Nations documents is analyzed along with the justification of transition from it to a legal norm prohibiting incitement to religious hatred.

*Keywords:* religion, right to freedom of thought, conscience and religion, incitement to religious hatred, protection of religious feelings.

УДК 342.7(477)

*Н. В. Мишина***УНИВЕРСАЛЬНАЯ КОНЦЕПЦИЯ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА:  
МИФ ИЛИ РЕАЛЬНОСТЬ?**

В настоящее время Украина активно участвует в евроинтеграционном процессе, ратифицируя значительное количество международных актов, касающихся прав и свобод человека и гражданина. В отношении проблемных сфер, которые сильно влияют на ситуацию с соблюдением прав и свобод человека, Украина прибегает к помощи международных организаций (например, при борьбе с коррупцией, развитии сферы корпоративной социальной ответственности). В обоих случаях основное внимание уделяется последовательной реализации положений универсальной концепции прав человека в действующем законодательстве Украины.

Однако значительная часть исследователей подвергают эту концепцию критике, утверждая, что в современном мире она является не идеалом, к достижению которого следует стремиться (как утверждают сторонники этой теории), а устаревшей идеей, реализация которой не приводит к решению проблем в сфере прав и свобод человека, а порождает все новые и новые проблемы. В связи с этим важным научным заданием представляется исследование универсальной концепции прав человека с точки зрения целесообразности ее дальнейшего использования при совершенствовании нормативно-правового регулирования прав и свобод человека и гражданина в Украине.

*Целью статьи* является рассмотрение реальности практической реализации универсальной концепции прав человека и оценка целесообразности использования ее положений при ратификации международных договоров, а также в законотворческой и правоприменительной деятельности органов публичной власти в Украине. При написании статьи были использованы работы О. В. Бреского, В. Брюгге, Н. В. Витрука, Ф. Л. Иванова, В. А. Максименко, К. С. Слюсар, др. ученых, исследовавших упомянутую проблему.

Универсальная концепция прав человека в настоящее время является одной из наиболее распространенных и популярных. Она «выросла» из работ древнегреческих и древнеримских философов, получивших свое второе рождение и современное (на тот период) переосмысление в эпохи Возрождения и Просвещения. С последней эпохой связывают и начало практической реализации «концепции естественного права — идеологической базы универсальной концепции прав человека» [1, с. 52].

Итак, практическая реализация концепции естественного права стала возможной лишь в эпоху Просвещения. «Человек рождается свободным, но повсюду он в оковах» — пояснил движущую силу этого движения Ж.-Ж. Руссо [2]. Французская революция, Американская революция (война за независимость) повлекли закрепление в конституциях (например, США [3]) и конституционных актах (например, Франция [4], Британская империя [5]) гражданских и политических прав. При этом, чем масштабнее была борьба за них — тем более эти права уважались, будучи закрепленными. А. де Токвиль в своих путевых заметках о путешествии по США превозносил религиозную толерантность американцев, «дух общины» и независимое местное самоуправление, др. [6]. При этом подчеркну, что он был выходцем из Франции — страны, где буржуазная революция так же, как и в США, закончилась победой. Однако масштабы и длительность французской буржуазной революции конечно же несопоставимы с масштабами и длительностью американской буржуазной революции. Совпав с войной за независимость, она не оставила в стороне, наверное, ни одного жителя 12 штатов. Как результат — большее внимание к с таким трудом завоеванным правам, огромная гордость за свою страну и за ее конституционные ценности.

М. Твен, описывая жизнь школьников американского провинциального городка 40-х гг. XIX в., в частности, состязания в правописании и чтении, отметил «гвоздь вечера — оригинальные произведения молодых девиц. Одна за другой они подходили к краю эстрады, откашливались, развертывали рукопись, перевязанную хорошенькой ленточкой, и начинали читать, особенно напирая на выразительность и знаки препинания. Темы были все те же, над какими в свое время трудились их матушки, бабушки и, без сомнения, все прабабушки, начиная с эпохи крестовых походов. Тут были: «Дружба», «Воспоминания о былом», «Роль религии в истории», «Царство мечты», «Что нам дает просвещение», «Сравнительный очерк политического устройства различных государств» (курсив мой. — Н. М.), «Задумчивость», «Дочерняя любовь», «Задумчивые мечты» и т. д.» [7]. Думается, это свидетельствует именно о чувстве глубокой гордости, завоеванной независимостью, установлением республиканской формы правления, демократии и др.

Таким образом, система прав человека в каждой стране до середины XX в. отражала особенности ее исторического развития. Формирование и закрепление в нормах международного права универсальной концеп-

ции прав человека произошло после Второй мировой войны, с принятием Всеобщей декларации прав и свобод человека 1948 г. В 1966 г. она была дополнена Международным пактом о гражданских и политических правах и Международным пактом об экономических, социальных и культурных правах. В совокупности эти три документа часто именуются Международным биллем о правах.

Исследователи по-разному характеризуют универсальную концепцию прав и свобод человека. Одна из наиболее полных и емких характеристик дана О. В. Бреским. Ученый считает, что «всеобщность и универсальность прав и свобод человека имеет несколько измерений. Во-первых, все люди, без какой-либо дискриминации, обладают основными правами и свободами. Международные стандарты и законодательство демократических государств гарантируют равенство прав и свобод человека и гражданина независимо от пола, расы, национальности, языка, происхождения, имущественного и должностного положения, места жительства, отношения к религии, убеждений, принадлежности к общественным объединениям, а также других обстоятельств... Во-вторых, все права и свободы универсальны с точки зрения признания их содержания. Общепризнанные права человека, такие как право на жизнь, свобода совести, равенство всех перед законом, право свободного передвижения, право на гражданство, право на свободу убеждений и т.д., — это общие права и свободы всех людей вне зависимости от национальной и региональной специфики и различных исторических, культурных и религиозных особенностей, общественного строя, политического режима, формы государственного устройства и формы правления, международного статуса страны, к которой человек принадлежит. В-третьих, всеобщность прав и свобод человека выражается и в пространственном, территориальном аспекте. Везде, где бы ни находился человек, куда бы он ни переместился, — в любом месте он обладает основными естественными правами и свободами, везде он самоотждественен, потому что сам в себе имеет меру происходящего, меру порядка и меру мира. В-четвертых, вопросы прав человека являются предметом заботы всех государств. Признание всеобщности и универсальности прав и свобод человека означает, что проблемы прав человека не являются внутренним делом государств» [8, с. 332].

О. В. Бреский является сторонником актуальности универсальной концепции прав человека. В. Брюггер призывает создать «образ человека в концепции прав человека» (нем. — *das Menschenbild*, англ. — *the image of the person*), «с которым могли бы согласиться все мировые культуры» [9, с. 140], таким образом, тоже считая возможным существование универсальной концепции прав человека. К. С. Слюсар считает, что благодаря наличию Международного билля о правах устанавливается стандарт поведения государств в отношении прав человека, — таким образом, права человека обуславливают отношения государств не только к своим гражданам, а и к другим странам [10].



Приведем несколько аргументов противников анализируемой концепции:

Ф. Л. Иванов: «спустя 60 лет после подписания Всеобщей декларации прав человека стало очевидным, что универсальная концепция прав человека не может дальше претендовать на декларируемый ее сторонниками универсализм. Более чем полувекковая история современной системы прав человека свидетельствует о недостижимости того уровня эффективности системы, который ее разработчиками планировалось достичь, если не будут предприняты ее структурные изменения. Причины данной неэффективности мы видим в следующем: структура системы прав человека на концептуальном уровне неадекватно отражает складывающиеся в современном мире социально-культурные условия» [1, с. 51];

В. А. Максименко утверждает, что формирование концепции прав человека происходило в странах англосаксонской и романо-германской правовых семей, оспаривает применимость положений о правах человека, выработанных западной правовой мыслью, ко всем национальным системам права, и считает: «концепция прав человека — это продукт западной правовой системы. Концепцию прав человека нельзя признать универсальной в силу того, что — западные представления о правах и свободах личности не могут быть применены к различным правовым системам. Противоречия возникают уже на этапе определения терминологии» [11].

В настоящее время наибольшую критику универсальной концепции прав человека осуществляют те исследователи, которые изучают ситуацию с правами человека, сопоставляя светские и религиозные государства. Причем последние — это не страны, являющиеся таковыми с точки зрения особенностей их формы правления (Исламская республика Иран, Исламская республика Афганистан), но также и государства, в которых влияние одной из мировой религий — ислама — является сильным, несмотря на то, что официально страна является светской\*.

Самой распространенной мировой религией остается христианство — однако, концепция универсальности прав человека появилась в христианских странах, поэтому если не поддерживается церковью, то, по крайней мере, не критикуется ею. Ученые, разрабатывающие концепцию, учитывали (косвенно) христианские ценности, а зачастую сами придерживались их.

А вот ислам, который по примерным подсчетам исповедует около четверти населения планеты, в отношении прав человека исходит из совершенно других концепций, нежели теория естественного права. Достаточно рассмотреть преамбулы к основополагающим актам по правам человека, выработанным и ратифицированными исламскими государствами:

— Всеобщая исламская декларация прав человека (1981 г.):

«Считая, что Аллах дал человечеству через свои откровения в Коране и Сунне прочную юридическую и моральную основу, позволяющую создавать и регулировать институты и человеческие отношения,

Считая, что права человека, предписанные божественным законом, имеют цель придать достоинство и честь человечеству, а также уничтожить гнет и несправедливость,

Считая, что в силу их божественных источников и освящения эти права не могут быть ни ограничены, ни отменены, ни нарушены властями, ассамблеями или другими институтами, также как нельзя от них отречься или отказаться» [12];

— Каирская декларация о правах человека в исламе (1990 г.): «считая, что основные права и универсальные свободы в исламе являются неотъемлемой частью исламской религии и что принципиально никто не имеет права отменять их полностью или частично или нарушать, или попираť их, поскольку они являются обязательными заповедями Господа, которые содержатся в Книгах откровения Господа и были ниспосланы через последнего из его пророков для завершения предшествующих божественных посланий, что сделало их соблюдение актом молитвы, а их попрание или нарушение страшным грехом, и поэтому каждый человек несет личную ответственность, а исламский мир — коллективную ответственность за их охрану» [13];

— Арабская хартия прав человека (2004 г.): «в соответствии с вечными принципами братства, равенства и терпимости среди всех человеческих существ, которые были твердо установленным исламским шариатом и другими божественно показано, религии...» [14] (интересно, что последний отрывок не очень отличается от сформулированного под влиянием теории естественного права девиза Великой Французской революции «Свобода, равенство, братство»).

Универсальная концепция прав человека получила название «секулярная». Однако в ней четко прослеживается влияние христианства. Гораздо более точным названием для универсальной концепции прав человека является «западная» (в частности, его использует В. А. Максименко). Рассмотрим, почему это так.

Первоначально основные неудачи, связанные с последовательной реализацией универсальной концепции прав человека, связывали с существованием государств т. н. капиталистического и социалистического лагерей. Действительно, различные подходы к регулированию экономической жизни, существование демократических в одной группе стран и антидемократических — в другой режимов объективно обуславливали разную ситуацию с проблемами в реализации тех или иных прав.

Приведем пример: лозунги Октябрьской революции 1917 г. «Заводы — рабочим, земля — крестьянам» и стремление построить коммунизм нашли выражение в такой иерархии прав:

- социально-экономические права;
- культурные права и свободы;

- политические права и свободы;
- личные права и свободы.

Н. В. Витрук, рассматривая принцип юридического равенства («равенство общественного положения людей по закону» [15, с. 24]), подчеркивал, что цель коммунизма — это не только юридическое, но и полное (фактическое) равенство людей, т.е. полное равенство общественного положения [15, с. 26].

Действительно, как метко отмечено Х. Арендт, «Ленин потерпел свое величайшее поражение, когда с началом гражданской войны верховная власть, которую он первоначально планировал сосредоточить в Советах, явно перешла в руки партийной бюрократии» [17]. Однако индифферентность и отсутствие резких протестов против политики партии и правительства во многом объяснялись тем, что боролись-то в 1917 г. не за демократию и гражданские, политические права, а за права социальные и культурные. Достаточно высокий уровень реализации и гарантированности этих прав вполне удовлетворял население СССР и был предметом гордости.

Думается, если бы универсальная концепция прав человека действительно была бы универсальной, проблем с ее реализацией в социалистических странах не возникло бы.

На этапе разработки Всеобщей декларации прав человека был выявлен еще один принципиальный вопрос, отчасти конституционно-правового, отчасти — международно-правового характера. Л. В. Павлова, рассматривая процесс принятия Всеобщей декларации прав человека, отмечает: «Не нашла поддержки ... инициатива советских представителей отразить в Декларации связь прав человека с проблемой государственного суверенитета. Западные страны считали, что указанное предложение является отражением господствующей в Советском Союзе теории о подчинении личности государству, противоречащей абсолютному характеру прав человека. Нельзя признать правильной позицию западных стран, отвергнувших предложение советских представителей о включении в Декларацию статьи о праве наций и народов на самоопределение. С другой стороны, из-за негативной позиции социалистических стран, при поддержке некоторых латиноамериканских государств, не было включено в текст Декларации «право на петицию к властям государства, гражданином которого он является или в котором он проживает, либо к Организации Объединенных Наций, содержащееся в проекте Комиссии по правам человека, по аналогии с европейским конституционным законодательством. Советский Союз, Мексика и ряд других стран считали, что право на петицию в ООН нарушает принцип национального суверенитета и противоречит уставному положению о невмешательстве во внутренние дела государств» [18].

Итак, эффективность и реализуемость универсальной концепции прав человека оспаривается с использованием аргументов не только религиозного, но и исторического, и правового характера.

Думается, что если речь идет о национальной системе прав человека, принципы универсальности и национальной самобытности должны сочетаться:

— универсальность проявляется в том, что существуют международные стандарты прав человека;

— при этом каждая страна, обладая государственным суверенитетом, закрепляет в законодательстве собственную систему прав человека.

Фактически речь идет о соотношении выработанных международными организациями стандартов и государственного суверенитета отдельных стран. Почему целесообразно именно сочетание этих подходов? Ведь международные организации вырабатывают универсальные стандарты, используя огромный научный потенциал, которым навряд ли обладает каждое отдельно взятое государство. Казалось бы, именно результату их работы целесообразно отдавать приоритет. Однако при изучении истории и современного состояния ситуации с правами человека возникает мысль о том, что права человека являются ценностью для их обладателей лишь тогда, когда они САМИ прилагали усилия для борьбы за них. А в результате такой борьбы и выстраивается иерархия, причем в разных странах она может оказаться различной. Здесь прослеживается и влияние религии, конечно же, накладывается и упомянутая выше проблема, связанная с государственным суверенитетом. Однако, думается, основным является отношение населения (а следовательно, и органов публичной власти) к этим правам. Например, в Украине независимость была провозглашена достаточно спонтанно, мирным путем (1991 г.), а через 5 лет население «проснулось с новой конституцией» (1996 г.). Поэтому как таковой борьбы за защиту своих прав население не ведет, даже если нарушения имеют массовый характер и становятся угрожающими — ведь для большинства эти права не являются ценностью, завоеванной личными усилиями или усилиями их предков.

Недостатком того, что в каждой стране создается своя система прав человека, может быть несоответствие этой системы демократическим ценностям, стандартам. Однако преимуществом будет высокий уровень уважения к включенным в эту систему правам со стороны населения.

**Выводы.** Преимущество международных стандартов в сфере прав человека состоит в первую очередь в высоком уровне их демократичности и качественной проработке формулировок. Недостаток международных стандартов состоит в том, что они унифицируют достижения лишь некоторых государств — наиболее демократичных, наиболее влиятельных на мировой арене и т.п., однако лишь некоторых. В результате, значимость и важность закрепленных в них прав может быть полностью оценена (а следовательно, и полноценно реализована) лишь в странах с похожим историческим опытом развития. В связи с этим правильнее говорить не об универсальной, а о западной концепции прав человека.

Таким образом, на сегодняшнем этапе исторического развития представляется наиболее оптимальной ситуация, в которой каждая страна будет иметь свою систему прав человека, созданную с учетом особенностей национального конституционного права и международно-правовых стандартов. Перспективы исследований в этом направлении видятся в выявлении характерных черт и в систематизации существующих систем прав человека.

### Примечание

- \* Некоторые другие религии, например иудаизм, также не согласуются с универсальной концепцией прав человека, однако их меньшая распространенность и наличие ограничений по объему статьи делают невозможным детальный анализ.

### Литература

1. Иванов Ф. Л. Перспективы развития универсальной и исламской концепции прав человека в изменяющемся мире / Ф. Л. Иванов // Вестник Челябинского государственного университета. Право. — 2009. — Вып. 19, № 15. — С. 51–55.
2. Руссо Ж. Ж. Об общественном договоре, или принципы политического права [Электронный ресурс] / Ж. Ж. Руссо. — Режим доступа : <http://lib.ru/FILOSOF/RUSSO/prawo.txt>
3. The United States Constitution [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://constitutionus.com/>
4. Декларация прав человека и гражданина 1789 г. // Французская Республика: Конституция и законодательные акты. — М., 1989. — С. 26–29.
5. Билль о правах 1689 г. // Законодательство Английской революции 1640–1660 гг. — М.; Л., 1946.
6. Токвиль Алексис де. Демократия в Америке : пер. с фр. / А. де Токвиль ; предисл. Г. Дж. Ласки. — М. : Прогресс, 1992. — 554 с.
7. Твен М. Приключения Тома Сойера / М. Твен ; пер. с англ. Н. Дарузес. — М. : Худ. лит., 1977.
8. Бреский О. В. Курс 1 «Права человека: история и доктрина». Лекция 3: Права человека, их виды и функции [Электронный ресурс] / О. В. Бреский. — Режим доступа : [http://newlibrary.humanrightshouse.org/pluginfile.php/103/mod\\_resource/content/3/%D0%9B%D0%B5%D0%BA%D1%86%D0%B8%D1%8F%203.pdf](http://newlibrary.humanrightshouse.org/pluginfile.php/103/mod_resource/content/3/%D0%9B%D0%B5%D0%BA%D1%86%D0%B8%D1%8F%203.pdf)
9. Брюггер В. Образ людини у концепції прав людини / В. Брю'єр // Проблеми філософії права. — 2003. — Т. 1. — С. 136–146.
10. Слюсар К. С. Універсалізація як основа розвитку нових поколінь прав людини [Электронный ресурс] / К. С. Слюсар. — Режим доступа : <http://www.minjust.gov.ua/udhra/conf-materials-17.html>
11. Максименко В. А. Права человека в различных правовых системах. Основные особенности и проблема универсальности : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / В. А. Максименко. — М., 2005. — 24 с.
12. Всеобщая исламская декларация прав человека 1981 г. [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://constitutions.ru/archives/500>
13. Каирская декларация о правах человека в исламе 1990 г. [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://uazakon.com/document/tpart17/isx17539.htm>
14. Arab Charter on Human Rights 2004 [Электронный ресурс]. — Режим доступа : [http://www.acihl.org/res/Arab\\_Charter\\_on\\_Human\\_Rights\\_2004.pdf](http://www.acihl.org/res/Arab_Charter_on_Human_Rights_2004.pdf)

15. Витрук Н. В. Правовой статус личности в СССР / *Н. В. Витрук*. — М. : Юрид. лит., 1985. — 175 с.
16. Арндт Х. Истоки тоталитаризма [Электронный ресурс] / *Х. Арндт*. — Режим доступа : <http://www.aej.org.ua/History/612.html>
17. Павлова Л. В. Современная концепция прав и свобод человека и ее трактовка Всеобщей декларацией прав человека 1948 г. [Электронный ресурс] / *Л. В. Павлова*. — Режим доступа : <http://www.law.edu.ru/doc/document.asp?docID=1126523>

#### А н н о т а ц и я

***Мишина Н. В. Универсальная концепция прав человека: миф или реальность?*** — Статья.

В статье рассматриваются преимущества и недостатки универсальной концепции прав человека с точки зрения целесообразности ее дальнейшего использования при совершенствовании нормативно-правового регулирования прав и свобод человека и гражданина в Украине. На основании приведенных аргументов делается вывод о том, что правильнее говорить не об универсальной, а о западной концепции прав человека. Резюмируется, что на сегодняшнем этапе исторического развития представляется наиболее оптимальной ситуация, в которой каждая страна будет иметь свою систему прав человека, созданную с учетом особенностей национального конституционного права и международно-правовых стандартов.

*Ключевые слова:* права человека, международные стандарты, универсальная концепция прав человека.

#### А н о т а ц і я

***Мишина Н. В. Універсальна концепція прав людини: міф чи реальність?*** — Стаття.

У статті розглядаються переваги та недоліки універсальної концепції прав людини з точки зору доцільності її подальшого використання при вдосконаленні нормативно-правового регулювання прав і свобод людини і громадянина в Україні. На підставі наведених аргументів робиться висновок про те, що правильніше говорити не про універсальну, а про західну концепцію прав людини. Резюмується, що на сьогоднішньому етапі історичного розвитку уявляється найбільш оптимальною ситуація, в якій кожна країна матиме свою систему прав людини, створену з урахуванням особливостей національного конституційного права та міжнародно-правових стандартів.

*Ключові слова:* права людини, міжнародні стандарти, універсальна концепція прав людини.

#### S u m m a r y

***Mishyna N. V. Universal Concept of Human Rights: Dream or Reality?*** — Article.

The article discusses the advantages and disadvantages of a universal concept of human rights in terms of whether it should be used for further improvement of the legal regulation of the human rights and freedoms in Ukraine. Based on these arguments, it is concluded that it is more correct to speak not of the universal, but the Western concept of human rights. Author concludes that at the current stage of historical development the most optimal situation is in which each country will have its own system of human rights, created with the features of the national constitutional law in light of international legal standards.

*Keywords:* human rights, international standards, universal concept of human rights.

УДК 342.98:35.08

*Л. Р. Біла-Тіунова***СЛУЖБОВА КАР'ЄРА ДЕРЖАВНОГО СЛУЖБОВЦЯ:  
ПОНЯТТЯ ТА ОСОБЛИВОСТІ**

Для з'ясування сутності службової кар'єри необхідно дослідити поняття і зміст кар'єри. Слід зазначити, що дослідженням кар'єри як об'єкта управління займалися різні науки. Найбільше кар'єра вивчена соціологією і впродовж останніх років в ній закріпилося розуміння кар'єри як просування людини по сходинках виробничої, майнової, соціальної, адміністративної й іншої ієрархії, розгляд її як послідовних занять, що виконуються індивідом протягом його трудового життя. У більшості визначень соціологів кар'єра представлена у вигляді моделі сфери переміщення індивідів із нижчестоящих суспільних позицій на вищестоящі [1; 2, с. 116; 3, с. 276; 4]. Польський соціолог Я. Щепанський вважає, що, досліджуючи проблему кар'єри, «насамперед ми зіштовхуємося з мобільністю індивідів, що полягає в проходженні встановлених сходів у будь-якій ієрархічній системі, що ми називаємо особистою кар'єрою». До розуміння кар'єри він включає проходження індивідом ієрархічних шаблів «престижу», «доходу», «влади» [5, с. 25–28].

Натомість, соціальна психологія концентрує свою увагу на вивченні залежності трудової кар'єри від типу особистості, що формується під впливом певних соціальних факторів, її взаємодії з мікросередовищем [6–10].

Кар'єра належить також до сфери наукових і практичних інтересів менеджменту. Але інтерес до проблеми кар'єри не завжди був пильним і залежав від ролі людського фактора в менеджменті. Методологічні основи вивчення ділової кар'єри було закладено управлінською школою «людських відносин», а також досягненнями психології й соціології. Подальший розвиток досліджень кар'єри відбувався в рамках менеджменту організації, кадрового менеджменту, менеджменту людських ресурсів, його характеризує зростання інтересу до людського фактора [11, с. 232–245; 12–14]. В управлінській науці відбувається усвідомлен-

ня зміни співвідношення ролей організаційно-технічних і людських ресурсів для досягнення успіху. «Всі господарські операції можна, в остаточному підсумку, звести до позначення трьома словами: люди, продукт, прибуток. На першому місці стоять люди. Якщо у вас немає надійної команди, то з інших факторів мало що вдасться зробити», — стверджує Лі Якокка, один із найвідоміших наприкінці ХХ ст. представників ділового світу США [15, с. 54].

Менеджмент людських ресурсів, який виник в 60-ті роки минулого століття, розглядає співробітників як джерело невикористаних резервів, як актив підприємства, людський капітал, як найважливішу можливість налагодити більш раціональне планування і прийняття рішень. У менеджменті людських ресурсів ділова кар'єра розглядається як сполучна ланка між прагненнями індивіда й еволюцією соціальних структур. Кар'єра не обмежується впливом виробничих факторів. Вона визначається як особистим потенціалом працівника, стилем життя, накопиченим соціальним досвідом, так і культурою, соціальними нормами, цінностями, соціальними ієрархіями й організаційними формами [14; 16; 17].

У менеджменті організації управління діловою кар'єрою розглядається як один із напрямків процесу управління персоналом. Кар'єра тут трактується як суб'єктивно усвідомлені власні судження працівника про своє трудове майбутнє, очікувані шляхи самовираження й задоволення працею і розглядається як поступове просування по службових сходинках, зміна навичок, здібностей, кваліфікаційних можливостей і розмірів винагороди, пов'язаних із діяльністю працівника, це просування вперед по один раз обраному шляху діяльності, наприклад: одержання більших повноважень, більш високого статусу, престижу, влади, матеріальних багатств. Але кар'єра — це не тільки просування по службі. Життя людини поза роботою має значний вплив на кар'єру, є частиною кар'єри [18, с. 10—11]. Можна говорити про кар'єру домогосподарок, матерів, учнів та ін.

Необхідно зазначити, що в управлінні дуже часто змішують поняття «кар'єра» і «службово-професійне просування», тоді як вони є близькими, але не тотожними. Термін «службово-професійне просування» є найбільш звичним, тоді як термін «кар'єра» в українській спеціальній літературі й на практиці фактично не використовувався. Під службово-професійним просуванням розуміється пропонувана організацією послідовність різних шаблонів (посад, робочих місць, становищ у колективі). Натомість, кар'єра є більш широким поняттям, яке становить система взаємообумовлених і взаємопов'язаних елементів.

Якщо розглядати поняття кар'єри з позицій сучасних теорій мотивації, то напрошується висновок, що кар'єра як елемент управління персоналом має безпосереднє відношення до мотивації їхньої діяльності. Відповідно до теорії А. Маслоу, в основі поведінки людини лежать її потреби, які можна поділити на п'ять груп: а) фізіологічні потреби, необхідні для виживання людини (їжа, вода, відпочинок); б) потреби



у безпеці і впевненості у майбутньому, тобто захист від фізичних та інших небезпек із боку навколишнього світу і впевненість у тому, що фізіологічні потреби задовольнятимуться і в майбутньому; в) соціальні потреби, тобто необхідність у соціальному оточенні (у спілкуванні з людьми, відчуття «ліктя» й підтримки тощо); г) потреби у пошані, у визнанні оточуючих і прагненні до особистих досягнень; д) потреба самовираження, тобто потреба у власному зростанні і в реалізації своїх потенційних можливостей [19].

Згідно з теорією очікувань В. Врума, потреба є не тільки необхідною умовою мотивації людини для досягнення мети, але й обраним типом поведінки. Процесуальні теорії очікування встановлюють, що поведінка співробітників визначається поведінкою: а) керівника, який за певних умов стимулює роботу співробітника; б) співробітника, який упевнений, що за певних умов йому буде видано винагороду; в) співробітника і керівника: керівник допускає, що при певному поліпшенні якості роботи робітника йому буде видано певну винагороду; г) співробітника, який зіставляє розмір винагороди із сумою, яка є необхідною йому для задоволення певної потреби [18, с. 24]. Отже, теорія очікувань свідчить, що у будь-якій ситуації люди прагнуть: а) одержати максимум бажаного, у тому числі й просування по службі; б) знання перспектив свого росту.

Із теорії справедливості впливає, що очікувана залежність між рівнем ефективності роботи й просуванням по службі сприяє підвищенню трудової активності працівника [20]. Так, ефективність мотивації оцінюється працівником не за певною групою чинників, а системно, з урахуванням оцінки винагород, виданих іншим працівникам, що працюють в аналогічному системному оточенні. Співробітник оцінює свій розмір заохочення у порівнянні із заохоченнями інших співробітників. При цьому він ураховує умови, в яких працює він та інші співробітники, наприклад, керівник не забезпечує співробітника тією роботою, яка відповідає його кваліфікації, або чи був у нього доступ до інформації, необхідної для виконання роботи, тощо.

У класичному підручнику з управління персоналом за редакцією А. Я. Кібанова кар'єру визначено як поступове просування особистості в якій-небудь сфері діяльності, зміна навичок, здібностей, кваліфікаційних можливостей і розмірів винагороди, пов'язаних із діяльністю, просування вперед один раз обраним шляхом [21]. Отже, це визначення базується на двох аспектах: процедурному, як поступове просування, і виробничому, як сфера діяльності, кваліфікаційні можливості, винагорода. Натомість, на думку Н. П. Тарнавської і Р. М. Пушкар, кар'єра — це індивідуально усвідомлена позиція та поведінка, пов'язана з трудовим досвідом і діяльністю протягом трудового життя людини [22, с. 278], тобто автори зробили акцент на суб'єктивно-індивідуальному аспекті — «індивідуально-усвідомленій позиції».

Таким чином, можна визначити, що в залежності від галузі знань поняття «кар'єра» трактується по-різному: а) соціологія — модель пе-

реміщення індивідів із нижчестоящих суспільних позицій на вищестоящі; б) психологія — уявлення про етапність індивідуального розвитку; в) соціальна психологія — залежність трудової кар'єри від типу особистості, яка формується під впливом певних соціальних факторів її взаємодії з мікросередовищем; г) соціоніка — залежність кар'єри від самопізнання особистості та вибору професії, найбільш відповідної своєму типу; д) менеджмент людських ресурсів — кар'єра як сполучна ланка між прагненнями індивіда та еволюцією соціальних структур; ж) менеджмент організацій — суб'єктивні власні судження працівника про своє трудове майбутнє, очікувані шляхи самовираження та задоволення працею, тобто це поступове переміщення по службових сходинках, зміна здатностей, кваліфікаційних можливостей та розмірів винагороди, які пов'язані з діяльністю робітника.

Термін «кар'єра» прийшов до української мови з латинської через іспанську, італійську та французьку мови (лат. *carrius*, італ. *carriera*, ісп. *carretera*, франц. *carrière* — віз, візок). Спочатку термін «кар'єра» мав у Російській імперії (як і в державах транзитних мов) нейтральний сенс та означав і професію, і досягнення в якій-небудь галузі людської діяльності. Звернення до енциклопедичних та словникових джерел свідчить про різне змістовне навантаження поняття «кар'єра». Аналіз наявних точок зору дозволяє визначити, що в основу цього поняття покладено різні підходи щодо характеристики того чи іншого аспекту кар'єри, зокрема: 1) людська діяльність: а) рід занять [23, с. 231]; б) визначення професії [24]; 2) просування по службі: а) просування у конкретній сфері [25, с. 425]; б) просування у будь-якій сфері діяльності [26, с. 492]; 3) становище в суспільстві: а) шлях до успіху, певного становища в суспільстві, на службовому поприщі, а також саме досягнення такого становища [23, с. 231]; б) досягнення відомості, слави, вигоди [26, с. 492]; 4) майбутнє: поприще, доля [25, с. 425]; 5) складне визначення: а) успішне просування по сходинках професійної, соціальної, посадової, майнової або іншої ієрархії; б) послідовність професійних ролей, статусів и видів діяльності в житті людини [27, с. 291]; в) біг, життєвий шлях, поприще, просування в якій-небудь сфері діяльності, досягнення відомості, слави, вигоди, матеріального благополуччя [27, с. 291].

Пізніше поняття «кар'єра» стало набувати негативного значення і остаточно утвердилося в такому розумінні в СРСР. Так, визначення російського словника В. Даля 1863–1866 рр. «кар'єра — шлях, хід, поприще життя, служби, успіхів і досягнень» мало цілком нейтральне значення. Пізніше його було замінено й доповнено визначенням, зафіксованим радянським російським словником С. Ожегова 1949 р., відповідно до якого кар'єра — це: 1) рід занять, діяльності; 2) шлях до успіху, певного становища у суспільстві, на службовому поприщі, а також саме досягнення такого становища [23, с. 231].

Поєднання цих визначень із тогочасними протиставленнями суспільних та особистих інтересів, вимогою підпорядкування особистого

суспільному додатково підкреслювало негативне ставлення до терміна «кар'єра» та похідних від нього термінів, зокрема терміна «кар'єризм», який визначається як гонитва за особистим успіхом у службовій та іншій діяльності через честолюбство або з корисливих мотивів на шкоду суспільним інтересам [28, с. 337]. Саме тому поняття «кар'єра» і «служба кар'єра державного службовця» взагалі не використовувалися ні адміністративним, ні трудовим законодавством УРСР і СРСР. Тільки в 1993 р. Закон «Про державну службу» вперше закріпив термін «служба кар'єра» у назві п'ятого розділу Закону, який включає в себе такі важливі елементи кар'єри, як: класифікація посад (ст. 25), ранги державних службовців (ст. 26), просування по державній службі (ст. 27), кадровий резерв (ст. 28) [29]. Водночас аналіз статей цього розділу свідчить про те, що в цьому Законі не закріплено визначення поняття «служба кар'єра», етапи її проходження, управління службовою кар'єрою.

У публікаціях вітчизняних і зарубіжних авторів із питань кар'єри використовуються різні акценти щодо визначення цього поняття і, як результат, запропоновано різні його визначення, аналіз яких дає підстави виокремити три основні підходи, в аспекті яких вони й пропонуються:

1) у загальному аспекті кар'єра — це: а) динаміка соціально-економічного становища, статусно-рольові характеристики, форми соціальної активності особистості у трудовій діяльності; б) послідовність розвитку людини в основних сферах життєдіяльності, динаміка її становища та активність; в) активне просування людини в опануванні та вдосконаленні способів діяльності, що забезпечує її стійкість у соціальному житті;

2) в об'єктивно-організаційному аспекті кар'єра — це: а) поступове просування працівників установи службовими сходинками в міру підвищення їх компетентності, набуття професійного досвіду та навичок, виходячи із кваліфікаційно-посадових можливостей; б) переміщення службовців згідно з рангами та категоріями посад у структурно-управлінській ієрархії державної служби; в) передбачене отримання державним службовцем вищих рангів та категорій посад або послідовна зміна сфер діяльності в межах однієї установи;

3) у суб'єктивно-індивідуальному аспекті кар'єра — це: а) суб'єктивно усвідомлені власні судження працівника про своє службове майбутнє, очікувані шляхи самовиявлення та отримання задоволення від роботи; б) сукупність взаємопов'язаних рішень особи про вибір того чи іншого варіанту майбутньої діяльності, виходячи з можливостей подолання розбіжностей між реальним і бажаним її службовим становищем; в) усвідомлення обраного шляху, що реалізується, професійного чи посадового просування до статусу, який гарантує службовцю самоствердження; г) індивідуально усвідомлена послідовність зміни поглядів, пізнання та поведінки, пов'язаних із досвідом роботи та діяльністю протягом трудового життя [30–32].

Безумовно, враховуючи різні аспекти та складові поняття «службова кар'єра» та особливості її реалізації у сфері державної служби, слід зазначити, що службова кар'єра — це правове просування державного службовця по державній службі з метою задоволення державних інтересів та реалізації своїх інтересів шляхом заміщення вищої посади або присвоєння вищого рангу.

Оскільки службова кар'єра є багатомірним і складним правовим явищем, особливості її змістовного навантаження проявляються у різних аспектах її сприйняття та характеристики. Звернення до наукових доробок із питань кар'єри і службової кар'єри, аналіз чинного законодавства про державну службу дозволяють виокремити такі аспекти:

1) соціальний. Як і державну службу, службову кар'єру, насамперед, характеризує соціальний аспект, тобто уявлення про кар'єру з точки зору суспільства. Службова кар'єра не може здійснюватися: а) поза суспільством; б) без участі суспільства; в) на шкоду суспільству. Зазначене обґрунтовується тим, що саме у процесі розвитку суспільства визначаються: 1) певні кар'єрні маршрути, способи досягнення певних висот (успіхів) у тій чи іншій сфері професійної діяльності; 2) усталені уявлення про: а) характер руху по цих маршрутах; б) швидкість, стрімкість, траєкторію кар'єри, ступінь її злетності; в) методи її реалізації. Названі основні чинники руху до успіху є своєрідним еталоном для оцінки суспільством індивідуальної кар'єри службовця. Соціальний аспект службової кар'єри має прояв і в тому, що державна служба — це соціально-правова інституція, яка покликана служити суспільству, захищати його і створювати належні умови для його функціонування. Отже, у соціальному аспекті службова кар'єра — це суспільне уявлення про службові досягнення особи у державній службі, швидкість, стрімкість, траєкторію кар'єри, методи її реалізації;

2) правовий. Оскільки сферою службової кар'єри у цьому дослідженні є державна служба, яка, як правовий інститут адміністративного права, являє собою систему правовідносин, пов'язаних із виникненням, зміненням і припиненням державної служби, остільки службова кар'єра, як субінститут державної служби, також являє собою систему правовідносин, пов'язаних із набуттям статусу державного службовця, здійсненням ним службової кар'єри та її припиненням. Таким чином, правовий аспект службової кар'єри — це, насамперед, система певних правовідносин, які регулюються нормами права, переважно нормами публічних галузей права (конституційне, адміністративне, фінансове тощо). Правовий аспект службової кар'єри характеризується і системою законодавства, яке регулює питання проходження державної служби і яке становлять норми конституційного, адміністративного, фінансового, трудового, кримінального права тощо. Таким чином, службова кар'єра у правовому аспекті — це *система правовідносин, пов'язаних із набуттям статусу державного службовця, просуванням за посадами і за*

рангами, оцінюванням державного службовця, припиненням службових відносин, режиму державної служби;

3) організаційний. Цей аспект характеризує службову кар'єру як своєрідний механізм, покликаний забезпечити як створення її основ (правових, структурних, процедурних), так і її здійснення. З огляду на зазначене, організаційний аспект є складним утворенням (механізмом), який становлять ряд чинників, насамперед: а) *правові норми*; б) *державна посада*; в) *учасники службової кар'єри (державний службовець і суб'єкт призначення)*; г) *державно-службові правовідносини*. Безперечно, цей перелік можна доповнити іншими елементами (форми, методи, контроль), однак, саме перелічені елементи є основними в механізмі службової кар'єри;

4) процедурний. Оскільки службова кар'єра проявляється у проходженні певних етапів, стадій, проваджень, вона безпосередньо пов'язана з адміністративними процедурами, які не тільки становлять її зміст, але й, власне, забезпечують існування службової кар'єри як правового явища. Практично, кожен структурний елемент службової кар'єри забезпечується цілим рядом адміністративних процедур, серед яких можна виокремити такі: 1) щодо набуття статусу державного службовця: а) конкурс; б) зарахування на посаду; в) прийняття Присяги; г) присвоєння первинного рангу (класного чину, звання); д) ведення особових справ; ж) проведення спеціальної перевірки; 2) щодо просування за посадами і за рангами (класними чинами, званнями): а) присвоєння вищого рангу (класного чину, звання); б) переведення на вищу посаду; 3) оцінювання державного службовця: а) атестація; б) щорічна оцінка діяльності державного службовця; в) підготовка службової характеристики; 4) щодо припинення службових відносин: а) відставка; б) з ініціативи державного службовця; в) з ініціативи суб'єкта призначення; в) при втраті права на державну службу або його обмеження; г) за об'єктивних обставин. Таким чином, процедурний аспект службової кар'єри полягає в тому, що це *сукупність послідовно здійснюваних адміністративних процедур щодо набуття статусу державного службовця, просування за посадами і рангами, оцінювання державного службовця, припинення службових відносин*;

5) структурний. З огляду на те, що службова кар'єра є багатограним складним правовим явищем, вона характеризується, окрім особливостей, принципів і функцій, також і своєю структурою, яку становлять взаємообумовлені, взаємопов'язані і взаємозалежні елементи, що визначають правову природу і зміст службової кар'єри, особливості її здійснення і послідовність адміністративних процедур у державній службі. Саме структурний аспект службової кар'єри дозволяє дослідити весь процес службової кар'єри: від самого початку, тобто набуття статусу державного службовця, до завершення, тобто припинення службової кар'єри. Саме при дослідженні структурного аспекту запропоновано *широке і вузьке розуміння службової кар'єри, відповідно до якого*

*службову кар'єру визначено як просування державного службовця по державній службі за посадами або за рангами щодо забезпечення виконання завдань і функцій держави;*

б) публічно-індивідуальний. Цей двоєдиний аспект характеризує розгляд службової кар'єри з позиції поєднання публічних та індивідуальних інтересів. Зокрема, публічний інтерес службової кар'єри проявляється у її значенні і ролі для державного органу, тобто заохочення державного службовця, надання йому можливості досягти успіху, сприятиме більш професійній його діяльності, що, насамперед, знайде своє відображення у результатах діяльності державного органу. Таким чином, із цієї позиції службова кар'єра — це суб'єктивні судження про просування за посадами або рангами державного службовця з боку керівника державного органу. Індивідуальний аспект службової кар'єри розкриває особливості її бачення державним службовцем, тобто він пов'язаний і з суб'єктивною оцінкою (самооцінкою) характеру протікання свого кар'єрного процесу, проміжних результатів розвитку його кар'єри. Відповідно до цього аспекту кар'єра — це: *а) об'єктивна оцінка суб'єкта призначення щодо діяльності державного службовця та його кар'єрні можливості у державному органі; б) суб'єктивно усвідомлені власні судження службовця про своє службове майбутнє, очікувані шляхи самовираження і перспективи своєї діяльності.*

Як правове явище службова кар'єра має ряд ознак та особливостей, що виокремлюють її з інших видів кар'єри (наукової, спортивної, артистичної, релігійної тощо). Аналіз різних точок зору щодо поняття та змістовного навантаження службової кар'єри, її видів та етапів проходження свідчить про те, що, як правова категорія, службова кар'єра характеризується, зокрема, тим, що вона:

а) є стратегічною. Службова кар'єра за своєю суттю є стратегічною, оскільки її зміст полягає у просуванні людини у своє гіпотетичне (службове, майнове, політичне, наукове, суспільне тощо) майбутнє. Якщо врахувати той факт, що у будь-якій ієрархічній системі присутня кар'єра, то і для державних органів, які характеризуються чітко визначеною ієрархією, і для державної служби, яка за своєю природою є ієрархічною системою державних посад і звань, ця риса має особливе значення, оскільки саме вона є тією рушійною силою, що визначає і стимулює просування по службі;

б) є динамічною. Як правило, службова кар'єра характеризується відповідним рухом уперед, тобто постійною зміною становища державного службовця з точки зору просування по кар'єрних сходинках. Саме заради таких змін і здійснюється кар'єрний процес, в якому слід виокремити такі етапи службової кар'єри: а) входження: прийняття на державну службу, ознайомлення з функціональними обов'язками, проходження випробувального строку та професійного навчання, набуття першого досвіду; б) становлення: адаптація до обраної професійної спеціалізації, формування системного уявлення про структурно-функціональні

зв'язки, специфіка управлінської праці, зайняття керівної посади нижчого рівня; в) сталість: оволодіння професією, досягнення стійкого становища в установі; г) зрілість: максимальне використання власного кар'єрного потенціалу, перевищення компетентністю кваліфікаційно-посадових вимог, нарощування авторитету, наявність привабливого іміджу, високий рейтинг; д) завершення: високий статус, визнання професіоналізму і компетентності, вшанування заслуг, відчуття необхідності передати іншим свої знання та досвід, перехід на патронатні посади;

в) здійснюється у просторі і в часі. Службова кар'єра нерозривно пов'язана із простором і часом, які не тільки характеризують її, але й, насамперед, забезпечують її існування як правової категорії. Здійснення службової кар'єри є можливим тільки у певному просторі, який наповнений людьми, оскільки вона здійснюється особою щодо інших осіб і за участі інших осіб. Неможливим є здійснення службової кар'єри водночас, тобто для її досягнення потрібен певний (як правило, нормативно визначений) проміжок часу, протягом якого службовець доказує свою значущість, індивідуальність, професійність і відповідність тим критеріям, які висуваються для заміщення певної державної посади, для одержання нагороди, для визнання заслуг тощо. Саме час є тим оціночним критерієм службової кар'єри, який дозволяє визначити її вид: стрімка, прискорена, застійна тощо;

г) нерозривно пов'язана з державною діяльністю. Службова кар'єра нерозривно пов'язана з характером діяльності особи, тому що саме діяльність і визначає її вид. Оскільки мова йде про сферу державної служби, яка нерозривно пов'язана з функціонуванням державних органів (тобто мова йде про публічну сферу), важливою рисою цієї сфери є здійснення діяльності, яка має державний характер. Іншими словами, реалізуючи своє індивідуально-суб'єктивне прагнення щодо досягнення певних службових сходинок, службовець виконує службово-владні повноваження від імені держави, для забезпечення реалізації завдань і функцій держави і задоволення при цьому своїх власних кар'єрних інтересів. Є неможливим здійснення державним службовцем службової кар'єри поза межами державної діяльності, тобто перехід державного службовця до іншого виду діяльності (політична, приватна, релігійна тощо) є підставою для припинення службової кар'єри як державного службовця;

д) є поєднанням індивідуальних і публічних інтересів. Саме поєднання бажання державного службовця досягти певного успіху, з одного боку, і важливості цього успіху для інтересів державного органу — з іншого, і є необхідною умовою здійснення службової кар'єри. Іншими словами кар'єрний інтерес державного службовця повинен кореспондуватися з публічним інтересом державного органу. При цьому ініціатором кар'єрного росту державного службовця може бути як він сам, так і державний орган. Окрім цього, поєднання індивідуальних і публічних інтересів проявляється також і в тому, що індивідуальний кар'єрний

інтерес службовця реалізується при здійсненні виключно публічної діяльності від імені держави і на користь суспільства;

ж) має кінцевим результатом успіх. Саме шляхом до успіху, а також процесом досягнення такого успіху і є служба кар'єра. При цьому поняття «успіх» може мати різне змістове навантаження залежно від уявлень про нього державного службовця: а) певна державна посада; б) незалежність; в) високе суспільне становище; г) влада; д) престиж; ж) матеріальне становище; з) нагорода тощо. Таким чином, кар'єра завжди є мотивованою успіхом і цілеспрямованою на досягнення успіху. У ряді випадків кар'єра — це сам процес досягнення успіху;

з) можлива за умови взаємодії державного службовця і держави. Здійснення службової кар'єри є можливим за активних дій сторін службових відносин: державного службовця і суб'єкта призначення. При цьому необхідною умовою є не просто активна поведінка кожної із сторін, а їхня взаємодія, яка проявляється, насамперед, у здійсненні сторонами певних узгоджених дій, поведінки, прийняття рішень тощо (наприклад: переведення на вищу посаду за умови підвищення кваліфікації, одержання необхідної освіти; атестації державного службовця за виконання певної умови). Таким чином, саме взаємодія учасників службової кар'єри і є тим об'єднуючим елементом, який узгоджує публічні інтереси (суб'єкта призначення) з індивідуальними інтересами (державного службовця) в єдину мотивовану доцільність їхньої поведінки;

і) завжди є мотивованою. Досягнення державним службовцем певного кар'єрного становища зумовлює необхідність конкретного визначення ним того кар'єрного рівня, до якого спрямовано його зусилля, тобто державний службовець повинен чітко усвідомлювати, якого успіху він хоче досягти на державній службі і в якій формі виражається його успіх: слава, влада, матеріальне становище, суспільне визнання, незалежність тощо. Таким чином, просування службовця по кар'єрних сходинках обумовлене певними мотивами, які визначаються державним службовцем. Мотивація службової кар'єри, у свою чергу, потребує від державного службовця планування свого кар'єрного росту, тобто визначення переліку заходів, які необхідно здійснити для досягнення своєї мети та визначення термінів їхньої реалізації. Водночас, здійснення особою службової кар'єри є мотивованим і для суб'єкта призначення, оскільки така мотивація має прояв в одержанні найвищих і найсуттєвіших результатів діяльності державного службовця.

Підводячи підсумок, слід зазначити, що в умовах реформування державної служби служба кар'єра, як важливий елемент цього інституту, має суттєве значення у підвищенні ефективності й дієвості державної служби, професійності та компетентності державних службовців. Водночас сама служба кар'єра як правова категорія потребує реформування, насамперед, на нормативному рівні. Мова йде про законодавче регулювання таких важливих питань, як визначення поняття «служба кар'єра» та її елементів, принципів службової кар'єри, організа-



ційно-правових засад управління службовою кар'єрою, встановлення правових гарантій щодо реалізації службової кар'єри державним службовцем.

### Л і т е р а т у р а

1. Малахова М. Службова кар'єра / М. Малахова // Соціологічна енциклопедія. Серія «Енциклопедія ерудита» / уклад. В. Г. Городенко. — К. : Академвидав, 2008. — С. 171.
2. Аберкромби Н. Социологический словарь / Н. Аберкромби, С. Хилл, Б. Гернер; пер. с англ. под ред. С. А. Ерофеева. — М. : ОАО Экономика, 1999. — 428 с.
3. Большой толковый социологический словарь (Collins). Т. 1. (А—О): пер. с англ. — М. : Вече, 1999. — 544 с.
4. Беккер Г. С. Службова кар'єра / Г. С. Беккер // Соціологія: терміни, поняття, персоналії: навч. слов.-довід. / [уклад.: В. М. Піча, Ю. В. Піча, Н. М. Хома та ін.]; за заг. ред. В. М. Пічі. — К. : Каравела; Л. : Новий світ — 2000, 2002. — С. 158.
5. Щепанський Я. Элементарные понятия социологии / Я. Щепанский; пер. с пол. М. М. Гуренко; под общ. ред. и послесл. А. М. Румянцева. — М. : Прогресс, 1969. — 240 с.
6. Ломов Б. Ф. Методологические и теоретические проблемы психологии / Б. Ф. Ломов. — М. : Наука, 1984. — 120 с.
7. Маркова А. К. Психология профессионализма / А. К. Маркова. — М. : Наука, 1996.
8. Орбан-Лембрик Л. Е. Психологія управління : навч. посіб. / Л. Е. Орбан-Лембрик. — Івано-Франківськ : Плай, 2001. — 695 с.
9. Розанова В. А. Психология управления : учеб. пособие / В. А. Розанова. — М. : ЗАО «Бизнес-школа», 2002. — 400 с.
10. Савельева В. С. Психологія управління : навч. посіб. / В. С. Савельева. — Краматорськ : ДДМА, 2004. — 280 с.
11. Красовский Ю. Д. Управление поведением в фирме / Ю. Д. Красовский. — М. : Инфра-М, 1997.
12. Лукашевич Н. Деловая карьера как проблема менеджмента / Н. Лукашевич // Персонал. — 1997. — № 6. — С. 8–20; 1998. — № 1. — С. 46–53.
13. Любимова И. Г. Менеджмент — путь к успеху / И. Г. Любимова. — М. : Агропромиздат, 1992. — 62 с.
14. Савельева В. С. Управление персоналом : навч. посіб. / В. С. Савельева, О. Л. Єськова. — Краматорськ : ДДМА, 2004. — 384 с.
15. Якокка Л. Карьера руководителя / Л. Якокка; пер. с англ. при участии У. Новака; общ. ред. С. Ю. Медведева. — М. : Прогресс, 1991. — 384 с.
16. Управление персоналом : учебник / под ред. Т. Ю. Базарова, Б. Л. Еремина. — М. : ЮНИТИ, 2002. — 560 с.
17. Менеджмент персонала предприятия : учеб. пособие / В. В. Травил, В. А. Дятлов. — 4-е изд. — М. : Дело, 2002. — 272 с.
18. Савельева В. С. Управление деловой кар'єрою : навч. посіб. / В. С. Савельева, О. Л. Єськова. — К. : Центр учб. л-ри, 2007. — 176 с.
19. Маслоу А. Г. Мотивация и личность / А. Г. Маслоу. — СПб. : Евразия, 1999. — 478 с.
20. Ролз Дж. Теория справедливости / Дж. Ролз. — М. : ЛКИ, 2010. — 536 с.
21. Кибанов А. Я. Управление персоналом организации : учеб. пособие / А. Я. Кибанов, И. Б. Дуракова. — М. : Экзамен, 2005. — 414 с.
22. Тарнавська Н. П. Менеджмент: теорія і практика / Н. П. Тарнавська, Р. М. Пушкар. — Тернопіль : Карт-бланш, 1997. — 456 с.

23. Ожегов С. И. Толковый словарь русского языка: 72 500 слов и 7500 фразеол. выражений / С. И. Ожегов ; Рос. АН, Ин-т рус. яз., Рос. фонд культуры. — М. : Азъ, 1992. — 955 с.
24. Горбатенко В. П. Кар'єра / В. П. Горбатенко // Юридична енциклопедія : в 6 т. — / редкол.: Ю. М. Шемшученко [та ін.]. — К. : Юрид. думка, 2001. — Т. 3. — С. 48.
25. Словарь русских синонимов и сходных по смыслу выражений / под ред. Н. Абрамова. — М. : Рус. словари, 1999.
26. Большая Советская Энциклопедия : в 30 т. Т. 11 / гл. ред. А. М. Прохоров. — 3-е изд. — М. : Сов. энцикл. 1973. — 608 с.
27. Городяненко В. Г. Соціологічна енциклопедія / В. Г. Городяненко. — К. : Академвидав, 2008. — 456 с.
28. Сучасний словник іншомовних слів / уклад.: О. І. Скопненко, Т. В. Цимбалюк. — К. : Довіра, 2006. — 789 с.
29. Про державну службу : Закон України від 16 груд. 1993 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua>
30. Одінцова Г. Управління діловою кар'єрою державних службовців / Г. Одінцова // 36. наук. пр. Української Академії держ. упр. при Президентові України / за заг. ред. В. І. Лугового, В. М. Князева. — К. : Вид-во УАДУ, 2000. — Вип. 2, ч. 1. — С. 186–192.
31. Поляков В. А. Технология карьеры : практическое руководство / В. А. Поляков. — М. : Дело ЛТД, 1995. — 265 с.
32. Служебная карьера / [А. С. Гусева, В. А. Иглин, Б. В. Лытов и др.]; под. общ. ред. Е. В. Охотского. — М. : ОАО Экономика, 1998. — 321 с.

#### А н о т а ц і я

**Біла-Тіунова Л. Р. Службова кар'єра державного службовця: поняття і особливості.** — Стаття.

Службова кар'єра державного службовця досліджується як адміністративно-правова категорія. Особливу увагу приділено визначенню сутності поняття «кар'єра» в таких науках, як соціологія, психологія, кадровий менеджмент, право. У статті аналізуються основні аспекти поняття «службова кар'єра» (соціальний, правовий, організаційний, процедурний, структурний, публічно-індивідуальний) і її особливості (є стратегічною, є динамічною, здійснюється у просторі і в часі, нерозривно пов'язана з державною діяльністю, є поєднанням індивідуальних і публічних інтересів, має кінцевим результатом успіх, є можливою за умови взаємодії державного службовця і держави, завжди є мотивованою).

*Ключові слова:* кар'єра, службова кар'єра, державний службовець, мотивація, успіх, державна посада.

#### А н н о т а ц и я

**Біла-Тіунова Л. Р. Служебная карьера государственного служащего: понятие и особенности.** — Статья.

Служебная карьера государственного служащего исследуется как административно-правовая категория. Особенное внимание уделяется определению сущности понятия «карьер» в таких науках, как социология, психология, кадровый менеджмент, право. В статье анализируются основные аспекты понятия «служебная карьера» (социальный, правовой, организационный, процедурный, структурный, публично-индивидуальный) и ее особенности (является стратегической, является динамической, осуществляется в пространстве и во времени, неразрывно связана с государственной деятельностью, является

ся совмещением индивидуальных и публичных интересов, имеет конечным результатом успех, возможна при условии взаимодействия государственного служащего и государства, всегда является мотивированной).

*Ключевые слова:* карьера, служебная карьера, государственный служащий, мотивация, успех, государственная должность.

### S u m m a r y

***Bila-Tiunova L. R. Service career of a state servant: definition and specific features.*** — Article.

The article is devoted to the research of a service career of state servant, as a administrative-legal category. Special attention is devoted to the definition of the essence of the term “career» in such sciences as sociology, psychology, personnel management and law. There are analyzed in the article main aspects of the term “state career» (social, legal, organizational, procedural, structural, public-individual) and its specific features (is strategically, is dynamic, is realized in space and time, is inseparably connected with state activity, is a combination of individual and public interests, is determined on final aim — success, is possible in conditions of interaction of state servant and state, is always motivated).

*Keywords:* career, service career, state servant, motivation, success, state post.

УДК 347.1+347.9

*Л. Г. Личман*

### К ВОПРОСУ О КОНЦЕПЦИЯХ СУДЕБНОГО ПРАВОПРИМЕНЕНИЯ

Проблемные вопросы правоприменения, и прежде всего судебного, традиционно являлись предметом научных исследований, порождающих не только дискуссии, но и предлагающие судебной практике методологические основы и приёмы правоприменения. Достаточно вспомнить бурные обсуждения вопросов правоприменения в середине 50-х годов XX века на страницах ведущего юридического научного журнала советского периода «Советское государство и право» [14, с. 47–51]. Такие дискуссии вызвали интерес к этой проблематике у многих ученых. Как следствие в течение последующих лет появились фундаментальные работы П. Е. Недбайло [31] и А. Я. Берченко [2], посвященные этой проблематике.

В 70–80-х годах прошлого столетия в работах таких ученых, как В. В. Лазарев [18; 19], И. Я. Дюрягин [11; 12], Ю. Х. Калмыков [15], А. Т. Боннер [3], Н. Н. Вопленко [5] и др., был закреплён господствующий в то время в доктрине советского права подход к правоприменению.

В настоящее время, через 21 год после провозглашения и признания мировым сообществом Украины независимым государством, Конституция которой закрепила принцип верховенства права, когда большинство идеологических постулатов, определявших содержание экономических и правовых отношений утратили своё значение, актуализировались старые и возникли новые проблемные вопросы в судебном правоприменении. Этот переломный этап в жизни украинского народа характеризуется также принятием, порой принципиально нового по сути, материального и процессуального законодательства с характерными противоречиями, пробелами и другими недостатками. Такое несовершенство «правового поля» законодатель пытается устранить путём принятия новых законов либо внесения изменений и дополнений в действующие законо-

дательные акты. И такой, в принципе, естественный законотворческий процесс нередко носит бессистемный характер, который, не устраняя старые коллизии, порождает новые. Кроме того, суд, например в гражданском судопроизводстве, не только обязан применять Конституцию и международные договоры, согласие на обязательность которых дано Верховной Радой Украины, но и устанавливать соответствие правового акта закону или международному договору, либо давать предварительную оценку в вопросе соответствия закона Конституции путём обращения в Верховный Суд Украины. Применение судами современного гражданского законодательства, в которое в качестве правового регулятора имплементированы нормы морали (нравственности) и правовой обычаев, представляется весьма сложным и непростым процессом.

Ещё одним существенным фактором, определяющим качество, стабильность и эффективность судебного правоприменения, является личность правоприменителя, то есть профессионального судьи, с его общим и профессиональным мировоззрением, пониманием права и его роли в обществе, наконец, уровнем профессиональной подготовки. Существуют и иные существенные факторы, влияющие на судебное правоприменение [23, с. 43–48]. Например, ненадлежащее обеспечение осуществления принципов независимости судей, состязательности, законности и других принципов судопроизводства. В этом же ряду стоит обязанность судей быть беспристрастными и справедливыми. Но главными, образующими и определяющими правоприменение, особенно в гражданском судопроизводстве, являются понятие права (правопонимание), понятие предмета, метода, функций такой отрасли, как гражданское право, его источников и механизма реализации принципов, а также процессуальных полномочий судов при разрешении гражданских дел.

В этой связи является актуальным исследование концепций судебного правоприменения, результаты которого представляют интерес как для теории, так и для практики [20, с. 468–479; 25, с. 134–139].

*Целью статьи* является анализ существующих концепций правоприменения, а также их практическая реализация, что в конечном итоге определяет эффективность всего правоприменительного механизма, в том числе и в гражданском праве и процессе.

Посвятив свое диссертационное исследование проблемам судебного правоприменения, Р. Р. Рафиков выделил пять следующих основных концепций судебного правоприменения [34, с. 21].

**1) Концепция «судебное правоприменение — законоприложение».** Ссылаясь на практическое пособие Ю. А. Тихомирова «Как применять закон», Р. Р. Рафиков приходит к выводу, что автор пособия применение права, в том числе судебное, рассматривает как «законоприложение». Такое заключение сделано на основании понятия применения закона как процесса его практического выполнения с помощью разных средств и методов регулирования поведения (деятельности) граждан и юридических лиц. Оно означает «приложение» норм к конкретным или повторя-

ющимся (массовым) фактам, явлениям, действиям, для реализации неодинаковых по содержанию законов могут использоваться и общие, и специфические способы и средства, т.е. механизмы применения [35, с. 61].

**2) Концепция «судебное правоприменение — не нормативная деятельность, а следование мысли и воле законодателя».** Изложенный взгляд на судебное правоприменение, по мнению Р. Р. Рафикова, получил свое развитие в условиях господства доктрины так называемого юридического позитивизма, провозгласившего волю законодателя священной и нерушимой. Это учение рассматривает правовую систему как законченное целое, законодательство как беспробельное, к которому достаточно лишь применить ряд логических приемов — и необходимое решение будет найдено. Следовательно, компетенция суда должна ограничиваться логическими действиями толкования воли законодателя. Выделение данной концепции основывается на выводах Ф. Бэкона, утверждавшего, что лучший закон есть тот, который менее всего предоставляет произволу судьи, а лучший судья есть тот, который менее всего оставляет на собственное свое усмотрение [4, с. 569], и Ш. Монтескье, отрицавшего активную правообразующую роль суда и утверждавшего, что судьи народа должны быть не более как уста, произносящие слова закона [30, с. 164].

Позитивизм, говоря словами И. Канта, предписывает юристам не исследовать тот факт, нуждаются ли применяемые законы в исправлении. «Так как их дело — не мудрствовать о самом законодательстве, а применять законы местного права, то для них должно быть наилучшим каждое существующее в данное время правовое устройство, а если оно будет изменено свыше, то — следующее, где опять все будет находиться в надлежащем порядке» [16, с. 297]. Не трудно заметить, что в данном случае отрицается право судьи на оценку закона с позиции других присущих обществу правовых идей. Причины такого отрицания коренятся в концепциях рационализма, о которых, применительно к анализируемой ситуации, сказано: «Судьи не должны иметь права решать дела против формального постановления; ибо, в противном случае, судья вскоре обратится в законодателя, и все будет зависеть от его каприза» [4, с. 599].

Учение о беспробельности системы позитивного права исходит из представления, что всякий вопрос имеет свой ответ в законе, необходимо лишь уяснить его содержание и волю законодателя. Если в ходе правоприменения обнаруживается признак пробела, юрист-догматик различными приемами предпринимает попытку заполнить юридически пустое пространство. Применительно к правосудию это проявляется в нормативной фиксации обязанности суда вынести решение, дать ответ по любому возникшему на практике делу. Судебное решение должно опираться на норму позитивного права. Не освобождается суд от этой обязанности и ссылкой на неполноту, неясность, противоречивость за-

кона. Если судья отказывается от разрешения дела по мотиву пробела в законе, то его поступок следует расценивать как отказ в правосудии — теоретическое положение, получившее отражение в законодательстве ряда стран. Так, ст. 4 французского «Code civil» [36] закрепляет, что судья, отказавшийся судить под предлогом молчания, неясности или недостаточности закона, может быть преследуем как виновный в отказе в правосудии. Данная норма всегда обеспечивалась уголовно-правовой санкцией [34, с. 23–24].

**3) Концепция «судебное правоприменение — не просто логическое приложение нормы к фактам, а еще и нормотворчество».** Как отмечает Р. Р. Рафиков, особое влияние на развитие новых подходов к роли суда в процессе правоприменения оказала судебная практика стран, где сложились развитые товарно-денежные отношения и гражданский оборот. В 1908 году немецкий юрист Э. Данц заявил: «С радостью можно констатировать, что уже в настоящее время в опубликованных решениях судов, а равно и при научной обработке материи права почти везде обращают внимание на нравы оборота, на воззрения оборота... не ссылаясь на внутреннюю волю или волю законодателя». А еще через четыре года этот же автор высказался более категорично: «Эта ложная теория учила нас и при применении законов искать волю законодателя, то есть личности, которая при современной форме законодательства даже и существовать не может. В настоящее время, к счастью, уже ни один юрист не верит в то, что в таком извлечении на свет воли так называемого законодателя, в извлечении на свет мыслей, которых у этой личности никогда не было, заключается искусство применения закона в жизни [7].

Развитие судебной практики, обусловленное политикой экономического либерализма, привело к появлению судебных решений, которые не опираются на нормы позитивного права, что само по себе не лишает их правовой природы и силы. В этой ситуации юридическое мышление, не оставляя без внимания вопросы о правовых началах решений судов, обоснования и аргументации их юридической значимости, вынуждено однозначно признать: вынесение судом своего «я» оказывается плодотворным для общественной практики. Сила подобных фактов заставила отказаться от догматической позиции в отношении компетенции суда как «искателя воли законодателя», предопределила второй подход к определению сути судебного правоприменения, который коренится на идее свободы суда в отыскании правовой нормы за пределами законодательства. Начало этого творческого направления связано с тем моментом, когда юридическая наука не стала отождествлять право с писанным законом [34, с. 27].

В подобной ситуации суд выносит свое решение не только путем подведения частного случая под закон, но и в результате оценки целесообразности, взвешивания интересов. Он может находить элементы своего решения в сложившихся общественных отношениях, мотивах

законодателя, существующих научных конструкциях, правовых идеях. Суд в своей интерпретации закона заботится лишь о смысле текста нормы и стремится достичь разумного и целесообразного решения. Операция толкования есть суждение ценности. Еще сложнее положение суда, когда он сталкивается с пробелами в законе, а также в случаях, когда он должен применить право, не нашедшее отражения в законодательстве. Такое определение правоприменения базируется на идеологическом либо социологическом понимании сущности права, которое не признает безусловного совершенства и полноты законодательства, ибо высокая правовая культура объективно не в состоянии превратить все нормы права в законодательство. Таким образом, в подобных случаях суд имеет дело с индуктивным нахождением права, оно противоположно дедуктивному методу. Суд самостоятельно определяет, что при разрешаемом конфликте является правом, его решение опирается на право, хотя и не имеет в своем основании конкретной нормы закона. Источником судебного решения выступает идея справедливости разрешения правового конфликта. Изложенное позволяет утверждать, что во всех случаях восполнения пробелов в законе имеет место индивидуальное творчество суда в полном смысле слова. Суд изобретает правовой ответ, он обнаруживает норму права за рамками закона [34, с. 27].

Таким образом, согласно рассматриваемой концепции судебного правоприменения суд не только применяет и толкует закон, но, беря на себя функции законотворческого органа, еще и законодательствует.

**4) Концепция «судебное правоприменение — средство социального управления».** Проведенное Р. Р. Рафиковым исследование позволило выделить группу исследователей (В. М. Горшенев, И. Я. Дюрягин, В. В. Ершов и др.), которые активно разрабатывали идею, в соответствии с которой право, включая правотворчество, реализацию права, правоприменение, в том числе судебное, является объективно необходимым и высокозначимым элементом социального управления, которому свойственны определенные черты в соответствии с утвержденным законом триединства общего, особенного и единичного [9; 10; 11; 13].

Так, В. В. Ершов к общим чертам, объединяющим социальное управление и судебное правоприменение, относил: целенаправленное организующее регулирование общественных отношений, выработку и принятие с этой целью решений, связь управления с информационными процессами, необходимость дополнения «внешнего» регулирования «внутренним саморегулированием», наличие целой системы связей между правотворческими и судебными органами, связь управленческих процессов с развитием системы, антиэнтропийный характер управления. Специфику же судебного правоприменения, как средство социального управления он видит в следующем: управляющее воздействие осуществляется посредством вырабатываемых правотворческими органами общеобязательных правовых норм, применяемых судами, деятельность которых обеспечивается возможностью использования принудительной силы



государства и протекает в установленных законом процессуальных формах [13, с. 35–36].

Сторонниками указанной концепции отстаивалась точка зрения, согласно которой роль и значение судебного правоприменения как элемента социального управления возрастает, что обусловлено действием ряда объективных и субъективных факторов: значительным развитием производительных сил советского общества, решительным переходом к преимущественно интенсивным факторам экономического роста, установкой на подъем эффективности и качество всей работы; дальнейшим совершенствованием правотворческой и правоприменительной деятельности, углублением научной разработки правотворческих и правоприменительных проблем; повышением роли и значения субъективного фактора, активной творческой деятельностью судей, последовательным расширением и углублением социалистической демократии, повышением профессионального и культурного уровня судей [34, с. 29].

Углубленная разработка проблем судебного правоприменения вывела на актуальную тему поднормативного (подзаконного) индивидуального правового регулирования, под которой, к примеру, В. В. Ершов понимал специфический вид индивидуального регулирования, характеризующийся выработкой и применением правоположений и индивидуального судебного регулирования, на основе и в развитие абстрактных, относительно определенных правовых норм, принципов права и общего смысла советского законодательства в результате активной, творческой деятельности судей с учетом развивающихся конкретных общественных отношений, политики КПСС, социалистического правосознания, норм морали, экономических законов социализма, социалистического управления с целью вынесения справедливых, обоснованных, целесообразных и законных судебных постановлений, поддержания правовой системы СССР в состоянии подвижного равновесия (гомеостазиса) [13, с. 57–58].

**5) Концепция «суд не законодательствует и не управляет, а применяет право»,** по мнению Р. Р. Рафикова наиболее полно и выразительно представлена В. С. Нерсисянцем. В основе рассуждений В. С. Нерсисянца лежит ряд фундаментальных и взаимосвязанных идей [32, с. 34–41].

Положение о необходимости различия и соотношения права и закона, согласно принципу формального равенства, который трактуется как триединство формального равенства субъектов права, свободы и справедливости. При этом В. С. Нерсисянец различал прирожденные и неотчуждаемые основные права и свободы человека, которым должно соответствовать все действующее позитивное право, включая и саму Конституцию. Следовательно, право, по действующей Конституции РФ, — это не только позитивное право, но и своеобразное «естественное право, которое, как нечто безусловное и общеобязательное, придано (и задано) государству, всем государственным властям, а не является продуктом их воли, усмотрения или творчества.

Суть правосудия и всей судебной деятельности, по В. С. Нерсисянцу, состоит в применении права, т.е. во властной (и общеобязательной) юридической квалификации (в оценке с точки зрения права — в его различении и соотношении с законом) определенного факта (действия, поведения, отношения и т.д.). При этом в принципе все равно, идет ли речь о юридической квалификации убийства, имущественного спора, спора о компетенции между различными органами государственной власти или о проверке соответствия подзаконного акта закону, а закона — конституции и т.д.

Суд, действующий в постсоветской правовой ситуации (пусть пока и неразвитой) и руководствующийся юридическим типом правопонимания, в процессе толкования закона с позиций права ищет и находит ту надлежащую правовую норму, которую следует применить в данном конкретном случае. Но эту необходимую (хотя и неведомую для легизма) и правомерную свободу суда (его право и обязанность) в процессе поиска надлежащей правовой нормы, проверки правового качества закона и т.д. никак нельзя смешивать с судебским правотворчеством. Суд не творит право, он отправляет правосудие, т.е. судит и решает по праву, применяет его [34, с. 32].

Проведенное исследование позволило Р. Р. Рафикову сделать вывод о том, что правоприменение — это и законоприложение (1), и логические операции (3), и средство социального управления (4), и правоприменение в узком понимании этого слова (5). Концептуальными в собственном смысле (т.е. содержащими в себе целостную систему взглядов на исследуемую проблему) можно считать лишь представления о том, что правоприменение — это следование мысли и воле законодателя (2), правоприменение — это нормотворчество (3) [34, с. 33].

По мнению российского учёного А. В. Аверина, «судебное правоприменение представляет собой специфическую форму реализации права компетентным органом — судом, осуществляемую в определенном, установленном законом порядке, направленном на реализацию правовых предписаний, непосредственным результатом которой является разрешение правового конфликта посредством издания акта судебного правоприменения по конкретному юридическому делу» [1, с. 92].

Перспективными с точки зрения будущих исследований являются общетеоретические разработки проблем правоприменения, предложенные в большей степени в качестве постановки проблемы авторами коллективной монографии «Правоприменение: теория и практика» [33].

Проведенное исследование в сопоставлении с современной практикой судебного правоприменения позволяет сделать следующие **выводы**.

В украинской доктрине применения права нет принципиальных различий с российской доктриной. Однако у нас отсутствуют фундаментальные общетеоретические исследования по этой проблеме, а также с позиции теории гражданского права и процесса. Следует указать на некоторые работы украинских учёных и практиков, которые посвяща-

лись вопросам правоприменения [8; 6; 37; 17]. Вместе с тем необходимость дальнейшего исследования такого правового явления, как применение права и особенно гражданского, для которого характерным является наличие в нём норм морали, норм обычаев, норм-договоров, и его влияние на гражданско-процессуальную форму, нами уже неоднократно обосновывалась в отдельных публикациях [26; 29, с. 191; 28, с. 132–133; 24, с. 85–87; 22, с. 127–129; 20, с. 468–470]. В гражданском праве его субъекты порой вступают в правоотношения, неурегулированные законом. Судебная практика свидетельствует, что спор, возникший из гражданских правоотношений, иногда невозможно, иногда несправедливо разрешить на основании действующего законодательства.

Представляется, что перед украинской теорией права и судебной практикой стоит необходимость решения основного вопроса судебного правоприменения. Суть этого вопроса заключается в том, что суд применяет право, которое является родовым понятием по отношению к закону и имеет верховенство над законом. Последний может являться неправовым. Возможность опосредованного обращения суда по этому вопросу к Конституционному Суду, в конечном счёте, не является гарантией неприменения судом неправового закона. В таких условиях наделение Верховного Суда Украины правом принятия по сути прецедентных решений явилось реальным, прогрессивным и необходимым шагом в вопросах стабилизации судебной практики и совершенствования судебного правоприменения [21, с. 34–38; 27, с. 156–159]. В связи с изложенным трансформация концепции правоприменения является естественным процессом, детерминированным, прежде всего, теми изменениями в правопонимании, которые произошли в последнее десятилетие в связи с изменением ценностной составляющей права.

Все иные проблемы, связанные с правоприменением в гражданском праве и процессе Украины, выходят за границы этой публикации и представляют собой перспективные направления исследования.

#### Л и т е р а т у р а

1. Аверин А. В. Судебное правоприменение и формирование научно-правового сознания судей (проблемы теории и практики): дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.01 / А. В. Аверин. — Саратов, 2004. — 345 с.
2. Берченко А. Я. Применение советского социалистического права: монография / А. Я. Берченко. — М., 1960.
3. Боннер А. Т. Применение нормативных актов в гражданском процессе: монография / А. Т. Боннер. — М., 1980.
4. Бэкон Ф. О достоинстве и усовершенствовании наук. Ч. 1 / Ф. Бэкон. — СПб., 1874. — С. 569. Цит. по: Рафиков Р. Р. Судебное правоприменение теоретико-правовой анализ: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Р. Р. Рафиков. — Уфа, 2006. — 182 с.
5. Вопленко Н. Н. Социалистическая законность и применение права: монография / Н. Н. Вопленко. — Саратов, 1983.
6. Гнатюк М. Д. Правозастосування та його місце в процесі реалізації права: автореф. дис. .... канд. юрид. наук / М. Д. Гнатюк. — К., 2007. — 19 с.

7. Гойхбарг А. О воле законодателя / *А. Гойхбарг* // Право. — 1916. Цит. по: Рафиков Р. Р. Судебное правоприменение теоретико-правовой анализ : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Р. Р. Рафиков. — Уфа, 2006. — 182 с.
8. Головатий С. П. Верховенство права : монографія : у 3 кн. / С. П. Головатий. — К. : Фенікс, 2006.
9. Горшенев В. М. Способы и организационные формы правового регулирования в социалистическом обществе : монография / *В. М. Горшенев*. — М. : Юрид. лит., 1972.
10. Дюрягин И. Я. Право и управление : монография / *И. Я. Дюрягин*. — М. : Юрид. лит., 1981.
11. Дюрягин И. Я. Применение норм советского права и социальное (государственное) управление : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.01 / *И. Я. Дюрягин*. — Свердловск, 1975. — 24 с.
12. Дюрягин И. Я. Применение норм советского права. Теоретические вопросы : монография / *И. Я. Дюрягин*. — Свердловск : Среднеурал. книж. изд-во, 1973. — 248 с.
13. Ершов В. В. Теоретические проблемы судебного правоприменения : дис. ... канд. юрид. наук / *В. В. Ершов*. — М., 1986. — 167 с.
14. К итогам дискуссии о применении норм советского социалистического права // Советское государство и право. — 1955. — № 3. — С. 47–51.
15. Калмыков Ю. Х. Вопросы применения гражданско-правовых норм : монография / *Ю. Х. Калмыков*. — Саратов, 1976.
16. Кант И. К. К вечному миру // Сочинения. Т. 6 / *И. К. Кант*. — М., 1955. — С. 297.
17. Коваль В. М. Проблеми застосування норм матеріального права в господарському судочинстві : монографія / *В. М. Коваль*. — О. : Юрид. л-ра, 2011.
18. Лазарев В. В. Применение советского права : монография / *В. В. Лазарев*. — Казань. 1972. — 200 с.
19. Лазарев В. В. Эффективность правоприменительных актов : монография / *В. В. Лазарев*. — Казань. 1975. — 434 с.
20. Лічман Л. Г. Щодо актуальності дослідження судового правозастосування / *Л. Г. Лічман* // Актуальні проблеми юридичної науки : зб. тез міжнар. наук. конф. «Восьмі осінні юридичні читання» (м. Хмельницький, 13–14 листоп. 2009 р.) : у 4 ч. — Хмельницький : Вид-во Хмельниц. ун-ту управління та права. — Ч. 3. — С. 468–470.
21. Лічман Л. Г. Значення судової практики для правозастосування у цивільному судочинстві України / *Л. Г. Лічман* // Вісник Верховного суду України. — 2011. — № 6. — С. 34–38.
22. Лічман Л. Г. Окремі правозастосовчі аспекти порядку ухвалення рішень у сучасному цивільному судочинстві / *Л. Г. Лічман* // Сучасна освіта і наука в Україні: традиції та інновації : матеріали XI Всеукр. наук.-практ. заоч. конф. (м. Харків, 27–29 жовт. 2011 р.). — С. 127–129.
23. Лічман Л. Г. Підвищення ефективності правозастосування в контексті строків розгляду цивільних справ / *Л. Г. Лічман* // Вісник Верховного суду України. — 2009. — № 3. — С. 43–48.
24. Лічман Л. Г. Процесуальне забезпечення добросовісної реалізації суб'єктивних процесуальних прав у цивільному процесі: постановка проблеми / *Л. Г. Лічман* // Південноукраїнський правничий часопис. — 2009. — № 1. — С. 85–87.
25. Лічман Л. Г. Щодо необхідності дослідження методологічних засад правозастосовчої діяльності у цивільному судочинстві // Збірник матеріалів II науково-практичної конференції. — К., 2009. — С. 134–139.
26. Лічман Л. Г. Щодо необхідності дослідження правозастосування у цивільному судочинстві України (огляд проблематики) / *Л. Г. Лічман* // Часопис Хмельницького університету управління та права. — Хмельницький, 2010. — Вип. 4.
27. Лічман Л. Г. Щодо нової ролі судової практики Верховного суду України при розгляді цивільних справ / *Л. Г. Лічман* // Римське право і сучасність : матеріали Міжнар. наук. конф. 28 трав. 2011 р. — О. : Фенікс, 2011. — Ч. 1. — С. 156–159.

28. Личман Л. Г. Щодо питання зловживання правом у цивільному процесі: постановка проблеми / Л. Г. Личман // Роль та місце ОВС у розбудові демократичної правової держави : матеріали міжнар. наук.-практ. конф. (10 квіт. 2009 р.). — О., 2009. — С. 132—133.
29. Личман Л. Г. Суддівський розсуд: актуальність теоретичного дослідження / Л. Г. Личман // Держава і право : тези міжнар. наук.-практ. конф. 27—28 листоп. 2009 р. — Миколаїв, 2009. — С. 191.
30. Монтескьє Ш. О духе законов / Ш. Монтескьє. — М., 1964. — 264 с.
31. Недбайло П. Е. Применение советских правовых норм : монография / П. Е. Недбайло. — М. : Юрид. лит., 1960. — 510 с.
32. Нерсесянц В. С. Суд не законодательствует и не управляет, а применяет право (о правоприменительной природе судебных актов) / В. С. Нерсесянц // Судебная практика как источник права : сборник. — М. : Ин-т государства и права Рос. Акад. наук, 1997. — С. 34—41.
33. Правоприменение: теория и практика / [отв. ред. Ю. А. Тихомиров]. — М. : Формула права, 2008. — 432 с.
34. Рафиков Р. Р. Судебное правоприменение теоретико-правовой анализ : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Р. Р. Рафиков. — Уфа, 2006. — 182 с.
35. Тихомиров Ю. А. Как применять закон / Ю. А. Тихомиров. — М. : Известия, 1993.
36. Французский «Code civil» (Кодекс Наполеона). Французский гражданский кодекс 1804 года. С позднейшими изменениями до 1939 года. Цит. по: Рафиков Р. Р. Судебное правоприменение теоретико-правовой анализ : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Р. Р. Рафиков. — Уфа, 2006. — 182 с.
37. Шмаленя С. В. Особливості застосування аналогії права при вирішенні юридичних справ : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / С. В. Шмаленя. — Л., 2009. — 18 с.

#### А н н о т а ц и я

**Личман Л. Г. К вопросу о концепциях судебного правоприменения.** — Статья.

Статья посвящена выявлению наиболее весомых концепций правоприменения, представленных в научной литературе и периодике. На основании анализа научных источников и действующего законодательства Украины сформулирован вывод о естественности трансформации концепции правоприменения в современных условиях, что, по мнению автора, детерминировано изменениями в правопонимании, имеющими место в последние десятилетия, а также изменения ценностных составляющих права в сознании современного правоприменителя.

*Ключевые слова:* правоприменение, концепции правоприменения, правопонимание, гражданское судопроизводство, принципы судопроизводства, судебная практика, судебное усмотрение.

#### А н о т а ц і я

**Личман Л. Г. До питання про концепції суддівського правозастосування.** — Стаття.

Стаття присвячена виявленню найбільш вагомих концепцій правозастосування, представлених у науковій літературі та періодиці. На підставі аналізу наукових джерел та чинного законодавства України сформульован висновок про природність трансформації концепції правозастосування в сучасних умовах, що, на думку автора, детерміновано змінами в праворозумінні, які мали місце за останні десятиліття, а також зміни ціннісних складових права у свідомості сучасного правозастосувача.

*Ключові слова:* правозастосування, концепції правозастосування, праворозуміння, цивільне судочинство, принципи судочинства, судова практика, суддівський розсуд.

**S u m m a r y**

***Lichman L. G. To the question about conceptions of judge application of law. — Article.***

The article is devoted to the exposure of the most ponderable conceptions of application of law, represented in scientific literature and periodicals. On the basis of analysis of scientific sources and current legislation of Ukraine a conclusion about naturalness of transformation of conception of application of law in modern terms is formulated, that in opinion of author is determined by the changes in application of law, taking place for the last decades, and also changes of the valued constituents understanding of law is right in consciousness of modern.

*Keywords:* application of law, conceptions of application of law, understanding of law, civil legal proceeding, principles of the legal proceeding, judicial practice, judge discretion.

УДК 342.724(477):316.647.82

*К. М. Вітман*

## **АНТИДИСКРИМІНАЦІЙНИЙ ЗАКОН У КОНТЕКСТІ ФОРМУВАННЯ ЕТНОНАЦІОНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ**

Проблеми расизму, ксенофобії та інших видів дискримінації осіб за ознаками національної належності, етнічного походження, мови, віросповідання є одними з головних цілей етнонаціональної політики сучасної демократичної держави. Найчастіше саме прояви нетерпимості за однією або кількома вищезгаданими ознаками слугують причиною етноконфліктів в поліетнічному суспільстві, породжують міжетнічну напругу та загострення етнонаціональних відносин.

Актуальність цієї проблематики для української етнонаціональної політики зростає в кілька разів з огляду на євроінтеграційний курс держави. Тому одним з важливих завдань сучасної етнополітичної науки є відстеження процесу протидії проявам дискримінації, інтолерантності на всіх рівнях, його аналіз та коригування шляхом внесення пропозицій і рекомендацій. Особливу увагу варто приділити боротьбі з расизмом та дискримінацією на законодавчому рівні. У своїх працях ми послідовно відстежуємо доволі непростий процес формування антидискримінаційного законодавства в Україні та інших пострадянських державах, яке покликано покласти край широкому спектру проявів інтолерантності, типових для країн цього регіону.

Що стосується України, насамперед зауважимо, що одним з головних недоліків законотворення у сфері етнонаціональної політики, етнополітичної безпеки та міжетнічних відносин взагалі є, як правило, відсутність цілісної картини у законодавця. Українські політики рідко використовують у своїй практичній політиці аналітичні доробки фундаментальної та прикладної етнополітології. Про це свідчить тотальна невідповідність пропонованих у законопроектах термінів усталеним етнополітичним поняттям, очевидні суперечності, які вказують на незнання фундаментальних основ етнополітології. Як справедливо зазначив

О. Майборода, крім академічної функції — спостереження і пояснення процесів, що відбуваються у сфері міжетнічних відносин, етнополітологія виконує також прогностичну і рекомендаційну функції [1]. Однак вони поки що не затребувані в практичній етнополітичній політиці України.

Як правило, у суб'єктів законодавчої ініціативи достатньо прикладного етнополітичного досвіду — врегулювання конкретних питань, що загострюють міжетнічну напругу, вирішення конфліктів шляхом примирення сторін, пошуків компромісів. Але брак згоди щодо загальних понять, невизнання і інколи й елементарне незнання основних підвалин етнополітичної науки призводять до хаосу, появи взаємосуперечливих ініціатив, реалізація яких аж ніяк не сприятиме гармонізації етнополітичних відносин.

У більшості випадків метою конкретної законодавчої ініціативи стає якась дуже вузька проблема сфери етнополітичних відносин, яка, на думку законодавця, потребує негайного вирішення. Наприклад, відповіддю опозиції на прийняття Закону України «Про засади державної мовної політики» став проект Закону України № 10700 «Про обов'язкове володіння і використання державної мови». Мовний закон встановлює новий порядок використання мов в Україні: обов'язковість застосування державної мови, що водночас не повинно тлумачитися як заперечення або применшення права на користування регіональними мовами або мовами меншин на територіях їх поширення. Оскільки частиною політиків цей нормативний акт сприймається виключно як механізм звуження сфери застосування державної мови, вони вирішили окремим законодавчим актом запровадити державний контроль за володінням та використанням державної мови особами під час виконання службових обов'язків в державному і публічному секторах, посилаючись на те, що така практика є поширеною в інших пострадянських державах [2].

Втім подібний стиль законотворення (реакція на нагальні етнополітичні виклики) має цілковите право на існування та розвиток. Певною мірою він нагадує прецедентне право англо-американських правових систем, де основний масив законодавства є, по суті, вирішенням окремих проблем та спорів юристами-практиками, а не теоретиками. За аналогією українська прикладна етнополітична політика крокує від окремого до загального, формуючи законодавство ініціативами з вирішення цілком конкретних етнополітичних питань. Зауважимо, що ця тенденція виникла не відразу після формування держави.

Враховуючи те, що Україна була правонаступницею УРСР, в ній тривалий час діяли закони колишньої держави. На зміну їм поступово приймалися загальні закони та кодекси. Але це стосувалося інших сфер життя. В етнополітичній політиці ця тенденція законотворення (поступу від загального до конкретного шляхом прийняття законів, кодексів, стратегій та їх подальшої реалізації в підзаконних нормативних актах) втратила домінування і поступилася тенденції вирішення акту-



альних проблем шляхом внесення змін до чинних законів або прийняття нормативно-правових актів, якими держава намагається дати відповідь на головні етнополітичні виклики і загрози. Поштовхом до цього стала багаторічна неможливість прийняття Концепції державної етнонаціональної політики, на основі якої планувалося формування всього масиву етнонаціонального законодавства. Відтак, законодавці пішли шляхом вирішення окремих проблемних моментів, нейтралізації головних етноконфліктогенних факторів для зняття етнонаціональної напруги в українському поліетнічному суспільстві.

Процес напрацювання антидискримінаційного законодавства чи не найкраще ілюструє дію цієї тенденції. Вже у нульових роках з'ясувалося, що нова редакція Кримінального кодексу України, прийнята в 2001 році, так само неефективна у боротьбі з проявами расизму, дискримінації та ксенофобії, як і попередня радянських часів, незважаючи на присутність у ній ст. 161 «Порушення рівноправності громадян залежно від їх расової, національної належності або релігійних переконань» [3]. Європейська комісія проти расизму та нетерпимості у своїх останніх доповідях по Україні рекомендувала посилити боротьбу з проявами нетерпимості та дискримінації шляхом коригування законодавства та прийняття всеосяжного антидискримінаційного закону. Лише в 2010 році до ст. 161 ККУ були внесені зміни в частині посилення відповідальності, однак явище дискримінації в цілому не здобуло правового визначення.

Нас цікавитиме сучасний етап антидискримінаційного законотворення, зокрема, в контексті основних тенденцій формування етнонаціонального законодавства загалом. У попередніх працях згадувалося про те, що удосконалення чинного або прийняття всеосяжного антидискримінаційного законодавства — не лише рекомендація Ради Європи, яку загалом можна проігнорувати, це одна з головних вимог до всіх країн — претендентів на членство в Європейському Союзі. Ця умова зафіксована в Плані дій щодо лібералізації візового режиму ЄС для України. Однак Україна і без тиску об'єднаної Європи зацікавлена в зменшенні проявів дискримінації, ксенофобії та расизму, які негативно позначаються на етнополітичній стабільності. Втім, як продемонстрував досвід антидискримінаційного законотворення в сусідній Молдові, кожен нормативно-правовий акт у етнонаціональній сфері може не лише сприяти вирішенню етнополітичних проблем, а й стати джерелом їх виникнення. Тому Україна демонструє неабияку обережність у прийнятті всеосяжного антидискримінаційного законодавства.

Зараз на розгляді у парламенті перебуває ціла низка антидискримінаційних ініціатив, які потребують детального порівняльного аналізу, вивчення та доопрацювання. Адже Україні не потрібен подібний етнонаціональний конфлікт навколо антидискримінаційного закону, який мав місце цього року в Молдові. Усі антидискримінаційні законопроекти можна розділити на дві категорії, які відображають дію двох згаданих раніше тенденцій формування етнонаціонального законодавства. Це за-

гальні законодавчі ініціативи, які претендують на роль всеосяжного антидискримінаційного законопроекту, та конкретні, спеціалізовані, спрямовані на протидію одному виду дискримінації або захисту певної категорії осіб від усіх видів дискримінації. До загальних за сферою дії, кількістю суб'єктів і об'єктів регулювання належать такі законодавчі ініціативи:

— проект Закону України «Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні» № 10468;

— проект Закону України «Про посилення відповідальності за дискримінацію на расовому, етнічному і релігійному ґрунті» № 10715.

До загальних ініціатив слід віднести також проект Стратегії боротьби з дискримінацією в Україні щодо здійснення прав і свобод особистості, розроблений Міністерством юстиції на виконання Плану дій щодо лібералізації візового режиму та схвалений Кабінетом Міністрів в лютому 2012 року. Стратегію боротьби з дискримінацією уряд запропонував затвердити Указом Президента [4]. Її напрацювання було обумовлено відсутністю концептуального визначення антидискримінаційної політики, засад діяльності державних органів у цій сфері. Однак Стратегія боротьби з дискримінацією є більше політичним рамковим документом, вона передбачає удосконалення законодавства у сфері боротьби з проявами дискримінації шляхом прийняття загального закону (спеціалізованих законів) або внесення змін до чинного законодавства.

До конкретних (спеціалізованих) слід віднести такі законодавчі ініціативи:

— проект Закону України «Про недопущення дискримінації за ознакою статі» № 2755;

— проект Закону України «Про запобігання дискримінації щодо осіб літнього і похилого віку в Україні» № 7224;

— проект Закону України «Про внесення змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення щодо встановлення відповідальності за відтворення сцен насильства та жорстокості, расової, національної чи релігійної нетерпимості та дискримінації» № 10518.

Загальні законодавчі ініціативи обов'язково містять визначення дискримінації. Проектом Закону «Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні» дискримінацією вважаються рішення, дії або бездіяльність, що спрямовані на обмеження або привілеї щодо окремої особи чи групи осіб за ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, віку, етнічного та соціального походження, сімейного та майнового стану, місця проживання, за мовними або іншими ознаками (далі — певні ознаки), якщо вони унеможливають визнання і реалізацію на рівних підставах прав і свобод людини і громадянина [5]. Проектом Закону «Про посилення відповідальності за дискримінацію на расовому, етнічному і релігійному ґрунті» — дії або бездіяльність, що призводять до створення несприятливих умов, встановлення обмежень реалізації прав та свобод або надання привілеїв

у будь-якій сфері життя для особи (групи осіб) за ознаками раси, кольору шкіри, етнічної, національної належності, етнічного походження, віросповідання, релігійних переконань, конфесійної належності порівняно з особою (групою осіб), позбавлених цієї ознаки [6]. Перше визначення більш громіздке, формулювання не відповідає загальноєвропейському визначенню дискримінації, але воно охоплює більше видів дискримінації, ніж друге.

Проектом Закону «Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні» пропонується виокремлювати такі форми дискримінації: приховану, пряму, підбурювання до дискримінації та утиск, — однак цей поділ ніяк не позначається на встановленні відповідальності за дискримінаційні дії. Головною вадою документа є його загальний політичний характер та відсутність конкретних механізмів протидії та запобігання дискримінації. Проектом закону визначаються принципи недискримінації, повноваження органів влади відповідальних за запобігання та протидію дискримінації, основні напрями державної політики щодо запобігання та протидії дискримінації, як-от:

- недопущення дискримінації;
- застосування позитивних дій;
- створення умов для своєчасного виявлення фактів дискримінації та забезпечення ефективного захисту окремих осіб чи груп осіб, які постраждали від дискримінації;
- виховання і пропаганда серед населення України поваги до осіб незалежно від їх певних ознак, поширення просвітницької діяльності у цій сфері [5].

При цьому серед чотирьох напрямів антидискримінаційної політики законопроектом частково забезпечується лише перший — недопущення дискримінації. Зокрема, нормативно-правовим актом передбачено проведення антидискримінаційної експертизи (ст. 8) з метою виявлення у проектах нормативно-правових актів норм, які містять ознаки дискримінації. Без попередньої обов'язкової антидискримінаційної експертизи не прийматимуться закони, акти Президента, інші нормативно-правові акти, розроблені Кабінетом Міністрів, міністерствами, центральними та місцевими органами виконавчої влади. Забезпечення інших напрямів антидискримінаційної політики не передбачено ні самим законопроектом, ні запропонованими ним змінами до інших законів України. Так, застосування позитивних дій або позитивна дискримінація згадується лише у ст. 7 проекту закону. Яким чином реалізовуватиметься цей напрям антидискримінаційної політики, на яких об'єктах поширюватимуться позитивні дії — незрозуміло. З цього можемо зробити висновок, що ця норма закону не працюватиме в українському антидискримінаційному законодавстві, яке взагалі не містить визначення позитивної дискримінації. Отже, цей напрям потребує суттєвого уточнення (визначення, окреслення механізмів реалізації позитивних дій) при подальшому доопрацюванні законопроекту.

Що ж стосується двох наступних напрямів антидискримінаційної політики — їх ефективна реалізація потребує створення окремого державного органу, на який будуть покладені функції виявлення фактів дискримінації, забезпечення ефективного захисту осіб, що постраждали від дискримінації, популяризації серед населення принципів недискримінації за будь-якою ознакою. Тим часом у проекті ці функції покладаються на Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини та громадські організації, фізичні та юридичні особи. Таке суттєве розширення повноважень Уповноваженого з прав людини викликає сумніви щодо їх ефективного виконання, зважаючи на те, що запобігання та протидія дискримінації буде не основним, а додатковим обов'язком цього органу. Громадські організації, фізичні та юридичні особи мають право провадити антидискримінаційну діяльність на добровільних засадах.

Зауважимо, що практично усі європейські антидискримінаційні закони передбачають функціонування окремого органу, на який покладено обов'язки з запобігання та протидії дискримінації. Наприклад, нещодавно прийнятий антидискримінаційний закон Республіки Молдова (Закон «Про забезпечення рівності») зобов'язує владу сформувати Раду з попередження та ліквідації дискримінації та забезпечення рівності [7]. Європейська комісія проти расизму та нетолерантності рекомендувала Україні якомога швидше створити окремий орган, який візьме на себе роль координатора зусиль у боротьбі з расизмом, ксенофобією, антисемітизмом та расовою дискримінацією [8]. Україні слід взяти до уваги рекомендації ЄКРН, а також скористатися багаторічним європейським досвідом з протидії дискримінації, внівши відповідні зміни до проекту антидискримінаційного закону.

Інший проект Закону «Про посилення відповідальності за дискримінацію на расовому, етнічному і релігійному ґрунті» також не передбачає створення окремого органу з протидії дискримінації. Однак у ньому є більш чіткі механізми протидії дискримінації та набагато детальніше прописаний процес правового захисту осіб, що зазнали дискримінації. Зокрема, встановлюється цивільна, адміністративна, кримінальна відповідальність за дискримінаційні дії, пропонуються відповідні зміни до ст. 161 Кримінального кодексу та доповнення у вигляді ст. 161-1 «Дискримінація на расовому, етнічному і релігійному ґрунті», які уможливають притягнення до відповідальності осіб, визнаних судом винними у скоєнні дискримінації [9]. Окремими статтями виписано порядок судового захисту осіб, що постраждали (страждають) від дискримінації (ст. 13), встановлення факту дискримінації (ст. 14), відшкодування шкоди, завданої внаслідок дискримінації (ст. 15).

Зважаючи на недоліки та переваги обох загальних законопроектів, можемо запропонувати об'єднати їх в один з урахуванням вищезазначених зауважень. Це дозволить напрацювати якісний загальний антидискримінаційний закон, який ефективно протидіятиме усім формам дискри-

мінації в Україні та дозволить державі в правовому полі наблизитися до стандартів ЄС.

Що ж стосується спеціалізованих законопроектів, які передбачають захист певних уразливих груп від усіх видів дискримінації або забороняють окремий вид дискримінації щодо усіх осіб, вони суттєво різняться. Проект Закону «Про запобігання дискримінації щодо осіб літнього і похилого віку в Україні» є розгорнутим антидискримінаційним законом з визначенням дискримінації, напрямків антидискримінаційної політики, повноважень органів, покликаних протидіяти дискримінації, розгорнутим викладом сфер та особливостей застосування антидискримінаційних положень, однак спрямований на захист лише однієї групи — осіб похилого віку [10]. Інші спеціалізовані законопроекти передбачають внесення змін до чинного законодавства.

Склалося навіть враження, що прийняття конкретних законопроектів не виключає прийняття загального антидискримінаційного закону. Навпаки, дві тенденції формування антидискримінаційного законодавства (від конкретного до загального і від загального до конкретного) доповнюють одна одну. Про це свідчить один і той же етап, який пройшли окремі спеціалізовані та загальні законодавчі ініціативи. Зокрема, проект Закону «Про запобігання дискримінації щодо осіб літнього і похилого віку в Україні» було проголосовано в першому читанні (прийнято за основу). І при цьому продовжувалися розглядатися законодавчі ініціативи загального антидискримінаційного закону. Але це загрожувало, з одного боку, дублюванням законодавчих положень — подвійним захистом окремих уразливих груп (наприклад, осіб літнього віку у спеціалізованому і загальному законі), а з іншого боку, не виключало ймовірність того, що за сферою дії як спеціалізованих законів, так і загального закону залишаться певні групи осіб, що найчастіше стають об'єктами дискримінації (наприклад, особи без громадянства та ЛГБТ-особи), оскільки їх дискримінація поділяється більшістю громадян суспільства.

З огляду на це законодавці вирішили відмовитися від захисту окремих уразливих груп на користь врегулювання протидії всім формам дискримінації. На даний момент прийнято за основу проект Закону «Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні», що з урахуванням пропозицій та рекомендацій має стати всеосяжним антидискримінаційним законом, якого від України вимагає Рада Європи і без якого неможлива боротьба з усім багатоманіттям проявів цього етнодеструктивного явища. Однак поки не досягнуто згоди щодо основних положень законопроекту у політикумі і соціумі, ми не можемо зі 100 % впевненістю стверджувати, що ця тенденція законотворення візьме гору у формуванні антидискримінаційного законодавства України.

## Л і т е р а т у р а

1. Майборода О. М. Суспільна функція етнополітології / О. М. Майборода // Форум націй. — 2006. — № 9. — С. 8.
2. Проект Закону України «Про обов'язкове володіння і використання державної мови» [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. — Режим доступу: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb\\_n/webproc4\\_1?id=&pf3511=43900](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?id=&pf3511=43900).
3. Кримінальний кодекс України [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. — Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2341-14>.
4. Кабінет Міністрів пропонує затвердити Стратегію боротьби з дискримінацією в Україні [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://www.kmu.gov.ua/control/uk/publish/article?art\\_id=244963098&cat\\_id=244274160](http://www.kmu.gov.ua/control/uk/publish/article?art_id=244963098&cat_id=244274160).
5. Проект Закону України «Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні» [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. — Режим доступу: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb\\_n/webproc4\\_1?id=&pf3511=43370](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?id=&pf3511=43370).
6. Проект Закону України «Про посилення відповідальності за дискримінацію на расовому, етнічному і релігійному ґрунті» [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. — Режим доступу: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb\\_n/webproc4\\_1?id=&pf3511=43963](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?id=&pf3511=43963).
7. Закон Республики Молдова об обеспечении равенства [Электронный ресурс] / Информационный портал Point.Md. — Режим доступа: <http://ava.md/news/015320-marianlupu-antidiskriminacionnii-zakon-bil-ne-tak-ponyat-obshestvom.html>.
8. Третя доповідь по Україні // Європейська Комісія проти расизму і нетолерантності. — Страсбург, 2008. — С. 12.
9. Проект Закону України «Про посилення відповідальності за дискримінацію на расовому, етнічному і релігійному ґрунті» [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. — Режим доступу: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb\\_n/webproc4\\_1?id=&pf3511=43963](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?id=&pf3511=43963).
10. Проект Закону України «Про запобігання дискримінації щодо осіб літнього і похилого віку в Україні» [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. — Режим доступу: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb\\_n/webproc4\\_1?id=&pf3511=38709](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?id=&pf3511=38709).

## А н о т а ц і я

**Витман К. М.** Антидискримінаційний закон у контексті формування етнопольного законодавства України. — Стаття.

Досліджено сучасний етап напрацювання антидискримінаційного законодавства України. Здійснено порівняльний аналіз та класифікацію законодавчих ініціатив 2012 року. Внесено авторські рекомендації та зауваження щодо основних положень антидискримінаційного закону.

*Ключові слова:* антидискримінаційне законодавство, види дискримінації.

## А н н о т а ц и я

**Витман К. Н.** Антидискриминационный закон в контексте формирования этнопольного законодательства Украины. — Статья.

Исследован современный этап формирования антидискриминационного законодательства Украины. Выполнен сравнительный анализ и классификация законодательных инициатив 2012 года. Внесены авторские рекомендации и замечания относительно основных положений антидискриминационного закона.

*Ключевые слова:* антидискриминационное законодательство, виды дискриминации.

**S u m m a r y**

***Vitman K. M. Antidiscrimination law in the context of ethnic legislation of Ukraine.*** — Article.

The modern phase of Ukrainian anti-discriminational law formation is analysed. The comparative analysis and classification of drafts of 2012 year are made. Recommendations and amendments to anti-discriminational law are proposed.

*Keywords:* antidiscriminational law, forms of discrimination.

УДК 341.231ю14(161.225.22+323.14)(410)“16”

*Н. В. Дрьоміна-Волок*

## **РОЗВИТОК ІДЕАЛІВ РІВНОСТІ ТА АПОЛОГЕТИКА РАСОВОГО РАБСТВА В ПРАЦЯХ ДЖ. ЛОККА І Т. ГОББСА**

У сучасному міжнародному праві утворився й діє принцип недискримінації, який пронизує будь-які міжнародні документи, що стосуються забезпечення прав як окремої людини, так і груп осіб, визначених за певною ознакою [1]. На основі та з метою реалізації цього принципу сформовано цілісну систему міжнародних правових норм — міжнародне антидискримінаційне право. Забезпечення прав людини на державному рівні, існування законодавчих імперативів у цій сфері та санкцій за їх порушення — та сучасна юридична аксіома, яка сприймається абсолютною більшістю держав у сьогоденному світі, є результатом одного з найбільш вагомих правових переворотів в історії людства, який мав місце під час епохи Просвітництва. Цей правовий переворот був здійснений під впливом взаємопов'язаних та взаємозалежних історичних факторів: з одного боку, настроїв суспільства, яке зазнавало жахливих економічних та громадянсько-політичних утисків та все ближче підходило до межі революційних заходів, та, з іншого боку, розвитку ідеї природних прав людини та їх позитивного закріплення у законодавстві.

Епоха Просвітництва була найважливішим поворотним пунктом у духовному розвитку Європи, що вплинув практично на всі сфери соціально-політичного і культурного життя. Розвінчавши політичні і правові норми, естетичні і етичні кодекси старого станового суспільства, просвітителі зробили титанічну роботу над створенням позитивної, зверненої передусім до людини, незалежно від її соціальної приналежності, системи цінностей, яка органічно увійшла до крові і плоті західної цивілізації [2, с. 372]. Саме ця система цінностей, незважаючи на історичну специфіку її контексту та двоякий базис для застосування, стала фундаментом для становлення системи норм сучасного антидискримінаційного права.



З позиції концептуального підходу теорія міжнародного антидискримінаційного права є концептосферою, яка динамічно розвивається і містить такі ключові метаконцепти, як «гідність», «справедливість», «рівність», історично сформовані у межах філософського, політичного і правового дискурсу. Міжнародне антидискримінаційне право звертається «до закладених в цих концептах цінностей як до явищ суспільної свідомості та орієнтирів соціальною дійсності» [3]. Власне вони виявились концептами, які виконують роль «ціннісних домінант», ставши еталонним зразком сучасного поняття «недискримінація» як міжнародно-правової категорії.

Дискримінація є посяганням на ці цінності. Застосування під час дослідження концептологічного підходу вимагає акцентування уваги на аналізі генезису зазначених концептів. Історія концептів має дуалістичну мету: пояснити їх розвиток та зрозуміти сутність цих концептів. В цьому контексті слід підкреслити вагоме значення історико-концептологічного методу, розробленого Д. Б. Расселом [4]. Хоча термін «недискримінація» почав використовуватись тільки у новітньому праві прав людини, його філософська основа — рівність — визнавалась ще за часів, коли встановлена державою стратифікація суспільства була нормою. Іншими словами, рівність, як фундаментальна цінність, вважалась благом у різні періоди людської еволюції, однак її змістовне наповнення змінювалось відповідно до соціальних та правових процесів.

Метою даної статті є дослідження філософсько-політичних ідей Т. Гоббса та Дж. Локка, їх ролі в розвитку концепту рівності та впливі на формування концепції расової дискримінації. Вивченням філософської спадщини Т. Гоббса і Дж. Локка займалися багато вітчизняних і зарубіжних учених, зокрема, К. Браун, Дж. Волдрен, М. Голдсміт, Г. А. Заїченко, Дж. Колеман, В. В. Соколов, Е. Ю. Соловійов, Б. Холл, М. М. Якоб, проте небагато з них (Дж. Волдрен, Б. Холл) звертали увагу на суперечність деяких морально-філософських положень видатних мислителів епохи Просвітництва, пов'язаних з проголошенням ідей рівності та одночасно апологетикою расового рабства.

Беззаперечна значимість цього історичного періоду розвитку філософсько-правової думки визначається переходом від теоретичних роздумів про рівність і права людини до впровадження їх концептуальних основ на державному рівні: «Активність у розвитку ідеї про права людини припадає на епоху Відродження і Просвітництва. У XVII—XVIII ст. ця ідея відображається у теорії природного (природженого) права, яка дозволила оцінювати з позицій справедливості діюче в державі позитивне право, здійснювати його перетворення в напрямку гуманізму і свободи. Г. Гроцій, Дж. Локк, Б. Спіноза, Ж.-Ж. Руссо, П. І. Монтеस्क'є, Т. Джефферсон, І. Кант, Дж.-Ст. Мілль, І. Бентам утверджують права особи (на життя, свободу, власність та ін.) як священні імперативи і закладають основи сучасного розуміння прав людини. Кожний народ зробив свій внесок у розвиток ідеї про права людини, вирішуючи

цю проблему в залежності від історичних обставин свого буття», — зазначає О. Ф. Скакун [5, с. 182].

Втім у славетну епоху Просвітництва процвітали рабство та работоргівля, та найвідоміші теоретики рівності Т. Гоббс та Дж. Локк підтримували та санкціонували людське рабство, незважаючи на їх захист прав ліберально-демократичної людини [6, р. 78]. «Соціально-філософські концепції Т. Гоббса і Дж. Локка в контексті їх ставлення до ідеалів свободи, справедливості, рівності, загального блага мають як спільні риси, так і відмінності, які значною мірою визначають відмінності їх соціально-політичного світогляду», — справедливо зазначає М. М. Якоб [7, с. 4].

Томас Гоббс (1588–1679) здійснив значний внесок у розвиток теорії рівності. Найбільш відома його робота Левіафан (Левіафан, або Матерія, форма, влада держави церковного та цивільного — *Leviathan on the Matter, Form, and Power of a Commonwealth Ecclesiastical and Civil*), опублікована в 1651 році. Крім інших робіт Гоббс також написав «Про громадянина» (*De Cive*, 1642), «Про тіло» (*De corpore*, 1655), «Про людину» (*De homine*, 1658), роботи, які ввійшли у світову спадщину філософської епохи Просвітництва.

Т. Гоббс у своїх роботах міркував, поміж іншого, про сутність суспільного гуртожитку. «Золоте правило» органічно входить в соціальну систему Т. Гоббса, виступаючи критерієм, що дозволяє встановити, чи суперечить дія природним законам, чи ні, і, формуючи негативний, та тим самим відмінний зміст Біблійського тексту формулюється так: «Не роби іншому того, що ти *не* хочеш, щоб зробили тобі». До нього зводяться всі природні закони, і саме вони є «закон всіх людей» [8, с. 75].

Роздуми Гоббса про «диких людей у багатьох місцях Америки», що містяться в Левіафані, засновані на етнографічних записях, що були в його розпорядженні. Той факт, що Гоббс називає корінних американців «дикунами», передбачає наявність пресоціальної парадигми існування «диких», нецивілізованих народів, що живуть за межами громадянського об'єднання. Іноді він використовує термін «дикий» з метою показати зв'язок між розпадом соціуму і пресоціальними умовами, зокрема, того, що розпад суспільства в результаті громадянської війни є поверненням до пресоціального стану.

Б. Холл наводить думку Т. Л. Лотта, який стверджував, що Гоббс не використовував расові концепції або такі терміни, як «негр» або «африканець» з негативним змістом, маючи на увазі неповноцінність. Він використовує термін «дикун» в цілому, з нейтральним значенням, що означає «природний стан», для позначення групи людей, які не створили громадянського суспільства. Коли він говорить таким чином про корінних американців, то іноді в тому ж контексті згадує древніх германців або ранніх мешканців інших «цивілізованих країн». Переконаність у тому, що цей «природний стан» приховано лежить в основі штучного зміцнення політичних зобов'язань, є головним його аргументом на користь абсолютного суверенітету. «Тим не менше, навіть без расової

складової, термін все ж має негативний зміст, — стверджує Б. Холл. — Дикуни не просто відрізняються від людей суспільства. Вони менш розвинені. Таким чином, вони гірше, а тому являють собою нижчу групу людей. Таким чином, залишається фактом, що Гоббс вважав європейців кращими за інших. Ця точка зору не відображає расистську ідеологію, але є очевидно упередженою» [9, с. 47].

Залишається питання, чому Гоббс проводив відмінність між європейцями і неєвропейцями, чи було його ставлення засновано на ледь прихованих расових забобонах, на яких він сформулював свої погляди на соціальну еволюцію? Т. Лотт зазначав, що, незважаючи на відсутність буквальних формулювань, Гоббс вважав неєвропейців «іншими» з культурологічної та цивілізаційної точки зору [10]. Гоббс не був расистом в тій мірі, в якій були деякі інші тогоденні філософи, зокрема Джон Локк та Іммануїл Кант. Не існувало очевидних або кричущих протиріч між його працями і життям, вважає Б. Холл. Однак, як вже говорилося раніше, не всі прояви расизму чи расових забобонів є очевидними. Іноді переконання і уподобання, властиві деяким людям, у сукупності, а не окремо є упередженнями. В інших випадках люди сприяють здійсненню расистських цілей шляхом відсутності протистояння расистським інститутам або політиці та практиці, що призводить до таких же результатів, як якщо б для цього додавалися активні цілеспрямовані зусилля. Томас Гоббс писав про природні свободи і рівність людей в часи, коли торгівля африканськими рабами і європейські завоювання Нового Світу були на початковому етапі. Гоббс мало говорив безпосередньо за чи проти цих тенденцій, але він, швидше за все, санкціонував би першу, паралельно обґрунтовуючи останню. Незважаючи на пояснення або виправдання, на думку Б. Холла, таку людину можна з повним правом назвати расистом [9, с. 54].

Втім епоха Просвітництва була вкрай особливою не тільки через теологічні та наукові дискусії про раси та їх ієрархію й одночасне прийняття конституційних актів про «загальну рівність». Расистські вчення та вислови консервативних теологів тією чи іншою мірою могли бути поясненими відповідним станом соціоеволюційного процесу, коли сегрегація на основі кольору шкіри, національного походження сприймалась як певна норма, підкріплена психологічним неприйняттям відмінного та невідомого, відсутністю реальних наукових знань про причини існування зовнішньо та культурно відмінних народів, і, як результат, нерозумінням загальної людської рівноцінності. Перешкодами на шляху визнання єдності людського роду виступали не тільки одвічні забобони, неприйняття і відторгнення «чужого», а й філософські теорії, авторами яких були, серед інших, класики просвітницької думки, що внесли неоціненний вклад у розвиток ідеї рівності.

Джон Локк (1632–1704), англійський філософ і політичний мислитель, автор концептуальної основи конституційного лібералізму — соціального договору, у своєму найвидатнішому творі «Два трактати про

правління» (*Two Treatises of Civil Government*, 1690) виклав свою концепцію природного права. Як й інші теоретики природно-правової школи, Локк виходив з уявлення про «природний стан». Важлива особливість вчення Локка в тому, що він обґрунтовував ідею прав і свобод людини, які існують в додержавному стані. Природний стан, за Локком, — «стан повної свободи стосовно дій та розпорядження своїм майном і особистістю», «стан рівності, при якому всяка влада і всяке право є взаємними, ніхто не має більше іншого» [11, с. 260].

У природному стані, вважав Локк, всі рівні, вільні, мають власність (з появою грошей вона стала нерівною); в основному це — стан миру і доброзичливості. Закон природи встановлює мир і безпеку. Проте будь-який закон потребує гарантії. Для створення гарантій природних прав і законів, вважав Локк, люди відмовилися від права самостійно забезпечувати ці права і закони. Оскільки держава створена для гарантії природних прав (свобода, рівність, власність) і законів (мир і безпека), вона не повинна зазіхати на ці права, повинна бути організована так, щоб природні права були надійно гарантовані [11, с. 260–261].

Формулюючи «золоте правило», Локк виходив з його позитивного значення, цитуючи Біблійський текст: «всякий повинен поводитися з іншим так, як він хоче, щоб з ним поводитися інші» [12, с. 95]. Передумовою «золотого правила» виступає, згідно з Локком, природна, початкова рівність людей [8, с. 75]. Локк був прихильником теологічної інтерпретації основної рівності. Він виходив з того, що атеїзм неприпустимий, атеїсти повинні бути позбавлені громадянських прав і що люди повинні мати релігійні переконання та вірити в Бога, щоб між ними можна було встановити принцип основної людського рівності [13, р. 145, 240].

Локк стверджував, що можливості, які держава надає для реалізації природних відмінностей та нерівностей, є, як це не парадоксально на перший погляд, кращим засобом для усунення неприродних привілеїв. Локківська конструкція «природного права» — це пряма декларація «невідчужуваних прав», сукупність яких вважається основним законом знову заснованого (розумного) громадського ладу [13, р. 149–150].

Е. Соловйов зазначає: «Локк виявився великим тлумачем зародженої правосвідомості, він зумів зафіксувати та висловити такі її настанови, які не тільки зберегли свою соціальну дієвість протягом всього XVIII століття, але в певному сенсі взагалі виявилися «навічними». Парадоксальна (абсолютно незрозуміла для жодного з «традиційних» суспільств) ідея «рівності без зрівнювання», рівності, що допускає — і більш того, що оберігає та стимулює — природну несхожість людей, — одна з основних тем у політико-юридичних вченнях філософів, зокрема, на англійському ґрунті у Гоббса і Локка» [14, с. 152].

Локк, який увійшов в історію одним з найвідоміших вчених-філософів, теоретиків рівності, — найяскравіший приклад того, як ідея рівності розходиться з практикою не тільки на рівні людських громад, а й у житті та праці однієї людини. Дж. Локк, хоча і висловлював думку,

що рабство у цілому є огидним, не протестував проти поневолення чорних африканців, навпаки, допомагав у розробці колоніальної політики і навіть написав конституцію рабовласницького штату Південна Кароліна. Більш того, він сам був рабовласником, вклав всі свої заощадження в работоргівлю та підтримував експедиції за рабами компанії *Royal African Company* [6, р. 78].

Локк вважав, що існують обставини, за яких англійці, особливо англійські джентльмени, можуть бути змушені тримати рабів. За його думкою, кожна людина має вроджену здатність розвивати свій розум та виробництво до того ступеня, коли вона стає достатньо кваліфікованою, щоб користуватись природною свободою, але примітивні народи необхідно опікати, перш ніж їх потенціал може бути реалізований. Локк писав, що щоб «відпустити первісну людину до нестриманої свободи, до того, як вона здобуде розум, щоб направляти себе, необхідно не дозволяти їй користуватись своєю природою, бути вільною» [15, р. 264–265].

Вкрай повчальним є порівняння позицій Арістотеля і Локка щодо рабства. Арістотель допускав можливість захоплення людей в рабство під час війни, але робив це на тій підставі, що переможець у війні і рабовласник найімовірніше є, за визначенням, більш порядним, ніж поневолений. Головний аргумент Арістотеля на користь рабства полягає в тому, що деякі люди за суттю є рабами. «Раб за своєю природою є людиною, яка може належати комусь, і, отже, належить іншій людині, та яка здатна розуміти мислення, але не володіти їм». Арістотель, таким чином, переважно базує своє відношення на природній характеристиці певних людей. Локк, зі свого боку, наводить аргумент, який полягає в тому, що поневолення взятих у справедливій війні людей є законною та легітимною поведінкою. Локк наполягає на торговому аспекті — якщо існує встановлена кількість скарбів та багатства у світі, тоді війна є альтернативою, щоб торгуватися з країною з метою придбання більшого. Локк пропонує виключати рабів з громадянського суспільства на тій підставі, що їм не може належати майно: «Ці люди, ...втратив своє життя, а разом з ним свою свободу, також втратили своє майно; маючи статус рабів, не здатних володіти будь-якою власністю, не можуть вважатись частиною громадянського суспільства, головною метою якого є збереження власності». З позиції Локка, раби мають бути виключені з суспільного договору, основи його вчення, тому що метою громадянського суспільства, суспільства соціального контракту, є захист власності. Раби не можуть володіти власністю, тому що, за Локком, вони самі є власністю. Громадянське суспільство визначає право власності; Локк, таким чином, робить, як він сам його назвав, логічний виняток — раби виробляють (створюють), але вони є частиною системи, яка виключена з цивільного суспільства. Однак саме це «виключене» майно визначало громадянське суспільство Локка [16, р. 185].

Продовжуючи працювати над дотепер актуальними концепціями соціальної рівності, Дж. Локк присвятив декілька років членству в Раді

з торгівлі та плантацій у 1696—1700 роках, органу, який відповідав за — серед іншого — перегляд законодавства штату Вірджинія та інших колоній. Теорію Локка про рабство як стану війни було підтверджено головною колоніальною проблемою — опором рабів. Локк взяв участь у 372 засіданнях протягом чотирьох з половиною років. Серед величезної кількості документів, які направлялись до Ради, була інформація щодо кодексу рабів Барбадосу 1688 року — доповідь про змову рабів на острові у 1692 році та страту 92 рабів разом з чотирма їх ватажками після викриття планів бунту. Локк також розглядав текст Акта Вірджинії 1691 року «Про покарання біглих рабів», який дозволяв у разі, якщо «негри, мулати та інші раби незаконно відлучаються від своїх господарів і ховаються у невідомих місцях, вбивають свиней або причиняють ушкодження жителям володіння, законно вбивати і знищувати таких негрів, мулатів та інших рабів». Той же акт, мова якого припускає, що всі «негри» і «мулати» є рабами априорі, встановлював, щоб жодна не біла (кольорова) людина не могла бути включена до вільного населення колонії, та забороняла неграм, мулатам та індіанцям одружуватись з білими жінками, «щоб запобігти огидній суміші та незаконно-народжуваності, яка збільшиться у володіннях» [15, р. 264—265].

Співіснування таких різних життєвої та наукової позицій Локка є, мабуть, найбільш репрезентативною ілюстрацією епохи Просвітництва, коли позитивне ставлення білого соціуму до колонізації і рабства супроводжувалося правовими гуманістичними реформами, які дотепер вважаються найважливішими в історії для розвитку прав людини.

Епоха Просвітництва, таким чином, з одного боку, прискорила процес глобалізації суспільства, насильно змішуючи народи і цивілізації, а з іншого, привнесла до нього трагічний присмак приниження та дискримінації, який кожний поневолений народ відчував та нерідко й відчуває дотепер, зі своїми особливостями та специфічними наслідками.

Л. Голднер зазначає: «Не всі теоретики Просвітництва, що займалися ідеєю «раси», були расистами, деякі використовували цей термін в описовому антропологічному сенсі, без оціночних суджень. Те, що заклало основу для вірулентних вчень дев'ятнадцятого століття про расу, було таксономічно-класифікаційною теорією «незмінності видів», якою Просвітництво замінило старі християнської поняття єдності людини: «Ці твердження про біологічно фіксовані, незмінні раси з різними психічними та моральними оціночними судженнями («вищий», «нижній»), стали вирішальними для сучасного расизму і ключовим аргументом для його розповсюдження. Берньє, Бюффон, Лінней, Кант і Блюменбах розвивали свої системи класифікації та ієрархії людства з надзвичайно різноманітними позиціями щодо рабства та «раси» як за межами Європи, так і серед «білих», які все більше домінували у світових справах. Просвітництво як таке не пропагувало ані расизм, ані ідеології «білих європейських чоловіків». Тим не менш, воно містило в собі певну загадку. З одного боку, західне Просвітництво в широкому розумінні, безпереч-

но, було універсалістським та егалітарним і тому створило потужну зброю для контраргументів проти будь-якої доктрини расової переваги, а з іншого боку, Просвітництво, як видно з вищесказаного, безперечно дало шлях для народження самого поняття раси, більш того, деякі з його прославлених представників вважали, що білі були краще за всіх інших. Ця проблема не може бути вирішена шляхом класифікацій просвітителів в залежності від їх поглядів на рабство та переваги білої раси. Адам Сміт, більш відомий як теоретик вільного ринку і апологет капіталістичного розподілу праці, категорично заперечував й те, й інше, в той час як Гоббс та Локк виправдовували рабство, і навіть Томас Джефферсон, який виступав за скасування рабства, твердо вірив, що чорні біологічно поступаються білим» [17].

Конституційні реформи та кардинальні зміни у людській свідомості епохи Просвітництва відбулися внаслідок переходу до нових умов та потреб суспільного життя. Особливості формування, розвитку та способу функціонування ідеї рівності в контексті взаємозв'язку суспільного буття із соціально-філософськими поглядами мислителів Нового часу та епохи Просвітництва свідчать про те, що історична актуалізація цієї ідеї пов'язана, насамперед, із загостренням соціальних суперечностей. Саме соціальна нерівність обумовила зрушення у напрямку позитивного закріплення концепції рівноправ'я та справедливості. В епоху Новітньої доби рівність усвідомлюється як політико-юридичний принцип, що реалізується в рівності громадянських прав і свобод, чим закладаються підвалини правової «рівності можливостей» та передбачається еквівалентність обміну товарів і послуг. Таким чином, утвердження політичних прав передбачає можливість забезпечення природної рівності людей як особистостей, декларує рівність соціальних можливостей та право кожного громадянина реалізувати свої природні індивідуальні нерівності [18, с. 6]. Соціально-політичні та догматичні новації епохи Просвітництва інтегрувалися, підкріплюючи та стимулюючи значимість один одного, та стали основою революцій на всіх рівнях людського буття — соціально-економічного, громадянсько-політичного та філософського. Важко пригадати, настільки ж вагомі історичні події, які б змінили увесь хід європейської історії та світогляду.

#### Л і т е р а т у р а

1. Koppelman A. Antidiscrimination Law and Social Equality / *A. Koppelman*. — Yale University Press, 1996 ; Martin MacEwen. Tackling Racism in Europe: An Examination of Anti-discrimination Law in Practice / *Martin MacEwen*. — Berg Publishers, 1995.
2. Культурология. История мировой культуры / под ред. А. Н. Марковой. — 2-е изд., перераб. и доп. — М.: ЮНИТИ, 2000.
3. Левенкова Е. Р. Концептосфера политического дискурса Великобритании на рубеже XX—XXI веков / *Е. Р. Левенкова* // Известия Самарского научного центра Российской академии наук. — 2009. — Т. 11, 4. — С. 226—231.

4. Макаренко В. П. Политическая концептология: первые итоги разработки / В. П. Макаренко // ПОЛИТЭКС. — 2007. — № 4. — С. 85.
5. Скакун О. Ф. Теория государства и права: учебник / О. Ф. Скакун. — Х.: Консум: Ун-т внутр. дел, 2000.
6. Zillah R. Eisenstein. Against Empire: Feminisms, Racism, and the West Zed Books / R. Zillah. — 2004.
7. Якоб М. М. Ідея соціально-правової держави у філософських концепціях Т. Гоббса і Дж. Локка: автореф. дис. ... канд. філос. наук: 09.00.05 / М. М. Якоб; Київ. нац. ун-т ім. Тараса Шевченка. — К., 2003.
8. Гусейнов А. А. Социальная природа нравственности / А. А. Гусейнов. — М.: Моск. ун-т, 1974.
9. Hall V. Race in no Hobbes / V. Hall // Race and racism in modern philosophy / ed. by A. Valls. — Cornell University Press, 2005.
10. Julie K. Ward. Philosophers on Race: Critical Essays / Julie K. Ward, Tommy L. Lott. — John Wiley & Sons, 2002 — 336 p.
11. История политических и правовых учений: учебник / под ред. О. Э. Лейста. — М.: Зерцало, 2000.
12. Локк Д. Избранные философские произведения. Т. I / Д. Локк. — М., 1960.
13. Waldron J. God, Locke, and equality: Christian foundations of John Locke's political thought / J. Waldron. — Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2002.
14. Соловьев Э. Ю. Прошлое толкует нас: (очерки по истории философии и культуры) / Э. Ю. Соловьев. — М.: Политиздат, 1991.
15. Blackburn R. The Making of New World Slavery: From the Baroque to the Modern, 1492–1800 / R. Blackburn. — Verso, 1998.
16. Stratton J. Writing Sites: A Genealogy of the Postmodern World / J. Stratton. — University of Michigan Press, 1990.
17. Goldner L. Race and the Enlightenment, Part II. The Anglo-French Enlightenment and Beyond / L. Goldner // Race Traitor. — 1999. — N 10. — P. 47–65.
18. Левкулич В. В. Методологічна функція категорії «рівність» при аналізі перехідних процесів у суспільстві: автореф. дис. ... канд. філос. наук: 09.00.03 / В. В. Левкулич; Ін-т вищої освіти АПН України. — К., 2005.

#### А н о т а ц і я

**Дрьоміна-Волок Н. В. Розвиток ідеалів рівності та апологетика расового рабства в працях Дж. Локка і Т. Гоббса.** — Стаття.

У статті з використанням історико-концептологічного підходу розглядається вплив філософсько-політичних ідей Дж. Локка та Т. Гоббса на розвиток концепту «рівність» як основи сучасної міжнародно-правової категорії недискримінації. Підкреслюючи визначну роль великих філософів епохи Просвітництва у розвитку ідеалів рівності, автор звертає увагу на прояви расових упереджень та апологетику расового рабства, що містяться в їхніх працях.

*Ключові слова:* Дж. Локк, Т. Гоббс, рівність, рабство, расова дискримінація.

#### А н н о т а ц и я

**Дремина-Волок Н. В. Развитие идеалов равенства и апологетика расового рабства в трудах Дж. Локка и Т. Гоббса.** — Статья.

В статье с использованием историко-концептологического подхода рассматривается влияние философско-политических идей Дж. Локка и Т. Гоббса на развитие концепта «равенство» как основы современной международно-правовой категории недискримина-



ции. Подчеркивая выдающуюся роль великих философов эпохи Просвещения в развитии идеалов равенства, автор обращает внимание на проявления расовых предубеждений и апологетику расового рабства, содержащихся в их трудах.

*Ключевые слова:* Дж. Локк, Т. Гоббс, равенство, рабство, расовая дискриминация

### S u m m a r y

***Dromina-Voloc N. The Development of the Ideals of Equality and Racial Slavery and Apologetics in the John Locke's and Thomas Hobbes's Writings.*** — Article.

The author of the present article, using the historical and conceptological approach, examines the impact of John Locke's and Thomas Hobbes's philosophical and political ideas on the development of the concept of «equality» as the basis of the modern international legal category of non-discrimination. Emphasizing the outstanding role of the great Enlightenment philosophers in the development of the ideals of equality, the author draws attention to the manifestations of racial prejudice and racial slavery apologetics contained in their writings.

*Keywords:* John Locke, Thomas Hobbes, equality, slavery, racial discrimination.

УДК 341.232:321.7

*Т. О. Свида*

## **СУЧАСНИЙ СТАН МІЖНАРОДНО-ПРАВОВОГО СПІВРОБІТНИЦТВА У ЗМІЦНЕННІ ДЕМОКРАТІЇ**

Міжнародне співробітництво держав набуває все більшого розвитку, однак існуюча різноманітність національних правових систем, їх нездатність до швидкої адаптації з міжнародно-правовими суттєво заважає цьому процесові. У такій ситуації актуалізується необхідність створення єдиного правового простору, в межах якого можна було б швидше досягти ефективної співпраці між державами, що мають різні як економічні, так і правові системи. Все частіше лунають твердження про формування у міжнародному праві принципу демократії, відповідно до якого держави повинні відповідати закріпленим міжнародним правом демократичним стандартам.

Як вітчизняна, так і зарубіжна наука міжнародного права приділяє увагу аналізу сучасного стану міжнародно-правового співробітництва держав, міжнародно-правового захисту демократії, змісту й юридичної природи норм захисту демократії, їх ролі в розвитку міждержавних відносин. Цим проблемам присвячували свої праці І. І. Лукашук, М. В. Буроменський, В. І. Євінтов, С. Л. Рогожин, Д. Томас, М. Шулер, Д. Ричардсон та інші.

Найбільш активно становлення принципу демократії відбувається в Європі. Відповідно до Статуту Ради Європи (далі — РЄ) членом цієї організації може бути лише держава, яка здатна і намагається відповідати встановленим Статутом принципам верховенства права і гарантування основних прав і свобод людини (ст. ст. 3 і 4). Значний внесок в утвердження принципу демократії зорбила й ОБСЄ (до 1995 р. — НБСЄ). Гельсінкський Підсумковий Акт 1975 р. встановив основні принципи співробітництва держав і поваги до прав людини. У Паризькій хартії для нової Європи сформульовано положення, відповідно до якого держави, що прийняли Хартію, зобов'язалися «будувати, консолідувати й укріплювати демократію як єдину систему правління в наших держа-

вах», а повне здійснення прав людини розглядається як «основа свободи, справедливості і миру». Принцип демократії знайшов відображення і в договорах країн СНД, де в якості одної з основних цілей вказано «забезпечення сталого демократичного розвитку держав».

Принцип демократії поступово утверджується і в загальному міжнародному праві. Як відомо, в числі основних зобов'язань членів Статут ООН визначає здійснення співробітництва «в заохоченні та розвитку поваги до прав людини і основних свобод для всіх» (ст. 1). Віденська всесвітня конференція з прав людини 1993 р. визнала принцип демократії принципом Статуту ООН. Цей принцип активно реалізується ООН, яка надає допомогу державам у становленні демократії. Так, вона сприяла проведенню вільних виборів приблизно в 50 країнах, а також «становленню та розвитку демократичних інститутів». У 1994 році ГА ООН прийняла резолюцію «Підтримка системою Організації Об'єднаних Націй зусиль урядів розвивати і зміцнювати нову демократію чи відновлювати демократію». У доповіді Генерального Секретаря ООН про вдосконалення діяльності Організації підкреслюється: «Організація почала сприяти переходу до демократії...». Не можна не погодитися з думкою І. І. Лукашука, що принцип поваги до прав людини може бути реалізований лише в умовах демократії [1, с. 139].

У 1989 р. ГА ООН прийняла резолюцію 44/23 «Десятиріччя міжнародного права Організації Об'єднаних Націй», в якій було підкреслено внесок ООН у сприяння «більш широкому прийняттю й повазі до принципів міжнародного права» і в заохочення «прогресивного розвитку міжнародного права та його кодифікації». Період 1990—1999 рр. проголошено ООН як Десятиріччя міжнародного права, протягом якого здійснювалося подальше зростання ролі міжнародно-правового регулювання міжнародних відносин.

Формуючись під впливом міжнародних відносин, міжнародне право саме здійснює на них активний вплив. Із кожним днем міжнародні норми охоплюють все нові аспекти взаємодії держав. Можна сміливо стверджувати, що без міжнародного права світова система була би не в змозі нормально функціонувати. Зростання ролі міжнародного права як на міждержавному, так і на національному рівні стає все більш відчутним.

Найбільш авторитетні неупереджені оцінки існуючих плюралістичних демократій з погляду їхнього найважливішого призначення — забезпечення народовладдя на основі дотримання прав людини — підтверджують їх більш високу, порівняно з іншими моделями, ефективність. «Демократії є зборами зрілих людей, — зауважує П. Фейєрабенд. — Але зрілість... набувається лише тоді, коли людина приймає на себе відповідальність за всі події, що відбуваються в житті країни і за всі прийняті рішення» [2, с. 133]. До того ж сучасні плюралістичні демократії як структури, не сумісні з ізоляціонізмом, найбільш відкриті для міжнародного контролю, що стає все важливішим в умовах кризи цивілізації. Стабілізація державних режимів та їхня адаптація до умов

об'єднаного протистояння міжнародного співтовариства глобальним потрясінням пов'язані, врешті-решт, з демократизацією внутрішньодержавного політичного життя.

Разом із тим необхідно пам'ятати: якщо швидкий розвиток мислиться як глобальний процес, він не може зводитися до поширення в усьому світі знань, світогляду, способу життя чи досвіду будь-якого одного регіону. Необхідно зв'язувати розвиток кожної країни з її власними цінностями і культурою.

З іншого боку, неабияку дискусію викликає питання про демократизацію міжнародних відносин та роль міжнародного права в даному процесі. На думку С. Л. Рогожина, під терміном «демократизація» розуміється активізація участі держав (перш за все тих, що розвиваються), а не народів у міжнародному спілкуванні і прийнятті ключових рішень політико-правового характеру [3, с. 26]. Разом із тим не можна ігнорувати факт неучасті великої кількості держав у створенні і реалізації комплексу міжнародно-правових норм та інститутів. У зв'язку з цим особливої уваги потребує новітній рух «антиглобалістів», програма якого містить багато позитивних моментів, потребує закріплення і розвитку за допомогою норм міжнародного права.

Незважаючи на найбільші потрясіння епохи, політична культура ХХ ст. все-таки нерозривно пов'язана з прагненням до демократії. Разом із тим варто пам'ятати, що демократія виступає лише формою, що не визначає розвитку, а створює умови для самобутнього політичного прогресу на основі вільного соціально-політичного вибору народу. Аналіз найбільш авторитетних досліджень у сфері глобального моделювання свідчить, що найбільш ефективними для подолання кризи можуть стати перетворення існуючих політичних систем [4, с. 149].

Розквіт плюралістичної демократії в багатьох країнах світу з різними культурними і релігійними традиціями не заважає збереженню великої різноманітності конституційних монархій, парламентських і президентських республік. Якщо визнання міжнародним співтовариством принципів і стандартів демократії й приведе держави до єдності, то неминуче в одному — у зміцненні міжнародної антиавторитарної політики.

Зрозуміло, центральну роль у демократизації відіграє система ООН, діяльність якої починається з консультативного обслуговування держав (на 1988 р. за такою допомогою звернулися в ООН 39 держав, а в 1990 р. консультативне обслуговування у сфері захисту прав людини отримали вже 43 держави) і закінчується контрольними заходами, причому аналіз документів різних органів ООН не викликає сумніву в існуванні для них і для ООН у цілому пріоритетної мети всілякого сприяння закріпленню процесу демократизації в державах, для чого спеціальні експерти ООН здійснюють не тільки експертизу законодавства держав, але і навіть готують розгорнуті програми демократичних перетворень у різних країнах.

Демократизація держав з використанням міжнародного права, безсумнівно, є одним із його основних у масштабах міжнародного співтова-

риства цивілізаційних завдань, причому основою цього процесу є певна споконвічна спільність політичної культури, що базується на збереженні демократичної традиції в різних суспільствах. Розвиток же цієї культури і кристалізація її основних цінностей у загальноцивілізаційному плані без міжнародного права неможливі, як уже неможлива і відмова світового співтовариства від вивчення й узагальнення демократичного досвіду людства, майбутнє якого може бути зв'язане лише з демократією. Однак утвердження цінностей демократії через міжнародне право свідчить, що в політичній культурі сучасної цивілізації все більше переважає демократична традиція.

Видається, в контексті даної статті варто привернути увагу до концепції «демократія через право», яка сформувалася спочатку в межах внутрішнього публічного права, а згодом отримала розвиток і в міжнародному праві. Згадана концепція об'єднує принцип демократії і легітимної влади, котра обрана народом і бере участь в її здійсненні, та одночасно ліберальну ідею обмеження влади, навіть демократично обраної. На думку вчених-юристів, недостатньо уваги приділяється вивченню взаємозв'язку таких понять, як захист прав людини, демократія, верховенство права, хоча окремо зміст кожного із цих явищ проаналізований досить ретельно [5; 6; 7, с. 411–414; 8, с. 723–736]. Не можна не погодитися з тим, що реалізація прав людини і основних свобод є відображенням і втіленням засад панування права, верховенства і ефективності закону, плюралізму та демократії. З іншого боку, цей взаємозв'язок можна прослідкувати і в зворотному напрямку: де панує демократія і право, там все менше порушуються права людини. Основною причиною проникнення цієї концепції в міжнародне право стала зміна політичних режимів і перехід до демократичних цінностей та інститутів держав колишнього комуністичного блоку. В процесі такого переходу європейські держави (а згодом і держави інших континентів) отримали правову підтримку регіональних міжнародних організацій, у тому числі Ради Європи, основними цінностями якої є верховенство права, плюралістична демократія та права людини, тобто складові концепції «демократія через право». На нашу думку, дана концепція буде розвиватися і поширюватися, особливо в праві РЄ, оскільки вона навіть започаткувала спеціальну міжнародну інституцію — Європейську комісію «За демократію через право», діяльність якої поширюється не лише на держави європейського регіону. Як Рада «Великої Європи», вона зосередила зусилля на стимулюванні процесу демократичних змін, на наданні державам допомоги у встановленні чи відновленні верховенства закону, в корінній перебудові законодавчої і правової системи.

Авторитет демократичних перетворень режимів незмінно зростає, а дотримання міжнародно визнаних прав і свобод людини розцінюється міжнародним співтовариством як ознака культури і цивілізованості. Зокрема, у Загальній декларації прав людини зазначено: «зневажання і нехтування правами людини призвели до варварських актів, які обурю-

ють совість людства». У ст. 4 Міжнародного пакту про економічні, соціальні і культурні права зазначено, що держава може встановлювати лише такі обмеження прав, які визначаються законом, і лише остільки, оскільки це є сумісним із природою зазначених прав, і виключно з метою сприяти загальному добробуту в демократичному суспільстві. Осуд геноциду «цивілізованим світом» закріплено у Конвенції про попередження злочину геноциду і покарання за нього. У Конвенції про ліквідацію усіх форм расової дискримінації визнано, що «всяка теорія переваги, заснованої на расовій відмінності, в науковому відношенні хибна, в моральному — недозволена і в соціальному — несправедлива та небезпечна і що не може бути виправдання для расової дискримінації, де б то не було, ні в теорії, ні на практиці».

Декларація про право на розвиток 1986 р. формулює його як право, в силу якого «кожна людина і всі народи мають право брати участь у такому економічному, соціальному, культурному і політичному розвитку, при якому можуть бути цілком здійснені усі права людини й основні свободи, а також сприяти йому і користуватися його благами». Отже, Декларація чітко формулює напрямок розвитку суспільств — демократичний. На цей факт звертав увагу і М. В. Буроменський [9, с. 136]. Подальший розвиток цього положення Декларації дозволяє говорити про зв'язок розвитку і демократизації як про ще більш твердий імператив, причому демократизація розуміється саме в існуючому міжнародно-правовому контексті: досягнення цілей розвитку може розглядатися з урахуванням ратифікації документів у галузі прав людини і ступеня дотримання таких прав.

Під час Глобальної консультації з питань здійснення права на розвиток 1990 р. було визнано, що «нездійснення чи неповага принципів демократичного правління виявилися серйозною перешкодою на шляху реалізації права на розвиток». Надаючи настільки серйозне значення процесу демократизації, міжнародне співтовариство незмінно прагне до юридичної конкретизації цього поняття, тому роль міжнародних «стандартів» демократичності політичних режимів незмінно зростає і даний термін уже не є незвичним для міжнародних документів і наукових досліджень [10, с. 37—42].

Зародження норм-стандартів було пов'язане у міжнародному праві з прагненням сформулювати в міжнародній практиці певні політико-юридичні орієнтири в розрахунку на їх наступне широке визнання у світі, свідчать про етап формування міжнародного співтовариства як цілісності більш високого рівня, коли деякі міжнародно-правові норми набувають такого авторитету, що, навіть не будучи загальноновизнаними імперативами, все-таки виступають мірилом відповідності політики держав визначеним стандартам, незалежно від визнання їх державами (наприклад, вплив норм пактів про права людини для оцінки політики тоталітарних держав, що не підписали ці документи). Значення демократії для загальнолюдського розвитку висуває ці норми на рівень за-

гальноцивілізаційних орієнтирів незалежно від існуючого на сьогодні обсягу їхнього визнання. У цьому розумінні й можна говорити про міжнародно-правові стандарти демократії, тобто про закріплені у міжнародному праві юридичні зобов'язання, авторитетно підтримувані орієнтири соціального і політичного розвитку. Так, ГА ООН прийняла перелік керівних принципів із встановлення міжнародних стандартів в галузі прав людини [11].

Стає очевидно, в основі існуючого підходу до міжнародних стандартів демократії лежать міжнародно-правові норми з прав людини, а подальше формулювання стандартів не повинне виходити за рамки сформованої в міжнародній практиці форми прийняття міжнародних зобов'язань. Разом із тим якість стандарту повинна забезпечувати його безумовну застосовність як основи для юридичної кваліфікації дій влади й урядів. Таким чином, мова йде про міжнародно-правові норми особливого роду, здатних служити меті глобального коректування, соціально-політичного розвитку окремих країн за тими напрямками їхнього розвитку, які являють найбільшу загрозу для демократичного розвитку суспільств і людства в цілому.

Звернення міжнародного співтовариства до ідеї широкого використання міжнародно визнаних правових стандартів демократії дозволяє говорити про створення міжнародно-правової концепції демократії, заснованої на міжнародно-правових зобов'язаннях у галузі прав людини [12, с. 32–41]. Звернення ж світового співтовариства до проблем життєдіяльності політичних режимів приводить до створення таких специфічних стандартів, що утворюють для міжнародної концепції демократії власну основу, не розриваючи її тісного зв'язку з концепцією прав людини.

Як і загальне міжнародне право, на підтримку плюралістичної моделі демократії зорієнтовані деякі з основних регіональних угод. Однак найбільш повний перелік ознак плюралістичної демократії і правової демократичної держави, що країни-учасниці погодилися дотримувати, закріплено у Підсумковому документі Копенгагенської наради Конференції з людського виміру НБСЄ. У Хартії для нової Європи представницька плюралістична демократія розглядається як «єдина система правління», що учасники НБСЄ зобов'язуються «будувати, консолідувати і зміцнювати». Ця ідея знаходить підтвердження і в наступних документах. У Керівних принципах відносин між Радою Європи й Європейським Союзом (Додаток 1 до Варшавської декларації 2005 р.) зазначено, що «РЄ та Європейський Союз засновують свої взаємовідносини на... сприянні та захисті плюралістичної демократії, дотриманні прав людини, основних свобод і верховенства закону, політичному й юридичному співробітництві... Ці спільні цінності є основою демократичної стабільності і безпеки...».

На відміну від документів європейських організацій ГА ООН до останнього часу уникала згадувань про «плюралістичну» чи «представницьку демократію», надаючи перевагу більш нейтральному — «демо-

кратія». Очевидність існування у світі різних форм демократії, іноді здатних продукувати прямо протилежні результати, привело ГА ООН в останні роки до вживання терміна «справжня політична, соціальна й економічна демократія» [13; 14].

Плюралістична демократія як основний міжнародно-правовий стандарт базується на сукупності окремих міжнародно-правових норм. Однак у цілому всі вони, безсумнівно, сформульовані у рамках єдиної концепції демократії, що споконвічно виступала як первинна і визначальна для тих держав, що заклали основу міжнародного співробітництва в галузі прав людини. Отже, можна говорити про визначені вимоги до моделі плюралістичної демократії, які визнає міжнародне право й у рамках яких можливий розвиток нормотворчості про права людини.

На цей же зв'язок із загальними основами плюралістичної демократії вказує Статут Організації Арабських Держав, який визначив, що конституції держав-учасників будуть визнавати, що «юридичні і політичні інститути, які регулюють життя людського суспільства, мають своєю найпершою принциповою метою захист невід'ємних прав людини».

Норми міжнародно-правового захисту прав людини безумовно слугують міжнародними стандартами у своїй галузі. Тим часом у міжнародному праві сформовані й продовжують формуватися стандарти, що відносяться безпосередньо до умов формування і демократичного функціонування політичних режимів. Це, насамперед, стандарти виборів до органів влади і самі ці органи влади, хоча до цього часу питання про міжнародно-правовий стандарт виборів залишається неоднозначним. Це підтвердило прийняття в 1988 р. ГА ООН резолюції про підвищення ефективності принципу періодичних і справжніх виборів, а у березні 1989 р. уряд США, що був ініціатором прийняття резолюції, заявив про свою позицію: з цього питання не передбачається прийняття документа, що має обов'язкову юридичну силу, а наголос повинен бути зроблений на аналітичні огляди і консультації.

На наступній сесії Генасамблея в спеціально прийнятій резолюції констатувала: «Тільки народи можуть визначати методи і створювати інститути, необхідні для процесу виборів, а також визначати шлях його здійснення у відповідності зі своїм конституційним і національним законодавством» [15]. Однак резолюція, слід погодитися з думкою М. В. Буроменського, тут явно не узгоджується з рівнем досягнутого в міжнародному праві, яке визначає цілий перелік зобов'язань у сфері організації й проведення національних виборчих кампаній [9, с. 144].

Як уже було згадано, у світі існує цілком визначена тенденція розвитку в державах плюралістичної демократії, що спирається на сучасне міжнародне право. Можна навіть говорити про існування розгалуженої програми світового співтовариства по демократизації режимів\* [16].

Діючий юридичний стандарт політичного режиму означає його анти-тоталітарний розвиток. Безсумнівно, органи влади нерозривно пов'язані



зі стандартом режиму і повинні відповідати хоча б у загальному вигляді демократичній моделі державного устрою. Відповідно норми сучасного загального міжнародного права, що стосуються політичних систем, пов'язані, у першу чергу, з обов'язком держав створювати представницькі органи влади у відповідності і на підставі міжнародно визнаного стандарту виборів.

Відсутність такого органу оцінюється, очевидно, як доказ відсутності в державі народовладдя і невідповідності існуючої в ній системи органів державної влади міжнародному стандарту. Дана норма більш конкретизована в Європі (наприклад, ст. 3 Першого протоколу до ЄКПЛ). Більш повно модель центральних органів влади визначена в Документі Копенгагенської наради Конференції з людського виміру НБСЕ, де встановлений, на нашу думку, мінімальний для Європи стандарт представницької форми правління: законодавчою визнається представницька влада, створювана на основі вільних виборів (п. 1.5 (1) і 1.7 (7)); «виконавча влада підзвітна обраним законодавчим органам і виборцям» (п. 1.5 (2)), причому «обов'язок уряду і державної влади дотримувати конституції і діяти єдиним із законом чином» (п. 1.5 (3)), а п. 1.5 (5) називає і третю владу — судову. Про необхідність існування в державі судової гілки влади йдеться в різних міжнародних актах (ст. 5 Загальної декларації прав людини, ст. 14 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права, ст. 6 ЄКПЛ), а також про забезпечення незалежності судових органів (Мінімальні стандартні правила ООН, що стосуються відправлення правосуддя щодо неповнолітніх та Основні принципи незалежності судових органів). Відповідно створення в цілому такої системи є, з точки зору сучасного міжнародного права, юридично обов'язковим, а що стосується можливих її особливостей, то це цілком вирішується за розсудом самих держав.

Таким чином, загальне міжнародне право — це сукупність міжнародно-правових принципів і норм, обов'язкових для усіх держав без будь-якого винятку. Ця характеристика іноді доповнюється вказівкою на те, що загальне міжнародне право в рівній мірі захищає права усіх держав — учасників міжнародного спілкування і тому відповідає інтересам усіх держав і народів. Серйозним аргументом на користь такого твердження є встановлення ГА ООН Міжнародного дня демократії, що святкується з 2007 р. 15 вересня.

Отже, міжнародне право достатньо чітко орієнтує держави на демократичний шлях розвитку їхніх політичних систем. Це може бути тільки плюралістична модель демократії, і така постановка питання є міжнародно-правовим стандартом.

#### Примітка

\* Згідно з Доповіддю Генерального Секретаря ООН за підсумками Глобальної консультації з питання про право на розвиток у січні 1990 р. «міжнародне співтовари-

ство зобов'язане вмішуватися і прибирати перепони на шляху здійснення права на розвиток в тій мірі, в якій існує можливість у плані чіткого і конкретного визначення таких перепон». Ціла серія прийнятих Генеральною Асамблеєю ООН резолюцій ясно свідчить, що саме тоталітаризм як найбільш узагальнена форма антипода демократії визнається перепонуою розвитку.

### Л і т е р а т у р а

1. Лукашук И. И. Международное право. Общая часть / И. И. Лукашук. — [2-е изд.]. — М. : БЕК, 2000. — 420 с.
2. Фейерабенд П. Избранные труды по методологии науки / П. Фейерабенд ; пер. с англ. и нем. А. Л. Никифорова ; общ. ред. и вступ. ст. И. С. Нарского. — М. : Прогресс, 1986. — 543 с.
3. Рогожин С. Л. Международное право как диалог и столкновение цивилизаций / С. Л. Рогожин // МЖМП. — 2002. — № 3. — С. 16–30.
4. Ричардсон Д. Модели глобальных систем / Д. Ричардсон // Прорыв. Становление нового мышления. — М. : Прогресс, 1988.
5. Европейское право. Право Европейского Союза и правовое обеспечение защиты прав человека : учеб. для вузов / [Л. М. Энтин, А. А. Наку, С. В. Водолагин, Г. П. Толстопятенко, Е. Ю. Козлов ; рук. авт. кол. и отв. ред. Л. М. Энтин]. — 2-е изд., пересмотр. и доп. — М. : Норма, 2005. — 960 с.
6. Лимонникова М. А. Концепция «демократия через право» в современном публичном праве [Электронный ресурс] / М. А. Лимонникова. — Режим доступа : [http://www.lomonosov-msu.ru/archive/Lomonosov\\_2007/25/maуа-limonnikova@rambler.ru.pdf](http://www.lomonosov-msu.ru/archive/Lomonosov_2007/25/maуа-limonnikova@rambler.ru.pdf).
7. Steyn Johan. Democracy through Law / Steyn Johan // Selected Speeches and Judgments. — 2005. — Vol. 15, N 5. — P. 411–414.
8. Lord Steyn. Democracy through Law / Lord Steyn // European Human Rights Law Review. — 2002. — Vol. 6. — P. 723–736.
9. Буроменский М. В. Политические режимы государств в международном праве. (Влияние международного права на политические режимы государств) / М. В. Буроменский. — Х. : Ксилон, 1997. — 244 с.
10. Заблоцька Л. Г. Виникнення та формування міжнародних стандартів у галузі прав людини / Л. Г. Заблоцька // Український часопис прав людини. — 1995. — Т. 1. — С. 37–42.
11. Setting international standards in the field of human rights. Res. GA UN 41/120. 4 December 1986 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.un.org/documents/ga/res/41/a41r120.htm>
12. Буроменський М. В. Свобода вибору та вибір цивілізації / М. В. Буроменський // Вісник АН Української РСР. — 1991. — Т. 8. — С. 32–41.
13. Measures to be taken against Nazi, Fascist and neo-Fascist activities and all other forms of totalitarian ideologies and practices based on racial intolerance, hatred and terror. Res. GA UN 38/99. 16 December 1983 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.un.org/documents/ga/res/38/a38r099.htm>.
14. Measures to be taken against Nazi, Fascist and neo-Fascist activities and all other forms of totalitarian ideologies and practices based on racial intolerance, hatred and terror. Res. GA UN 40/148. 13 December 1985 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.un.org/documents/ga/res/40/a40r148.htm>.
15. Уважение принципов национального суверенитета и невмешательства во внутренние дела государств в ходе их процессов выборов. Res. GA UN 44/147. 15 December 1989 [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=A/RES/44/147&Lang=R>.

16. Advisory services in the field of human rights: report of the Secretary-General. Doc. UN E/N/4/1990/43. 23 January 1990 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://unbisnet.un.org:8080/ipac20/ipac.jsp?session=12488588001P1.67456&profile=bibga&uri=search=YAGENDA~!E/CN.4/1990/1%2023%20-%20A%20advisory%20services%20in%20the%20field%20of%20human%20rights.&menu=search&submenu=alpha&source=~!horizon>.

#### А н о т а ц і я

**Свіда Т. О. Сучасний стан міжнародно-правового співробітництва у зміцненні демократії.** — Стаття.

Стаття присвячена дослідженню процесу формування у міжнародному праві принципу демократії, відповідно до якого держави повинні відповідати закріпленим міжнародним правом демократичним стандартам. Вивчення сучасних міжнародно-правових актів свідчить, що міжнародне право достатньо чітко орієнтує держави на демократичний шлях розвитку їхніх політичних систем.

*Ключові слова:* демократія, демократизація, міжнародне право, міжнародні стандарти.

#### А н н о т а ц и я

**Свіда Т. А. Современное состояние международно-правового сотрудничества в укреплении демократии.** — Статья.

Статья посвящена исследованию процесса формирования в международном праве принципа демократии, в соответствии с которым государства должны соответствовать закреплённым международным правом демократическим стандартам. Изучение современных международно-правовых актов свидетельствует о том, что международное право достаточно чётко ориентирует государства на демократический путь развития их политических систем.

*Ключевые слова:* демократия, демократизация, международное право, международные стандарты.

#### S u m m a r y

**Svida T. The Current State of International Legal Cooperation in Democracy Strengthening.** — Article.

The article is devoted research of process of formation in international law a principle of democracy according to which the states should correspond the fixed international law to democratic standards. Studying of modern international legal acts testifies that the international law accurately enough focuses the states on a democratic way of development of their political systems.

*Keywords:* democracy, democratization, international law, the international standards.

УДК 342.847.1

*М. В. Афанасьєва*

### **РОЛЬ ПРОХІДНОГО БАР'ЄРА В ТЕХНОЛОГІЇ ПРОПОРЦІЙНОГО РОЗПОДІЛУ ПРЕДСТАВНИЦЬКИХ МАНДАТІВ**

В технології пропорційного розподілу представницьких мандатів значну роль відіграє прохідний (або загороджувальний) бар'єр (або поріг, пункт), тобто відсоток, мінімальна частка голосів виборців, яку повинна отримати політична партія (виборчий блок), щоб мати право брати участь у розподілі представницьких мандатів. Як вірно звертає увагу А. О. Четверіков, прохідний бар'єр породжує протиріччя: з одного боку, щоб забезпечити відповідність розподілу мандатів виборчій підтримці вводиться принцип пропорційного представництва партій, але з іншого, по відношенню до недостатньо крупних партій, він не застосовується [1]. Головний недолік загороджувального бар'єра — скривлення пропорційного представництва, тому його ведення та встановлення конкретного розміру повинні бути серйозно обґрунтовані. У зв'язку з цим, чергове внесення змін до вітчизняного виборчого законодавства стосовно технологій організації та проведення парламентських виборів, зокрема, підвищення легального прохідного бар'єру до п'яти відсотків, актуалізує необхідність теоретичного аналізу зазначеного конституційно-правового інституту.

На сьогодні у вітчизняній науці конституційного права відсутні комплексні дослідження, присвячені інституту прохідного бар'єра, зазвичай його оцінка дається з точки зору політичної доцільності, а не конституційно-правової регламентації. Питання прохідного бар'єра розглядається науковцями лише фрагментарно при дослідженні пропорційної системи виборів, зокрема, у працях: Г. Алмонда, М. Дюверже, Ю. Ключковського, О. Лавриновича, В. Лапаєвої, Д. Лук'янова, Дж. Сарторі, М. Ставнійчук, О. Тодики, Ю. Тодики, Ю. Юдіна, В. Яворського та інших. Мета цієї статті полягає у визначенні функціональної ролі загороджувального бар'єра, його впливу на результат виборів та конституційно-правових критеріїв законодавчого проектування.

Найпоширенішим у політичній та науковій дискусії аргументом за введення прохідного бар'єра є необхідність створити умови для ефективної роботи представницького органу шляхом недопущення до його складу партій, які отримують мінімальний відсоток голосів виборців і реально нікого не представляють. Поряд з тим, противники встановлення високого відсотку загороджувального бар'єра підкреслюють його негативний вплив на оновлення складу виборного органу за рахунок нових політичних сил, що веде до послаблення політичного плюралізму та репрезентативності інтересів виборців у представницькому органі. Крім того, ряд науковців взагалі ставить під сумнів доцільність цього конституційно-правового інституту та його відповідність принципам демократії. Так, зокрема, О. Тодика вказує на певну абсурдність ситуації розподілу голосів між партійними списками із використанням загороджувального бар'єра, коли голоси політичних формувань одного спрямування переходять до партій з протилежною ідеологією [2, с. 59]. У свою чергу Г. Пономарьова та Д. Лук'янов звертають увагу на порушення рівності політичних партій при здійсненні автоматичного переходу голосів виборців, відданих за партії, що не подолали загороджувального бар'єра, до партій-переможниць, а також на порушення головної ідеї пропорційної виборчої системи — пропорційність трансформації голосів виборців у кількість місць у представницькому органі [3, с. 57]. Розглянемо зазначені суперечливі доводи з метою обґрунтування введення (чи не введення) загороджувального бар'єра у виборчу практику.

Відносно доводу про працездатність загальнонаціонального представницького органу зазначимо, що для того щоб парламент, який нараховує кілька сотень депутатів, був працездатний, він повинен бути структурований. Коментуючи рішення українського парламенту підвищити прохідний бар'єр на виборах народних депутатів до п'яти відсотків, представник Президента України у Верховній Раді України Ю. Мірошниченко підкреслив, що логіка цього кроку у тому, щоб спонукати політичні сили до об'єднання, зміцнення, політичної структуризації, що буде сприяти посиленню суб'єктів, які представлені в органах влади [4].

Основа структури парламенту становлять фракції, їх повинно бути не занадто багато і кожній необхідно мати достатнє число членів для повноцінної роботи. Але виникає питання, чи дійсно прохідний бар'єр впливає на структурованість парламенту в українських реаліях. Особливістю структури Верховної Ради України є те, що крім фракцій, утворених за партійною ознакою, народними обранцями також формуються депутатські групи. Якщо під час роботи Верховної Ради України першого скликання фракцій фактично не було («Народна Рада» та «група 239» скоріш були предтечами сучасної більшості та меншості, аніж фракціями) і їх статус був нормативно врегульований лише парламентом наступного скликання, то вже Верховна Рада третього скликання мала восьмифракційну структуру. Зазначимо, що право на створення фракцій було надано тільки партіям, які подолали чотиривідсотковий бар'єр на

виборах 29 березня 1998 року, а створення депутатських груп не дозволялось. Це стало приводом для звернення частини депутатів до Конституційного Суду України, рішенням якого у справі про утворення фракцій у Верховній Раді України визнано неконституційним положення постанови Верховної Ради України «Про внесення змін до Регламенту Верховної Ради України», за яким фракції у парламенті утворюються народними депутатами лише на основі політичних партій та блоків політичних партій, що подолали чотиривідсотковий бар'єр [5]. Зазначене судове рішення відкрило шлях до формування нових парламентських утворень та створення парламентської більшості у складі: дев'яти фракцій, двох депутатських груп та позафракційних народних депутатів України [6]. За результатами чергових парламентських виборів 2002 року до законодавчого органу IV скликання увійшло шість політичних сил, а до складу постійно діючої парламентської більшості — п'ять фракцій та чотири депутатські групи. При цьому найменша фракція Аграрної партії України нараховувала шістнадцять депутатів, а найменша депутатська група «Народний вибір» — п'ятнадцять [6]. До Верховної Ради України V скликання за результатами чергових парламентських виборів увійшло п'ять політичних сил, три з яких утворили Антикризову коаліцію, до складу якої також входили окремі депутати двох позакоаліційних фракцій. У свою чергу у парламенті VI скликання за результатами позачергових виборів 2007 року сформовано п'ять фракцій, найменша з яких у складі двадцяти народних депутатів та одна депутатська група у кількості дев'ятнадцяти обранців. Крім того, тридцять народних депутатів України не увійшло до складу жодної фракції чи групи [6], а більшість при цьому була сформована у складі трьох парламентських фракцій. Таким чином, досвід свідчить, що кількості обраних політичних партій (виборчих блоків) та кількість депутатських об'єднань у парламенті не завжди корелюють між собою і ця обставина не є головною проблемою, що заважає ефективній роботі українського парламенту. За відсутністю законодавчого положення про створення фракцій лише за партійною належністю та неможливістю виходу народних депутатів, обраних за партійними списками, зі складу парламентської фракції, довід про введення прохідного бар'єра з метою забезпечення працездатності парламенту шляхом мінімізації партійно-фракційного дроблення не зовсім переконливий. Ще більш сумнівним він виглядає за умови мажоритарної складової при формуванні парламенту.

Стосовно виборів у представницькі органи місцевого самоврядування проблема загороджувального бар'єра та ефективної роботи ради виглядає дещо по-іншому. У нечисленних місцевих радах ніякий розумний бар'єр не зможе гарантувати створення великої фракції. Наприклад, при обранні по списках політичних партій тридцяти депутатів місцевих рад навіть проходження тривідсоткового бар'єра не гарантує влучення більш одного кандидата зі списку, що пов'язано з наявністю природного (або прихованого, ефективного, неформального) загороджувального ба-

р'єра, про який мова піде пізніше. Таким чином, обґрунтування, пов'язане з ефективною роботою ради на місцевому рівні, не працює.

Відносно доводу про те, що застосування прохідного бар'єра призводить до «втрати голосів» (оскільки голоси виборців, віддані за списки політичних сил, що не подолали встановленого бар'єра, не враховуються при розподілі представницьких мандатів), Г. Пономарьова та Д. Лук'янов зазначають, що таким чином відбувається порушення рівності політичних партій, оскільки за наявності народної підтримки, зібравши необхідну для одержання хоча б одного мандата кількість голосів, партія усувається від розподілу місць у парламенті [3, с. 55].

За підсумками чергових виборів народних депутатів України 2006 року не подолали тривідсотковий бар'єр 40 політичних партій (виборчих блоків), яких загалом підтримали 4 695 939 громадян України (18,31 % виборців, які прийняли участь у голосуванні), а на позачергових виборах 2007 року не представленими залишилися 1 639 170 виборців (6,96 % виборців, які прийняли участь у голосуванні), але такий «покращений» результат мав місце при зниженні явки майже на два мільйони виборців та збільшенні відсотка протестного голосування з 1,77 до 2,73 % [7].

Така велика кількість втрачених голосів обумовлена тим, що у парламентських виборах 2006, 2007 років брали участь 45 та відповідно 20 політичних партій (виборчих блоків), з них від 38 до 14 не одержали навіть 2 % голосів виборців [8], тобто за рахунок невеликих партій голоси виборців розпорошуються та їх політична вага втрачається. Спостерігається пряма залежність: чим більше партій бере участь у виборчому процесі, тим більша кількість голосів виборців буде втрачена. Звернемо увагу, що більшість політичних сил, що не подолали загороджувального бар'єра на парламентських виборах 2006 року, не брали участі у позачергових перегонах 2007 року, багато з них взагалі зникли з політичної арени, що свідчить про відсутність реальної виборчої підтримки.

На прикладі чергових парламентських виборів 2006 року та позачергових 2007 року змоделюємо кількісний склад Верховної Ради України за відсутності загороджувального бар'єра. За такої умови більшість з політичних суб'єктів, що не подолали прохідного пункту, отримали б по одному-два місця у парламенті. Зокрема, під час чергових парламентських виборів 2006 року до Верховної Ради України пройшла б двадцять одна політична партія, з яких п'ять мали б по одному мандату, а чотири — по два. У свою чергу під час виборів 2007 року до парламенту замість п'яти пройшло б одинадцять політичних сил, три з яких отримали б лише по одному мандату. Навряд чи законодавчий орган від цього став би більш працездатним. Крім того, на кожних наступних виборах число списків кандидатів швидше за все збільшилося б, оскільки для потрапляння у представницький орган фактично досить було отримати лише 0,3 % голосів виборців. Слід також звернути увагу, що згідно з моделюванням, отримані політичними партіями (виборчими

блоками) один-два мандата не дали б їм можливості створити парламентські фракції, оскільки згідно з ч. 1 ст. 59 Постанови Верховної Ради України «Про регламент Верховної Ради України» від 16 березня 2006 року (чинної на той час) мінімальна кількість депутатів, необхідна для формування депутатської фракції, мала становити не менш п'ятнадцять осіб [9].

Ідеального пропорційного розподілу представницьких мандатів, який виключав би втрату голосів виборців, не може бути апіорі, оскільки у будь-якій виборчій системі окрім легального існує і природний загороджувальний бар'єр. Він є побічним математичним продуктом особливих характеристик виборчої системи (розміру округів, формули розподілу мандатів, кількості політичних партій, кількісного складу представницького органу), який у будь-якому випадку відітне ряд партій від розподілу місць. Природний загороджувальний бар'єр відмічається як на національному, так і регіональному рівнях, він також здійснює вплив на політико-правовий результат виборів. Формули обчислення природного бар'єра, яка б працювала за будь-яких обставин, не існує. Здійснювались спроби знайти формули розрахунку та обчислити загальнонаціональні природні бар'єри, однак такі розрахунки не можуть бути цілком точними, результати залишаються наближеними, тому що, окрім усього іншого, реальна сила, з якою бар'єри обмежують доступ партіям, суттєво залежить від конкретного розподілу підтримки партії, кількості округів та від кількості членів законодавчого органу, які обираються у кожному окрузі. Для розрахунку приблизного загальнонаціонального природного бар'єра придатна така формула:  $T = 75 \% / (((S/E) + 1) * vE)$  або  $75 \% / (((S+E)/E) * vE)$ , де  $S$  — повний склад представницького органу, а  $E$  — кількість виборчих округів [10]. Стосовно парламентських виборів в Україні, загальнонаціональний природний бар'єр при обранні 450 народних депутатів складає 0,17 %, а при обранні половини конституційного складу 0,33 %. Тобто просліджується залежність, чим більше мандатів розподіляється в округах, тим нижчий природний бар'єр. Стосовно виборів народних депутатів України 2006 року, навіть за умови відсутності легального прохідного пункту завдяки дії природного бар'єра не отримують права на участь у розподілі мандатів двадцять чотири політичні партії (виборчі блоки), які загалом отримали підтримку 583 568 виборців, що дорівнює десяти представницьким мандатам. Стосовно позачергових виборів 2007 року мова йде про 239 217 виборців і п'ять представницьких мандатів, розподіл яких все одно буде відбуватися між іншими партіями, за яких ці виборці не голосували. Тому відсутність легального загороджувального бар'єра остаточно не вирішує питання нерівності партій, на яку звертали увагу Г. Пономарьова та Д. Лук'янов.

Стосовно регіонального рівня виборів, природний бар'єр відіграє більш значиму роль, оскільки розподіляється менша кількість мандатів. Так, оцінку природного бар'єра на регіональному рівні ( $T$ ) дає такий роз-



рахунок:  $T = 75\% / (m+1)$ , де  $m$  — кількість мандатів на округ [10, с. 99], хоча отриманий таким чином показник є дещо заниженим. Відповідно до Закону України «Про вибори депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, місцевих рад та сільських, селищних, міських голів» вибори депутатів міських рад проводяться за змішаною виборчою системою 50/50 з застосуванням тривідсоткового загороджувального бар'єра [11]. У більшості місцевих рад по пропорційній системі обирається невелике число депутатів — від 15 до 30, при кількості виборців на рівні 20–60 тисяч на округ та явки близько 75 %. За таких умов природний бар'єр складає: для 15 мандатів — близько 6 %, для 20 мандатів — 5 %, для 25 мандатів — 4 %, для 30 мандатів — 3,3 %. Тобто природний бар'єр відтинає від влучення до місцевої ради політичні партії, що одержали навіть вищий відсоток голосів виборців, ніж легальний прохідний пункт. Виникає питання виправданості його встановлення на місцевих виборах з урахуванням наявності природного бар'єра.

Підсумовуючи зазначимо, що з позиції структуризації загальнонаціонального представницького органу наявність загороджувального бар'єра у технології пропорційного розподілу представницьких мандатів є виправданою, відносно місцевих представницьких інституцій публічної влади за умови змішаної виборчої системи 50/50 легальний загороджувальний бар'єр не виконує цієї функції, оскільки більш дієвим уявляється природний бар'єр.

З точки зору забезпечення конституційності виборчої системи більш важливим є питання оптимальної величини прохідного бар'єра та визначення суми, від якої розраховується його відсоток.

У науковій дискусії лунає пропозиція вважати виправданим прохідний бар'єр на рівні відсотку недійсних бюлетенів [12, с. 37], це рівень похибки з боку виборців, який не впливає на загальний результат виборів. Відповідно застосування цього відсотку до оцінки виборчої підтримки політичної партії також свідчить про її незначний, незначальний характер. На чергових виборах народних депутатів України у 1998 році кількість виборчих бюлетенів для голосування, визнаних недійсними у багатомандатному окрузі, склала 3,09 % [13]; у 2002 році — 3,71 % [14], у 2006 році — 1,93 % [15, с. 13], а на позачергових виборах народних депутатів України 2007 року — 1,62 % [16, с. 17]. Таким чином, при даному підході загороджувальний бар'єр має визначатися приблизно на рівні 2,6 %.

Відносно забезпечення прохідним бар'єром реалізації принципу політичного плюралізму та впливу його рівня на ідеологічну різноманітність представницького органу, зазначимо, що, на думку Парламентської асамблеї Ради Європи, викладеної у резолюції № 1862 (2012) «Функціонування демократичних інститутів в Україні», підвищення прохідного порогу до п'яти відсотків може негативно позначитися на можливостях проходження до парламенту нових або невеликих партій, що може привести до послаблення плюралізму та наростання поляризації у новому

парламенті [17]. Схожа аргументація звучала у рішенні Конституційної ради Франції щодо передбаченого законом п'ятивідсоткового бар'єра, який необхідно подолати політичним партіям для отримання державного фінансування. Конституційна рада визнала закон у цій частині неконституційним, мотивуючи своє рішення тим, що такий поріг перешкоджає вираженню нових ідейних течій та думок і, відповідно, суперечить принципу рівності та свободи партій [18, с. 170].

Таким чином, з урахуванням наведених вище доводів можна припустити, що оптимальний, з точки зору забезпечення демократичних конституційних засад, показник загороджувального бар'єра знаходиться у діапазоні від 2,6 до 5 відсотків.

Неоднозначним є також питання суми, від якої розраховувати відсоток прохідного бар'єра, оскільки законодавцем може бути закріплено обов'язкове врахування при розрахунках недійсних бюлетенів, бюлетенів з протестним волевиявленням або, навпаки, лише тих бюлетенів, в яких виборець віддав свій голос за списки кандидатів від політичних сил. За умови жорсткої конкуренції ці незначні відхилення можуть зіграти вирішальну роль.

Нормативна двозначність виборчого законодавства у цьому питанні стала підставою подання до Вищого адміністративного суду України адміністративного позову до Центральної виборчої комісії партіями-аутсайдерами з чергових парламентських виборів 2006 року [19]. На думку політичних партій, що звернулися до суду, Центральна виборча комісія під час визначення партій (блоків), які отримали три і більше відсотків голосів виборців, мала враховувати лише кількість голосів виборців, поданих за кандидатів у народні депутати України, включених до виборчого списку кожної політичної партії (блоку), і встановлювати результати виборів та розподіляти депутатські мандати з урахуванням цієї вимоги. Основним завданням Вищого адміністративного суду України стало з'ясування змісту ч. 3 ст. 96 Закону України «Про вибори народних депутатів України», зокрема, хто підпадає під законодавче визначення «виборців, які взяли участь у голосуванні у загальнодержавному виборчому окрузі». Відповідно до положення ч. 8 ст. 83 Закону України «Про вибори народних депутатів України» виборець засвідчує своє волевиявлення у виборчому бюлетені шляхом позначки у квадраті проти назви партії або блоку партій, за кандидатів у депутатів від якої він голосує, або у квадраті проти слів «Не підтримую кандидатів від жодної політичної партії, виборчого блоку політичних партій», а зі змісту ч. 16 ст. 88 цього Закону випливало, що і бюлетені, які визнані недійсними, відображають волевиявлення виборця. Отже за особливостями національного виборчого законодавства до виборців, які взяли участь у голосуванні у загальнодержавному виборчому окрузі, відносяться виборці, що у встановленому законом порядку особисто отримали виборчий бюлетень і, зробивши або не зробивши в ньому відмітку, опустили його до виборчої скриньки. З огляду на зазначені правові положення виборчого зако-

нодавства колегія суддів дійшла висновку, що при визначенні політичних партій, виборчих блоків політичних партій, що отримали три і більше відсотків голосів, необхідно враховувати суму кількостей виборчих бюлетенів з голосами виборців, поданими за кандидатів у народні депутати України, включених до виборчого списку кожної політичної партії (виборчого блоку), недійсних виборчих бюлетенів та виборчих бюлетенів з голосами виборців, які не підтримали кандидатів у народні депутати України від жодної політичної партії (виборчого блоку), тобто з врахуванням волевиявлення всіх виборців.

Цікавим є той факт, що ч. 3 ст. 98 діючого Закону України «Про вибори народних депутатів України» № 4061-VI від 17 листопада 2011 року [20] розраховує п'ять відсотків прохідного бар'єра від сумарної кількості голосів виборців, поданих за кандидатів у депутати, включених до виборчих списків партій, тобто без врахування недійсних бюлетенів та за відсутності законодавчо встановленої можливості протестного голосування виборців.

Питання загороджувального бар'єра обговорюється не тільки у наукових колах, у 1998 році воно стало предметом розгляду Конституційним Судом України в межах справи про вибори народних депутатів України. Оцінюючи з точки зору конституційності положення ч. 5 ст. 42 Закону України «Про вибори народних депутатів України» від 24 вересня 1997 року, згідно з яким «списки кандидатів у депутати від політичних партій, виборчих блоків партій, що отримали менше чотирьох відсотків голосів виборців, які взяли участь у голосуванні, не отримують право на участь у розподілі депутатських мандатів», Конституційний Суд України дійшов висновку, що позбавлення списків кандидатів у депутати від політичних партій, виборчих блоків партій, що отримали менше чотирьох відсотків голосів виборців, права на участь у розподілі депутатських мандатів є питанням політичної доцільності, і воно має вирішуватися Верховною Радою України [21]. Тобто фактично Конституційний Суд України відсторонився від обґрунтування свого ставлення до рівня загороджувального бар'єра та критеріїв його законодавчого визначення, мабуть сподіваючись на розсудливість, неупередженість та виваженість законодавців при проектуванні виборчого закону. Але досвід вітчизняної виборчої інженерії свідчить, що ця позиція далека від реальності і законодавець нерідко використовував виборчий закон як інструмент максимізації представництва певних політичних сил у виборчих органах. Слід погодитися з думкою В. М. Шаповала, що просто стверджувати, що це питання політичної доцільності, означає, що законодавець може встановлювати все, що завгодно. Однак доцільність не може виходити за межі права, тим більше за межі основних конституційних засад демократичних виборів. Має бути встановлена межа політичної доцільності, і якщо законодавець при встановленні виборчої системи буде діяти за тією межею, то будуть порушені основоположні принципи виборчого права, такі як рівне виборче право і загальне виборче право.

Конституційний Суд України має знайти межу, після якої вибори втрачають якість демократичності [22, с. 84].

Спроба визначити критерії, які б обґрунтували встановлення певного відсотку загороджувального бар'єра, здійснювалася Конституційним Судом Російської Федерації у постанові № 26-П від 17 листопада 1998 року [23].

Конституційний Суд зазначив, що Конституція Російської Федерації не виключає можливості для законодавця встановити певний відсоток голосів виборців, який необхідно отримати на виборах, з тим щоб мати право участі у розподілі депутатських мандатів, але разом з тим Конституційний Суд у межах своєї компетенції, вирішуючи виключно питання права, та в цілях захисту основ конституційного ладу, основних прав та свобод людини та громадянина, забезпечення верховенства та прямої дії Конституції Російської Федерації може перевірити, при яких конституційно значимих юридичних умовах той чи інший бар'єр, встановлений законодавцем, є припустимим, а при яких, навпаки, стає надмірним.

При розгляді на предмет відповідності Конституції Російської Федерації положення ч. 2 ст. 62 Федерального закону «Про вибори депутатів Державної Думи Федеральних Зборів Російської Федерації» «виборчі об'єднання, виборчі блоки, списки кандидатів від яких отримали менш п'яти відсотків голосів виборців, які прийняли участь у голосуванні, з розподілу депутатських мандатів виключаються», Судом, зокрема, зазначено, що в країнах зі стійкою багатопартійною системою п'ятивідсотковий бар'єр є середнім показником, що дозволяє без перекручування принципу пропорційності виконувати ті завдання, заради здійснення яких він вводиться у пропорційній і змішаній виборчих системах, і тому не розглядається як надмірний. Тим часом у Російській Федерації з її ще нестійкою багатопартійною системою п'ятивідсотковий бар'єр залежно від різних умов може виступати і як припустимий, і як надмірний. П'ятивідсотковий бар'єр неприпустимо використати всупереч призначенню пропорційних виборів, тому законодавець повинен прагнути до того, щоб при його застосуванні була забезпечена максимально можлива реалізація принципу пропорційного представництва. У всякому разі застосування п'ятивідсоткового бар'єра неприпустимо, якщо виборчі об'єднання, що подолали цей бар'єр, всі разом не одержать хоча б абсолютної більшості голосів виборців (тобто 50 відсотків плюс один голос), що прийняли участь у голосуванні. Крім того, варто врахувати, що, за змістом ст. ст. 1 і 13 Конституції Російської Федерації, демократія, заснована на політичному різноманітті та багатопартійності, виходить із необхідності існування опозиції та не допускає монополії на владу. Якщо п'ятивідсотковий бар'єр буде переборений лише одним виборчим об'єднанням, виборчим блоком, навіть за умови, що за нього подана більшість голосів, йому не можуть бути передані всі депутатські мандати по федеральному округу, тому що це суперечило б принципу пропор-

ційності виборів в умовах демократії й, отже, робить застосування п'ятивідсоткового застереження неприпустимим. Для подібних випадків Федеральним Зборам слід визначити механізм правового регулювання, що дозволяє дотримати вимог, що впливають із демократичного характеру основ конституційного ладу (введення «плаваючого» бар'єра, анонсоване блокування об'єднань і т.п.).

Таким чином, Конституційний Суд Російської Федерації вказав на дві обов'язкові до виконання умови застосування загороджувального бар'єра: одержання списками, допущеними до розподілу депутатських мандатів, більше 50 % голосів виборців і проходження у представницький орган не менш двох списків. Априорі ніяка величина бар'єра не може гарантувати, що вимоги, сформульовані Конституційним Судом, будуть виконані. Тому для такої гарантії необхідна особлива методика допуску до розподілу мандатів, наприклад, анонсованого блокування або «плаваючого» бар'єра.

Технологія анонсованого блокування передбачає, що декілька політичних партій, кожна з яких йде на вибори незалежно, можуть заявити, про намір об'єднатися при встановленні результатів виборів, тобто отримані ними голоси мають бути поєднані на момент розподілу мандатів. Декларації про створення альянсів мають бути зроблені до початку виборчого процесу. Зазначена технологія на відміну від об'єднання списків дозволяє здійснити більш пропорційний розподіл місць між членами альянсу, оскільки він здійснюється відповідно до результатів виборів [24]. Зазначений підхід використовується у Фінляндії [25, с. 305–306], Нідерландах, Іспанії та у Швейцарії [24].

Технологія «плаваючого» бар'єра використовується у Російській Федерації. Зокрема, ст. 82 Федерального закону Російської Федерації «Про вибори депутатів Державної Думи Федеральних Зборів Російської Федерації» закріплює такі умови застосування «плаваючого» бар'єра: подолання основного бар'єра лише одним списком кандидатів від політичної сили і одержання списками, що подолали основний бар'єр, менш ніж 60 % голосів виборців. Тобто, якщо за федеральні списки кандидатів, кожний з яких одержав сім і більше відсотків голосів виборців, що прийняли участь у голосуванні, подано у сукупності шістьдесят і менш відсотків голосів виборців, до розподілу депутатських мандатів допускаються зазначені списки, а також послідовно в порядку убунання числа поданих голосів виборців федеральні списки кандидатів, що одержали менше 7 % голосів виборців, що прийняли участь у голосуванні, поки загальне число голосів виборців не перевищить у сукупності 60 %. У разі, якщо за один федеральний список кандидатів подано більше 60 % голосів виборців, що прийняли участь у голосуванні, а інші федеральні списки кандидатів одержали менш 7 %, то до розподілу депутатських мандатів допускається зазначений федеральний список кандидатів, а також федеральний список кандидатів, що одержав найбільше число голосів виборців, що прийняли участь у голосуванні, із числа федераль-

них списків кандидатів, що одержали менш семи відсотків голосів виборців [26].

Умова про подолання загороджувального бар'єра лише одним списком кандидатів від політичної сили спрямована на недопущення узурпації влади в руках однієї політичної сили. Стосовно репрезентативності виборців на рівні 60 % зазначимо, що його слід вважати граничним мінімальним рівнем, нижче якого результати виборів слід визнавати недійсними, оскільки за таких умов сорок відсотків голосів виборців втрачається, а це десятки мільйонів громадян країни. Крім того, за таких умов політичні сили, що допущені до розподілу мандатів, отримують непропорційну частку місць у представницькому органі, що приводить до значного викривлення волевиявлення виборців. Як уявляється, оптимальним є рівень репрезентативності у 75 % і, у разі якщо він нижче, слід переходити до «плаваючого» бар'єра, знижуючи встановлений прохідний пункт.

Звернемо увагу, що окрім чергових виборів народних депутатів України 1998 року, на яких політичні сили, що подолали чотиривідсотковий загороджувальний пункт, сумарно отримали 65,76 % голосів виборців, за результатами інших парламентських виборчих процесів (2002, 2006 та 2007 років) рівень репрезентативності політичних партій-переможниць складав від 75,72 до 84,62 % голосів виборців. Відмітимо, що лише стосовно виборів 1998 року застосування підвищеного п'ятивідсоткового загороджувального бар'єра знизило би рівень репрезентативності до критичної відмітки у 53,04 % голосів виборців, в інших випадках, застосування п'ятивідсоткового загороджувального бар'єру або не вплинуло би на результат (відносно чергових парламентських виборів 2002 року та позачергових парламентських виборів 2007 року), або знизило би рівень репрезентативності мінімально до 74,07 % (стосовно чергових виборів народних депутатів України 2006 року).

За результатами проведеного дослідження можна резюмувати, що прохідний бар'єр здійснює вплив на політико-правовий результат виборів, тому його законодавче проектування (визначення необхідності введення та нормативне закріплення його розміру) має розглядатися не стільки як питання математичних розрахунків та політичної доцільності, а перш за все, як засіб забезпечення реалізації конституційних принципів демократичних виборів. Відсоток прохідного бар'єра може як заважати, так і сприяти становленню реальної багатопартійності, забезпеченню політичного плюралізму, репрезентативності виборців у представницьких органах. Головне щоб наслідком його застосування не стала узурпація влади в руках однієї політичної партії та така втрата голосів виборців на такому рівні, що поставить під сумнів представницький характер органу публічної влади.

Застосовані в Україні на загальнонаціональному рівні розміри прохідного бар'єра від трьох до п'яти відсотків поки що не давали приводів

ставити під сумнів конституційність та легітимність парламентських виборів, але стосовно виборів депутатів місцевих рад дослідження свідчить, що встановлений діючим законодавством тривідсотковий бар'єр не завжди виконує свої функції, а з урахування об'єктивного існування природного бар'єра взагалі не працює. Законодавче проектування прогідного бар'єра вимагає від законодавця більш виваженого ставлення до цього конституційно-правового інституту, ставлення, обумовленого не політичною кон'юнктурою, а інтересами українського народу.

### Л і т е р а т у р а

1. Четвериков А. О. Избирательные системы государств — членов ЕС [Електронний ресурс] / А. О. Четвериков. — Режим доступу: [http://eulaw.edu.ru/documents/articles/izbir\\_sistem.htm](http://eulaw.edu.ru/documents/articles/izbir_sistem.htm)
2. Тодика О. Ю. Выборы до парламентів країн СНД (порівняльно-правовий аспект): монографія / О. Ю. Тодика. — Х.: Факт, 2003. — 147 с.
3. Пономарьова Г. Правова оцінка застосування загороджувального бар'єра в пропорційній виборчій системі / Г. Пономарьова, Д. Лук'янов // Вісник Центральної виборчої комісії. — 2005. — № 2. — С. 53–57.
4. Мирошниченко: повышение проходного барьера заставит политсилы объединяться [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://belarus.regnum.ru/news/1470734.html>
5. Рішення Конституційного Суду України від 3 грудня 1998 року № 17-рп/98 у справі за конституційним поданням народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Постанови Верховної Ради України «Про внесення змін до Регламенту Верховної Ради України» (справа про утворення фракцій у Верховній Раді України) // Офіційний вісник України. — 1998. — № 49. — Ст. 41.
6. Депутатські фракції та групи [Електронний ресурс] // Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. — Режим доступу: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/site/p\\_fractions](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/site/p_fractions)
7. Відомості про підрахунок голосів виборців в межах України. Позачергові вибори народних депутатів України 30 вересня 2007 року [Електронний ресурс] // Офіційний веб-сайт Центральної виборчої комісії. — Режим доступу: <http://www.cvk.gov.ua/pls/vnd2007/w6p001>
8. Результати голосування в багатомандатному окрузі (по партіях) на виборах до Верховної Ради України у 1998, 2002, 2006 та позачергових виборах до Верховної Ради України 2007 роки [Електронний ресурс] // Офіційний веб-сайт Центральної виборчої комісії. — Режим доступу: <http://www.cvk.gov.ua>
9. Про Регламент Верховної Ради України: постанова Верховної Ради України від 16 берез. 2006 р. № 3547 // Офіційний вісник України. — 2006. — № 16. — Ст. 1174.
10. Порівняльна доповідь про виборчі бар'єри та інші особливості виборчих систем, які ставлять перешкоди партіям у доступі до парламенту Європейська комісія «За демократію через право» (Венеціанська комісія) CDL-AD (2008) 037 // Выборы та демократія. — 2009. — № 1. — С. 90–101.
11. 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.
12. Каюнов О. Н. Незримая логика избирательных законов / О. Н. Каюнов. — М.: Магистр, 1997. — 48 с.

13. Чергові вибори народних депутатів України 29 березня 1998 року. Підсумки голосування по партіях (виборчих блоках партій). Кількість виборчих бюлетенів для голосування в багатомандатному окрузі, визнаних недійсними [Електронний ресурс] // Офіційний веб-сайт Центральної виборчої комісії. — Режим доступу: <http://www.cvk.gov.ua/pls/vd2002/webproc0v?kodvib=1&rejm=0>
14. Чергові вибори народних депутатів України 31 березня 2002 року. Підсумки голосування по партіях (виборчих блоках партій). Кількість виборчих бюлетенів для голосування в багатомандатному окрузі, визнаних недійсними [Електронний ресурс] // Офіційний веб-сайт Центральної виборчої комісії. — Режим доступу: <http://www.cvk.gov.ua/pls/vd2002/WEBPROC0V>
15. Про результати чергових виборів народних депутатів України 26 березня 2006 року : протокол Центральної виборчої комісії України року (витяг) // Вісник Центральної виборчої комісії. — 2006. — № 2. — С. 11—17.
16. Про результати позачергових виборів народних депутатів України 30 вересня 2007 року : протокол Центральної виборчої комісії України (витяг) // Вісник Центральної виборчої комісії. — 2007. — № 4. — С. 16—21.
17. Резолюция 1862 (2012) Парламентской Ассамблеи Совета Европы «Функционирование демократических институтов в Украине» от 26 января 2012 г. Неофициальный перевод [Електронний ресурс] // Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. — Режим доступу: [http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/994\\_a57](http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/994_a57)
18. Юдин Ю. А. Политические партии и право в современном государстве / Ю. А. Юдин. — М. : Форум — Инфра-М, 1998. — 451 с.
19. Постанова Вищого адміністративного суду України від 25 квітня 2006 року про визнання дій та бездіяльності Центральної виборчої комісії відносно встановлення результату виборів народних депутатів України // Вісник Центральної виборчої комісії. — 2006. — № 2. — С. 18—22.
20. Про вибори народних депутатів України : Закон України від 17 листоп. 2011 р. № 4061-VI // Відомості Верховної Ради України. — 2012. — № 10—11. — Ст. 73.
21. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційними поданнями народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України «Про вибори народних депутатів України» (справа про вибори народних депутатів України) від 26 лютого 1998 р. № 1-рп/98.
22. Шаповал В. Проблема демократичності виборчої системи у контексті рішень конституційного суду України / В. Шаповал // Вибори та демократія. — 2008. — № 4. — С. 82—84.
23. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 17 ноября 1998 г. № 26-П по делу о проверке конституционности отдельных положений Федерального закона от 21 июня 1995 года «О выборах депутатов Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации» [Электронный ресурс]. — Режим доступа : [http://www.cikrf.ru/law/decreed\\_of\\_court/pesolut26.html](http://www.cikrf.ru/law/decreed_of_court/pesolut26.html)
24. Report on electoral systems overview of available solutions and selection criteria adopted by the Venice commission at 57th plenary session (Venice, 12-13 December 2003) CDL-AD (2004) 003-e [Електронний ресурс]. — Режим доступу : [http://www.venice.coe.int/docs/2004/cdl-ad\(2004\)003-e.pdf](http://www.venice.coe.int/docs/2004/cdl-ad(2004)003-e.pdf)
25. Современные избирательные системы. Испания, США, Финляндия, Япония. [Вып. 3] / [А. Г. Орлов, В. И. Лафитский, И. А. Ракитская, Т. О. Кузнецова]; науч. ред. А. В. Иванченко, В. И. Лафитский. — М. : РЦОИТ : Тип. «Новости», 2009. — 448 с.
26. О выборах депутатов Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации : Федеральный закон Российской Федерации от 18 мая 2005 г. № 51-ФЗ [Электронный ресурс]. — Режим доступа : [http://cikrf.ru/law/federal\\_law/zakon\\_51/g11.html](http://cikrf.ru/law/federal_law/zakon_51/g11.html)



**А н о т а ц і я**

***Афанасьєва М. В. Роль прохідного бар'єра в технології пропорційного розподілу представницьких мандатів.*** — Стаття.

Стаття присвячена визначенню функціональної ролі прохідного бар'єра, його впливу на результат виборів та встановленню конституційно-правових критеріїв законодавчого проектування оптимального рівня відсотку прохідного бар'єра в Україні.

*Ключові слова:* пропорційна виборча система, прохідний бар'єр, загороджувальний бар'єр, природний загороджувальний бар'єр, розподіл представницьких мандатів.

**А н н о т а ц и я**

***Афанасьєва М. В. Роль проходного барьера в технологии пропорционального распределения представительских мандатов.*** — Статья.

Статья посвящена определению функциональной роли проходного барьера, его влиянию на результат выборов и установлению конституционно-правовых критериев законодательного проектирования оптимального уровня процента проходного барьера в Украине.

*Ключевые слова:* пропорциональная избирательная система, проходной барьер, заградительный барьер, природный заградительный барьер, распределение представительских мандатов.

**S u m m a r y**

***Afanasyeva M. V. The Role of threshold in the technology of proportional distribution of representation mandates.*** — Article.

The functional role of threshold access to the distribution of seats, its influence on the result of elections and the constitutional criteria of the legislative design of the optimal threshold in Ukraine are defined in article.

*Keywords:* proportional system, the threshold access to the distribution of seats, a natural threshold, the distribution of seats.



## **Розділ 2**

# **ТЕОРЕТИЧНІ ТА ПРАКТИЧНІ ПРОБЛЕМИ РОЗВИТКУ СУЧАСНОЇ ЮРИСПРУДЕНЦІЇ**



УДК 340.1

*Ю. Н. Оборотов***МНОГОАСПЕКТНОСТЬ СОДЕРЖАНИЯ ПРАВА**

Вопрос о содержании права зачастую представляется как само собой разумеющийся, как правило, отождествляемый с правовыми нормами, в которых выражается либо воля народа, либо государственная воля. Между тем такое видение содержания права, по сути, ставит знак равенства между понятиями права и законодательства. В условиях нашего времени законодательство, хотя и является важнейшим инструментом обдуманных изменений, но не может перестроить правовую систему в целом, постоянно порождая непредвиденные последствия. Как пишет Ф. А. Хайек, нет ничего особенного и загадочного в этой внутренней динамике законодательства, порождающей изменения, всей совокупности которых никто не желал. В этой связи характерно внимание философа к рассмотрению особенностей правового мышления, с помощью которого юристы на основе базовых принципов права приспособляют законы, не согласующиеся с остальной правовой системой, таким образом, подгоняя закон под гармонию с целым [1, с. 83–84].

С другой стороны, ситуация может измениться кардинальным образом, если общая философия права не согласуется с большинством существующих законов. На этой основе те же самые юристы в силу тех же методов становятся революционной силой и переделывают закон во всех деталях, в сравнении с тем, что раньше они его оберегали [1, с. 85].

Новая философия права здесь является основанием трансформации права, и для того чтобы право из инструмента защиты личной свободы не превратилось исключительно в орудие государственного аппарата, правовое мышление юристов при рассмотрении вопроса о содержании права призвано учитывать перемены в сферах политики и экономики, морали и религии, в отношениях человека и государственной власти, изменениях традиционных социальных институтов и формировании институтов информационного общества.

Для более основательного рассмотрения этой проблематики предвзвешенно необходимо, во-первых, определиться с тем, что выступает содержанием права, и, во-вторых, установить, насколько изменяется содержание права.

В «Лекциях по общей теории права и теории государства» В. Н. Протасов и Н. В. Протасова в качестве содержания права рассматривают те правила, нормы, которые заключены в праве и которые оно использует для властного регулирования поведения. Содержание права может меняться: могут появляться новые элементы и связи и исчезать другие [2, с. 204–205].

Иное мнение выражено Ф. Н. Фаткуллиным, у которого содержание права имеет исключительно юридический характер и представлено органическим единством его свойств, таких как государственная нормативность, формальная определенность, общеобязательность, государственная обеспеченность и системность. И хотя здесь не говорится о правовых нормах, эти свойства, в первую очередь, относятся именно к их характеристике, а не к праву как целому [3, с. 180–181].

У В. С. Нерсесянца содержанием права является принцип формального равенства. При этом на разных этапах исторического развития складывается свое содержание принципа формального (правового) равенства: свой масштаб и мера свободы, свой круг субъектов и отношений свободы и права. Отсюда принцип формального равенства — это постоянно присущий праву принцип с исторически меняющимся содержанием. Поэтому объяснима трактовка права В. С. Нерсесянцем как формального равенства свободных индивидов, которое является наиболее абстрактным определением права, общим для всякого права и специфичным для права вообще [4, с. 28, 31].

Различие подходов к содержанию права анализировал Р. З. Лившиц, отмечая, что все представления о праве опираются на одну общую основу, а именно: право для людей всегда выступает как определенный порядок в обществе. Потому, когда речь идет о содержании права как определенного порядка в общества, то подразумевается, чьи интересы в обществе закрепляют этот порядок. Следовательно, содержание права есть его служение тем или иным общественным слоям. В этой связи Р. З. Лившиц различал два подхода к содержанию права. Для одного подхода — порядок основан на насилии и подавлении интересов, а для другого — характерен учет общих интересов [5, с. 11–12].

О том, что содержание права составляют правила поведения людей (правовые нормы), которые обеспечиваются принудительной силой государства, писали С. А. Голунский и М. С. Строгович в первом советском учебнике по теории государства и права 1940 года издания [6, с. 154–155].

В одной из недавно опубликованных монографий так же, как в прошлом, категорично заявлено, что под содержанием права следует понимать нормы права, в которых выражается воля субъекта право-

творчества, обусловленная интересами доминирующей социальной группы либо компромиссными интересами стратифицированного социума [7, с. 45]. Думается, что такое видение содержания права вновь возвращает нас к тому, что государственная власть является единственным источником формирования и развития права. Здесь даже принципы права оказываются за пределами его содержания. Между тем сегодня нельзя не учитывать те изменения, которые произошли как за пределами правовой сферы, так и в самом праве при рассмотрении его содержания.

В новом пособии Л. Н. Шестопаловой содержание права представлено как вся совокупность правовых предписаний, с помощью которых осуществляется регулирование общественных отношений. При этом различается социально-политическое и специально-юридическое содержание права [8, с. 75]. Хотя здесь также наблюдается отождествление содержания права с правовыми нормативами, однако автор пытается показать многоаспектность содержания права.

У выдающегося философа и юриста И. А. Ильина сказано: «то, что право предписывает людям, называется его содержанием». И далее он пишет, что содержание права выражено в тех дозволениях, запретах и обязываниях, которые им устанавливаются и которые вместе составляют порядок, устанавливающий право в качестве должного [9, с. 99].

Разграничивая объективное право как правовые нормы и правовые императивы и субъективное право как правовые полномочия, запреты и обязывания, принадлежащие субъектам права, И. А. Ильин писал, что о содержании права можно говорить применительно к объективному и субъективному праву. Так, если для объективного права содержанием является наличие полномочий, обязанностей и запретов, устанавливаемых правовыми нормами, то содержанием субъективного права выступают те поступки и деяния, которые позволены, воспрещены или вменены в обязанности человеку [9, с. 102].

В подходе И. А. Ильина к вопросу о содержании права заметно стремление связать норму права и субъекта права, что в большей степени отображает продвижение к содержанию права.

В современном мире показательно изменение роли человека как субъекта права в правовой жизни общества, что во многом сказалось на переменах в содержании права, усилило значение не только правовых нормативов, но ценностно-ориентирующей составляющей права. К тому же нельзя игнорировать коммуникативные, поведенческие и информационные аспекты содержания права, с учетом взаимодействия субъектов права, их правового поведения и внедрения в структуру информационного общества. По-прежнему остается актуальной идеологическая составляющая содержания права, обеспечивающая нацеленность на устойчивость правовой реальности, ее подвижность в условиях взаимодействия правовых культур, а также сохранение собственной правовой культуры.

Следует отметить, что известный теоретик права С. С. Алексеев, утверждая многогранность права, пишет, насколько важно удержать в поле зрения все грани права, последовательно охарактеризовать их, начиная с наличных юридических реалий через особенности юридического содержания к глубинным пластам правовой материи. В этом плане автор выделяет такие основные грани права, а именно: догму права, правовое содержание и правовые идеи. И далее обозначая единую цель граней права, где догма права — это исходная во всей правовой материи, в которой раскрывается определенное юридическое содержание, а в догме права и юридическом содержании реализуются известные правовые идеи [10, с. 274—275].

К собственно правовому содержанию автор относит не столько саму догму права, сколько ее структуру как особое построение частиц правовой материи, главным моментом которой является субъективное право. В целом субъективное право (правомочия, юридические возможности конкретных субъектов, вместе с соответствующими гарантиями) — узловой центр содержания права, вокруг которого складывается правовое содержание [10, с. 282—283].

По мнению С. С. Алексеева, логика права такова, что либо центром его содержания становится субъективное право с его гарантиями, либо юридическая обязанность с санкциями (юридической ответственностью), которая должна обеспечивать исполнение обязанностей [10, с. 285].

Наконец, в самую глубину правового содержания проникают правовые идеи, которые объективируются в виде правовых начал, правовых принципов и выступают в качестве центрального звена всей правовой материи, через которые теория права и философия права способны влиять на содержание права, на все слои правовой материи и правовую политику [10, с. 293].

В целом нельзя не видеть последовательности С. С. Алексеева в трактовке проблематики правового содержания. Вместе с тем можно заметить, что автор в правовом содержании разрывает субъективные права и юридические обязанности для обострения восприятия права в политическом контексте.

По-видимому, субъективные права и юридические обязанности не только составляют правовое содержание, но проявляют себя как взаимодополняющие элементы правового содержания применительно к различным культурам и цивилизациям.

Многоаспектность права как явления социальной жизни неизбежно отражается на его содержании. Иными словами, содержание права также может быть представлено в различных аспектах, в частности, могут быть выделены: нормативный аспект содержания права, ценностный аспект содержания права, субъектный аспект содержания права, информационный аспект содержания права, коммуникативный аспект содержания права, поведенческий аспект содержания права, идеологический



аспект содержания права. Отмеченный плюрализм содержания права означает, что изменения в содержании права не могут ограничиваться каким-то одним аспектом содержания права. Более того изменение одного из аспектов содержания права еще не означает изменений в других аспектах права.

Дисгармония различных аспектов содержания права приводит к несостоятельности механизма действия права, его социальной неэффективности и личной ненужности, подмене права иными социальными регуляторами общественных отношений.

Борьба за содержание права не может сводиться к соответствию нормативного аспекта содержания права его критериям, в качестве которых понимается совокупность ценностей и идеалов, отображающих компромиссный интерес социума и отвечающий требованию времени [8, с. 198].

Как отмечает Г. Дж. Берман, современное право становится все более фрагментированным, более субъективным, настроенным на удобство, а не на мораль, оно озабочено сиюминутными последствиями, а не последовательностью и преемственностью [11, с. 53].

Эти перемены в правовой сфере означают не столько кризис западной традиции права, выраженный, в первую очередь, в законодательном праве, а отражение кризиса нормативности в целом. Разнообразие содержания социального регулирования должно не ограничиваться нормативами, а выходить на ценности, информацию, директивы, веру и др. составляющие.

Так, при всей значимости нормативного содержания права, как показывают социальные реалии, нельзя не учитывать ценностного содержания права, его наполнения ценностями права и правовыми ценностями.

Современная правовая жизнь, развивающаяся в условиях индивидуализированного общества и стремительных изменений в социальных отношениях, показывает все усиливающиеся издержки правовой нормативности, а также возможность их преодоления, в частности, путем обращения к ценностному содержанию права. Можно утверждать, что новый этап в развитии права связан со становлением единого ценностно-нормативного содержания права, которое способно сохранить действенность правового инструментария в условиях быстрой смены правовых ситуаций и высокого уровня притязаний на индивидуальный подход субъектов правового бытия.

#### Л и т е р а т у р а

1. Хайек Ф. А. Право, законодательство и свобода. Современное понимание либеральных принципов справедливости и политики / Фридрих Август фон Хайек. — М.: ИРИСЭН, 2006. — 644 с.
2. Протасов В. Н. Лекции по общей теории права и теории государства / В. Н. Протасов, Н. В. Протасова. — М.: Городец, 2010. — 752 с.

3. Фаткуллин Ф. Н. Проблемы теории государства и права : курс лекций / Ф. Н. Фаткуллин. — Казань : Изд-во Казан. ун-та, 1987. — 336 с.
4. Нерсисянц В. С. Юриспруденция: Введение в курс общей теории права и государства / В. С. Нерсисянц. — М. : Норма — Инфра-М, 1998. — 228 с.
5. Лившиц Р. З. Теория права : учебник / Р. З. Лившиц. — М. : БЕК, 1994. — 224 с.
6. Голунский С. А. Теория государства и права / С. А. Голунский, М. С. Строгович. — М. : Юрид. изд-во НКЮ СССР, 1940. — 304 с.
7. Толстик В. А. Борьба за содержание права / В. А. Толстик, Н. А. Трусов. — Н. Новгород : Нижегород. акад. МВД России, 2008. — 202 с.
8. Шаповалова Л. Теорія права та держави : навч. посіб. / Л. Шаповалова. — К. : Паливода А. В., 2012. — 256 с.
9. Ильин И. А. Теория права и государства / И. А. Ильин ; под ред. В. А. Томсинова. — М. : Зерцало, 2003. — 400 с.
10. Алексеев С. С. Право: азбука — теория — философия. Опыт комплексного исследования / С. С. Алексеев. — М. : Статут, 1999. — 712 с.
11. Берман Г. Дж. Западная традиция права: эпоха формирования / Гарольд Дж. Берман. — 2-е изд. — М. : Инфра-М — Норма, 1998. — 624 с.

#### А н н о т а ц и я

**Оборотов Ю. Н.** Многоаспектность содержания права. — Статья.

Содержание права традиционно сводится к правовым нормативам. Изменения в современном обществе приводят к кризису социальной нормативности в целом и правовой нормативности в частности. Активизируются другие аспекты содержания права, особенно ценности и информация. Действенность современного права может быть обеспечена взаимопроникновением его ценностного и нормативного содержания.

*Ключевые слова:* нормативное содержание права, кризис правовой нормативности, ценностное содержание права, ценностно-нормативное содержание права.

#### А н о т а ц і я

**Оборотов Ю. М.** Багатоаспектність змісту права. — Стаття.

Зміст права традиційно зводиться до правових нормативів. Зміни у сучасному суспільстві приводять до кризи соціальної нормативності в цілому та правової нормативності зокрема. Активуються інші аспекти змісту права, особливо цінності та інформація. Дієвість сучасного права може бути забезпечена взаємопроникненням його ціннісного та нормативного змісту.

*Ключові слова:* нормативний зміст права, криза правової нормативності, ціннісний зміст права, ціннісно-нормативний зміст права.

#### S u m m a r y

**Oborotov Yu. M.** Pluralism of the Content of a Law. — Article.

The content of law is usually understood as a system of legal norms. Transformations in modern society cause the crisis of social normativity in general and legal normativity in particular. Other aspects of the content of a law, such as values and information, are activating. Thus, the effectiveness of a modern law can be reached only by combining the normative and value aspects of the content of law.

*Keywords:* normative content of law, crisis of legal normativity, value content of law, value-normative content of law.

УДК 340.12:111.11

*А. А. Козловський***ПРАВО І БУТТЯ:  
ФЕНОМЕНОЛОГІЧНИЙ АСПЕКТ ПРАВОРОЗУМІННЯ**

Чим є право для людини і ким є людина для права? Якщо право — умова свободи, то чому воно так неохоче виконується, а правовий нігілізм став чи не найбільш поширеним явищем нашого життя? Якщо право протистоїть людині, то як подолати його, щоб не втратити саму людину, а не тільки суспільство і цивілізацію? Що може людина без права і що є право людини? Право є сутністю людини чи воно нав'язане їй суспільством ззовні? Коли право — сутність, то як зрозуміти жажливі форми його існування? Коли право — існування, то чому без нього ми не можемо реалізувати свою сутність?

**Право як буття-в-собі**

Людина з'являється з небуття і першим її станом є заціпеніння — їй протистоїть світ як загроза вигнання в небуття. Крик є першим виявом страху людини перед світом. Але буття зустрічає людину не просто як таке, яке само собою є. Буття постає перед людиною як право, право буття. Вони тотожні, нерозрізнені. Кожен предмет, кожна ситуація диктує, нав'язує суворо визначений спосіб поведінки, неприйняття котрого загрожує небезпекою небуття. Той, хто не приймає правил цього світу, світом знищується. Тому світ — це право і правила цього світу. Буття — це право буття. Буття — це право, а право і є буття. Неприйняття права тотожне збільшенню небуття. Неправо і є небуттям. Міцно влаштований у цьому світі той, хто сповна прийняв право цього світу. Але є право і право. Буття, тотожне з правом, не відразу розкриває своє право. Спочатку воно постає як буття-в-собі<sup>1</sup>, якому тотожне право-в-собі. Тому не всяке право, яке нам здається правом, є автентичним правом буття. Часто-густо за право ми приймаємо неправу, і замість зростання буття ми збільшуємо своє ніщо. Ніщо-право завжди переслідує нас. Воно є формою довічної боротьби небуття з буттям. Полем

цієї битви є людина. Ніщо-право — це ілюзія найкоротшого шляху до розширення буття, і тому людина спокушається ним, насправді потрапляючи у пастку небуття. Досвід розчарування й неспіху спонукає до висновку, що дійсне право не завжди відкрите людині, а буття не зовсім сприятливе для неї, більше того, протистоїть їй як щось масивне, нездоланне і визначальне. Первинне право цього буття зв'язує мене, перетворює в *das Man*, у річ, і я зможу стати вільним, якщо підкорюся цьому праву речей, якщо сам стану річчю і воно стане моїм правом. Злякавшись масивності буття, людина сама стає інертною масивністю і, в такий спосіб, злившись із буттям, заспокоюється ілюзією дійсного буття. Однак ілюзія — це завжди тимчасове заспокоєння. Ілюзія постійно турбує свідомість своєю недійсністю. Тому саме турбота і страх є основним станом недійсної людини. Страх дає реакцію агресивності як форми самозахисту: якщо моє право речей дає мені можливість жити й існувати, то воно і є дійсним правом, а ваше вище право не тільки підтверджує вашу очевидну незахищеність, але й протистоїть моему праву, послаблює його і тому підлягає знищенню.

Право-*das-Man* не може не бути агресивним. Адже попереду беззахисність і ризик, здатні руйнувати те, що вже наявне й закріплене в бутті, позаду — загроза небуття і тотального ніщо. Людина *das Man* — це жахлива ситуація краю буття перед прірвою ніщо, це максимум ніщо і мінімум буття. Саме екзистенція періодично жахає людину ризиком і прірвою, піднімає завесу її реального місця в бутті, знову і знову повертає до первинного стану заціпеніння. Тому право-*das-Man* протистоїть екзистенції. Це саме те право, котре пов'язують з недійсним існуванням людини. Екзистенція помирає в такому праві. Тут пересічність починає і перемагає. Але ця перемога тотожна смерті. Смерть і ніщо є стихією буття на рівні *das Man*. Небуття — це така ж хвороба буття, як і буття — своєрідна хвороба небуття. Вони постійно намагаються вилікуватись одне від одного. Небуття завжди ревниве до буття. Вислизнувши із небуття, людина не звільняється від нього повністю, небуття постійно переслідує людину, бореться з нею і, врешті-решт, все одно її перемагає і знову поглинає в собі. Право-*das-Man* так і не забезпечило дійсної свободи. Воно залишилося правом-у-собі. Людина, опинившись у світі речей, змушена була прийняти право цього світу і сама стати річчю. Але річ є завжди річ-у-собі, вона ніколи не може стати річчю-для-себе. Тому й людина, прийнявши право-*das-Man*, залишається людиною-в-собі, зливається з буттям-у-собі і перестає бути людиною, перетворюється в ніщо. Злиття з буттям-у-собі — це зрада екзистенції. Право-*das-Man* є першим правом буття, яке лише відділяє його від небуття, але воно не є первинним правом, воно є а-, поза- і антиекзистенціальним правом. «А»-, тому що без, «поза»-, тому що уникає її, тоді як «анти»-, тому що видає себе за основне і протистоїть екзистенції.

Буття ієрархічне, як і його право. Воно завжди тотожне саме собі тим, що воно є, і водночас воно різне на різних своїх рівнях<sup>2</sup>. Боротьба

буття й ніщо результується в закріпленні позицій. Збільшення буття зменшує ніщо, демаркація невидима, але вона є і вона рухлива. Тому ніщо також ієрархічне, як і буття. Ієрархія ніщо починається в бутті, а ієрархія буття починається в ніщо. Ніщо починається як ніщо-буття, а закінчується як ніщо-Ніщо. Буття починається як буття-ніщо, а закінчується як буття-Буття.

Кожен рівень буття характеризується своїм правом, яке закріплює співвідношення буття і ніщо. Право вищого ступеня не може бути реалізоване на нижчому рівні, більша сила ніщо придушує буття, перетворює право в неправо<sup>3</sup>, а на вищому рівні більша сила буття перетворює ніщо в повне ніщо і тим ще збільшує свою силу. Водночас і на нижчому рівні мінімальне буття підтримується енергією і світлом буття-Буття.

Право є правом, коли воно пов'язане з буттям, відсутність буття нівелює й право. Тому навіть у праві-*das-Man*, де панує стихія ніщо, є іскра буття-Буття, є можливість перетворення права-в-собі на право-для-себе. Сам факт існування людини свідчить, що буття-в-собі може перетворюватись у буття-для-себе. Людина стає річчю як спосіб самозахисту від світу речей. Але річ не протистоїть речі, лише людина протистоїть речі і тим фундаментально свідчить, що вона — не річ. Ставши річчю, людина ніби причаїлася, вичікуючи можливість стати людиною. Коли самозатаювання затягується, залякане масивністю *das Man*, воно перетворюється або в злобу на світ речей, що проявляється в періодичних вибухах їх знищення, або набуває форм активного самовиправдання, виправдання права речей, права-*das-Man* як свого права і як єдино істинного права. Так річ поглинає людину, перетворює її в ніщо. Річ не відпускає людину, навіть коли людина перестає бути річчю. Затаєність людини у світі речей є станом людини-у-собі, постійною напруженістю, готовою розрядитися в революцію людини-для-себе, чи ентропійне розсіяння в тотальному ніщо. Перетворення людини-у-собі в людину-для-себе передбачає зміну типів існування, а отже зміну типів права, котрим воно визначається. Право-буття-в-собі має бути замінене правом-буття-для-себе.

### **Право як буття-для-себе**

Право речі не відкидається з переходом до права людини. Але тепер людина визначає долю речі, а не річ — долю людини. Перехід до нового рівня буття не здійснюється раптово, це завжди подолання, інколи криза, трагедія, смерть. Збільшення життя завжди є більша загроза смерті. В людині буття-в-собі переходить у буття-для-себе. Людина і є буттям-для-себе. Масивне, зовнішнє право-буття-в-собі, нав'язане мені, яке я змушений приймати, у праві-буття-для-себе перетворюється на моє право. У праві-буття-для-себе людина повертається сама до себе, стає вільною, свобода знову чи тільки тепер стає її сутністю. Своєю діяльністю і розвитком людина сама породжує і здобуває своє право.

Вільний саморозвиток людини є сутністю права-буття-для-себе. Цей саморозвиток не є прямим і гладким, він суперечливий і нелінійний, тому що ніщо і на цьому рівні має свої права. Людина, стаючи людиною, завжди під загрозою провалу в ніщо. В бутті-для-себе це більш імовірно, ніж у бутті-в-собі, де ніщо є основою мого життя і провалитися можна тільки в людину. Буття-для-себе — це ризик і відчайдушність, а само-реалізація — це основний закон права-буття-для-себе. Людина як буття-для-себе починає свою самореалізацію ще на рівні світу речей. Усвідомивши, що річ є умовою її розвитку, вона намагається опанувати нею і на це витрачає майже всі свої сили. Річ, завдяки своїй масивності й непіддатливості, з засобу перетворюється на мету, і людина, потрапляючи в цю пастку, з буття-для-себе провалюється в буття-в-собі. Право-буття-для-себе диктує свій закон, де річ не має визначального впливу. Це закон людини, а не речі. Він вказує як людині стати людиною, і коли на рівні буття-для-себе вживають закони буття-в-собі, вони починають знищувати в людині людину, стають ніщо людини і вона знову віддається сама від себе.

Буття-для-себе — це буття неповноти. Воно хоче бути саме для себе, тому що йому мало самого себе таким, яким воно є. Для буття-в-собі достатньо того, що воно просто є. Недостатність себе заставляє бути для себе. Потреба самореалізації свідчить про голод нереалізованості. Буття-для-себе визначає умови реалізації, але не забезпечує самої реалізації. Право-буття-для-себе — це право свободи. Свобода ж має бути реалізованою. Нереалізована свобода перетворюється в муку, стає не-свободою. Людина як буття-для-себе це неповнота і тому вона змушена бути для себе, щоб стати повнотою. Свобода — єдиний засіб, який надається їй для цього, іншого вибору немає, тому людина не вільна у своїй свободі, вона змушена бути свobodною, як кажуть екзистенціалісти, приречена на свободу. «Свобода людини, — писав Сартр, — передує її сутності і є умовою можливості останньої» [3, с. 62]. Примусова свобода — це наслідок присутності й втручання буття-в-собі в буття-для-себе. Тому право-буття-для-себе хоч і призначене забезпечити свободу, але шляхом її часткової обмеженості. Тут право балансує, вишукуючи оптимальну межу мінімальної несвободи, яку людина має віддати буттю-в-собі, щоб забезпечити собі максимальну свободу буття-для-себе. В тенденції людина розглядає «буття-для-себе як нігілювання буття-в-собі» [3, с. 62].

Примушена свободою шукати своєї повноти, саме через примусову свободу людина сягає дійсної свободи. В свободі і через свободу людина стає вільною. Динаміка екзистенціалів складає внутрішній механізм свободи, тому свобода — це шлях її екзистенціального пізнання. Буття-для-себе — це пошук шляхів до себе, на яких завжди існує загроза загубитися. Право-буття-для-себе відкриває всі ці шляхи, але не гарантує вірного вибору свого власного. Так само, як раніше на шляху до себе людина натикалася на річ, тепер їй на перешкоді стала інша людина<sup>4</sup>.

### Право як буття-для-іншого

Якщо право-буття-в-собі — це право речей, право-буття-для-себе — це право людини, то право-буття-для-іншого — це право людей. Я на шляху до себе не можу обійтися не тільки без речей, а й без людей. Вони хвалять мене, тому що я їм потрібен і цим перетворюю мене в річ, вони ненавидять мене, тому що я їх використовую і тим самим їх перетворюю в річ. Чим більше використовую, тим більше заздять і ненавидять, чим більше використовують мене, тим більше я перетворююся у напругу, заздрість і ненависть. Людина — це завжди конфлікт з іншою людиною. Взаємовигідне використання тимчасове, воно неминуче втрачає рівновагу, оскільки кожен все одно намагається швидше іншого вислизнути до себе, а це неможливо інакше, як за рахунок іншого і краще за його рахунок, аніж собою сплачувати чужі рахунки. Так право-буття-в-собі, право речей, проникає і в право-для-інших, право людей, і стає їх ніщо, перетворює кожного іншого в річ, у засіб. «Чи випадкова ситуація боротьби, в якій здійснюється становлення держави і права? — ставив питання К. Ясперс і сам же відповідав на нього: — Ні, ця боротьба не випадкова, це неминуча погранична ситуація, що визначає сутність держави і права, в цій боротьбі я протистою іншому буттю вже тому, що я є» [5, II, s. 233]. Категоричний імператив Канта — найвідоміша форма протесту проти перетворення людини у засіб: «Стався до іншого тільки як до мети». Парадокс у тому, що тоді я автоматично стаю засобом іншого. Хто дасть гарантію, що він так само і з таким же успіхом до мене поставиться як до мети? Хто краще за мене знає мої цілі, коли я їх ще сам до кінця добре не усвідомлюю. Чи не є будь-яка діяльність інших, спрямована на реалізацію моїх цілей, а отже мене як мети, шкодою для мене, як і моя діяльність для інших — перешкодою для їх цілей, цілеспрямованою шкодою? Буття-для-іншого — це в будь-якому випадку конфліктне буття, а екзистенціальна конфліктологія — основа права-буття-для-іншого. Людина не тільки бореться з собою за самореалізацію, а вимушена з іншими боротися за саму себе. Тим не менше, якби кожен був ворогом для іншого, якби істинною була формула «всі люди вороги», то суспільство давно б самознищилось. Є якась фундаментальна хибність у вказаній формулі і якась глибинна таємниця в існуванні суспільства. Вона постійно непокоїла філософів. Гоббс сформулював її в простих словах: «Як можливе суспільство?». Але що може бути складніше, ніж відповідь на так просто сформульовані питання?

Таємниця суспільства є водночас таємницею права, яке лежить в основі цього суспільства, скріплює його. Таємниця ж права розкривається у механізмах і сенсі буття-для-іншого. Право і є форма і зміст буття-для-іншого. Якщо буття-для-себе є динаміка екзистенціалів, то буття-для-іншого є взаємодія екзистенціалів. Своєї екзистенції людина може сягти тільки через буття екзистенціалів. Взаємодія екзистенціалів і є формою їхнього буття. «Екзистенція осягає себе лише в спілці з іншою екзистенцією» [7, с. 442], — пише Ясперс. Екзистенціальність іншої

людини, відкрита мені, стає моєю екзистенціальністю, моя екзистенціальність, не відкрита іншому, перестає бути моєю, стає моїм ніщо, знищує мене. Моя екзистенція потребує зустрічі з іншою екзистенцією, як і інші — з моєю, але це не потреба в іншому як у речі. Речевість а-екзистенціальна, вона знищує екзистенцію, як і неадекватне нав'язування своєї екзистенції іншому. Екзистенція передбачає свої механізми взаємодії, своє право, відмінне від права-буття-в-собі і права-буття-для-себе. Ці механізми утворюють право-буття-для-іншого.

Наше існування — це завжди взаємоіснування, це завжди взаємодія існувань. «Як неможливо заперечувати природу, без якої людина загине, — відзначає у своїй фундаментальній «Філософії» К. Ясперс, — так не може людина відкинути суспільство, професію, державу, сім'ю, шлюб без того, щоб життя не зблідло. Лише в цих інститутах людина може здійснити себе» [5, II, s. 838; 6, с. 378–389]. Тільки буттям-для-іншого я забезпечую буття-для-себе. Кар'єра як діяльність на благо інших є формою моєї самореалізації, шлюб і сім'я як відповідальність і турбота є умовами мого власного існування. Я завжди не просто перебуваю, я перебуваю в певній якості — керівника, підлеглого, чоловіка, брата, сина, громадянина, покупця, продавця. Ким би я не перебував, я завжди зав'язаний на іншого і так міцно, що мені вже не розв'язатися, не звільнитися. І коли зв'язок надто міцний, він починає душити мене, я хочу звільнитися від нього чи бодай послабити його. Динаміка буття-для-іншого мінлива, вона така, що може сприяти, бути формою саморозвитку буття-для-себе, а може й гальмувати цей розвиток, перетворюючи неекзистенціальних суб'єктів у самовідштовхуючі буття-в-собі.

Кожен акт соціальної взаємодії здійснюється в екзистенціалі *Als-Sein* (як-буття, буття у певній якості) [8, s. 34], що займає проміжне становище між екзистенціалами *Dasein* і *Selbstsein* (тут-буття і самотуття). Це означає, що, виступаючи як продавець чи покупець, виробник чи споживач, керівник чи підлеглий, я неминуче потрапляю в пограничну ситуацію, де випробовується моя екзистенція. Перебуваючи в екзистенціалі, неможливо поводити себе неекзистенціально, уникнути вибору. ««Інші», котрих називають так, щоб приховати свою сутнісну приналежність до них, суть ті, хто в повсякденному бутті з іншими найближче і частіш за все *«присутні»* [9, с. 126], — зазначає Гайдеггер. Водночас *«присутність екзистує»* [9, с. 53]. Продавати чи виробляти заздалегідь бракований товар, експлуатувати підлеглого в інтересах власної кар'єри, використати службове становище в корисливих цілях, або ж батьківський авторитет у нав'язуванні певної поведінки синові — все це форми перебування в екзистенціалі *Als-Sein*, у якому певна погранична ситуація примушує діяти в одному з двох протилежних напрямів (на те вона й погранична ситуація): або в напрямі буття-в-собі, або в напрямі буття-для-себе.

Дія в напрямку буття-в-собі — це «втеча від свободи», зрада власної екзистенції, намагання використовувати інших як річ і перетворювати



право-буття-для-іншого в право-буття-за-рахунок-іншого. Перетворення іншого в річ автоматично і мене робить річчю, як будь-яке вбивство є водночас і самогубством, так і ставлення до іншого як до буття-в-собі замість збагачення мого буття-для-себе самого мене перетворює в буття-в-собі. Це означає, що на рівні права-буття-для-іншого не можуть бути використані норми права-буття-в-собі і тому воно тут є неадекватним виходом із пограничної ситуації екзистенціалу *Als-Sein*.

Дія ж у напрямі буття-для-себе передбачає і мене тільки в якості буття-для-себе. Сприяння самореалізації іншого постає умовою моєї самореалізації, а моя самореалізація — умовою самореалізації іншого. Тому тут не може не бути задіяна моя екзистенція як найавтентичніша форма моєї самореалізації, а буття-для-іншого не може бути нічим іншим, як взаємодією екзистенцій буттів-для-себе. Право, щоб залишатися правом і не перетворюватися в неправу, повинно бути екзистенціальним правом, суспільство, щоб залишатися суспільством і розвиватись, а не перетворюватись у «війну всіх проти всіх», повинно бути правовим суспільством, суспільством екзистенціального права-буття-для-іншого.

### **Право як трансценденція**

Трансценденція задає рух екзистенціалізації<sup>5</sup>. Якщо відношення людини до речі й до іншого, як перебування в бутті-в-собі і в бутті-для-іншого, — це горизонтально-кількісний вимір права, то співвідношення буття-для-себе з трансценденцією — це вертикально-якісна і визначальна характеристика права. Трансценденція задає сенс і механізм динаміки як буття-для-себе самого по собі, так і його співвідношення з буттям-у-собі й буттям-для-іншого, задає сенс і їх самих по собі. Без трансценденції буття-в-собі і буття-для-себе перетворюються спочатку в ніщо, а відтак у чисте ніщо-Ніщо, з нею ж вони здатні підноситися в своїй сутності у височінь буття-Буття. Таким чином, трансценденція — це глибинна основа внутрішньої динаміки буття [11, с. 6–7], а право як трансценденція — це фундаментальна основа права як права. Хоча Гайдеггер і говорить про «введення ціннісної думки у сферу трансцендентного» [12, с. 7], для нього трансценденція — це все ж таки жахлива зустріч людини з Ніщо. «Саме буття в своїй сутності скінченне, — пише він, — і виявляє себе тільки в трансценденції висунутого в Ніщо людського буття» [13, с. 25]. Ясперс за трансценденцією бачить не Ніщо, а Бога. «Коли світ усе, то трансценденції немає» [7, с. 426]. Але людина не річ, вона є постійне долання своєї речевості, невпинне долання самої себе, трансцендування. «Я ніби вічно є перед трансценденцією» [7, с. 436]. «Людина в якості самої себе дарована собі трансценденцією» [7, с. 451]. «Дійсне буття є трансценденція (чи Бог)» [7, с. 433]. Ясперсову думку продовжує Бердяєв: «Право теж божественне і трансцендентне за своєю природою» [14, с. 245].

Трансцендентність права в тому, що воно не може залишатися дійсним автентичним правом, якщо воно не зав'язане на трансценден-

цію, якщо воно постійно не трансцендує. Право є правом не в горизонтальній своїй динаміці, а у вертикальній. Право є трансцендування. Це означає, що ідеали справедливості, добра, самореалізації людини — одвічні ідеали права — не можуть бути реалізовані на основі незмінних, статичних схем норм права, індивідуальних до специфіки конкретної ситуації, особливостей особистості, її життя, її екзистенції. Єдиний, неповторний, живий людині протистоїть універсальна, типова, мертва норма і визначає життя людини. Мертве панує над живим. Норма — це ніщо людини. Екзистенція — анормативна. Людина поза екзистенцією нормативізується, поступово перетворюючись у буття-в-собі, а потім і в ніщо.

Як же бути, коли соціум побудований на праві, право — на нормі, а людина, яка утворює суспільство, анормативна істота? Людина лише тією мірою погоджується на право, якою воно здатне трансцендувати, не тільки придушувати людину, а й робити людину людиною. Трансценденція — внутрішня властивість права. Без цієї властивості людина ніколи б не погодилася на право. Анархізм — це течія, яка не розгледіла в праві трансцендентного і тому вважає його перешкодою для людини на її шляху до себе. Порожня, мертва норма права — це тільки механізм права, який ще повинен бути запущений у роботу. Норма здатна трансцендувати. Право це є трансцендування норми. Справедливість так само не є щось постійне, незмінне й універсальне, вона, як і добро, суперечлива, навіть антиномічна. Суперечливість їх знімається в трансцендентному. Дійсне коріння ідеалів справедливості, рівності, добра — в трансцендентному. Тому трансцендування — єдиний спосіб права бути дійсно справедливим. Трансцендування права має різні рівні виходу в трансцендентне, яке тільки й може бути його критерієм. Право — це трансцендентальна динаміка права, трансцендентальна динаміка норми права. Рушієм, що забезпечує здатність механізму правової норми трансцендувати, є екзистенція.

### **Право як екзистенція**

Якщо право-буття-в-собі — це право речей, право-буття-для-себе — право людини, а право-буття-для-іншого — право людей, то право як екзистенція — це право духу. Дух є сутність людини, а екзистенція як дійсне буття людини є її духовна буттєвість. Буття в екзистенції — автентичне буття людини, а право як екзистенція — автентичне право людини. Без екзистенції право-буття-в-собі, право-буття-для-себе і право-буття-для-інших перетворюються в ніщо. Екзистенція є дійсне існування людини як трансцендентальне розгортання єдності в-собі-для-себе-і-для-інших-буття. Екзистенція як дух — її трансцендентальна інтенціональність. Існування людини і є постійна зустріч екзистенції з трансценденцією. Саме в трансценденції екзистенція стає екзистенцією, усвідомлює саму себе. Поза трансценденцією екзистенція втрачає себе, перетворюється в ніщо. Тому сутність екзистенції —

в єдності іманентного й трансцендентного. Екзистенціальне ж право як право духу і як сутність права взагалі має бути присутнім у будь-якій формі права, щоб воно виконувало функцію права. Це означає, що і в праві-бутті-в-собі, і в праві-бутті-для-себе, і в праві-бутті-для-іншого не просто має бути присутнім елемент екзистенціального права, він повинен бути визначальним і виконувати функцію трансформації есенціальних правових форм, застиглих, статичних, масивних в екзистенціальні, рухливі, динамічні, духовні. Право, перетворене в заформалізовану застиглу норму, з екзистенції переходить в есенцію, в субстанцію, в масивність. «Есенція і є застигле, охолоджене буття» [14, с. 69], — пише Бердяєв. Але водночас «свобода передбачає примат екзистенції над есенцією» [14, с. 10]. «Глибина Existenz є свобода» [14]. Сутність і призначення права теж є свобода. В своїй сутності право й екзистенція зливаються. Поза екзистенцією будь-яка форма права перестає бути правом.

Так, буття-в-собі як право масивності й об'єктивації захлинає людину стихією речовості, стає її тотальною несвободою, її неправом, якщо людині не вдається екзистенцією освятити річ, об'єкт, предмет, зробити їх екзистенціальними. Якщо об'єкт не стає екзистенціальною умовою реалізації людини, він стає есенціальною умовою перетворення її в ніщо. Світ тотально протистоїть людині, проте він може стати світом людини, якщо вона олюднить його. «Реалізація світу, — писав Ясперс, — єдиний шлях екзистенціальної реалізації. Втрачаючи світ, ми водночас втрачаємо себе» [7, с. 437]. Предметне, об'єктне, речове право стає правом тією мірою, якою воно задіяне екзистенцією, в якій право-буття-в-собі спроможне перетворитися на право-буття-для-себе. В-собі — це завжди потенція, завжди можливість саморозкриття для-себе. Екзистенція і є єдиним механізмом цього саморозкриття, єдиною зав'язкою на трансцендентне. Світ як буття-в-собі постійно закликає екзистенцію як останню надію розгортання в буття-для-себе. Зрада екзистенції зумовлює деградацію права-буття-в-собі в право-буття-для-нікого, а потім у тотальне ніщо, в якому гине й сама екзистенція.

Право-буття-в-собі для того, щоб бути правом, потребує енергії екзистенції, тоді як право-буття-для-себе може існувати тільки у формі екзистенціального права. Людина як буття-для-себе і є екзистенція. «Буття яким є ми, — зауважував Ясперс, — називається існуванням, свідомістю взагалі, духом або називається екзистенцією» [7, с. 425]. «Суцце, існуюче способом екзистенції, є людина» [13, с. 32], — констатує Гайдеггер. Існування засобом екзистенції і є екзистенціальним правом. Право-буття-для-себе є право екзистенції, автентичне право людини. Право-буття-в-собі і право-буття-для-іншого — лише форми трансформації права екзистенції, хоча й необхідні для її екзистенціальності. Право починається з людини, пов'язане з апіорними формам її екзистенції і право завершується на людині, завершується в реалізації її екзистенції. «...Буття особистості не може зводитися до того, щоб бути

суб'єктом розумних вчинків певної законовідповідності» [9, с. 47], — зазначає Гайдеггер. Саме тому право-буття-для-себе як екзистенціальне право людини є центральною і основною формою права, без реалізації якої інші форми перетворюються в неправу.

Сутність права-буття-для-іншого — в зустрічі екзистенцій та їх взаєморозгортанні в трансцендентному. Коли ж я чи інші порушуємо екзистенціальність зустрічі, то ми із взаємодії буттів-для-себе перетворюємось у взаємодію буттів-у-собі й згортаємо екзистенцію в ніщо.

Таким чином, можливі форми права, підкорюючись своїм власним механізмам функціонування, водночас зумовлені взаємодією з екзистенцією, взаємодією екзистенцій, чи саморозвитком екзистенції шляхом трансцендування. В будь-якому випадку екзистенціальність утворює саму сутність права. Правопорядок же визначає той простір, де саме й розгортається екзистенція.

Екзистенція як право і право як екзистенція означають, що саморозвиток і дійсне буття людини є джерелом саморозвитку і дійсного буття права. У свою чергу, саме таке право є формою й екзистенціального саморозвитку людини. В екзистенції знімається суперечливість між об'єктом і суб'єктом<sup>6</sup>, правами й обов'язками, суцим і належним. Норма права як есенціальна застиглість розігрується екзистенцією і починає трансцендувати. Тому не можна стверджувати, що норми позитивного права суперечать екзистенціальності, що вони взаємовиключають одне одного. Онтологічно вони єдині й зливаються в добуттєвому *Ungrund-i*. Це видно з того, що екзистенція як анормативна свобода сама задає свободу як норму [15, с. 5–9]. Ні норма не повинна придушувати екзистенцію, ні екзистенція не повинна відкидати норму. Правове рішення постає тут формою самореалізації людини, тому воно наскільки вільне, настільки ж і обов'язкове. «Правове рішення в світлі екзистенціальної філософії не є свавіллям, — пише Е. Фехнер. — Воно обов'язкове для нас у вищому розумінні, тому що відмовившись від нього, ми відмовляємося від самих себе» [16, с. 221]. Відмовившись від себе, ми перетворюємося в ніщо.

Право екзистенції це право нас самих і тому екзистенціальне право є наше право. Воно вимагає перебування в екзистенції, що означає постійний пошук самих себе, свого права, форм своєї самореалізації. «Пізнання є буттєвий спосіб буття-в-світі» [9, с. 61]. Постійне пізнання, гносеологічна інтенсивність є основним способом функціонування екзистенціального права, оскільки екзистенція завжди народжується в конкретній, індивідуальній ситуації, є неповторною та унікальною. Правове рішення тут постає як творче, ризиковане й напружене самопородження екзистенції в акті трансцендування. Екзистенціальне право може існувати тільки у формі трансцендування, тільки у формі пошуку істини і наближення до Істини. Поза трансцендуванням екзистенція застигає в есенції, набуваючи форми абстрактної, мертвої, байдужої до людини норми права, яка поглинає людину і перетворює її в ніщо. Екзистен-

ціальне право — це право дійсного існування людини, в якому вона реалізує свою екзистенцію як своє право. Право настільки право, наскільки воно екзистенціальне, екзистенція настільки екзистенція, наскільки вона трансцендентальна. Через трансцендентальну динаміку екзистенція стає правом, а право — екзистенціальною динамікою людини.

### Примітки

1. Хоча категорії буття-в-собі, буття-для-себе, буття-для-інших досить ґрунтовно розроблялись у філософських конструкціях Канта, Фіхте, Шеллінга, Гегеля, Гайдеггера, Сартра, проте Д. Лукач констатує: «Поставивши завдання правильного опису та оцінки ролі та функції категорій буття-в-собі та буття-для-нас у дезантропоморфічному та антропоморфічному відображенні дійсності, передусім не слід забувати, що їх історико-монографічна характеристика... в теперішній час ще повністю відсутня. До цієї складності додається й інша, а саме особливе місце цих категорій. Вони належать до числа первинних елементів будь-якої картини світу, так що ні в житті, ні в науці чи мистецтві неможливо уявити собі ніякого акту, змістом котрого слугувало б практичне чи теоретичне ставлення людини до зовнішнього світу і котрий не ґрунтувався б мислено чи чуттєво на тій чи іншій концепції буття-в-собі і буття-для-нас (хоча, можливо, і не усвідомлюваній)» [1, с. 239].
2. «Різні види буття, — вказує Гегель, — вимагають або містять кожен свій особливий вид опосередкування» [2, с. 113].
3. Звідси знаменитий принцип римського права “Summum jus, summa iniuria” (Вище право — вища несправедливість).
4. Простежуючи, «яким чином виникає правова проблема», П. Рикер зазначає: «Виникає вона в основному через втручання іншого. Адже як тільки з’являється зв’язок з іншим, виникає проблема рівноправ’я» [4, с. 28].
5. «Рухом екзистенціалізації» Е. Мунье перейменував поняття неантизації, яка у Сартра, на відміну від нерухомого буття, озаначає рух як своєрідну хворобу буття [10, с. 146–147].
6. Скептично ставився до “суб’єкт-об’єктного відношення», приховуючого в собі скільки «істини», стільки порожнечі”, М. Гайдеггер. «Суб’єкт і об’єкт не збігаються і з присутністю і світом», — констатував він [9, с. 60].

### Література

1. Лукач Д. Своеобразие эстетического : пер. с нем. В 4 т. Т. 3 / Д. Лукач. — М. : Прогресс, 1986. — 303 с.
2. Гегель. Наука логики. В 3 т. Т. 2 / Гегель. — М. : Мысль, 1971. — 248 с.
3. Сартр Ж.-П. Бытие и ничто: Опыт феноменологической онтологии / Ж.-П. Сартр. — М. : Республика, 2000. — 639 с.
4. Рикёр П. Торжество языка над насиллием. Герменевтический подход к философии права / П. Рикёр // Вопросы философии. — 1996. — № 4. — С. 27–36.
5. Jaspers K. Philosophie. 3 Bände / K. Jaspers. — Berlin : Springer, 1956.
6. Ясперс К. Философия. Книга вторая. Просветление экзистенции / К. Ясперс ; пер. А. К. Судакова. — М. : «Канон+», РООИ «Реабилитация», 2012. — 448 с.
7. Ясперс К. Смысл и назначение истории : пер. с нем. / К. Ясперс. — М. : Политиздат, 1991. — 527 с.
8. Maihofer W. Sein und Recht. Prolegomena zu einer Rechtsontologie / W. Maihofer. — Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1954. — 125 p.

9. Хайдеггер М. Бытие и время : пер. с нем. / М. Хайдеггер. — М. : Ad Marginem, 1997. — 451 с.
10. Мунье Э. Надежда отчаявшихся : пер. с фр. / Э. Мунье. — М. : Искусство, 1995. — 238 с.
11. Гайденок П. П. Прорыв к трансцендентному. Новая онтология XX века / П. П. Гайденок. — М. : Республика, 1997. — 495 с.
12. Хайдеггер М. Феноменология и трансцендентальная философия ценности: Пер. с нем. — К.: Cartel, 1996. — 116 с.
13. Хайдеггер М. Время и бытие : статьи и выступления : пер. с нем. / М. Хайдеггер. — М. : Республика, 1993. — 447 с.
14. Бердяев Н. Трагедия и обыденность // Философия творчества, культуры и искусства : в 2 т. / Н. Бердяев. — М. : Искусство, 1994. — Т. 2. — 510 с.
15. Козловський А. А. Антиномії права / А. А. Козловський // Науковий вісник Чернівецького університету : зб. наук. пр. — 2001. — Вип. 103 : Правознавство. — С. 5–9.
16. Fechner E. Rechtsphilosophie. Soziologie und Metaphysik des Rechts / E. Fechner. — Tübingen, 1956. — S. 179–294.

#### А н о т а ц і я

**Козловський А. А. Право і буття: феноменологічний аспект праворозуміння.** — Стаття.

Буття задає певний порядок світу і постає як право буття. Право і буття тотожні, а неправо і є небуття. Перед людиною буття розкриває своє право поступово на різних своїх рівнях, які між собою взаємопов'язані. Право буття-в-собі — це право світу речей. Право буття-для-себе — це право людини і право буття-для-іншого — це право людей. Якщо на кожному з рівнів право не зорієнтоване на трансцендентне, воно має тенденцію перетворюватися в ніщо. Механізмом трансцендування є екзистенція. Право як екзистенція — це право духу і духовної самореалізації людської сутності, тому воно і є справжнє право людини.

*Ключові слова:* онтологічні засади права, феноменологія права, екзистенціальне право.

#### А н н о т а ц и я

**Козловский А. А. Право и бытие: феноменологический аспект правопонимания.** — Статья.

Бытие задает определенный порядок мира и предстает как право бытия. Право и бытие тождественны, а неправо и есть небытие. Перед человеком бытие раскрывает свое право постепенно на различных своих уровнях, которые между собой взаимосвязаны. Право бытия-в-себе — это право мира вещей. Право бытия-для-себя — это право человека и право бытия-для-другого — это право людей. Если на каждом из уровней право не сориентировано на трансцендентное, оно имеет тенденцию превращаться в ничто. Механизмом трансцендирования есть экзистенция. Право как экзистенция — это право духа и духовной самореализации человеческой сущности, поэтому оно и есть подлинное право человека.

*Ключевые слова:* онтологические основания права, феноменология права, экзистенциальное право.

S u m m a r y

*Kozlovskiy A. Law and Being: Law-understanding phenomenological aspect.* — Article.

Being establishes a certain order of the world and is the law of being. Law and being are identical and non-law is nonbeing. Being is disclosing its law gradually before a man at the various levels which are interconnected. The law of being-in-itself is the law of the object world. The law of being-for-itself is the law of a man and the law of being-for-others is the law of people. If law is not directed to transcendence at each of the levels it tends to transform into nothing. The transcending mechanism is existence. Therefore the higher type of law is the existential one. Law as existence is the law of spirit and spiritual self-realization of human entity hence it is the real law of a man.

*Keywords:* ontological foundation of law, phenomenological law, existential law.

УДК 340.12

*О. М. Омельчук***ФІЛОСОФСЬКО-ПРАВОВЕ РОЗУМІННЯ ПОВЕДІНКИ ЛЮДИНИ  
В ДОКТРИНАХ ПРИРОДНОГО ТА ПОЗИТИВНОГО ПРАВА**

Намагання подолати дуалізм природничого та позитивістського підходів до розуміння сутності права відноситься до основного питання юридичної науки, вирішення якого неможливо засобами самої лише юриспруденції, адже тут потрібна інтеграція праворозуміння на базі глибокого та багатогранного аналізу правової справедливості. При цьому філософія права покликана виконувати функцію своєрідного інтегратора знань не лише про право, а й про людину в праві, сприяти переборенню існуючого в теорії правового пізнання дуалізму природно-правових і соціологічних методів шляхом побудови синтетичних теорій, що характеризують людський розвиток. Концептуальним ядром таких теорій доцільно визнати систему тих принципів засад, що репрезентують механізми утворення орієнтирів правової належності в самоорганізованому комунікативному середовищі суспільного буття, а також порядок матеріалізації смислових мірил останньої в нормах закону.

Правова поведінка людини була предметом вивчення філософії та філософії права з давніх часів. Вже в епоху середньовіччя природне право давало середньовічній людині сенс життя, оскільки на його основі вона будувала свою поведінку, орієнтувалася в культурному просторі, знала своє місце в соціальній ієрархії, чітко усвідомлювала своє призначення. Крім того, в силу існування божественного і природного права людина була істотою духовною, як образ і подоба Бога. Однак вже в Новий час уявлення про таке природне право змінилося і воно почало сприйматися не як провідник божественного розуму, а як кайдани на свободі людини, а соціальна стратифікація середньовіччя стала позбавленою сенсу. Створення цілісної концепції правової поведінки через призму вищевказаного вимагають дослідження праць філософів, зокрема: Ф. Бекона, Р. Декарта, Г. Гроція, Т. Гоббса, Д. Локка, Б. Спінози, Г. В. Лейбніца, К. Гельвеція, Ш. Л. Монтеск'є, Д. Юма, А. Д. Гольбаха,



Г. Сковороди та ін. Сучасний стан дослідження даних питань викладений у працях П. Баранова, В. Бачиніна, В. Бліхара, В. Грищука, О. Грищук, Д. Гудими, А. Зайця, А. Здравомислова, І. Ільїна, В. Касьянова, І. Коваленка, С. Максимова, П. Макушева, М. Орзиха, Т. Панченко та інших вчених.

Правова соціалізація людини детермінується багатьма чинниками різних рівнів: на макрорівні (рівні всього суспільства) формування правової культури зумовлене характером політичного режиму, пануючими соціально-економічними відносинами, змістом національної культури, що виникла в процесі історичного розвитку суспільства; на мезорівні (рівні великих соціальних груп) визначається місцем тієї чи іншої групи у соціальній структурі суспільства, особливостями її соціального буття, причому великий вплив здійснює соціально-професійне середовище, яке зумовлює формування відповідного рівня правосвідомості та відповідного типу правової поведінки; на мікрорівні (рівні малих соціальних груп) — особливостями правосвідомості родини, трудового колективу, неформального спілкування; на мегарівні (міжнародне життя) — демократизація сучасного світу, міжнародне право, міжнародні конфлікти, кризи тощо [15].

Залежно від видів механізмів соціалізації у літературі виділяють ряд способів засвоєння людиною упродовж її життя прав людини:

— психологічні: 1) імпринтінг (фіксація людиною переважно у період її дитинства на підсвідомому рівні прав людини, реалізація яких на неї вплинула, а також відповідальності за їх порушення); 2) екзистенційний натиск (засвоєння людиною прав через вплив на неї зовнішніх умов); 3) наслідування (засвоєння прав людини через використання досвіду інших людей, з якими відбувається комунікація); 4) ідентифікація (сприйняття людиною прав, що реалізуються іншими людьми, як таких, що належать їй); 5) рефлексія (внутрішній діалог, в якому людина відчуває чи не відчуває потребу у конкретних правах, сприймаючи одні та відкидаючи інші);

— соціально-педагогічні: 1) просвітницький (засвоєння людиною тих прав, котрі реалізуються іншими людьми, відбувається у процесі отримання нею знань про ці права через цілеспрямоване передавання їй відповідного досвіду); 2) інституційний (засвоєння прав людини відбувається через взаємодію їх носія з інститутами суспільства, у тому числі з органами держави) [9 с. 50–80].

Правова соціалізація людини можлива лише за умови засвоєння нею об'єктивованих у позитивному праві, виражених у вигляді юридичних норм прав людини. У такий спосіб право як соціальний феномен «стає засобом перетворення людської особистості незалежно від того, чи цей засіб використовує держава, чи сама особистість, закріпивши у своїй структурі правові властивості, використовує право з метою самовдосконалення» [18, с. 9]. Тому санкціонування державою прав людини та забезпечення їх реалізації, охорони та захисту є одним із засобів визна-

чення, регулювання людської поведінки. Таким чином права людини стають стандартами поведінки людини, залишаючись водночас одним із критеріїв її оцінки.

З іншого боку, в основі соціального регулювання у суспільстві лежить буття людей, усвідомлене, детерміноване умовами співжиття (зіткненням їх інтересів і потреб, необхідністю упорядкування цих інтересів і потреб). Тим самим соціальна регуляція відрізняється від простої причинності руху матерії неживої природи, саморегуляції та наявності лише первинних елементів психіки у тваринному світі. Зіткнення інтересів і потреб людей викликає потребу правової регуляції, упорядкування поведінки людей, оскільки інші соціальні регулятори не можуть виконати цю функцію. Логіка формування позитивного права, правових норм з точки зору впливу свідомості на цей процес полягає у тому, що ідеї поведінки людей у суспільстві виникають на рівні індивідуальної свідомості, здобуваючи згодом поширення у суспільстві і визнання як загальнообов'язкових (нормативних). Таким чином, вони визнаються суспільством вже як правові норми, яких мають дотримуватися всі члени суспільства. «Сили і дієвості таким нормам надають наявні у суспільстві інститути розсуджування поведінки людей» [10, с. 28].

Вихідним елементом позитивного права є правові цінності, оскільки ладні веління виникають з уявлень про належне, про напрями людської поведінки. Цінності та оцінки мають регулятивне значення у правовій свідомості, однак при цьому правові норми набувають значення цінностей і також стають об'єктом оцінки. Ціннісного характеру набувають також охоплені правом вчинки людей, їх правова поведінка. Тому у філософії права актуальною залишається проблема цінності права. В. К. Гришук виділяє такі підходи до проблеми цінності права: право має свою власну цінність як продукт людської діяльності з точки зору прийнятих в суспільстві ціннісних критеріїв, своєрідних логічних еталонів, порівнюючи з якими можна визначити відповідність конкретної норми права або її проекту загальноприйнятим уявленням про право; право має свою, властиву лише йому, інструментальну цінність у системі (механізмі) нормативного регулювання суспільних відносин [7].

На думку В. Тугаринова, вирішення проблеми цінностей повинно бути тісно пов'язане з вирішенням проблем особистості, з вивченням особистісних цінностей. Цінності, котрі усвідомлені людиною, визначають її поведінку й діяльність [24, с. 12]. О. Здравомислов зазначає, що цінності є соціальним індикатором якості життя, а система цінностей утворює внутрішній стрижень культури, духовну квінтесенцію духовних потреб та інтересів індивідів у соціальних спільнотах, вона, у свою чергу, здійснює зворотний вплив на соціальні інтереси й потреби, виступаючи одним з найважливіших стимулів соціальної дії, поведінки людини [11, с. 18].

Цінності є суб'єктивними умовами можливості існування права. Існує думка, що цінності є необхідними атрибутами права, завдяки яким право

набуває свого змісту, формуються дозволи, заборони, зобов'язання. Вони знімають момент байдужості у поведінці правового суб'єкта, і без них феномен права був би неможливим [16, с. 275]. Оцінки в праві повідомляють суб'єкта про ставлення суспільства до конкретних фактів дійсності як до цінностей. Поряд з цим, правові цінності та оцінки набувають регулятивного значення у сфері правосвідомості, яка є необхідним елементом генезису, функціонування та розвитку права [8, с. 95].

На думку В. С. Бліхара, кризь правосвідомість і завдяки їй законодавець вловлює прихований дух своєї епохи, відображаючи його у правових актах. Крім того, правові цінності викристалізуються у межах реалізації права і відображають ціннісне обґрунтування права як соціокультурного явища, а тому правосвідомість також можна розглядати в контексті об'єктивно-суб'єктивного явища, що відображає правові ідеї та цінності як цілком сформовану раціональну позицію щодо поведінки людини. Таким чином, право повинне збагачуватися правосвідомістю, адже формування права відбувається кризь призму інтелектуального та оцінювального осмислення. Крім того, будь-яка норма права як стимул поведінки людини містить певну інформацію про об'єкт, проте отримується така інформація в контексті розумової діяльності, урахуваючи й емоції, свідомість, розум тощо. Саме в рамках правосвідомості активізується усвідомлення людиною норм права та правовідносин. Водночас поза ціннісно-культурним обґрунтуванням правосвідомості унеможливується духовно спрямований процес формування права, в основі якого лежить забезпечення стабільності й порядку в суспільстві [3].

Значний внесок у розвиток теорії правосвідомості зробив І. О. Їльїн, у розумінні якого передумова нормального, здорового права закладена саме у правосвідомості людини. Вчений запропонував три правила правосвідомості, які передбачають: дотримувати добровільно чинні закони і боротися лояльно за нові, кращі; звільнити себе внутрішньо за допомогою добровільного самозобов'язання і шукати свободи тільки через закон і під законом; навчатися мистецтву брати із закону його правильну і справедливу сутність за допомогою правової совісті, творчого прочитання закону. З кожного закону треба слід те, що в ньому є правильним і справедливим, щоб дух закону володів буквою, а не навпаки. Їльїн розглядав правосвідомість як волю до права, до його мети, а також здатність «самозаконно» мотивувати свою поведінку усвідомленням цієї мети. Він вважав, що коріння правосвідомості криється в повазі людини до самої себе, відчутті власної духовної гідності (закон духовної гідності), здатності до самоконтролю і самоуправління при самостійному встановленні меж допустимої поведінки (закон автономії), а також взаємній повазі і довірі сторін, що є підставою для приватних і публічних правовідносин (закон взаємного визнання). Таким чином правосвідомість, за Їльїним, — це сукупність переконань щодо права, держави, всієї організації суспільного життя, це головне джерело природного права, а також універсальний зв'язок між правом

і мораллю, між природним і позитивним правом. Держава і право для свого процвітання потребують духовно здорової й правильної правосвідомості [12, с. 22–93].

У сучасній філософії права М. П. Карева одна з перших поставила питання про регулювальний вплив правосвідомості на поведінку людини [13, с. 47–53]. В. А. Суслов розглядає правову свідомість як різноплановий сплав ідеології та психології, що містить у собі сукупність ідей та знань про право і правову діяльність, а також емоції, орієнтації, пристрасті та установки, які виникають у зв'язку з правовою поведінкою людей, діяльністю правоохоронних органів та ін., включаючи до її структури знання про право, оцінку чинного права та правовідносин, які виникають у різних його галузях [23, с. 87]. Н. Л. Гранат визначає правову свідомість як сферу свідомості, що відображає правову дійсність у вигляді юридичних знань та оцінних ставлень до права і практики його реалізації, правових настанов і ціннісних орієнтацій, які регулюють поведінку людини в юридично значимих ситуаціях [5, с. 2]. На переконання А. Г. Спіркіна правосвідомість — це уявлення та поняття, що відображають ставлення людей до чинного права, знання міри в поведінці людей з точки зору прав та обов'язків; це правові теорії, правова ідеологія [22, с. 723].

Ю. І. Гревцов розглядає правосвідомість як сферу свідомості, яка відображає правову дійсність у формі юридичних знань та оцінного ставлення до права і практики його реалізації, соціально-правових настанов і ціннісних орієнтацій, що регулюють поведінку людей в юридично значущих ситуаціях [6, с. 57]. В. О. Бачинін розглядає правосвідомість як сукупність духовно-інтелектуальних, емоційно-чуттєвих і вольових властивостей, що дозволяють людині існувати в складній системі наявних, реальних правовідносин, адаптуватися до них, користуватися перевагами й підтримувати їх стабільність власними духовно-практичними зусиллями [2, с. 472]. В. В. Касьянов і В. М. Нечипуренко розуміють правосвідомість як якісний рівень знання права, розуміння його необхідності та його участь у внутрішній мотивації вчинків і дій [14, с. 279].

Найбільш поширеним у сучасній філософсько-правовій літературі є визначення правосвідомості як сфери суспільної свідомості, що відображає правову дійсність у формі правових знань і оціночного ставлення до права і практики його реалізації, соціально-правових установок і ціннісних орієнтацій, які регулюють поведінку людей у сфері права [17]. На думку Н. М. Юрашевича, правова свідомість — це система відчуттів, звичок, уявлень, оцінок, поглядів, теорій, ідей суб'єктів права (носіїв правосвідомості), які відображають правову дійсність і оціночне ставлення до неї (до соціально-правових настанов і ціннісних орієнтацій суспільства, до минулого, сучасного або очікуваного права) і виконують завдяки цьому роль своєрідного регулятора (саморегулятора) їх поведінки в юридично важливих ситуаціях [25, с. 181].

Останнім часом у правознавстві дослідження правосвідомості має здебільшого методологічний характер. Правосвідомість розглядається в контексті правового регулювання; визначається як сфера свідомості, що відображає правову дійсність у формі юридичних знань, оцінок, настанов і ціннісних орієнтирів, що регулюють поведінку людей в юридично значущих ситуаціях (В. В. Копейчиков, А. М. Колодій, В. О. Котюк). Поряд з цим, слід погодитись, що така інтерпретація правосвідомості обмежує її активність як регулятора поведінки лише сферою юридично значущих ситуацій. Однак у рамках огляду філософського бачення проблеми правосвідомість органічно вплетена не лише в правову, але й інші сфери людського буття. Крім того, у правосвідомості відображається не лише права реальність, а й уявлення про ідеальну правову систему, про ті правові норми, які будуть у майбутньому тощо. Така позиція пов'язана з тим, що правознавці часто концентрують увагу саме на правових феноменах, як об'єктах відображення правосвідомості, а не на суб'єктах правосвідомості. Однак останнім часом науковці акцентують увагу на тому, що правосвідомість є суб'єктивним явищем, а у зв'язку з цим розглядають психологічні аспекти досліджуваного феномену [19].

Становлення правової держави й утвердження засад громадянського суспільства передбачають орієнтацію на використання правосвідомості як засобу соціального регулювання юридично значимої поведінки людини. На думку П. П. Баранова, у такому регулятивному впливові правосвідомості необхідно виокремити низку безпосередньо пов'язаних між собою елементів, зокрема:

— правосвідомість не лише сприяє усвідомленню людиною цілей юридично значимої поведінки, а і є визначальним джерелом цієї свідомості. За своїми регулятивними можливостями з цим видом свідомості спроможна конкурувати лише моральна свідомість;

— правосвідомість допомагає людині усвідомити сукупність усіх можливих засобів досягнення цілей юридично значимої поведінки та здійснити вибір конкретних засобів із такої гіпотетичної кількості;

— правосвідомість (поряд із моральною свідомістю) допомагає людині правильно оцінювати соціальну ефективність обраної стратегії досягнення цілей юридично значимої поведінки [1, с. 480–481].

Слід погодитись з В. І. Сировацьким, що правосвідомість у системі суспільно-правових відносин має складний характер, оскільки правосвідомість повинна передувати праву (право є вираженням волі суспільства або певної його спільноти, тобто воно виражає погляди та настанови суспільства або суспільної групи, їх правосвідомість), при цьому права система, що формується в суспільстві, виступає одним із суттєвих факторів, які впливають на правосвідомість. Крім того, реалізація права залежать від рівня правової свідомості окремої людини. Правосвідомість крізь призму свого формування має змогу отримати юридично формалізовані вимоги суспільства стосовно правопорядку і стати однією з форм об'єктивації суспільного буття [20]. Таким чином, правосвідомість фіксує

соціально прийнятні моделі поведінки, що реалізуються у суспільних відносинах і відображають існуючі правові ідеї, цінності і норми. З іншого боку, правові ідеї, які об'єктивувалися в системі правових норм і «одухотворяють правову організацію юридичних відносин, трансформуються в переконання (тобто правосвідомість) тих, хто формує на їх основі нові норми права, хто застосовує чинне право, хто керується ним у повсякденній діяльності, дотримується і використовує його» [4, с. 228].

Усі чинники, що впливають на формування правосвідомості та правомірної поведінки, поділяються на об'єктивні та суб'єктивні. До об'єктивних належать такі, що не мають своєю безпосередньою метою формування правової культури, проте тим чи іншим способом здійснюють вплив на процес правової соціалізації. На нього впливають соціально-економічна та соціально-політична ситуація в країні, рівень добробуту населення, характер політичного режиму, особливості національної культури тощо. Суб'єктивний чинник втілюється у діяльності, яка має своєю метою формування правосвідомості та правомірної поведінки і проявляється у правовому вихованні [15]. Універсальним показником ефективності правового виховання є правомірна поведінка людини.

**Висновки.** Регламентация правової поведінки є однією з найбільш гострих соціально-правових проблем сучасності. Про це свідчить зростання кількості і виникнення нових видів правопорушень, невпинний зріст злочинності, збільшення проявів девіантної соціальної поведінки, що призводить до негативних змін в правосвідомості і культурі суспільства, деградації соціальних норм і цінностей. Звичайно такий стан суспільних відносин знаходить свій безпосередній прояв у правовій поведінці, котра характеризується зростанням безвідповідальності людини за свою поведінку. Відбувається негативний взаємозв'язок індивідуальної і суспільної свідомості, внаслідок чого має місце зміна соціальних орієнтирів на зразки маргінальної, егоїстичної, пристосовницької, маніпулятивної, протиправної, злочинної поведінки [21, с. 3].

Окреслена ситуація є звичайною для епохи соціальних перетворень, змін, реформ, оскільки всі зміни в регулюванні суспільних відносин тягнуть за собою зміни системи соціальних цінностей, принципів і норм. Цей процес є невідворотним і відображає розвиток суспільства. Розв'язання ж окреслених проблем можливе лише шляхом державного регулювання найбільш важливих суспільних відносин, котрі відносяться до сфери права. При цьому важливим є створення таких правових моделей поведінки, які б допомогли закріпити нові позитивні цінності і норми, запропонувати соціально схвалювані зразки правомірної поведінки. Лише філософсько-правове дослідження проблем правової поведінки може дати відповіді на питання про сутність сучасної правової поведінки, про нові цінності та норми суспільства, що з'являються при зміні потреб та інтересів людей, про покращення якості правового регулювання суспільних відносин, а отже підвищити соціальну стабільність, цілісність суспільства, покращити рівень реалізації прав і свобод людини.

## Л і т е р а т у р а

1. Баранов П. П. Общая теория права : [курс лекций] / П. П. Баранов ; [под общ. ред. В. К. Бабаева]. — Ниж. Новгород : НВШМ, 1993. — 541 с.
2. Бачинин В. А. Социология: три курса лекций для студентов-юристов / В. А. Бачинин. — Х. : Консум, 2003.
3. Бліхар В. С. Дослідження правосвідомості через призму ціннісного обґрунтування права [Електронний ресурс] / В. С. Бліхар. — Режим доступу: [http://www.nbu.gov.ua/portal/soc\\_gum/Fmpp/2011\\_2/blihar.htm](http://www.nbu.gov.ua/portal/soc_gum/Fmpp/2011_2/blihar.htm)
4. Васильев А. М. Правовые категории: методологические аспекты разработки системы категорий теории права / А. М. Васильев. — М. : Юрид. лит., 1976. — 264 с.
5. Гранат Н. Л. Правосознание и правовая культура / Н. Л. Гранат // Юрист. — 1998. — № 11–12. — С. 170–181.
6. Гревцов Ю. И. Очерки теории и социологии права / Ю. И. Гревцов. — СПб, 1998.
7. Грищук В. К. Проблеми кодифікації кримінального законодавства України / В. К. Грищук. — Л. : Львів. ун-т, 1993. — 138 с.
8. Грищук О. В. Людська гідність у праві: філософські проблеми / О. В. Грищук. — Л. : Львів. держ. ун-т внутр. справ, 2007. — 428 с.
9. Гудима Д. Права людини: досвід дослідження з позиції соціально-антропологічного підходу / Д. Гудима // Антропология права: філософський та юридичний виміри (стан, проблеми, перспективи) : ст. учасників Другого всеукр. «круглого столу» (м. Львів, 1–2 груд. 2006 р.). — Л. : Край, 2007.
10. Заєць А. П. Правова держава в контексті новітнього українського досвіду / А. П. Заєць. — К. : Парлам. вид-во, 1999. — 248 с.
11. Здравомыслов А. Г. Поле социологии в современном мире / А. Г. Здравомыслов. — СПб. : Логос, 2010. — 410 с.
12. Ильин И. А. О сущности правосознания / И. А. Ильин. — М. : Рагорть, 1993. — 225 с.
13. Карева М. П. Право и нравственность в социалистическом обществе / М. П. Карева. — М. : Политиздат, 1951. — 167 с.
14. Касьянов В. В. Социология права / В. В. Касьянов, В. Н. Нечипуренко. — Ростов н/Д : Феникс, 2002.
15. Коваленко І. Правова соціалізація як процес формування правової культури [Електронний ресурс] / І. Коваленко. — Режим доступу: [http://www.nbu.gov.ua/portal/soc\\_gum/vkp/2011\\_6/st11.pdf](http://www.nbu.gov.ua/portal/soc_gum/vkp/2011_6/st11.pdf)
16. Максимов С. И. Правовая реальность: опыт философского осмысления / С. И. Максимов. — Х. : Право, 2002. — 328 с.
17. Макушев П. В. Професійна правосвідомість і правова культура дільничного інспектора міліції : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / П. В. Макушев. — К., 2004. — 18 с.
18. Орзих М. Ф. Право и личность. Вопросы теории правового воздействия на личность социалистического общества / М. Ф. Орзих. — К. ; О. : Вища шк., 1978. — 144 с.
19. Панченко Т. С. Правова свідомість як міждисциплінарний феномен [Електронний ресурс] / Т. С. Панченко. — Режим доступу: [http://www.nbu.gov.ua/portal/Soc\\_Gum/Vchdpu/psy/2011\\_94/Panch.pdf](http://www.nbu.gov.ua/portal/Soc_Gum/Vchdpu/psy/2011_94/Panch.pdf)
20. Сировацький В. І. Формування категоріального апарату теорії правосвідомості [Електронний ресурс] / В. І. Сировацький. — Режим доступу: [http://www.nbu.gov.ua/portal/soc\\_gum/Fmpp/2011\\_2/surovar.htm](http://www.nbu.gov.ua/portal/soc_gum/Fmpp/2011_2/surovar.htm)
21. Спирина Т. П. Социальное поведение личности как философская проблема : дис. ... канд. филос. наук : 09.00.11 / Т. П. Спирина. — М. : РГБ (Из фондов Российской государственной библиотеки), 2005. — 131 с.
22. Спиркин А. Г. Философия : [учебник] / А. Г. Спиркин. — М. : Гардарики, 1998. — 816 с.

23. Суслов В. А. Структура правосознания / В. А. Суслов // Правоведение. — 1997. — № 2. — С. 86–98.
24. Тугаринов В. П. О ценностях жизни и культуры / В. П. Тугаринов. — Л.: ЛГУ, 1960. — 343 с.
25. Юрашевич Н. М. Эволюция понятия правового сознания / Н. М. Юрашевич // Известия вузов. Правоведение. — 2004. — № 2. — С. 178–187.

#### А н о т а ц і я

**Омельчук О. М. Філософсько-правове розуміння поведінки людини в доктринах природного та позитивного права.** — Стаття.

Стаття присвячена філософсько-правовим аспектам поведінки людини в доктринах природного та позитивного права. Свободолюбство як суттєва риса людини проголошувалось її невід'ємним правом. У філософських ідеях природного права людина розглядалась як господар свого життя, що самостійно визначає свою поведінку на підставі здорового глузду.

*Ключові слова:* поведінка людини, свобода, природне право, позитивне право, права людини.

#### А н н о т а ц и я

**Omelchuk O. M. Philosophical and legal understanding of human behavior in the doctrines of natural and positive law.** — Article.

Статья посвящена философско-правовым аспектам поведения человека в доктринах естественного и позитивного права. Свободолюбие как существенная черта человека провозглашалось его неотъемлемым правом. В философских идеях естественного права человек рассматривался как хозяин своей жизни, который самостоятельно определяет свое поведение на основании здравого смысла.

*Ключевые слова:* поведение человека, свобода, естественное право, позитивное право, права человека.

#### S u m m a r y

**Omelchuk O. M. Philosophical and legal understanding of human behavior in the doctrines of natural and positive law.** — Article.

The article is about the aspects of the human behavior in the philosophy of law, when the ideas of natural law had a revolutionary role in defending of possibilities of human, and also forming legally obligatory rules of conduct. Freedom was proclaimed as an inalienable right. In the philosophical ideas of natural law persons was examined as an owner of the life, which independently determines the conduct on the basis of good sense.

*Keywords:* human behavior, freedom, natural law, human rights.



УДК 340.342

*В. В. Дудченко*

## ТЕНДЕНЦІЇ АНТИФОРМАЛІЗМУ ТА ЦІННОСТЕЙ У СУЧАСНІЙ ЮРИСПРУДЕНЦІЇ

Актуальність цієї статті обумовлена необхідністю опрацювання глобального порівняльно-правового підходу до правових систем та проблемою співробітництва між компаративістами Заходу і Сходу. У межах такого підходу на першочергову увагу заслуговує виявлення сучасної домінуючої тенденції у світовій юриспруденції. За умов євроуніверсалізації українського права виявлення такої тенденції неабияк важливе.

Сучасні європейські правознавці відзначають, що елементом стилю західної правової сім'ї є тенденція «антиформалізму у праві». У зв'язку з цим виникає питання, чи не є ця тенденція стрижнем сучасного інтегративного праворозуміння, коли у праві поєднані ідеї (метафізика), факти (позитивізм) і оцінки (аксіологія)? На нашу думку, інтегративне праворозуміння якраз і є сучасною домінуючою тенденцією у світовій юриспруденції. У статті обґрунтовується думка, що, без сумніву, утворює новий напрям у розвитку правової теорії в Україні.

Щонайперше, варто наголосити на ролі методології інтегративного праворозуміння. Ця методологія є метафізичною або трансфундаментальною. Позитивна ж методологія на підставі вузькості своїх вихідних посилок не здатна бути адекватною сучасному інтегративному праворозумінню.

Знання про право різне залежно від методів і методології його пізнання. Так для позитивного юриста (коли у пізнанні права застосовують позитивну методологію) право є правилами поведінки, встановленими державою. Для західного юриста-онтолога, феноменолога, герменевтика чи екзистанційного юриста (коли у пізнанні права застосовують метафізичну або трансцендентальну методологію) право має понад юридичне значення і самотність. Таку природу права виразно виражають джерела або форми права недержавного походження.

У сучасній епістемології переважає цілісний спосіб розкладу усіх речей (філософська антропологія, нова онтологія, феноменологія, екзистенціалізм, герменевтика). На думку К. Хюбнера, «під структурністю розуміють зв'язок, побудову і внутрішнє розчленування цілого. Ціле, про яке тут йдеться, має стосунок до всієї реальності, буття взагалі, є всезагальним способом розгляду реальності і буття» [1, с. 117]. І далі: «Онтологія є межами, у яких усе дане чуттєво сприймається, духовно тлумачиться, опрацьовується, розчленовується, формується; вона являє собою ніби координуючу систему, у якій все впорядковується. У цьому сенсі критичне співставлення етики і науки редукується до співставлення онтологій, які є їх підставами» [1, с. 119–120].

Аналогічно міркує і Р. Скратон. Він відзначає, що «наука — це цариця емпіричного дослідження... Будь-яка наука породжує численні запитання, які перебувають поза її власними методами дослідження і які вона, таким чином, неспроможна розв'язати... Такі питання названі метафізичними — вони формують виразну і невід'ємну частку предмета дослідження філософії» [2, с. 10–11]. Свобода, етика, право і є тими проблемами, які неможливо вирішити, якщо залишитися на ґрунті емпіричної або позитивної науки.

Інший сучасний філософ Е. Корет відзначає, що метафізика розкриває духовну сутність людини. Метафізика не підміняє окремі науки, але останні мають задаватися питанням про свої передумови на основі можливості метафізики, щоб визначити свої межі і своє місце у всеохоплюючій цілісності буття.

Філософське мислення сучасності бажає воно бути екзистенційним аналітичним чи постмодерним мисленням, неминуче містить (бажає того чи ні) метафізичні передумови [3, с. 18–20].

Усі наведені міркування ґрунтуються на фундаментальному поділі європейських наук на «науки про природу» і «науки про дух». Основоволожним принципом «наук про природу» є каузальність, тоді як основоположним принципом «наук про дух» є цілепокладання. Каузальність є підставою для опису і пояснення, а цілепокладання — для осмислення і оцінки.

Під кутом зору матеріалістичної онтології право є позитивною реальністю. Дана онтологія обмежує сферу реального лише матеріальним. Нематеріалістична ж онтологія опрацювала широке поняття реальності, визнавши цілковиту реальність ідей чи то духу і прагнучи з цієї позиції визначити автономне буття духу, закономірності його виникнення, розвитку і функціонування.

Для нас очевидно, що наведені міркування сучасних західних філософів спрямовані як проти формалізму у праві, так і проти формалізму у методології.

На тенденції «антиформалізму у праві» як елементу і стилю західного права гостро наголосили світові постаті у компаративістиці, німецькі юристи К. Цвайгерт і Х. Кьотц. Вони відзначають, що позитивістська

школа готувала справних фахівців з юридичної техніки, однак духовно злидених. У юристів-позитивістів не розвивається критичний підхід до права [4, с. 38–39].

Очевидно, що аналіз тенденції «антиформалізму у праві» неможливий без звернення до юридичного позитивізму і його критики.

Згідно з головним постулатом позитивізму, чинність права визначається виключно юридичними нормами, а не етичними принципами та якимись іншими системами цінностей. У позитивізмі справедливість ототожнюється з волею держави: те, що приписує закон, те і справедливе. Право є абсолютно раціональною і точною наукою, яка здатна вирішувати усі проблеми простим застосуванням логіки. Оцінки не є завданням науки права. Позитивне право безоціночне. Усі проблеми права треба шукати у самому позитивному праві і з нього самого їх вирішувати.

Однак чи можна юридичні судження ототожнювати з формальною логікою? На думку сучасного французького правознавця Ж.-Л. Бержеля, будь-яка юридична система ґрунтується на фундаментальних принципах, які відіграють домінуючу роль всередині юридичної системи і визначають її ідейний стрижень, її мету. Так і фундаментальні принципи є філософськими. «...Ми знаємо, що юридичні судження передусім залежать від вибору пропозицій на філософському рівні (як фундаментальних посилок) і лише потім — від вибору технічних пропозицій, які забезпечують застосування перших. Зіставлення філософських і технічних пропозицій з фактами приводить до конкретного рішення» [5, с. 482].

Ототожнення юридичного судження з формальною логікою надає першому точності і достовірності того, чого йому часто не вистачає, і може сприйматися як благо. Однак спроба звести право виключно до формальної логіки зіткнеться з проблемою граничної мети (спрямованості) кожної юридичної системи. Юридичне судження має таку спрямованість. Право не прагне лише констатувати чи пояснити факти. Його смисл — дія, пов'язана з оціночним судженням і з реалізацією деякої мети. Формальна ж логіка покладає на право печатку догматизму і строгості, несумісною з складним характером реальної діяльності і гнучкістю життя. Динаміка фактів не співпадає з ритмом і напрямом дедуктивних висновків у дусі формальної логіки. Більше того, за будь-якої техніки суджень, що використовується у праві, праву завжди не байдужа реакція свідомості людей на несправедливість висновків, до яких приводять такі судження. Ні що не заважає подати юридичне судження у формі силогізму, але така форма гідним чином не гарантує цінності висновку.

Тож юридичну методологію можна охарактеризувати як процедуру з виключно складною структурою, у якій операції *a posteriori* передбачають механізми управління *a priori*, у якій змішані аналіз та синтез.

Французький правник відзначає, що «сучасні концепції права... негативно ставляться до аналітичності і дедуктивної концепції права і харак-

терні відродженням тенденцій, близьких до теорії природного права» [5, с. 455–456]. І далі: «...Дух права є вищим за букву, тому для випадків порушення духу передбачені різні санкції... має діяти принцип обов'язкової поваги до доконечної мети юридичної системи» [5, с. 441–447]. Право не можна зводити до формальної сукупності прав, які є не більш, ніж його вираженням у дану мить і у даному суспільстві. Ці правила ще не усе право.

Інший французький юрист Р. Леже сьогодні відзначає, що у правовій державі право не тільки технічно досконале, але і має філософський і політичний сенс, який робить його гарантом справедливості і свободи. За межами позитивного права існує і інше, не писане право, яке народжується самою природою людини, як це було проголошено Софоклом чи Арістотелем. Закони змінюються, але що не змінно у праві? Незмінне — його ідея, або дух. Тому необхідно пізнавати ідею або дух, які характеризують систему права [6, с. 3–4, 104–106].

Таким чином, ми доходимо висновку, що чинність права у позитивізм визначається виключно юридичними нормами і не потребує додаткової легітимації через посилення на метаюридичні цінності етичного, релігійного чи іншого характеру.

Однак позитивне право не в змозі бути критерієм оцінки себе самого. Потрібні інші, вищі і непозитивні критерії. Залучення цих критеріїв до процесу пізнання права робить сучасне розуміння права інтегративним.

Юрист мусить володіти не тільки суто технічним знанням свого предмета, але й повністю усвідомлювати соціальне завдання і мету права і те, як найкраще досягнути їх реалізації. Треба зважати на роль оціночних рішень у змісті і розвитку права, а не лише на логіку і семантику. Вибір тієї чи іншої цінності є однією з найважливіших складових частин процесу прийняття рішень чи то правової аргументації.

Цінності є об'єктами світоглядного переконання і визнання, а не позитивної науки. Істинність цінностей логічно не доводиться. Їх не можливо вивести з фактів. Вони завжди відображаються у фактах, не впливаючи з них. Тож природа цінностей метаюридична. Проблема цінностей — герменевтична і аксіологічна, а не формально-логічна і семантична.

Аналогічно міркують і англомовні правознавці. Виразним тому підтвердженням є сучасна реалістична теорія права в США, згідно з головним постулатом цієї теорії, за «нормами на папері» існують «реальні норми» у житті.

Американський «правовий реалізм» є різновидом англомовної соціологічної юриспруденції на чолі з Роско Паундом. Правові погляди Паунда стали програмними для усіх американських правових реалістів, особливо його думка про те, що сучасна правова теорія має бути теорією цінностей і оцінок [7, с. 677–678].

Так, Холл Джером у своїй праці «Інтегративна юриспруденція» відзначає, що у праві мають бути поєднані ідеї, факти і оцінки. На

особливу увагу заслуговує опрацювання онтології права, на засаді якої можливий вищезазначений синтез [7, с. 738–743].

Гарольд Берман зазначає, що сучасна теорія права має звести в одно усі три традиційні школи юриспруденції — політичну школу (позитивізм), етичну або філософську школу (теорія природного права) і історичну (історична юриспруденція) — і створити інтегровану єдину юриспруденцію. Західна традиція права завжди, навіть в епоху розвитку національних держав, ґрунтувалася на вірі в існування закону, який є вищим навіть за законом політичної влади. Цей закон називали колись божественним правом, потім природним правом, а тепер правами людини.

У результаті право не лише факт, але також і ідея, поняття і, крім того, певний ціннісний критерій. На відміну від суто матеріалістичних явищ воно складається з ідей і цінностей [8, с. 16–17, 58, 532].

Інший правовий реаліст Френк Джером наголошує на такому: «Я не уявляю, як могла б сьогодні порядна людина не визнавати як засади сучасної цивілізації фундаментальні принципи природного права, що стосується людської поведінки, встановлені Фомою Аквінським... Природне право є стандартом справедливості і моралі для критичної оцінки встановлених у суспільстві норм... Норми, встановлені як законодавчими органами, так і суддями, є втілення цінностей» [7, с. 886–887].

Цікавим є міркування правника і судді Бенджаміна Натана: «Згідно з давнім переказом, Бог одного разу здійснив молитву, щоб правосуддя здійснювалося під впливом його милосердя. Цінність і оцінка — ось найважливіше у діяльності суддів у цивілізованому суспільстві» [7, с. 672].

Варто відзначити, що правові реалісти, як і їх континентальні європейські колеги, обґрунтовують метаюридичну природу цінностей. Заради об'єктивності і неупорядженості наука вільна від оцінок і цінностей. Оцінки не є завданням науки. Наука безоціночна. Проблема цінностей — аксіологічна, герменевтична і телеологічна. Цінності — корелят світоглядного осмислення і визнання.

Б. Натан з'ясовує природу судового процесу. Серед принципів діяльності суддів першочергове місце він відводить філософському підходу. Цей підхід є аргументацією, яка ґрунтується на етичних нормах і чутті соціальної справедливості. Подібним чином міркує і інший суддя, юрист і філософ Холмс Олівер Венделл. Він відзначає, що «законодавство у нашій країні, як і будь-якій іншій, категорія емпірична. Я розумію право як категорію, виконання і дотримання якої мусить забезпечуватися судами і не можу зрозуміти, як можна думати, що право — знаряддя, створене Сполученими штатами для реалізації своєї волі і від якого вони в змозі відмовитися, якщо воно виявиться для цього непридатним... Мені таке припущення здається схожим на ситуацію, коли хтось розмахує кулаками, погрожуючи небу, яке дарує енергію й на те, щоб у когось вирости кулаки [7, с. 663–664]. Така метафізика права Венделла.

Усі правові реалісти одностайні в думці, що ідея справедливості є необхідним конститутивним елементом поняття права. Вони визнають антиномічний характер правової сфери і обстоюють телеологічний метод розв'язання антиномій у праві.

Аналіз сучасної інтегративної англомовної юриспруденції вважаємо за потрібне завершити думками про право Фрідріха Хайєка. Цей американський юрист і філософ права критикує позитивних юристів, які вважають, що закон містить не абстрактні загальні правила, а конкретні, спеціальні норми, які спрямовують індивіда на виконання конкретних завдань. На його думку, принципи і переконання, які спрямовують розвиток права, неминуче черпаються з інших сфер. Існує істина, що має фундаментальне значення, а саме: вирішальними факторами, які визначають вплив соціальної еволюції, завжди будуть вкрай абстрактні уявлення про правильне і належне, а не конкретні цілі чи бажання. Влада абстрактних ідей ґрунтується, головним чином, на тому, що більшість людей сприймають їх не як теорії, а як самоочевидні істини, які виступають у ролі передумов. Юрист, що практикує, краще виконає своє завдання, якщо належним чином застосовує загальні принципи права, які він вивчив та мусить послідовно застосовувати [9, с. 85–90, 179–198].

Тепер важливо звернутися до права східних народів. Елементом стилю цього права завжди був і є нині синкретизм права і релігії або релігізованої моралі. Це виразно засвідчує про традиційне для Сходу інтегративне розуміння права.

Коли аналізувати право з точки зору іудаїзму, ісламу чи індуїзму, виявляється, що не можна розглядати систему правових норм незалежно від інших нормативних цінностей, таких як норми релігійності і моральності. І у тих, і у інших одна фундаментальна норма і одна єдина вища цінність, Божественні веління у тому вигляді, в якому вони сформульовані у Торі, Корані чи Шастрах. Право в іудаїзмі, ісламі чи індуїзмі не автономне і не самодостатнє. Воно як частка єдиної соціальної цілісності, мусить віддзеркалювати духовні, морально-релігійні цінності єврейського, мусульманського і індуїстського суспільств. Розмірковуючи так, ми виходимо за межі суто юридичної науки і вступаємо у сферу віри.

Синкретизм права і релігії обумовлює теократичний характер суспільства і держави у країнах Близького Сходу, брахмацентристський характер в Індії і країнах Південно-Східної Азії, даоцентристський характер в Китаї, Японії і інших країнах Далекого Сходу.

Принципи теократизму, брахмацентризму і даоцентризму є головним обмеженням влади. Держава має значення лише як служіння встановленої релігії чи моралі. Уряд, який володіє авторитетом, що ґрунтується не на санкції Аллаха, Брахми чи Дао і який не підкорюється їх принципам, є недійсним для Божественної системи права і суспільства. Він розцінюється як тиранічний, такий, що не має права вимагати слухняності і заслуговує лише того, щоб бути поваленим.

Одним з прикладів синкретизму права і релігії є юриспруденція держави Ізраїль.

У Декларації незалежності Ізраїлю від 14 травня 1948 року відзначається: «Держава Ізраїль базується на засадах справедливості і миру, відповідно до ідеалів єврейських пророків». Як відомо, пророк несе слово Бога людям.

В Ізраїлі немає конституції. Згідно з Торою, закон, за яким живе єврейський народ, — від самого Бога. Бог — істинний і єдиний Цар і Законодавець, тож заперечується необхідність іншої конституції, окрім Тори. Тору наскрізь пронизує ідея справедливого суду. Ця ідея стала частиною віри. Результатом правосуддя є спокій, безпека і мир. Згідно з п'ятою книгою Мойсея, «суд — це справа Божа... На трьох засадах світ тримається — на правосудді, на істині, на мирі».

Через біблійське, єврейське поняття «том лев» справедливе судочинство пов'язано з мораллю. «Том лев» — це чистосердечність. Слово «том» означає чистоту, безхитрісність. Термін «том лев» є синонімом терміна «йошер лев» («прямота серця» — відвертість, прямотушність, чесність).

Зазначені терміни закріплені у законах Ізраїлю про договори.

Найголовнішим серед принципів єврейського права є такі: «Не за буквою, а за духом закону», «Чини справедливо і добре заради миру між людьми», «Непідкарний людям, але підкарний небесам», «Виконав свій обов'язок перед Небесами», «Він не заслуговує довіри».

Тора — це основне законодавство, усі інші закони, постанови, укази — це другорядне законодавство. Бо Тора, як головна інстанція, делегує право законодавства тим, хто виносить постанови і видає укази. Другорядному законодавству не можна виходити за межі основного. Якщо воно виходить і перебільшує повноваження, то воно повністю анулюється.

Яке джерело повноважень самої Тори? Сучасний ізраїльський юрист член Верховного Суду Ізраїлю Елон Менахен у своїй фундаментальній праці «Єврейське право» зазначає таке: «Джерело повноважень Тори — у тому, хто її дав нам. Тора виражає волю Творця всесвіту...Веління Божі — це єдина вища цінність у Торі, яка була дана Мойсею на горі Сінай» [10, с. 222–228].

Що стосується мусульманського права, то у ньому загальні коранічні принципи такі: «в основі речей — дозвіл», «необтяження людини зверх її можливостей», «принцип спільної згоди сторін у договорі», принципи «виконання взятих зобов'язань, «забезпечення інтересів і прав людини», «для влади необхідності радитися». Коран, як слово Боже, для мусульман є головним законом. У ньому основи ісламського права і усїєї ісламської цивілізації. На зміст Корану значно вплинули іудаїзм і християнство. Коран, як і Тору, наскрізь пронизують ідеї справедливості, правосуддя, неупередженості істини, добра, миру. Ці ідеї є частиною віри. Вестернізація мусульманського права не вплинула на фундамента-

лізуючу роль ісламу у суспільстві. Сучасний ісламський юрист Абу Філіпс прагне до того, щоб іслам був найвищим керівництвом у повсякденному житті мусульман в усіх частинах світу, незалежно від конкретних соціальних, політичних і економічних умов... Відновлення справжнього Халіфату забезпечить необхідну основу для виконання Закону Аллаха на всій планеті, якщо на те буде Його воля» [11, с. 200–204].

Що стосується далекосхідного права, передусім, права Китаю і Японії, то його основу складає доктрина конфуціанства. Дао — шлях у конфуціанстві — це небесний, космічний закон, порядок, який владарює над усім сущим. Небо, дух, доля — це Дао — шлях. Завдання людини пізнати Дао — шлях, як канон, стандарт всього сущого і поводитися згідно з пізнанням.

Людський вияв Дао відзеркалюється у понятті де — добродійність, гуманність. Зовнішнім аналогом добродійності є правила лі. Тож, у співвідношенні Дао (мораль) — де (добродійність) — лі (правила поведінки) виразно відображається синкретизм права і моралі. Закони (фа) мали узгоджуватися з вимогами Дао.

Одни з головних наслідків зазначеного синкретизму є здебільшого інша техніка права, ніж за участю державного судді. І нині має місце позасудове вирішення суперечки (партнерство, дружні переговори, узгоджувальні процедури).

Мирові угоди своєю підставою мають добру згоду і переконання, а не владу і примус.

Позасудове вирішення суперечки є елементом самоврядування у китайській і японській общині. Як посередники стають старійшини роду, сільський староста, інші шановані у цій місцевості люди, керівники гільдій у містах, голови квартальних рад. Сторонами у цих випадках відчинений шлях до державного суду. Проте сторони зазвичай віддають перевагу спершу вирішенню суперечки через місцеві узгоджувальні процедури, оскільки в іншому випадку їх чекає неминучий суспільний осуд.

Тією обставиною, що держава має значення лише як служниця встановленої релігії та моралі, зумовлюється субсидіарний характер позитивного права. Так головним джерелом права і держави Ізраїль є Тора і Талмуд; у мусульманських країнах — норми шариату (Коран, сунна Пророка, іджема, кіяс); у праві індуської общини — шастри індуїзму (Дхарма, артха, кама); у китайському і японському праві — філософські класичні книги китайської освіченості. Відповідно до принципів іудаїзму, шариату, Брахма чи Дао формувалося звичаєве право. Дотримання звичаєвих рит в Китаї чи звичаєвих гірі в Японії замінили у цих країнах законослухняність.

Сказане з усією очевидністю підтверджує субсидіарний, доповнючий до іудаїзму, шариату, Брахми чи Дао та звичаєвих норм характер позитивного права і його другорядну роль у країнах Близького і Далекого Сходу, в Індії і інших країнах Південно-Східної Азії. У східноазійських вченнях принципи іудаїзму, шариату як справедливого божественного



закону, чи принципа Брахми і Дао як справедливого природного закону, є всеохоплюючими, вічними, незмінними і досконалими, тоді як законодавчі приписи зумовлені часовою необхідністю, вони виправдані конкретними обставинами і змінюються разом з ними. Ось чому навіть коли має місце закон, емпіричний по суті, суддя не мусить застосовувати його буквально, ригористично. Йому надані повноваження власного, всебічного розсуду, щоб усіма можливими засобами узгодити справедливість.

Тож у релігіях іудаїзму, ісламу чи концепціях Брахми і Дао держава і позитивне право знаходять своє обґрунтування і виправдання (або засудження). Це є їх легітимація.

У підсумках, правова система у східних народів не може існувати, спираючись лише на закони. По самій своїй суті вона потребує «душі». І вона її знаходить в морально-духовних цінностях, таких як справедливість, істина, чесність, совість, добродійність, сором, згода.

На завершення важливо наголосити на проблемі співпраці між компаративістами Заходу і Сходу. Ось міркування з цього приводу провідних європейських юристів. Р. Леже відзначає, що «ми змушені враховувати уроки, які дали нам великі східні цивілізації: сьогодні нам необхідно обмежувати технічне значення права і прикладати максимум зусиль до врегулювання соціальних відносин іншими способами» [6, с. 4]. За Г. Берманом: «Сьогодні світ підозріло ставиться до західної законності, ще підозріліше, ніж раніше. Людина Сходу і людина Півдня пропонують інші альтернативи. Треба вивчати системи і традиції права які не належать Заходу, вивчати те, яким чином зустрічаються західне і незахідне право і як виробляється спільна правова мова людства» [8, с. 48].

Підіб'ємо підсумок. Сучасною домінуючою тенденцією у світовій юриспруденції є інтегративне праворозуміння, коли у праві поєднані ідеї (метафізика), факти (позитивизм) і оцінки (аксіологія). Онтологією цього синтезу є теорія ейдосів. У межах цієї теорії плідним є опрацювання синкретизму права і етики або релігії, легітимації держави і права, субсидіарного характеру позитивного права. Дослідження цих проблем, без сумніву, утворює фундаментальну перспективу подальшого опрацювання проблеми.

#### Л і т е р а т у р а

1. Хюбнер К. Критика научного розуму / *К. Хюбнер*. — М.: Прогрес, 1994. — 568 с.
2. Скратон Р. Коротка історія новітньої філософії: від Дакар та до Вітгенштайна / *Роджер Скратон*. — К.: Основи, 1998. — 331 с.
3. Корет Эмерих. Основы метафизики / *Корет Эмерих*. — К.: Тандем, 1998. — 248 с.
4. Цвайгерт К. Введение в сравнительное правоведение. В 2 т. Т. 1. Основы / *К. Цвайгерт, Х. Кьотц*. — М.: Междунар. отношения, 2000. — 480 с.
5. Бержель Ж.-Л. Общая теория права / *Ж.-Л. Бержель*. — М.: Nota bene, 2000. — 575 с.

6. Леже Раймон. Великие правовые системы современности: сравнительно-правовой подход: пер. с фр. / *Леже Раймон*. — М.: Волтера Клувар, 2009. — 584 с.
7. Антология мировой правовой мысли. В 5 т. Т. 3. Европа, Америка: XVII–XX вв. — М.: Мысль, 1999. — 829 с.
8. Берман Г. Дж. Западная традиция права / *Г. Дж. Берман*. — М.: Изд-во МГУ, 1998. — 624 с.
9. Хайэк Фр. Право, законодательство, свобода / *Фр. Хайэк*. — М.: ИРИСЭМ, 2006. — 644 с.
10. Менахем Элон. Еврейское право / *Менахем Элон*. — СПб.: Юрид. центр Пресс, 2002. — 611 с.
11. Абу Амина Биляль Филипс. Эволюция Фикха (Исламский закон и Мазхабы) / *Абу Амина Биляль Филипс*. — К.: Аксар Фундейшн, 2001. — 224 с.

#### А н о т а ц і я

**Дудченко В. В.** Тенденції антиформалізму та цінностей у сучасній юриспруденції. — Стаття.

Обґрунтовано, що сучасною, домінуючою тенденцією у світовій юриспруденції є інтегративне праворозуміння, коли у праві поєднані ідеї (метафізика), факти (позитивізм) і оцінки (аксіологія). Розкрито онтологію права як теорію ейдосів. Проаналізовано синкретизм права, етики та релігії, легітимацію держави і права, субсидіарний характер позитивного права.

*Ключові слова:* антиформалізм у праві, цінності, інтегративне праворозуміння, ідеї, факти, оцінки, легітимація, субсидіарний характер позитивного права, синкретизм права, етики і релігії.

#### А н н о т а ц и я

**Dudchenko V. V.** Тенденции антиформализма и ценностей в современной юриспруденции. — Статья.

Обосновано, что современной доминирующей тенденцией в мировой юриспруденции является интегративное правопонимание, когда в праве объединены идеи (метафизики), факты (позитивизм) и ценности (аксиология). Раскрыта онтология права как теория эйдосов. Проанализирован синкретизм права, этики и религии, легитимация государства и права, субсидиарный характер позитивного права.

*Ключевые слова:* антиформализм в праве, ценности, интегративное правопонимание, идеи, факты, оценки, легитимация, субсидиарный характер позитивного права, синкретизм права, этики и религии.

#### S u m m a r y

**Dudchenko V. V.** The Antiformalism and Values Tendencies in Modern Jurisprudence. — Article.

In article author proves that the dominant trend in the modern jurisprudence is an integrative legal thinking, when law combines the ideas (metaphysics), facts (positivism) and values (axiology). Ontology of law as a Eidos theory is proved. Syncretism of law, ethics and religion, legitimation of law, subsidiary character of positive law are shown.

*Keywords:* antiformalism in law, valuables, integrative legal thinking, ideas, facts, evaluation, legitimation, subsidiary character of positive law, syncretism of law, ethics and religion.

УДК 342.4(477)

*А. Р. Крусян*

## **МОДЕРНІЗАЦІЯ КОНСТИТУЦІЇ УКРАЇНИ: ДОСВІД, СУЧАСНІСТЬ ТА ПЕРСПЕКТИВИ**

Конституційне реформування та модернізація в Україні вступили в новий етап свого розвитку — етап «докорінних перетворень» (В. Ф. Янукович), спрямований на досягнення єдиної мети — «утвердження сучасної України як країни високих економічних, політичних і соціальних стандартів» [1]. Курс на модернізацію, який був проголошений у 2010 р. та визначений главою держави як стратегічний вибір подальшого розвитку України [2], передбачає низку завдань, серед яких ключового значення набуває закінчення конституційної реформи [2]. У виступі на першому засіданні Конституційної Асамблеї Президент підкреслив необхідність здійснення «конституційно-правової модернізації», насамперед тому, «що справжня та досконала конституційна реформа є важливим чинником подальшого стабільного розвитку нашої держави» [3].

Звідси актуалізуються питання щодо конституційно-правового забезпечення сучасних перетворень в Україні, одним з важливіших напрямків якого є здійснення модернізації Основного Закону. Як наголошується у зверненні та привітанні Президента України з нагоди Дня Конституції, «модернізація Конституції необхідна для наближення нашої країни до європейських норм в усіх сферах життя» [4], «ми розвиваємо і удосконалюємо Конституцію України, щоб вона відповідала сучасним потребам суспільного розвитку та врахувала політичний досвід нашої держави» [5]. Таким чином, оновлення Основного Закону є важливим підґрунтям конституційних перетворень з метою формування сучасного українського конституціоналізму, становлення та розвиток якого безпосередньо пов'язані з конституційним реформуванням. Більш того, конституційна реформа традиційно, навіть у науковій літературі, подається як процес прийняття Конституції або як процес підготовки і внесення змін до Основного Закону держави. Метою та підсумковим етапом конституційної реформи, зазвичай, називають прийняття нової Конституції. З по-

дібними зауваженнями важко погодитися через те, що конституційна реформа за своїми цілями і змістом є значно ширшою, ніж процедура оновлення тексту конституції загалом або окремих її положень.

Конституційна реформа спрямована на суттєві перетворення суспільства і держави, що передбачають внесення змін до змісту конституційного ладу та закріплення цього у новій Конституції держави. Ці перетворення мають багатоаспектний, складний, поступальний характер, на відміну від модернізації, яка не впливає на зміст конституційного ладу держави та суспільства, не передбачає його кардинальних змін, але спрямована на удосконалення, перш за все, конституційного законодавства, оновлення (модернізацію) Конституції з метою еволюційного розвитку держави та суспільства. Таким чином, перегляд Основного Закону притаманний як конституційній реформі, так й конституційній модернізації, які доцільно визначати як конституційні перетворення в Україні.

Конституція може бути змінена повністю або частково. Повний перегляд конституції здійснюється двома шляхами — прийняттям нової конституції у відповідності до правил, що передбачені попередньою конституцією (наприклад, так була прийнята Конституція Швейцарії у 1999 р.) або прийняття нової редакції конституції при збереженні її попередньої дати (наприклад, Конституція Нідерландів 1815 р. в редакції 1983 р.). Часткова зміна Основного Закону здійснюється через процедуру внесення змін до його тексту.

Думається, що виконання умов дотримання чинної Конституції при зміні її тексту сприятиме встановленню конституційного правопорядку та забезпеченню конституційної законності, без яких є неможливим становлення вітчизняного конституціоналізму. Крім того, в контексті конституційних перетворень важливим є те, щоб повний або частковий перегляд Конституції носив характер її оновлення з метою удосконалення (модернізації), виходячи з мети конституційних перетворень, тобто формування системи сучасного українського конституціоналізму. Крім того, модернізація Основного Закону передбачає не тільки удосконалення його тексту, але і його «осучаснення», тобто впровадження ознак сучасної суспільно-політичної практики. Конституція має вдосконалюватися і змінюватися відповідно до змін, що відбуваються у зв'язку з розвитком конкретного суспільства і держави, відповідно до еволюційного розвитку системи вітчизняного конституціоналізму. Якщо оголосити будь-яку конституцію ідеальною, непорушною, можливе припинення держави і суспільства у їх розвитку. Процес конституційних змін є об'єктивним явищем, властивим кожному суспільству та державі, що прогресивно розвиваються. Основний закон держави і суспільства не може залишатися незмінним, оскільки зміни соціуму необоротні. Цим змінам повинна кореспондувати конституція. Більше того, по можливості конституція повинна їх передбачати, перебуваючи на крок попереду майбутніх перетворень у державі та суспільстві, тобто закріплюючи певні завдання і програмні розпорядження, виходячи з мети і принципів

конституціоналізму. Звідси слушним є висновок про те, що «Конституція — це не тільки стрижень правової системи, але й програмний документ для держави та суспільства» [6, с. 148].

Таким чином, оновлення конституції є необхідною складовою процесу прогресивного розвитку держави та суспільства. Тенденція щодо модернізації тексту Основного Закону простежується на всіх етапах конституційних перетворень в Україні.

Так, перший період конституційних перетворень (конституційна реформа), що охоплюється часовими рамками з 1989 р. до 1996 р. та характеризувався спрямованістю на сутнісні зміни державного і суспільного ладу України, розпочався з внесення відповідних змін до чинного на той час Основного Закону держави. Так, в період з 1989 р. по 1996 р. було прийнято більше ніж два десятки законів про внесення змін і доповнень до Конституції 1978 р. Крім того, у цей період активізувалася конституційно-проектна робота, яка почалася з прийняття (схвалення) Концепції нової Конституції України (19 червня 1991 р.) [7].

Концепція нової Конституції України була концептуально-методологічною основою для розробки проекту Конституції. Принципове значення мали її настанови про те, що в Конституції України мають утверджуватися ідеали правової держави, що в центрі уваги нової Конституції має бути людина як найвища соціальна цінність, її права та їх гарантії, що Конституція має визначити пріоритет загальнолюдських цінностей, закріпити принципи соціальної справедливості, утвердити демократичний і гуманістичний вибір народу України, чітко засвідчити прихильність України загальноновизнаним нормам міжнародного права. Велике значення в контексті формування науково-практичної парадигми вітчизняного конституціоналізму мало те, що як загальнометодологічний принцип Концепції закріплювалася необхідність запровадження «інституту конституційних законів, посилення на які повинні міститися в тексті самої Конституції», з метою «забезпечення стабільності та ефективності Конституції» [7].

На підставі Концепції було розроблено перший проект Конституції України, який було винесено на всенародне обговорення з 15 липня до 1 грудня 1992 р. За результатами всенародного обговорення до проекту було внесено істотні зміни. Цей проект існував в офіційній редакції від 27 травня 1993 р. і був переданий на розгляд Верховної Ради України. 26 жовтня 1993 р. Верховна Рада України дванадцятого скликання прийняла рішення опублікувати доопрацьований проект Конституції України [8, с. 32–66]. Перший проект Конституції України, крім всенародного обговорення, зазнав численних аналізів з боку політиків, юристів, вітчизняних науковців та міжнародних експертів з конституційного права. Так, Б. Футей, розглядаючи цей проект, особливій критиці піддавав положення про конституційні гарантії прав людини, механізм поділу влади, положення стосовно економічних прав та аргументував пропозиції щодо «забезпечення незалежності судової влади» [9, с. 24–27, 32–

33]. Зокрема, було висловлено зауваження, що «розмежування між законодавчою, виконавчою і судовою владою повинне бути визначено чіткіше», а також висловлювалися сумніви: «після ознайомлення з цим проектом Конституції не складається враження, що всі три галузі влади є рівноправними» [9, с. 26]. Необхідність «більш чіткого» поділу влади з дотриманням принципу їх рівноваги в механізмі державної влади залишається актуальною і на сучасному етапі конституційних перетворень. Крім того, актуальним залишаються і зауваження щодо необхідності розширення і зміцнення гарантій права приватної власності, оскільки «без приватної власності не може бути мови про вільну ринкову систему» [9, с. 37], а також про економічну свободу людини.

Водночас Проект Конституції України (у редакції від 26 жовтня 1993 р., далі — Проект) містив у собі положення, що відіграли значущу роль у становленні вітчизняного конституціоналізму. У зв'язку з цим важливим є розділ Проекту про права, свободи і обов'язки людини та громадянина. Окремі глави було присвячено громадянським та політичним правам (гл. 3 Проекту), економічним, соціальним, екологічним та культурним правам (гл. 4 Проекту). Позитивним є також те, що закріплювалися основні гарантії прав і свобод людини (гл. 5), що є важливим для створення механізму забезпечення конституційно-правової свободи людини. Таким чином, ці положення мали концептуальне значення для формування сучасного українського конституціоналізму. Аналогічний висновок можна зробити і щодо розділу про громадянське суспільство і державу. У контексті забезпечення конституційності у державі особливого значення набувають конституційні закони, інститут яких було закріплено у Проекті. Втім надалі положення про конституційні закони було виключено з проектів Конституції, і як наслідок, інститут конституційних законів не було включено до тексту Конституції України, що представляється упущенням.

Другий період конституційних перетворень (конституційна модернізація) починається із прийняття Конституції України 1996 р. Втім з прийняттям Конституції питання щодо її перегляду не втратили своєї актуальності. Саме у цей період продовжується пошук оптимальної моделі державного правління для України з пропозиціями подальшої модернізації тексту Основного Закону.

Починаючи з 2002 р. конституційна реформа в Україні вступила в новий етап свого розвитку. В юридичній літературі цей етап отримав назву політичної реформи. Їй передували «президентські ініціативи 2000—2002 рр.», в аспекті яких було проведено всеукраїнський референдум (2000 р.), здійснювалося обговорення фрагментарних змін до Конституції України. У Зверненні Президента України до українського народу у зв'язку з 11-ю річницею незалежності України (серпень 2002 р.) було проголошено політичну реформу. Безпосередньо започатковано було цю реформу Указом Президента України від 3 жовтня 2002 р. «Про організацію роботи з підготовки законопроектів про внесення змін

до Конституції України та виборчих законів» [10]. Мета політичної реформи досить чітко була сформульована в зазначеному Указі Президента України: «забезпечення дальшого динамічного розвитку української державності... створення передумов для підвищення реальної ролі партій і структур громадянського суспільства та впровадження демократичних інститутів, що відповідають європейській моделі розбудови сучасної демократичної держави» [10]. Однак надалі політична реформа частково втілилася у прийнятті Закону України «Про внесення змін до Конституції України» від 8 грудня 2004 р. [11]. Безумовно, цим законом не було досягнуто проголошеної мети політичної реформи, конституційні зміни у цілому були зведені до практичного перерозподілу повноважень між Президентом, Парламентом та Урядом і зміни способів формування конституційних органів. При цьому парламентська система правління, на встановлення якої були орієнтовані ці зміни, не мала завершеного вигляду. Так, не була проведена реформа публічної влади на місцях, не набули завершеності система та організація державної влади в центрі відповідно до обраного типу республіканської форми правління тощо. Крім того, не була дотримана чинна Конституція України при прийнятті Закону про внесення до неї змін.

Вказані обставини, а також складна політико-правова ситуація в країні, розстановка політичних сил і нестабільність функціонування механізму публічної влади (у 2005–2010 рр.) зумовили появу ініціатив про перегляд, внесення подальших кардинальних змін до тексту чинної Конституції чи прийняття нової Конституції України. Це, у свою чергу, активізувало дискусію щодо необхідності, а також меж та способів зміни Основного Закону України, яка тривала протягом декількох років. Офіційним її «початком» стала заява Президента України про необхідність підготовки нової редакції Конституції України, що було оформлено у вигляді Указу Президента України від 27 грудня 2007 р. «Про Національну конституційну раду». Зокрема, у затвердженому цим Указом Положенні про Національну конституційну раду встановлювалося, що вона утворюється для «підготовки концепції системного оновлення конституційного регулювання суспільних відносин в Україні та проекту нової редакції Конституції України» [12]. При цьому публічно підкреслювалася необхідність прийняття Конституції України виключно на всеукраїнському референдумі. Таку позицію на той час поділяли не всі політичні сили. Але фактично всі вони визнавали необхідність перегляду Конституції, передусім у зв'язку з тим, що внесені до неї зміни в 2004 р. були невдалими, оскільки приймалися в умовах конституційного конфлікту в країні. Втім думки політиків загалом (при всій їх різноманітності) торкалися питань повноважень органів державної влади та доцільності їх зміни, використовуючи для цього інструментарій конституційної реформи.

У цей період активізуються громадські «рухи» щодо перегляду Основного Закону держави. Так, у 2007 р. було створено «Громадянський

конституційний комітет», що задекларував наміри проведення «загальнонаціональної громадянської кампанії щодо ухвалення нової редакції Конституції України» [13] (далі — Комітет). Ця кампанія проголошувалась як «незалежна від будь-яких політичних сил, комерційних та державних інституцій» та такою, що «спрямовується на забезпечення реалізації установчої влади Українського народу» [13]. При загальній привабливості такої кампанії, все ж вона викликала деякі сумніви. Зокрема, невизначеність природи зазначеного Комітету не сприяла його характеристиці як органу, що є незалежним від будь-яких політичних сил та державних інституцій. Крім того, цей Комітет пропонував «проводити конституційну реформу через Конституційну Асамблею України», як «спеціальний орган установчої влади» у два етапи: перший етап — законодавче визначення процедури прийняття нової Конституції (через внесення відповідних змін до розділу XIII Основного Закону, прийняття Закону «Про Конституційну Асамблею України» та нової редакції Закону України «Про всеукраїнський та місцеві референдуми»); другий етап передбачав прийняття нової Конституції України Конституційною Асамблеєю України та затвердження її на всеукраїнському референдумі [13, с. 6].

Дискусійною є думка про настійну необхідність (принаймні, у сучасних умовах українських реалій) прийняття нової Конституції України спеціальним органом. Проте у цьому випадку викликала схвалення пропозиція про необхідність внесення відповідних змін до Основного Закону при визначенні способу прийняття нової Конституції. Пов'язано це з тим, що в чинній її редакції не передбачається порядку (процедурно-процесуального механізму) прийняття нової Конституції. Для неухильного дотримання принципу верховенства права, закріпленого у ст. 8 Основного Закону України, забезпечення інших принципів правової держави (ст. 1 Конституції України) та принципів сучасного українського конституціоналізму, є необхідним законодавчо закріпити певний спосіб ухвалення нового Основного Закону України.

Важко погодитися і з усіма «ключовими проблемами оптимізації Конституції України», які були викладені в матеріалах, підготовлених вищезазначеним Громадянським конституційним комітетом в «Зеленій книзі Української конституційної реформи» [14], для громадського обговорення. Ряд викладених в ній «проблемних моментів» по першому розділу «Загальні положення» Конституції України були спірними і недостатньо аргументованими. Так, вказуючи на «розмитість принципу верховенства права» [14, с. 6], закріпленого в Основному Законі, не пропонувалося хоча б загальної концепції його уточнення. Спірною була пропозиція «прямо закріпити в загальних положеннях підпорядкованість держави служінню громадянського суспільства» [14, с. 7]. Думається, що подібна «підпорядкованість» як відображення певних субординаційних відносин, не є коректною. Взаємовідносини між державою та громадянським суспільством, в умовах функціонування системи конституціо-



налізму, мають базуватися на принципі обмеження (самообмеження) публічної влади (у тому числі й державної) на користь громадянського суспільства, прав і свобод людини. Щодо таких «недоліків» Конституції України, що наводилися в «Зеленій книзі...», як «відсутнє визначення ієрархії міжнародних договорів та нормативно-правових актів внутрішнього законодавства», «неповне встановлення державних символів», «проблема державної мови» [14, с. 8–9], то можна з належною впевненістю констатувати, що всі ці питання має бути врегульовано спеціальними законами України.

Незважаючи на висловлені зауваження і спірні моменти щодо діяльності зазначеного «Громадянського конституційного комітету», є корисним і виправданим у світлі ліберально-демократичних тенденцій конституціоналізму залучення громадянського суспільства до обговорення можливих змін до Конституції України.

Наступною важливою подією у складному процесі дебатів щодо модернізації Конституції України став проект Закону України «Про внесення змін до Конституції України» від 31 березня 2009 р. [15] (далі — Проект). Він викликав громадський внутрішньодержавний та міжнародний резонанс. Зокрема, Європейською комісією до демократії через право (Венеціанська комісія) було зроблено висновок щодо нього (далі — Висновок Венеціанської комісії [16]). Це пов'язано з тим, що Конституцію України пропонувалося викласти у новій редакції з метою «системного оновлення конституційного регулювання суспільних відносин в Україні» (Указ Президента України від 25 серпня 2009 р. «Про винесення на всенародне обговорення проекту Закону України «Про внесення змін до Конституції України» [17]).

Аналіз положень Проекту, які були новелами у порівнянні з текстом чинної Конституції України, мають доктринальне значення у контексті активізації конституційно-проектних робіт на сучасному етапі конституційних перетворень в Україні. Так, демократичними та такими, що спрямовані на створення в Україні громадянського суспільства, були положення ст. 17 проекту Конституції, в яких закріплювалися як основи конституційного ладу принцип сприяння державою «утвердженню та розвитку громадянського суспільства» та нова засада суспільного життя в Україні — «культурної багатоманітності», а також визначалося, що «держава сприяє розвитку діалогу між соціальними партнерами», що можна розглядати як основний принцип взаємовідносин між державою та громадянським суспільством.

Недоцільним, із точки зору дотримання ідеї народовладдя, було виключення із тексту Конституції слів, що народ є «носієм суверенітету» (порів. ст. 5 Конституції України та ст. 6 проекту Конституції), тим самим обмежувався принцип повновладдя народу з одночасним посиленням державного суверенітету.

Інтерес викликав розділ 2 проекту Конституції, який загалом було підтримано Венеціанською комісією та оцінено нею позитивно (п. 16

Висновку Венеціанської комісії). Загальна тенденція його оновлення — це збільшення норм Конституції, які стосуються прав і свобод людини та громадянина. Так, наприклад, можна було констатувати розширення простору індивідуальної свободи людини від неправового втручання держави чи інших соціальних суб'єктів, а саме: новацією було закріплення права кожного на сім'ю та повагу до сімейного життя (ст. 30), право на таємницю електронної кореспонденції (ст. 36), право на свободу совісті (ст. 40). Спрямовані на забезпечення свободи людини скорочення терміну тримання особи під вартою від 72 годин до 24 годин (ст. 34), гарантованість кожному невтручання в приватне життя (ст. 37). Уперше на конституційному рівні пропонувалося враховувати інтереси осіб з обмеженими фізичними можливостями (ст. 32). Простежувалося розширення сфери політичної свободи людини, що відобразилося у закріпленні права громадян брати участь в управлінні не тільки державними, але й місцевими справами, право на народну та місцеву ініціативу, право брати участь у здійсненні правосуддя (ст. 43). Проте слід зазначити про практичну необхідність формування ефективної інституціональної системи захисту цих прав, за допомогою якої вони стають реальністю. Наприклад, розширення інституту правової допомоги громадянам, наближення до міжнародних стандартів щодо соціальної допомоги, спрощення доступу до суду тощо. Саме цих механізмів у проекті Конституції бракувало. Водночас викликає схвалення у контексті ефектизації механізму захисту прав і свобод людини введення цим проектом інституту конституційної скарги (ст. 150 проекту Конституції).

Основними ідеями проекту Конституції було запровадження двопалатного парламенту, перегляд компетенції органів державної влади та місцевого самоврядування, оновлення територіальної організації влади, введення обов'язкового конституційного референдуму.

Ідея двопалатного парламенту не є новою у вітчизняній політико-правовій практиці (це питання було винесено на Всеукраїнський референдум у 2000 р., а також розглядалося у рамках проекту конституційної реформи 2003 р.). Науковці та політики, зазвичай, наводять застереження щодо двопалатного парламенту в Україні. Основним аргументом є те, що представлення регіонів у верхній палаті є суттєвою ознакою федеративного устрою держави. Тому така структура парламенту в Україні, яка є унітарною державою, — «неприродний вибір для неї» (п. 48 Висновку Венеціанської комісії).

У проекті Конституції зберігався принцип розподілу державної влади на законодавчу, виконавчу та судову, із закріпленням положення, що «межі повноважень органів законодавчої, виконавчої та судової влади встановлені Конституцією України» (ст. 7). Втім, загальним зауваженням Венеціанської комісії стало те, що проект Конституції не вирішував питання про дуалізм виконавчої влади.

З позиції розвитку конституційного законодавства доцільним є юридичне закріплення такого виду законів, як конституційні закони. За

проектом конституційними визначалися закони про внесення змін до Конституції або про нову редакцію Конституції України, які приймаються всеукраїнським референдумом (розділ X проекту Конституції). Позитивно сприймаючи ідею щодо введення конституційних законів у конституційно-правову матерію, водночас слід зазначити, що, по-перше, предмет їх регулювання має бути значно ширшим (виходячи з авторської концепції конституційних законів [див. докл.: 18, с. 300–332]); по-друге, запропонована процедура їх прийняття виключно всеукраїнським референдумом є зайвою та такою, що буде ускладнювати процес внесення змін до Основного Закону держави. Як зазначила Венеціанська комісія, «практичність такого обмеження є сумнівною. Досвід інших конституційних систем свідчить, що незначні зміни до Конституції — це складова частина щоденного політичного життя» (п. 40 Висновку Венеціанської комісії).

Таким чином, цей проект Конституції мав суттєві недоліки та, втім, був черговим етапом на шляху конституційних перетворень в Україні і представляє доктринальний інтерес з точки зору сучасного пошуку тенденцій удосконалення Основного Закону держави.

На підставі викладеного розглянутий період конституційних перетворень можна охарактеризувати як період активізації дебатів про можливі зміни Конституції України та здійснення відповідних конституційно-проектних робіт з перспективою рестарту конституційної реформи, що відбувся у вересні 2010 р. з прийняттям рішення Конституційним Судом України (№ 20-рп/2010 від 30 вересня 2010 р.) [19], яким було визнано неконституційним Закон від 8 грудня 2004 р. «Про внесення змін до Конституції України». З прийняття цього рішення починається третій (сучасний) період конституційних перетворень.

Сучасний період конституційних перетворень також визначається процесами, спрямованими на модернізацію Основного Закону держави. Так, у 2011 році до тексту Конституції були внесені зміни, пов'язані з удосконаленням виборчого процесу. Зокрема, до Конституції були внесені зміни щодо проведення чергових виборів народних депутатів України, Президента України, депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, місцевих рад та сільських, селищних, міських голів [20].

Важливою подією у рамках сучасного періоду конституційних перетворень є створення Конституційної Асамблеї як спеціального допоміжного органу при Президентові України. Відповідно до Указу Президента України від 17 травня 2012 р. «Про Конституційну Асамблею» [21] цей орган створений з метою напрацювання пропозицій щодо змін до Конституції України на основі узагальнення практики реалізації Основного Закону України, з урахуванням досягнень та тенденцій розвитку сучасного конституціоналізму. Важливим є те, що діяльність Асамблеї ґрунтується на принципах верховенства права, колегіальності, самоврядності, прозорості, відкритості та гласності, незалежності в ухваленні рішень, а також на засадах професіоналізму і науковості, що є основою

для ефективного, вільного та конструктивного обміну думками (діалогу), створення атмосфери довіри. Думається, що сприяти реалізації цих принципів буде якісний склад Асамблеї, до якої увійшли провідні вчені (десять академіків НАН України, шість член-кореспондентів НАН України, п'ятдесят чотири доктори наук, дев'ятнадцять кандидатів наук), судді Конституційного Суду України у відставці, суддя Європейського суду з прав людини у відставці, голова Центральної виборчої комісії та член Європейської комісії «За демократію через право», а також представники більше двадцяти інститутів громадянського суспільства.

Таким чином, сучасний етап конституційних перетворень в Україні характеризується активізацією конституційно-проектних робіт щодо «оновлення Конституції України», яка «має бути орієнтована на утвердження людини як найвищої цінності суспільства та держави» [3]. Виходячи з цього положення, а також ґрунтуючись на системному аналізі конституційно-правової та соціально-політичної практики, з урахуванням чинного конституційного законодавства та міжнародно-правового досвіду у сфері державно-правового будівництва, в контексті формування українського конституціоналізму основними напрямками (тенденціями) сучасних конституційних перетворень, відповідно до яких має бути здійснена модернізація Конституції України є: вдосконалення конституційного ладу в напрямку ефективізації організації та функціонування державної влади з необхідним її обмеженням (самообмеженням) на принципах конституціоналізму; формування громадянського суспільства; забезпечення і захист прав та інтересів людини; конституційне закріплення принципу взаємодії органів державної влади та відповідного конституційно-правового механізму такої взаємодії; визначення конституційного статусу регіональних мов; конституційне забезпечення здійснення адміністративно-територіальної та муніципальної реформ, які повинні бути спрямовані на децентралізацію публічної влади; необхідність удосконалення організації та ефективізації здійснення публічної влади на місцевому рівні; розширення способів регулювання суспільних відносин у публічно-правовій сфері, зокрема, використовуючи для цього договірні основи як умову реалізації демократичних принципів конституціоналізму, як універсальний інструмент децентралізованого управління, як форму взаємодії між центральними органами державної влади і місцевими органами публічної влади (державними і публічно-самоврядними), а також як спосіб узгодження інтересів і цілеспрямованості спільних дій інших суб'єктів конституційних відносин; науково-теоретичне обґрунтування, конституційне-правове закріплення гарантій і відповідних правових механізмів для подальшого поступального розвитку форм безпосередньої демократії в Україні; конституційне визначення порядку прийняття нової Конституції.

Проведений аналіз перегляду Основного Закону України у процесі здійснення конституційного реформування та модернізації, що не претендує на повну (всеосяжну) характеристику, дає змогу зробити висно-

вок про необхідність вдосконалення Конституції в сучасних умовах конституційних перетворень в Україні з метою формування сучасного українського конституціоналізму.

### Л і т е р а т у р а

1. Про внутрішнє та зовнішнє становище України в 2012 році : щорічне Послання Президента України до Верховної Ради України [Електронний ресурс]. — К. : НІСД, 2012. — 256 с. — Режим доступу : [www.niss.gov.ua](http://www.niss.gov.ua)
2. Модернізація України — наш стратегічний вибір : щорічне Послання Президента України до Верховної Ради України [Електронний ресурс]. — К., 2011. — 416 с. — Режим доступу : [www.president.gov.ua](http://www.president.gov.ua)
3. Виступ Президента на першому засіданні Конституційної Асамблеї [Електронний ресурс]. — Режим доступу : [www.president.gov.ua / news/24550.html](http://www.president.gov.ua/news/24550.html)
4. Звернення Президента з нагоди Дня Конституції [Електронний ресурс]. — Режим доступу : [www.president.gov.ua / news/24626.html](http://www.president.gov.ua/news/24626.html)
5. Вітання Президента з нагоди Дня Конституції [Електронний ресурс]. — Режим доступу : [www.president.gov.ua / news/20556.html](http://www.president.gov.ua/news/20556.html)
6. Барабаш Ю. Г. Державно-правові конфлікти в теорії та практиці конституційного права : монографія / Ю. Г. Барабаш. — Х. : Право, 2008. — 220 с.
7. Про Концепцію нової Конституції України : постанова Верховної Ради Української РСР від 19 черв. 1991 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1991. — № 35. — Ст. 466.
8. Конституционные и конституционно-проектные акты Украины / [ред. М. Ф. Орзих]. — О. : Печат. Двор, 1995. — 82 с. — (Б-ка журн. «Юридический вестник»).
9. Футей Б. Становлення правової держави: Україна 1991–2001 рр. / Богдан Футей. — К. : Юрінком Інтер, 2001. — 288 с.
10. Про організацію роботи з підготовки законопроектів про внесення змін до конституції України та виборчих законів : Указ Президента України від 3 жовт. 2002 р. // Офіційний вісник України. — 2002. — № 41. — Ст. 1903.
11. Про внесення змін до Конституції України : Закон України від 8 груд. 2004 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2005. — № 2. — Ст. 44.
12. Про Національну конституційну раду : Указ Президента України від 27 груд. 2007 р. // Офіційний вісник Президента України. — 2008. — № 1. — Ст. 57.
13. Декларація громадянського конституційного комітету : матеріали круглого столу [«Нова Конституція — Чому? Коли? Як?»], (Одеса, 12 лют. 2008 р.) / Громадянський конституційний комітет ; Вид. здійснено за підтримки Міжнародного фонду «Відродження». — С. 3–4.
14. Зелена книга Української конституційної реформи : матеріали для громадського обговорення. — К. : Громадянський конституційний комітет, 2008. — 51 с. — (Вид. здійснено за підтримки Міжнародного фонду «Відродження»).
15. Про внесення змін до Конституції України : проект Закону України від 31 берез. 2009 р., реєстр. № 4290 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.president.gov.ua>.
16. Opinion on the draft law of Ukraine amending the Constitution presented by the President of Ukraine. Adopted by the Venice Commission at its 79 Plenary Session (Venice, 12–13 June 2009) [Електронний ресурс]. — Режим доступу : [www.venice.coe.int](http://www.venice.coe.int).
17. Про винесення на всенародне обговорення проекту Закону України «Про внесення змін до Конституції України» : Указ Президента України від 25 серп. 2009 р. № 671/2009 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.president.gov.ua>.

18. Крусян А. Р. Сучасний український конституціоналізм : монографія / А. Р. Крусян. — К. : Юрінком Інтер, 2010. — 560 с.
19. Рішення Конституційного Суду України від 30 вересня 2010 р. у справі за конституційним поданням 252 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України «Про внесення змін до Конституції України» від 8 грудня 2004 року № 2222-IV (справа про додержання процедури внесення змін до Конституції України) [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.ccu.gov.ua>
20. 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 1 лют. 2011 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2011. — № 10. — Ст. 68.
21. Про Конституційну Асамблею : Указ Президента України від 17 трав. 2012 р. № 328/2012 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.president.gov.ua>

#### А н о т а ц і я

**Крусян А. Р. Модернізація Конституції України: досвід, сучасність та перспективи.** — Стаття.

Стаття присвячена розгляду модернізації Конституції в процесі здійснення конституційного реформування та модернізації (конституційних перетворень) в Україні. У статті наводиться науково-практичний аналіз конституційно-проектних робіт та прийнятих законів України щодо внесення змін до Основного Закону держави на всіх етапах конституційних перетворень в Україні. З урахуванням сучасних конституційно-правових реалій обґрунтовуються основні тенденції оновлення Конституції України та робиться висновок про необхідність вдосконалення її тексту з метою формування сучасного українського конституціоналізму.

*Ключові слова:* модернізація Конституції, Конституція України, конституційна реформа, конституційна модернізація, конституційні перетворення, сучасний український конституціоналізм.

#### А н н о т а ц и я

**Крусян А. Р. Модернизация Конституции Украины: опыт, современность и перспективы.** — Статья.

Статья посвящена модернизации Конституции в процессе конституционного реформирования и модернизации (конституционных преобразований) в Украине. В статье приводится научно-практический анализ конституционно-проектных работ и принятых законов Украины относительно внесения изменений в Основной Закон государства на всех этапах конституционных преобразований в Украине. С учетом современных конституционно-правовых реалий излагаются основные тенденции обновления Конституции Украины и делается вывод о необходимости усовершенствования ее текста с целью формирования современного украинского конституционализма.

*Ключевые слова:* модернизация Конституции, Конституция Украины, конституционная реформа, конституционная модернизация, конституционные преобразования, современный украинский конституционализм.

**S u m m a r y**

***Krusyan A. Modernization of the Constitution of Ukraine: Experience, Present and Future.*** — Article.

The article is devoted to the modernization of the Constitution in the process of constitutional reform and modernization (constitutional changes) in Ukraine. The article provides a theoretical and practical analysis of the constitutional draft work and the Law of Ukraine on introducing amendments to the Constitution of Ukraine at all stages of the Constitutional reforms in Ukraine. The article outlines the main trends in updating the Constitution and concludes on the need of the improvement of the Constitution in order to create Modern Ukrainian Constitutionalism, accounting for modern Constitutional legal realia.

*Keywords:* modernization of the Constitution, Constitution of Ukraine, Constitutional reform, Constitutional modernization, Constitutional changes, Modern Ukrainian Constitutionalism.

УДК 327:316.483

*В. О. Глушков***УКРАЇНА: КОНФЛІКТОГЕННІ ФАКТОРИ В УМОВАХ  
СУЧАСНОГО СВІТОВОГО ПОРЯДКУ**

Світовий порядок являє собою планетарну глобальну ієрархічну систему міжнародних зв'язків і відношень між державами або союзами держав, що одержала міжнародне-правове закріплення і має розподіл політичних ролей на планетарному або (і) регіональному рівнях. Сучасний світовий устрій являє собою багаторівневу взаємозалежну і взаємообумовлену ієрархічну структуру держав, що мають різний ступінь політичного значення: від глобального до регіонального. У цій ієрархії розташовані держави, які знаходяться на найвищому щаблі і мають статус великих, і держави, що знаходяться на більш низькому щаблі ієрархії — регіональні. Великі держави мають реальні можливості і політичну волю глобально впливати на події в рамках усєї міжнародної системи, визначаючи політику інших країн, що входять в очолювану нею ієрархічну систему. Держави регіонального масштабу знаходяться на більш низькому щаблі політичної ієрархії і можуть впливати тільки на процеси у конкретному регіоні і з урахуванням політики великих держав мають незначні можливості для прийняття та впровадження самостійних політичних дій у рамках, визначених великими державами.

Суть політики Сполучених Штатів Америки перебуває у світовій гегемонії, проявом якої є знищення будь-якого геополітичного супротивника, а також незастосування принципу спільного існування з державами, що виступають проти американського панування. Основна мета американської зовнішньої політики залишається незмінною — це світове панування, глобальна «доктрина Монро». Якщо колись доктрина Монро на Західній півкулі означала: «Всю Західну півкулю — для США», то тепер глобальна доктрина Монро, по суті монополярного світового порядку, означає: «Весь світ — для Америки». В умовах Нового світового порядку виникла нова геополітична категорія — «Золотий мільярд», суть якого зводиться до глобального умовного розпо-



ділу людства за геоекономічним критерієм на основі виділення двох груп населення землі — забезпеченої — «золотий мільярд» і іншої частини людства, яка забезпечує. Дана категорія безпосередньо пов'язана з такими геополітичними поняттями як «заможна Північ» і «бідний Південь».

У таких умовах світ підпорядковується єдиній олігархо-мондіалістській, безжалісній експлуаторській і принизливо-ультимативній монополарній владі. У Новому світовому порядку людство поділяється на дві основні категорії — переможці та переможені. У світі отримує розвиток нова глобальна проблема — поява мільйонів перманентно «зайвих» людей — безробітних, що буде сприяти масовій нелегальній міграції населення з бідного Півдня и бідної Півночі (Африки, Азії і Східної Європи), специфікою якої є те, що мігранти становляться об'єктом організованої транснаціональної злочинності.

Космополітизація людства — це одна з головних цілей Нового світового порядку. Сучасні розрахунки також свідчать, що для підтримання комфорту західного стандарту матеріальних і енергетичних ресурсів планети достатньо тільки для 1 мільярду («золотого мільярду»), тобто однієї восьмої людства, іншим «вхід заборонено» та запропоновано знизити чисельність населення різними шляхами — від дешевих контрацептивних засобів, масової стерилізації, зростання злочинності, вільного обігу зброї, наркотиків, трансплантації, громадянських війн і конфліктів й тощо).

Закінчення «холодної війни», руйнація біполярного світу, розвал Радянського Союзу, юридично закріпленого Біловезькими угодами, визначили структуру сучасної геополітичної ситуації планетарного масштабу. Прямим наслідком цих угод стало виникнення п'ятнадцятих нових держав, скорочення європейської частини Росії до розмірів території XVII століття, що призвело до підриву економіки держав, що утворилися, підриву їхнього міжнародного престижу. Швидкий розвал євразійської держави, що протягом багатьох років забезпечувала стабільність у Європі і світі, має історичні корені, в основі яких знаходилося геополітичне протистояння не просто Східної і Західної Європи (Росії і Заходу), а двох різних цивілізацій. Історичне протистояння Росії і Заходу обумовлюється насамперед геополітичними (суша — море) і цивілізаційними (Слов'янсько-православна — Західна) чинниками.

Для Заходу воно було метою довгострокової стратегії по знищенню основного геополітичного супротивника. Але хоча зовнішній вплив був надзвичайно вагомим, геополітична поразка Радянського Союзу стала результатом невирішеності насамперед причин внутрішнього характеру, що полягали в імперській перенапрузі, психологічній втомі населення, помилках стратегічного економічного характеру, обумовлених як діяльністю п'ятої колони, боротьбою за особисту владу, а також відмовою від своєї імперської сутності. Але головне полягає далеко не у вищевикладеному. СРСР, як імперія, програв не в ході «холодної війни», а відмовившись і від неї, і від себе, і від своєї імперської суті.

Росія традиційно найбільш уразлива зсередини, духовні моменти її державного буття представляються надзвичайно значними. Вона не може існувати поза своєю особливою імперською сутністю, визначеною географічним положенням (хартленд), історичним шляхом і державною долею. Під імперією в російському варіанті розуміється тип ідейно підкріпленого ідеократичного державного устрою народів у слов'яно-православному євразійському вимірі (а також деякою мірою іреократичності в історичному розумінні).

Сучасна ситуація характеризується претензіями США на світову гегемонію, які після розвалу Радянського Союзу відчули себе єдиною наддержавою і намагаються установити свій світовий порядок імперської спрямованості — «Рах Амерікана» — «третьою американською імперією з балканським кордоном». Важливим моментом у формуванні геополітики США є розробка основних напрямків на теоретичному рівні, а потім впровадження цих теоретико-політичних пропозицій у практичну геополітику. Така розробка здійснюється представниками різних політико-правових шкіл США, а також тінювих політичних структур. Так, зокрема, у 1885 році Стронгом була розроблена теорія «визначеної доли», що обґрунтовує богообраність американців, головними представниками яких є англосакси. Автор теорії обґрунтовує доцільність втручання у справи інших народів, нездатних вирішити проблеми політичної цивілізації.

У цьому плані становить інтерес розроблена Ф. Тернером «Теорія кордонів», у якій обґрунтовується необхідність здійснення експансії, від якої, на його думку, залежить збереження демократії, процвітання нації. Особливе місце в становленні військово-геополітичної доктрини США, заснованої на таласократичних принципах, займають праці адмірала А. Мехема, що обґрунтовує необхідність створення сильного військово-морського флоту для боротьби з великими державами за панування над світом. Інтерес до світового панування Сполучених Штатів, що продиктований суто геополітичними чинниками, обумовленими таласократичним критерієм, і те, що США є геополітичним центром, Новим Карфагеном, лідером Нової Атлантиди, в основі устремлінь яких знаходяться економічні і фінансові інтереси.

У даний час у західній політології існують декілька концептуальних геополітичних теорій устрою сучасного світового порядку. Однією з найбільш поширених є концепція *уніполярного світопорядку*, що виступає теоретичним обґрунтуванням претензій на світову гегемонію при побудові однополярного світового порядку. Основне джерело конфліктної напруженості — різниця потенціалів між ядром і периферією, причому будь-який прояв незадоволеності в тій або іншій формі таким станом вважається заколотом із усіма негативними наслідками. Відповідно до теорії концентричної уніполярності, світ розглядається як «багатополярне утворення в рамках глобального уніполю». Америка займає головне збалансоване положення в рамках уніполю.

Відмінною рисою сучасної транзитивної монополярності є відсутність між центрами чітких конфронтаційних розмежувань. Держави можуть входити в різні, в тому числі і конкуруючі, утворення, у результаті чого можуть утворитися хиткі геополітичні структури, що призводять до складно прогнозованих криз. Якщо раніше створення різних геополітичних структур Римленда проти Хартленда (Росія) не досягало успіху, то в сучасних умовах значного послаблення Росії, виникнення і зміцнення потужної морської держави у вигляді США здійснюється потужне протистояння таласократичних і телукратичних сил, з одного боку, США, а з іншого — розмитий телурократичний простір без єдиного центру, що знаходиться в стадії організації (Китай, Росія), одержують поширення так звані плюралістичні геополітичні концепції.

США фактично вибудовують лінійну схему нового світового порядку, що має глобальну уніфікацію західних ліберальних цінностей. Однак претензії на уніполярність мають і негативні наслідки для американської держави. У сучасний період їх можливості все більше вступають у суперечність з імперськими бажаннями. Сьогодні США вже зіштовхнулися з таким гігантом, що зростає, як Китай. Вдало проведені реформи в Китаї здійснюються на гребені пасіонарності китайського етносу, що має значний людський потенціал і накопичений століттями досвід державного будівництва. Після приєднання Гонконгу на порядку денному приєднання Тайваню, після чого почнеться зближення Китаю і Японії, що дасть можливість створити Великий геополітичний східний простір, де юань і ієна знищать долар. Капіталізм у цілому зараз перебуває в стадії занепаду. Його падіння стане кінцем панування білої раси, її місце займуть народи басейну Тихого океану і Китаю.

У Європі намічається зближення інтересів Німеччини і Франції. У найближчій перспективі європейське лідерство Німеччини стане більш вираженим. Об'єднана Європа по більшості показників буде перевершувати Америку. Важливе місце в цьому процесі може зайняти Росія, і від того, до якої структури вона приєднається, багато в чому залежить становлення тієї або протилежної сторони в біполярній системі побудови майбутнього світу. Таким чином, у сучасних реаліях фактично формується декілька центрів, із котрих два займуть головне місце. Якщо спробувати змодельювати геополітичну модель сучасного світу, то вона може виглядати таким чином. На чолі цієї моделі лідируючий центр у особі США, а потім множина різних системоутворюючих центрів хиткої багатополярності, що тенденційно прагнуть сформувати систему біполярності.

Таким чином, із такого становища впливає другий напрямок у політичній теорії — концепція *біполярного світоустрою*. У ній умовно можна виділити два підходи — біполярність центрів сили і біполярність цивілізацій. Біполярність сили (США і Китай, США і Китай плюс Росія, Тихоокеанський союз проти Європейської коаліції і т.д.). Основне джерело виникнення напруженості і конфліктів — відцент-

рові устремління центрів сили при наявності геополітичних суперечностей між ними;

— біполярність цивілізації. У сучасних умовах однією з найбільш поширених концепцій є біполярна цивілізаційна модель побудови світового співтовариства, основою якого є соціально-економічна, соціокультурна і геополітична складові при такому протиставленні на полярні полюси — «Захід — Схід», «Хартленд — Римленд» «заможна Північ — бідний Південь», «світовий центр — світова периферія».

Спроба моделювання структури майбутнього біполярного світу дає можливість зобразити таку структуру. На вершині світової ієрархії розташуються дві наддержави — США і Китай. Другу сходинку можуть зайняти Індія і Японія або на ній будуть знаходитися Німеччина, Росія, Індія, Індонезія, Японія, Бразилія, Великобританія, Франція. Німеччина, Росія, Бразилія, Франція, Великобританія і Індонезія, будучи лідерами відповідних регіонів, у цьому випадку стають великими державами регіонального рівня. Більш низький шабель можуть зайняти такі країни, як Італія, Україна, Іран, Таїланд, Південна Корея, Мексика, Аргентина, Іспанія.

Третя концепція — це теорія *багатопольного світу*, в якій виділяється два підходи:

— багатопольність центрів сили. Головне джерело конфліктів — протиріччя між центрами сили, боротьба між ними за політичне панування і сфери впливу. Існує обґрунтована точка зору про те, що світ входить в епоху системних криз — системної кризи епохи, кризи європейської цивілізації. У недалекому майбутньому такий хід подій може спричинити конфлікт між Західною Європою і Східною Азією. Сучасна політична наука має у своєму розпорядженні значну кількість прямих і непрямих ознак перебування європейської цивілізації в стадії занепаду, зокрема, війни і збройні конфлікти, розвал Радянського Союзу, розвиток аморальності, бездуховності і девіантних форм поведінки, у тому числі зріст фонових явищ, криміналізація населення і корумпованість державного апарату, транскulturація неєвропейських цивілізацій, поява нових захворювань тощо. Проблемою також стає злочинна діяльність мафіозних структур, тероризм, наркобізнес, масова нелегальна міграція населення, біженці з різних районів, що створюють сприятливе середовище для всякого роду конфліктів. Дестабілізують обстановку також неконтрольований технологічний розвиток, надвиробництво, тривале безробіття, забруднення навколишнього середовища, торгові війни, етнічні конфлікти, зріст маргіналізації, дика урбанізація, що посилює ускладнення суспільства, в якому збільшується нерівність у споживанні. Всі ці чинники будуть сприяти утечі від дійсності, наростанню актів протестів, вандалізму.

У сучасних умовах прискорення темпів еволюції світу вступає в протиріччя з консервативними державними механізмами. Спостерігається певне зниження ролі держав-націй, що зсередини підточуються нео-

лібералізмом, а зовні на них впливає активна діяльність ТНК. Якщо раніше держава була основним суб'єктом внутрішньої і зовнішньої діяльності, то сьогодні різко зросла роль недержавних суб'єктів. Наслідком ослаблення ролі держави стали такі негативні прояви, як зріст насильства, внутрішньодержавних і міждержавних конфліктів, що призводить до дестабілізації міжнародного суспільства, військово-політичного протистояння.

Сполучені Штати Америки є в сьогоднішніх умовах єдиною супердержавою, що має панування в політичній, економічній і політичній сферах. Фінансово-економічні й інформаційно-технологічні форми експансії, посилені політико-дипломатичним тиском і, при необхідності, військово-поліцейським натиском, можливість експлуатувати велику частину земної кулі забезпечили США роль світового лідера. Вони тримають під контролем основні регіони світу, забезпечують свою військову присутність у глобальному і регіональному масштабах, створюють вигідні їм уряди і структури, формують суспільну думку. Для досягнення своїх стратегічних завдань США формують центри сили в Європі, Азії й Америці, що повинні стати опорою для встановлення нового монополярного світового порядку. Однак такі центри утворюються в умовах клубка протиріч їх із США, тому що протиріччя існують між континентами і світовими регіонами з їхніми геополітичними центрами сили. Такими є Німеччина в Західній Європі, Росія — у Східній, Японія і Китай — в Азії. Крім того, здійснюється процес створення субрегіональних структур, зокрема, Балкансько-Ядранського союзу у складі Австрії, Угорщини, Італії і Югославії; Балтійської конфедерації країн, що об'єднує Фінляндію, Швецію, Литву й Естонію; військово-політичного союзу «НАТО-біс» за участю Угорщини, Польщі, Чехії, Словаччини, Естонії, Латвії і Литви; конфедерації Тиссо-Карпатського регіону, що включає Угорщину, Румунію, Чехію, Словаччину і Югославію.

Одним із зовнішньоекономічних чинників розвитку Східної Європи є ісламський ринок, що формується на чолі з Туреччиною. Чорноморський геополітичний простір у географічному і політико-системному вигляді представляє самостійну систему, що виступає як підсистема європейської системи міжнародних відносин. Росія, Туреччина й Україна в цих рамках беруть участь у формуванні структурних зв'язків, створюючи в ній доцентрово-силові відношення в даній системі. В 1992 р. президенти Азербайджану, Вірменії, Болгарії, Грузії, Молдови, Румунії, Туреччини, України і глави урядів Албанії, Греції і РФ у Стамбулі прийняли Босфорську заяву і підписали Декларацію про створення Організації Чорноморського Економічного Співробітництва, ініціатива створення якого належить Туреччині.

У жовтні 1997 р. у Страсбурзі державами Чорноморського регіону було проголошене створення нового субрегіонального блока Чорноморського басейну — ГУАМ (Грузія — Україна — Азербайджан — Молдова), що являє собою угруповання країн на основі єдиних політич-

них і економічних чинників. Загальні економічні інтереси держав ГУАМ у більшому ступені сконцентровані навколо двох основних питань — прикаспійських енергоносіїв і розробки нового Транскавказького транзитного транспортного коридору з нафтогазових родовищ в Азербайджані, Туркменістані, Казахстані й Узбекистані через Кавказький регіон. Для даних країн створення цієї організації прийняло рівень стратегічного значення. У випадку створення такої транспортної комунікації Україна мала би шанс стати важливою ланкою економічної безпеки Європи. Другий напрямок співробітництва в рамках ГУАМ — створення системи безпеки і стабільності в даному регіоні.

Найбільш складною проблемою в геополітичному просторі України є Крим. На сучасному етапі Крим знаходиться в конфліктонебезпечній точці. Тут перехрещуються ісламська, євразійська і європейська геополітичні формації. Частково носієм Європейської формації є Україна, Євразійської — Росія, ісламської Туреччина. Кримські татари по своїй культурі і традиціям наближені до тюрксько-ісламського світу. Небезпека полягає в тому, що Крим є центром геополітичного протистояння України і Росії, Росії і Туреччини. У сучасному світопорядку Туреччина перестала бути буферною зоною. У світі — це новий силовий полюс, нова регіональна наддержавка, котра всіма силами бореться за поширення свого впливу в Центральній Азії. Турецький націоналізм органічно доповнює ідеї панісламізму, ісламського космополітизму. Головним для цієї ідеології є релігійна приналежність. Іслам — це типово тоталітарна ідеологія. Ісламський чинник створює у світі дестабілізуючий вплив із боку таких держав, як Афганістан, Іран, Ірак, Кувейт, Ізраїль, Саудівська Аравія і Пакистан, а також ісламських країн Середземноморського басейну.

Дестабілізуючим чинником світових відносин є співвідношення країн Півночі і Півдня. Провідну роль відіграють держави, що мають важелі впливу на світову економіку, інші мають залежність від перших. У результаті створюються «ножиці» економічного і технологічного відставання. З іншого боку, країни Півночі мають залежність від сировинних ресурсів країн Півдня. Все це не може не турбувати країни Півдня. Погрозою політичної стабільності у світі є зростаючий продаж зброї у країни, що розвиваються.

Розвиток політичних подій останніх років (розпад Югославії, СРСР, захоплення Іраку, визнання Косово і т.д.) дає підстави припустити, що протікання світової кризи буде важким для будь-якої цивілізації, держави і людства в цілому. Зсув центру світового розвитку в Тихоокеанський регіон буде супроводжуватися збройними конфліктами, економічними кризами;

— цивілізаційна багатополлярність. Відповідно до концепції американського політолога С. Хантингтона, існує вісім цивілізацій: 1) західна, що включає Північну Америку і Західну Європу; 2) слов'яно-православна, 3) конфуціанська (китайська), 4) японська, 5) ісламська, 6) індуїстсь-

ка, 7) латиноамериканська, 8) африканська. Автор вважає, що зіткнення цивілізацій буде домінувати в глобальній політиці. Лінії розламу між цивілізаціями будуть фронтовими лініями зіткнення майбутнього. Всі цивілізації нерівнозначні, але вони єдині в тому, що вектор їхнього розвитку і становлення буде спрямований у протилежному від атлантизму і цивілізації Заходу напрямку.

Після розвалу СРСР світ фактично розділився на дві частини — частина капіталістичних країн Європи й Азії, європейські і латиноамериканські країни, що знаходяться під сильним впливом США, і азіатські й африканські країни, що не знаходяться під таким впливом. Таким чином, у будь-якому випадку світова система на планетарному рівні залишається фактично *біполярною*. З розпадом СРСР система стала однополярною лише на деякий перехідний період часу, поки не структурується нова біполярність. Місце вибулої наддержави все більше займає Китай. Багатополюсність, як показує історичний аналіз, також хитка, короткочасна і має суто перехідний характер.

Крім теорії уніполярності використовується її більш м'який варіант — регіоналізм, відповідно до якого світ є багатополюсним, структурованим навколо країни-лідера регіону. Роль третейського судді виконує в даній ситуації світовий лідер, який має право у випадку виходу ситуації з-під контролю регіональних лідерів використовувати будь-які можливі засоби. Для України різниця між «уніполярною» і «регіональною» моделями полягає в тому, в якій мірі признається гегемонія США і яка роль нею приділяється нам.

Нестабільність монополярної системи закладена й у політико-економічних умовах існування самих США. Основа американського високого рівня життя полягає в тому, що країна фактично живе з нетрудового національного доходу, одержуваного з джерел, пов'язаних із неадекватним надходженням прибутку в порівнянні з вкладеними затратами. Таким чином, «американське диво» обумовлюється можливістю експлуатувати велику частину ресурсів земної кулі. Такий стан не може тривати довго, тому що будь-яка зміна в статусі великої держави США матиме негативний вплив на політико-економічне становище країни — глобальна політична, економічна або фінансова кризи. Крім того, можуть виникнути проблеми національного характеру, коли «кольорове населення» досягне критичної точки, що покладе початок дезінтеграції країни за расовою і етнічною ознакою. Американський етнос перебуває у стадії занепаду, старіння.

Новий світовий порядок являє собою есхатологічний, месіанський проект, в основі якого знаходиться ідея політико-економічного панування визначеної окультної верхівки фінансової олігархії, що спирається на ідеологічну і спекулятивно-лихварську революцію, що виникла в результаті цього нового мислення. Структура Нового світового порядку, на думку його творців, повинна базуватися на таких основних принципах:

**економічний** — обов'язкове встановлення на всій планеті ліберально-капіталістичної ринкової системи, товариства вільного ринку, тобто плутократичного товариства, що управляється Світовим урядом;

**геополітичний** — превалювання країн географічного й історичного Заходу. Геополітичний пріоритет західної орієнтації є абсолютним. Захід поставлений у центр геополітичної доктрини Нового світового порядку, як країна, де заходить сонце. На останній стадії реалізація мондіалістського проекту передбачає збіг природного символізму з геополітичним;

**етнічний** — космополітизм, расове, національне, етнічне і культурне змішування народів. Національний або незначний національний рух, що до цього використовувалися проти націоналізму імперського типу, будуть рішуче подавлені і місця в новому порядку їм не буде. Народи і нації повинні забути про свої етнокультурні цінності, про свою специфіку, расову і культурну приналежність, відмовитися від будь-якої реальної залежності в національному плані;

**релігійний** — прихід у світ нової містичної істоти по імені Машиах, при якому буде значно змінена політико-релігійна обстановка на планеті. Християнські цінності і принципи повинні бути знищені (бажано разом із носіями). Вони повинні бути замінені діаметрально протилежними, тобто антихристиянськими, про що свідчить розвиток екуменічного руху;

**ідеологічний** — глобальний розвиток ліберальних демократичних принципів, в основі яких знаходиться кількісний чинник, що спирається на «права людини», саме цей ліберально-демократичний принцип стає мірою добра і зла, змінюючи інші традиційні джерела народного авторитету, духовні принципи народу, сімейні, родові і державні основи моралі, закладені в «праві народу»;

**юридичний** — в основі законодавчої бази повинна знаходитися штучна й атомарна, кількісна концепція «прав особистості», що згодом стала відомою теорією «прав людини» і яка витиснула собою органічну концепцію «прав народу», «прав держави» і т.д. Піднесення індивідуума й індивідуального чинника у відриві від нації, традицій, культури, професії, сім'ї і т.д. у самостійну юридичну категорію означає початок кінця права, переростання його в інструмент, що суперечить органічним законам історії народів і держав, історії режимів, територій і союзів.

**державний** — створення держав із розвинутою представницькою системою і виборною схемою висування перших осіб у державі. На національному рівні органічні імперсько-федеративні принципи стали замінюватися двома протилежними, але однаково штучними концепціями — якобінською ідеєю «Etat-Nation» («Держава-Нація») і комуністичною теорією повного відмирання держави і початку тотального інтернаціоналізму.

Цей принцип має два підходи, легальний і нелегальний. Перший полягає в створенні легального світового уряду, функціями якого намагалися наділити ООН (пряма, легальна гегемонія США). Другий підхід —



створення таємного політичного центру, що контролює діяльність держав на глобальному і регіональному рівнях (непряма і нелегальна гегемонія США).

В умовах становлення Нового світового порядку Україна стала відносно самостійною державою. Якщо українській економіці вдасться залишитися незалежною від постачань ззовні і якщо в українського керівництва стане політичної волі і державної мудрості, то перед країною відчиняється можливість однієї з перших ввійти в русло стійкого розвитку. Україна знаходиться в зоні політичних конфліктів, і в основі багатьох з них знаходяться саме геополітичні чинники. Геополітичні сили визначають наявність або відсутність, загострення інших конфліктних ситуацій — етнічних, політичних, конфесіональних, регіональних, є поштовхом до розвитку процесів регіоналізації і дезінтегрованості території України шляхом дестабілізації обстановки усередині країни.

Особливе конфліктогенне місце в Україні займають такі геополітичні чинники, як Балто-Чорноморська смуга (вісь Європи) і Балкано-Кавказька дуга нестабільності. Балто-Чорноморський пояс, або вісь Європи розділяє Європу на Західну і Східну, тим самим відмежовуючи слов'яно-православну цивілізацію від західної. Балто-Чорноморська смуга, або вісь Європи — це проект геополітичного утворення, що, із погляду його творців, повинне включати об'єднання держав Балтії (Литва, Латвія, Естонія), Польщі, України, Білорусі, Угорщини, Чехії, Словаччини, Румунії, Молдови, основною ціллю існування якого є ізоляція Росії від Європи і залишення її один на один з ісламським світом. Цей союз повинен являти собою політико-економічне утворення, що фактично ставить під контроль комунікації Росії з Європою.

За визначенням засновників геополітики, Україна відноситься до країн Балто-Чорноморського поясу («вісі Європи»), від яких багато в чому залежить стабільність всієї Євроатлантичної системи. Вони сьогодні фактично визначають і будуть визначати стан і структуру європейської безпеки на десятиліття вперед. Україна — ключова ланка Балто-Чорноморської смуги. Проте географічне положення України на крайньому східному фланзі євроатлантичної цивілізації має не тільки плюси, а і мінуси. З одного боку, Україна має всі підстави вважатися наріжним каменем системи європейської безпеки. Тому керівники західних військових відомств не випадково наголошують на бажаності розширення НАТО до східних меж України. З іншого боку, існує реальна небезпека перетворення України в «сіру зону» між НАТО і РФ. Як відомо санітарний кордон являє собою територію держав і народів, що розташовуються між двома великими геополітичними утвореннями, чий союз або входження в будь-який Великий геополітичний простір могло б скласти небезпечну конкуренцію зацікавленим державам протилежного Великого геополітичного утворення. Третя геополітична сила проводить свою політику стосовно країн санітарного кордону, щоб створити зону напруженості між двома геополітичними утвореннями за рахунок

здійснення впливу на уряди проміжних країн різними методами і каналами. Геополітична самостійність країн, що входять у санітарний кордон, фактично неможлива у зв'язку з тим, що вони змушені шукати політичної, економічної і військової підтримки на стороні в конкретній геополітичній сили, яка буде визначальною для їх політики. Країни санітарного кордону самі найчастіше є причинами різних геополітичних конфліктів. Перспектива санітарного кордону для України дуже очевидна. Його геополітична формула — «ні Середня Європа, ні Євразія».

Претенденти в члени нового «санітарного кордону» такі — прибалтійські народи (литовці, латиші, естонці), Польща (включаючи Західну Пруссію), Білорусь, Україна (особливо Західна — уніато-католицька), Угорщина, Румунія (також під впливом уніатів), Чехія і Словаччина, при цьому видно, що майже скрізь мова йде про католицький сектор, що належав традиційно до зони впливу Заходу. Ці держави мають сенс тільки як стратегічні зони, штучно підтримувані атлантизмом. У них існують чинники, що прив'язують їх до Євразії (православ'я, усвідомлення слов'янської єдності, наявність російського населення, історична близькість і т.д.), але є і протилежні чинники, що зближують їх із Заходом (католицизм, уніатство, етнічне розходження, політичні традиції суверенітету тощо).

Завдання Євразії в тому, щоб цього кордону не існувало. Тільки відсутність «санітарного кордону» може зробити ці загальноєвразійські відносини нормальними, перетворити простір від «Дубліна до Владивостока» у зону широкій євразійської кооперації, співробітництва і стратегічного партнерства. На початку нового тисячоліття в наукових і політичних колах Росії або США немає розходжень щодо визначення важливості геополітичного положення України. Американські стратеги вважають, що узяті окремо Україна і Росія — індустріальні держави середнього масштабу. Разом вони можуть утворити таку критичну масу, що негайно стає домінуючою в Східній і Центральній Європі. Ключем до ефективної політики США у відношенні Росії повинна бути Україна. Незалежна Україна змінює розстановку сил у Східній Європі, впливає на глобальний баланс сил. Геополітика Заходу і центр цієї геополітики — «українське питання» вимагає негайної відповідної реакції Росії згідно з її геостратегічними імперативами. Терміновість реакції означає створення нової України, що відповідала б природній геополітичній моделі. Це значить, що подальше існування України в її нинішніх межах проблематично.

У результаті перерозподілу в 1991 р. у межах України виявилось дві групи населення, геополітично протилежної орієнтації, водорозділом між якими виявилася культурно-конфесійна межа. Тому країна виявилася в центрі дії протилежних геополітичних сил. Тепер основна політична проблема — це протистояння між євразійським началом російської України і проатлантистським напрямком у її зовнішній і внутрішній політиці, яку підтримують насамперед її західні області.

Україна — біполярна країна, полюсами якої є Галичина (Львівська, Івано-Франківська, Тернопільська області) і Донбас із Кримом.

Україна — це особлива сфера інтересів Росії. Агресія в східноєвропейському напрямку стає неминучою. З огляду на що сила є динамічним і відносним чинником, що змінюється в кількісних і якісному, відносному й абсолютному показниках, складається з різноманітних елементів, було б недалекоглядним екстраполювати майбутнє Росії, виходячи з її нинішнього становища. Слід враховувати і очевидні ознаки відродження російської могутності. Стабілізувавши обстановку на Півдні Росії, Кавказі вектор тиску в найближчому майбутньому буде спрямований на Україну.

Крим — це історична батьківщина не тільки кримських татар. Тому створення власної держави без врахування інтересів інших національних співтовариств, прискорення цього процесу, тим більше силовими методами веде до явного протистояння й у цілому до етнополітичного конфлікту, тим більше, що надто велика геополітична вага Криму як для України, так і для Росії, і Туреччини. Складність соціально-економічної ситуації в середовищі кримських татар, цілий комплекс історичних чинників необхідні і достатні умови, що породжують ісламський фундаменталізм, який може стати стягом боротьби кримських татар проти України за національну незалежність.

Історично Росія увесь час намагалася вийти до морських рубежів, до відкритих морських просторів, що геополітично пояснюється як прагнення Хартленда (серединної землі) підкорити Римланд (окраїнні землі). Крим для Росії — це ключ до вирішення більш складної геополітичної проблеми — виходу до Середземного моря й у відкритий океан. Босфор і Дарданелли — це замок. Витиснення Росії з Криму, втрата цього геостратегічного центру Чорного моря приведе до її геополітичної морської ізоляції на південних рубежах, до відступу всередину континенту, до геостратегічного ослаблення.

В аспекті взаємовідносин Україна — Росія саме в Криму найбільш сильні позиції Росії. Найбільш вигідний варіант використання цього регіону для геополітичного підпорядкування України. Крим — це можливий психологічний і силовий важіль тиску. Він є складовою частиною такого геополітичного утворення, як Балкано-Кавказька дуга нестабільності, складного геополітичного вузла сучасності, що історично створився в результаті протилежних політичних устремлінь різноманітних світових геополітичних утворень і військових дій, що відбуваються на території колишньої Югославії, Республіки Ічкерія і Південної Осетії та Абхазії. У цьому регіоні порушені інтереси багатьох держав світу, що сприяло реальній можливості виникнення Балкано-Кавказької (Балкано-Чеченської) дуги нестабільності, краї якої торкаються Балканського півострова і Північного Кавказу, а вістрям вона упирається в Кримський півострів.

Існування України в особливій системі геополітичних координат, стратегічність її положення визначають можливість загострення і по-

дальшого розвитку цілого ряду конфліктів. Територіальні, етнополітичні, конфесіональні протиріччя можуть трансформуватися у відкриту боротьбу з використанням насильства і терору. Існування трьох геополітичних просторів на території України створює ситуацію «розірваності» держави, що може стати причиною її фрагментації, значного ослаблення або геостратегічного переорієнтування. Надто привабливим є саме такий варіант для деяких країн, що переслідують свої геополітичні цілі.

#### А н о т а ц і я

**Глушков В. О. Україна: конфліктогенні фактори в умовах сучасного світового порядку.** — Стаття.

У статті проаналізовано особливості впливу геополітичного розташування України на розвиток її економічної, політичної та правової систем. Досліджено основні напрями розвитку міжнародних економічних та політичних відносин і, як наслідок, місце та роль України в умовах сучасного світового порядку. Встановлено низку конфліктогенних та терогенних факторів, що мають геополітичний характер.

*Ключові слова:* геополітична обстановка, конфліктогенні та терогенні фактори, новий світовий порядок.

#### А н н о т а ц и я

**Глушков В. А. Украина: конфликтогенные факторы в условиях современного мирового порядка.** — Статья.

В статье проанализированы особенности влияния геополитического положения Украины на развитие её экономической, политической и правовой систем. Исследованы основные направления развития международных экономических и политических отношений и, как следствие, место и роль Украины в условиях современного мирового порядка. Определено ряд конфликтогенных и терогенных факторов, имеющих геополитический характер.

*Ключевые слова:* геополитическая обстановка, конфликтогенные и терогенные факторы, новый мировой порядок.

#### S u m m a r y

**Glushkov V. A. Ukraine: conflict-factors in today's world order.** — Article.

In this article there is an analysis of the features of the Ukrainian geopolitical position influence on the development of its economic, political and legal systems. The basic directions of development of the international economic and political relations, and as a result, the place and the role of Ukraine in the contemporary world order. There is also an identification of a number of geopolitical factors, which may cause conflicts or acts of terror.

*Keywords:* geopolitical situation, conflicts and terohenni factors, new world order.

УДК 342(53)(091)

*Х. Бехруз*

## **КОНСТИТУЦИОНАЛИЗМ В ИСЛАМСКИХ ГОСУДАРСТВАХ: СТАНОВЛЕНИЕ, СОВРЕМЕННОЕ СОСТОЯНИЕ И НАПРАВЛЕНИЯ ТРАНСФОРМАЦИИ**

### **1. Истоки и этапы становления исламского конституционализма**

Понятие «конституционализм» зачастую понимается как политико-правовая теория и практика конституционного устройства, основанного на западных либерально-демократических ценностях. На этом основании часто употребляется словосочетание «западный конституционализм». Однако данное понятие в широком понимании в юридической литературе рассматривается как теория и практика организации государственной и общественной жизни в соответствии с конституцией. Главным признаком конституционализма выступает не просто наличие конституции, а реальная связанность ее нормами всех органов государственной власти. На основе различных правовых традиций конституционализм обретает свои специфические черты и особенности. В рамках исламской концепции государства свои очертания получает «исламский конституционализм».

Исламское государство выступает в качестве символа единства всех мусульман, а также важнейшим религиозно-политическим и правовым институтом, сформировавшимся на основе исламских религиозно-правовых принципов, заложивших основу исламского конституционализма.

Корни исламского конституционализма уходят в начальный период формирования исламской общины. Важнейшая роль в формировании его принципов принадлежит Пророку Мухаммаду. Устав исламской уммы, известный как «Конституция Медины», является ранним политико-правовым документом ислама, по сути, первым исламским законодательным актом, заложившим основу исламской государственности. Конституцией Медины регулировались взаимоотношения между членами исламской уммы (общины), прежде всего между мухаджирами (переселенцами из Мекки) и ансарами (жителями Медины), а также между мусульманами

и немусульманами, являющимися частью общины. В соответствии с Конституцией Медины все жители — мусульмане, иудеи и язычники рассматривались как единое целое, и каждый из них пользовался соответствующими правами, независимо от племенной принадлежности [1]. Данный документ можно охарактеризовать как нормативно-правовой акт, заложивший основы исламского конституционализма.

В эпоху Праведных халифов (632—661 гг.) были сформированы основные принципы функционирования исламского государства, укрепившие исламский конституционализм: соответствие всей деятельности исламского государства и его главы-халифа основным принципам исламской религии, являющимся одновременно принципами исламского права; принцип выборности халифа; принцип подотчетности халифа умме; принцип совещательности; принцип справедливости; возможность неповиновения воле халифа в случае его отступления от ислама.

С окончанием периода правления Праведных халифов и приходом к власти династии Омейядов (661—750) и династии Аббасидов (750—1258) некоторые принципы исламского конституционализма во многом были утрачены, как, например, принцип выборности халифа, вместо которого на долгие столетия установилась наследственная монархия.

Анализируя формирование и эволюцию исламских доктрин государства, необходимо отметить, что в первые века ислама (VII—X вв.) проблемы государственной власти по существу не находились в центре внимания исламско-правовой доктрины. Возникшее как теократическое государство, халифат с первых дней своего существования основывался на принципе единства духовной и светской власти в лице главы исламского государства — халифа. Нормативные предписания Корана и сунны не дают точных указаний относительно форм государственного устройства и механизмов регулирования деятельности и структуры исламского государства. Однако толкователи Корана и сунны, интерпретируя священные тексты и основываясь на хадисах, создали специальные труды, отражающие исламскую концепцию государства. основополагающая идея, которой они руководствовались, выражена в Коране: Аллах — единственный источник власти. При признании верховного суверенитета прерогативой Аллаха, за его посланником — Пророком Мухаммадом сохранялась функция контроля точного исполнения на Земле его воли. Самим Пророком не был определен порядок передачи власти либо процедура назначения халифа.

В этом контексте вопросы преемственности власти и проблемы ее передачи выступают на первый план. Согласно исламской концепции государства к формам передачи власти можно отнести: захват власти, назначение наследника, выборы халифа шурой (советом), выборы халифа всей общиной и так называемое назначение имама Аллахом.

Важнейший этап развития исламского конституционализма связан с эпохой Османской империи, что отражало сложившуюся ситуацию вокруг Османского халифата. В результате классическое исламское право

и исламский конституционализм, основанный на заимствованных западных моделях конституционного строительства, подвергается глубокой трансформации. Вступившая в силу в 1876 г. Конституция Османского халифата, незначительно ограничив права султана, провозгласила принципы личной свободы и равенства всех поданных независимо от вероисповедания, полную безопасность личности и имущества, неприкосновенность жилища, пропорциональное распределение налогов, запрет штрафов и конфискаций, гарантировала свободу деятельности в торговле, промышленности и сельском хозяйстве, свободу печати, гласность судов. Данный документ определил функции и порядок организации двухпалатного парламента — сената, состоящего из лиц, пожизненно назначаемых султаном, и палаты депутатов, избираемых мужским населением империи из расчета 1 депутат на 50 тыс. жителей [2].

В начале XX в. позиции исламского права значительно ослабли, что было связано с глубинными преобразованиями политико-экономического характера в масштабах всей исламской цивилизации, среди которых важнейшими были отмена халифата в 1924 г. и лишение ислама статуса государственной религии в бывшей Османской империи.

Вторая половина XX в. характеризуется усилением влияния исламского права — налицо тенденции возвращения к изначальным исламским принципам, называемые исламизацией, которая охватывала политическую, экономическую, социальную, культурную и правовую сферы общественной жизни. Ислам рассматривается как универсальная система регулирования, способная решить накопившиеся политические и социально-экономические проблемы.

Эти тенденции усилились с начала 70-х гг. XX в. Сильным толчком к ним послужила Исламская революция в Иране в 1979 г., следствием которой явилось реформирование государственно-правовых институтов Ирана. Целью реформ являлось приведение в соответствие с исламским правом всего действующего правового массива. Первым шагом на этом пути было принятие новой Конституции, ст. 4 которой провозгласила, что уголовные законы страны должны соответствовать принципам ислама, а ст. 156 закрепила правило применения норм шариата за уголовные преступления [3].

## **II. Современный исламский конституционализм**

Надгосударственный характер исламского права, заключающийся в подчинении его принципам деятельности всех институтов исламского государства, по-прежнему определяет основные характеристики функционирования правовых систем современных исламских государств, а также современного исламского конституционализма.

Конституции современных исламских государств содержат нормы, регламентирующие структуру государства, принципы организации и порядок формирования и функционирования государственного механизма, избирательную систему и др. Многие конституционные принципы

и нормы как по формальным признакам, так и по своему содержанию имеют сходство с аналогичными принципами и нормами, которые содержатся в конституциях западных государств, поскольку были заимствованы в результате правовой аккультурации, имевшей место после крушения колониальной системы и формирования собственных национальных правовых систем исламских государств.

Однако главенствующую роль в системе конституционных принципов данных государств по-прежнему играют принципы классического исламского права, обеспечивающие функционирование в соответствии с ними любых заимствованных норм.

Так, ст. 277 Конституции Пакистана закреплено что, «все существующие законы должны быть приведены в соответствие с предписаниями ислама, как они установлены в священном Коране и сунне... и ни один закон не может быть принят, если он противоречит таким предписаниям» [4].

В конституциях современных исламских государств также отражены «болевые точки» современных гражданских обществ, долгие десятилетия находившихся в ситуации отсутствия многих гражданских прав и свобод, являющихся неотъемлемой частью прав человека, декларируемых международными исламско-правовыми актами, среди которых Всеобщая исламская декларация прав человека 1981 г., Каирская декларация по правам человека в исламе 1990 г., Арабская хартия прав человека 1994 г.

Современные редакции конституций исламских стран закрепляют ряд прав и свобод человека — социальных, политических, экономических, принципы гендерного равенства во многих сферах жизни, равенства всех граждан либо подданных перед законом вне зависимости от происхождения, расовой, гендерной или социальной принадлежности.

Конституционное законодательство многих исламских государств содержит так называемую «конституционную триаду», состоящую из трех основных положений — закрепление на конституционном уровне за исламом статуса государственной религии, признание за шариатом источника законодательства и принадлежность главы государства к исламской религии. Эти положения на сегодняшний день представляют собой реальный механизм, обеспечивающий действие норм исламского права и подчинение его принципам деятельности всех институтов современного исламского государства. Такие положения содержатся, например, в конституциях Афганистана, Иордании, Объединенных Арабских Эмиратов, Туниса, Катара, Пакистана и др. Так, согласно Конституции Афганистана 2004 г. ислам имеет статус официальной государственной религии. В ст. 3 Конституции провозглашается, что «в Афганистане не может быть принят ни один закон, противоречащий священной религии ислам» [5].

По мнению Л. Р. Сюкияйнена, главное заключается не в догматическом толковании отдельной конституционной нормы, а в анализе того



реального места, которое занимает ислам в политической жизни и конституционном механизме того или иного государства. Иначе говоря, правовое значение указанной нормы может быть выяснено только путем изучения реальной практики функционирования исламских институтов и норм в конкретном государстве. Поскольку их роль оказывается различной, постольку и указанная конституционная норма наполняется различным содержанием и должна толковаться исходя из конкретных условий данной страны. В этом отношении, полагает Л. Р. Сюкияйнен, обе приведенные выше точки зрения на конституционный статус ислама имеют право на существование, коль скоро они отражают несовпадающую роль ислама в различных странах [6].

Необходимо отметить, что данные положения были верными для ситуации, которая многие десятилетия существовала в исламских государствах. Однако сегодня ситуация принципиально иная. В условиях глобализации исламское общество, становясь более открытым, зачастую утрачивает важнейшие рычаги влияния на каждого его члена — такие как моральное осуждение общины, авторитет старших членов семьи, следование традиции. Кроме прочего, возросший авторитет норм международного права и механизмы, созданные в рамках международных организаций, позволяют влиять на внутреннюю политику любого, в том числе исламского государства.

### **III. Некоторые тенденции трансформации современного исламского конституционализма**

События «Арабской весны» повлекли за собой не только смену правящих партий и элит. Процессы, происходящие в государствах исламского мира, имеют политическую, экономическую и правовую составляющие.

Очевидным является тот факт, что в результате происходящих событий правовые системы исламских государств подвергаются всесторонней трансформации, которая будет происходить с учетом специфики функционирования каждой национальной правовой системы. Однако их объединяет общая тенденция к усилению влияния классического исламского права на национальные правовые системы данных государств, что будет отражено не только в законодательном закреплении соответствующих положений, но также в правоприменительной практике. В целом данные тенденции можно охарактеризовать как процесс исламизации правовых систем исламских государств.

Прежде всего, данный процесс, который можно с уверенностью охарактеризовать как конституционные реформы, сопровождается изменениями в действующем конституционном законодательстве многих исламских государств. Современные конституции исламских государств характеризуются наличием большого количества переходных положений, отражающих особенности внутривнутриполитической обстановки и расклад социально-политических сил внутри этих обществ. Конституции исламских государств являются результатом достигнутого компромисса меж-

ду различными силами, этапом становления нового типа конституционализма, для развития которого необходимы всесторонние реформы конституционного законодательства.

Важнейшей характеристикой данных процессов является «битва за Конституцию», что проявляется в противостоянии различных политических сил, претендующих на законодательные полномочия. Так, ст. 56 Конституционной декларации Египта, принятая 30 марта 2011 г. [7] Высшим Советом Вооруженных Сил, предоставляет широкие полномочия в области законодательства, контроля государственного бюджета и др. «Дополнение к конституционной декларации», принятое незадолго до окончания выборов, не только фактически ограничило роль президента, отдав многие его полномочия Высшему Совету Вооруженных Сил, в частности, наделив главу ВСВС полномочиями главнокомандующего до принятия новой Конституции (ст. 53, 53/1, 53/2), но также наделило ВСВС наравне с президентом, премьер-министром, Верховным Советом Судебной Власти правом вето на утверждение любой конституционной статьи, принимаемой парламентом.

В процессе дальнейшей политической борьбы «Дополнение к Конституционной декларации» было отменено Президентом Египта. Борьба между различными силами внутри египетского общества еще далека от завершения.

Конституционная Декларация Ливии, принятая 3 августа 2011 г. [8], обсуждаемая сегодня в качестве проекта Конституции современной Ливии, во многом отражает попытки решения проблем, накопившихся во время правления М. Каддафи. Борьбой с единоличным правлением, требованием предоставления прав и свобод, а также необходимостью изжить трайбализм, являющийся «визитной карточкой» ливийской политической элиты, продиктовано включение в Конституционную Декларацию ст. 4, гласящей, что «государство должно стремиться к установлению демократического режима, основанного на политическом многообразии и мультипартийной системе с целью достижения мирной и демократической циркуляции власти». Это положение закрепляется ст. 14, в соответствии с которой государство должно гарантировать свободу формирования политических партий, обществ и других гражданских объединений.

На сегодняшний день исламистские силы продемонстрировали успешное преодоление законодательных барьеров, а также возможности использования сугубо правовых методов, которые позволили, оставаясь в рамках правового поля, легитимным путем прийти к власти. Однако вполне возможно, что их приход к власти будет оспариваться в ходе внутривнутриполитической борьбы. Для укрепления своих позиций, а также для поступательного движения данных обществ очевидной является необходимость стабилизации конституционализма путем принятия новых конституций либо путем внесения новых качественных изменений в действующие.

Несмотря на то, что классическое исламское право не признавало принципа разделения властей, проводившиеся реформы, затронувшие основы исламского права, привели в действие этот принцип в процессе конституционного строительства во многих исламских государствах.

Исламская умма как коллективный субъект, представляющий собой высшую божественную власть, наделялась правом делегировать функции исполнительной власти назначаемым ею лицам — халифам, которые, в свою очередь, подотчетны исламской умме.

Сегодня вопросы преемственности власти решаются на основе заимствованных у западного права механизмов, которые приобрели свою специфику благодаря положениям, в соответствии с которыми на пост главы государства может баллотироваться только мусульманин и др.

Соответствующие поправки внесены в конституционные статьи, регламентирующие порядок выборов главы государства, срок его полномочий. Так, ст. 77 Конституции Египта, декларировавшая срок полномочий президента — 6 лет и возможность его неоднократного переизбрания, была заменена в Конституционной Декларации ст. 29, ограничивающей как срок полномочий главы государства до 4 лет, так и возможность его переизбрания не более одного раза [9].

Аналогичные поправки были внесены в Конституцию Сирии. И хотя срок полномочий президента, регламентированный ст. 85 Конституции 1973 г., оставлен без изменений, ст. 88 новой Конституции Сирии ограничивает пребывание президента у власти двумя сроками [10].

Общей тенденцией для всех исламских государств, укрепляющей основы их конституционализма, является повышение значимости избирательной системы, которая получила закрепление практически во всех конституциях данных государств. Ее модели были заимствованы у западных избирательных систем и получили свою специфику в рамках правовых систем исламских государств. Выборы стали ключевым моментом в разрешении политических споров и конфликтов, причем данные выборы проводятся на демократических основах, обеспечивающие относительно объективный результат.

Законодательства современных исламских государств содержат ряд противоречий, обусловленных закреплением в их конституциях ислама в качестве государственной религии и наличием в отраслевом законодательстве норм, противоречащих исламско-правовым принципам. Так, в Тунисе законодательно запрещена полигамия. В стране также упразднены исламские суды. Об этом свидетельствует ряд статей Конституции Туниса. Конституция Туниса, определяя характер судебной власти, закрепляет, что решение суда выносится от имени народа и приводится в исполнение от имени президента Республики, а ст. 65, закрепляя независимость судебной власти, провозглашает, что при осуществлении своих функций судьи подчиняются только закону [11]. Семейный кодекс Марокко полностью отменяет опеку над женщиной, вступающей в брак, а также отменяет ответственность незамужней женщины в случае рож-

дения ребенка и дает ей возможность зарегистрировать ребенка и дать ему свое имя.

В правовых системах данных государств имеет место ограничение и вытеснение норм и принципов исламского права из сфер правового регулирования. В результате происходящих изменений эти противоречия могут быть устранены. Конституционные реформы, намечающиеся в исламских государствах, будут способствовать не только закреплению основных конституционных положений, обеспечивающих действие исламского права, но также созданию механизмов их реализации и конкретизации через отраслевое законодательство — уголовное, гражданское, семейное и др.

В большинстве исламских государств функционируют также специальные органы, осуществляющие религиозный контроль правотворческой деятельности с целью проверки соответствия принимаемых актов основополагающим источникам классического исламского права. В Пакистане, например, данную функцию выполняют Совет исламской идеологии и Федеральный суд шариата.

Совет по исламской идеологии состоит из лиц, обладающих знаниями принципов и философии ислама и разбирающихся в экономических, политических и правовых проблемах страны, и назначается президентом сроком на три года. Совет наделен консультативными функциями и его заключения носят рекомендательный характер по вопросам соответствия законопроектов и действующих законов предписаниям ислама.

Федеральный шариатский суд Пакистана образован в 1980 г. и представляет собой специализированное судебное учреждение, действующее параллельно с системой общих судов. В его состав входят как юристы, имеющие статус судей высших судов, так и авторитетные религиозные деятели (улемы). Как орган религиозного контроля, он рассматривает дела по искам граждан, федерального и провинциального правительства о «несоответствии положений законов предписаниям ислама, изложенным в Коране и сунне».

Очевидно, что роль и влияние данных институтов со временем будет усиливаться.

Поляризация общественного мнения, а также противоборство политических сил, основанное на различных идеологических базисах, приводит к столкновению различных точек зрения при реализации правотворческой деятельности, а также в процессе правоприменительной деятельности в данных государствах. Необходимость учета этих факторов приводит к тому, что принцип разделения властей приобретает все более четкие очертания, получая воплощение в конкретных конституционных нормах.

Так, конституцией Марокко 1996 г. был закреплён принцип независимости судебной власти от других ветвей власти. Дальнейшее развитие этот принцип получил в новой редакции конституции Марокко. В соответствии со ст. 113 Конституции, Верховный суд контролирует вопросы,

касающиеся гарантий независимости судей. Статья 116 закрепляет административную и финансовую независимость Верховного суда.

Конституционный совет трансформирован в Конституционный суд, который в дополнение к существующим полномочиям, наделен полномочиями давать оценку соответствия принимаемых законов действующей Конституции.

Необходимость компромисса с различными политическими силами, представляющими как различные слои населения, так и различные течения ислама, отличающиеся кардинально противоположными подходами к решению тех или иных правовых вопросов, диктует тенденцию расширения правового плюрализма внутри исламских государств.

Примером тому — Саудовская Аравия, имеющая относительно однородный этнический и конфессиональный состав населения. Несмотря на то, что проводимые реформы имеют, в основном, консервативно-охранительный характер, изменения, затронувшие сложившуюся систему законодательства, весьма показательны и соответствуют общим тенденциям, имеющим место в данных государствах. Так, в 2008 г. король увеличил численный состав Консультационного совета с 81 до 150 человек. Знаковым событием стали изменения в Совете улемов, в который помимо правоведов ханбалитского мазхаба отныне включены представители ханифитского, маликитского, шафиитского.

Халифат, как упоминалось, основывался на принципе единства духовной и светской власти, средоточием которой был глава исламского государства — халиф. Процесс конституционного строительства во многих исламских государствах, не может полностью вернуть действенность этому принципу, однако, поскольку идейная платформа сил, пришедших сегодня к власти, подразумевает именно такую трактовку полномочий главы государства, это дает основания предполагать усиление идеологического давления на правящую элиту и, в первую очередь, на главу государства.

Несмотря на наличие явных тенденций к исламизации всех сторон жизни в исламских странах, конституционными нормами закреплены положения, обеспечивающие равенство граждан перед законом, независимо от конфессиональной принадлежности (ст. 7 Конституционной Декларации Египта), равенство в правах и обязанностях, независимо от вероисповедания (ст. 33 п. 3 Конституции Сирии).

Необходимо отметить, что данные принципы, закрепленные соответствующими статьями конституций, не являются новыми либо заимствованными. В соответствии с положениями исламского права, в любые исторические периоды существования Халифата другим конфессиям всегда предоставлялись определенные права — право исповедовать свою религию, право на применение норм законодательства, регулирующих вопросы «личного статуса» в соответствии с положениями исповедуемой религии, право на защиту со стороны исламского государства, право на правосудие, а также другие права и свободы.

Несмотря на наличие общих тенденций к исламизации правовых систем исламских государств, новые политические реалии заставляют как лидеров государств, так и оппозицию учитывать геополитическую обстановку, сложившуюся в современном мире. Это означает, что исламизация правовых систем не может проводиться без учета как общеполитической обстановки в мире, так и внутренних процессов, происходящих в их гражданских обществах. Примером тому — исламистские силы, пришедшие к власти в результате выборов в Египте, которые заявили о своей приверженности принципам добрососедства и равного уважения к гражданам государства независимо от их конфессиональной либо политической принадлежности.

Прогнозируемой тенденцией является дальнейшая реализация закрепленной законодательно «конституционной триады» в качестве механизма, обеспечивающего функционирование государства в соответствии с принципами исламского права.

Необходимо особо отметить, что существующие противоречия в рамках гражданских обществ исламских государств, относящиеся к числу внутренних факторов, а также специфика взаимодействия каждого из государств с международным сообществом, которая является одним из важнейших внешних факторов, непосредственным образом будут влиять на характеристики трансформации конституционализма в каждом из исламских государств. Разный уровень социально-экономического и политического развития, интенсивность общения с другими государствами, региональными и международными организациями, с одной стороны, повлияют на скорость и масштаб данной трансформации, а с другой — на ее особенности в рамках конкретного исламского государства.

#### Л и т е р а т у р а

1. Конституция Медины [Электронный ресурс]. — Режим доступа : [http://wikipedia.qwika.com/en2ru/Constitution\\_of\\_Medina](http://wikipedia.qwika.com/en2ru/Constitution_of_Medina)
2. Конституция Османского халифата 1876 г. [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://mirreferatov.com.ua/referat/ru/vsemirnaya-istoriya/pervye-konstitutsii-aziatskih-gosudarstv-sravnitelnyy-analiz.html?pn=5>
3. Конституция Исламской республики Иран [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://constitutions.ru/archives/140>
4. Конституция Исламской Республики Пакистан [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://constitutions.ru/archives/57>
5. Конституция Исламского Государства Афганистан. — Кабул : Гослитиздат, 2004. — С. 5—13. — Текст на языке дари.
6. Сюкияйнен Л. Р. Мусульманское право. Вопросы теории и практики / Л. Р. Сюкияйнен. — М. : Наука, 1986. — С. 117.
7. Конституционной декларации Египта, принятая 30 марта 2011 г. [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://worldconstitutions.ru/archives/500>
8. Конституционная Декларация Ливии, принятая 3 августа 2011 г. [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://worldconstitutions.ru/archives/497>

9. Конституционной декларации Египта, принятая 30 марта 2011 г. [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://worldconstitutions.ru/archives/500>
10. Конституция Сирийской Арабской Республики. Принята на референдуме 26 февраля 2012 года [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://worldconstitutions.ru/archives/459>
11. Конституция Туниса [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://www.worldislamlaw.ru/archives/274>

#### А н н о т а ц и я

**Бехруз Х. Конституционализм в исламских государствах: становление, современное состояние и направления трансформации.** — Статья.

В статье подробно рассматривается феномен — исламский конституционализм и его формирование, процесс эволюции и современное состояние. Особое внимание уделяется современным тенденциям его трансформации в контексте происходящих процессов в современных исламских государствах.

*Ключевые слова:* исламский конституционализм, исламское право, исламская правовая система, правовые системы современных исламских государств, конституция, трансформация.

#### А н о т а ц і я

**Бехруз Х. Конституціоналізм в ісламських державах: становлення, сучасний стан і напрями трансформації.** — Стаття.

У статті детально розглядається феномен — ісламський конституціоналізм і його формування, процес еволюції та сучасний стан. Особлива увага приділяється сучасним тенденціям його трансформації у контексті процесів, що відбуваються в сучасних ісламських державах.

*Ключові слова:* ісламський конституціоналізм, ісламське право, ісламська правова система, правові системи сучасних ісламських держав, конституція, трансформація.

#### S u m m a r y

**Bekhruz Kh. Constitutionalism in Islamic states: the becoming, current status and directions of transformation.** — Article.

The article details the phenomenon — the Islamic Constitutionalism and its forming, process of evolution and current status. Particular attention is paid to the modern trends of its transformation in the context of the ongoing processes in the modern Islamic countries.

*Keywords:* islamic constitutionalism, Islamic law, Islamic legal system, legal system of modern Islamic states, the constitution, the transformation.

УДК 348.1/6

*И. Г. Оборотов***КАНОНИЧЕСКОЕ ПРАВО КАК ПРАВОВАЯ СИСТЕМА**

Два десятилетия назад, после краха идей социализма в Восточной Европе, правовые системы Украины и России вступили на путь деидеологизации и обращения к своей традиции. Это отразилось в первую очередь на доктринальном уровне, в работах, основывающихся на трудах юристов и философов XIX — начала XX века. Вместе с этим возродился интерес к каноническому (церковному) праву, исследования которого прекратились с изданием в феврале 1918 г. Декрета Совета Народных Комиссаров о свободе совести, церковных и религиозных обществах, установившего отделение церкви от государства [1].

Отказ от национальных культурно-исторических традиций и духовных основ во всех сферах бытия социалистического общества повлёк за собой не просто секуляризацию права, а его десакрализацию — утрату качества и статуса «самого святого из того, что есть у Бога на земле» [2, с. 270]. В таких условиях право становится не проводником божественной воли и не искусством добра и справедливости (*ars boni et aequi*), а лишь возведённой в закон волей господствующего класса [3, с. 443], основанной на личной выгоде. Правовая апостасия стала результатом также и планомерной деятельности партийных и государственных структур по ликвидации «религиозных пережитков», среди которых особое место занимает церковная культура и наука, в частности — каноническое (церковное) право.

Несмотря на отсутствие сомнений в том, что каноническое право — особая нормативная система, спектр взглядов на его природу весьма широк. В целом можно выделить такие подходы: 1) каноническое право — часть национального права (отрасль, правовая общность); 2) каноническое право нельзя называть правом в полном смысле этого слова, поскольку оно не происходит от государства и не обеспечивается с помощью его властных возможностей; 3) каноническое право — это корпоративная правовая система, которая действует в отношении лиц,



относящих себя к христианскому сообществу (церковной корпорации). Каждый из этих подходов имеет под собой определённые основания.

Позитивистская направленность первого подхода несомненна, поскольку он выводит церковное право из воли государства. Так, говоря о религиозном праве, О. Ф. Скакун определяет его как «совокупность национальных правовых систем, обладающих общими признаками — едиными закономерностями и тенденциями развития на основе религиозного текста как основного источника права, который представляет собой тесное переплетение религиозных, юридических, моральных, мифических предписаний, сложившихся естественным путём и признанных государством» [4, с. 299]. Хотя в своём академическом курсе О. Ф. Скакун затрагивает только исламское, индусское и иудейское право, очевидно, что все приводимые признаки религиозных правовых систем должны распространяться и на каноническое (церковное) право. Однако думается, что такой подход применим только в тех случаях, когда религиозная правовая система интегрирована со светским правом, в частности, когда речь идёт о государствах, в которых христианская религия имеет статус официальной либо пользуется особыми привилегиями (Греция, Италия, Норвегия, ФРГ и др.), а церковные суды входят в судебную систему государства. Это было бы справедливо и применительно к каноническому праву досоветского периода, например, А. А. Дорская в своей докторской диссертации обосновывает тезис о том, что церковное право Российской империи можно определить «как отрасль права, представляющую собой совокупность правовых норм, определяющих статус церквей, а также права и обязанности духовного сословия, подданных (граждан) в зависимости от отношения к ним» [5, с. 14]. Вместе с тем всё сказанное не подходит для тех случаев, когда Церковь отделена от государства и применение её канонов не обеспечивается государственной властью.

Вторая позиция встречается среди идеологов очищения права от религиозного «налёта», сторонников атеистического мировоззрения и представителей юридического позитивизма, которые отказываются признавать правом любые нормативы, не происходящие от государства, либо же не обеспечиваемые его властными ресурсами. В статье П. С. Грацианова в Большой советской энциклопедии церковное право представлено как совокупность санкционированных или установленных государством правил, регулирующих внутреннюю организацию церкви и взаимоотношения между церковными организациями, верующими и государством. Отмечается, что в странах, где церковь отделена от государства, церковное право отсутствует, а правила внутрицерковных отношений не имеют правового характера [6].

Объединяющим моментом для первого и второго подходов является их позитивистская направленность, получающая два варианта развития: или каноническое право связано с государством — и тогда оно часть его правовой системы, или не связано — и тогда оно вообще не право.

Третья точка зрения, которой придерживается, в частности, М. Ю. Варьяс, основана на том, что Церковь — это корпорация особого рода, а издаваемые ею нормы имеют не только религиозное, но и юридическое значение, обладая корпоративной общеобязательностью, формальной определённой, нормативностью, регулятивностью и другими свойствами, присущими также и позитивному праву [7, с. 82]. Этот подход представляется наиболее продуктивным, поскольку позволяет выйти за рамки позитивистской догмы и взглянуть на феномен канонического права в отрыве от феномена государства. Последнее вполне соответствует идеям социологической школы права и антропологическому подходу, позволяя выводить происхождение права из общественных отношений (в данном случае — внутрицерковных) и человеческой природы.

Анализ всех трёх подходов позволяет прийти к таким выводам: первый и второй из них имеют односторонний характер, третий гораздо более гибок — он говорит о каноническом праве как о самостоятельном феномене, порождаемом церковью, а не государственной властью. Вместе с тем каноническое право может либо быть частью национальной правовой системы (как его подсистема, особая правовая общность, суперотрасль), либо иметь частичное признание со стороны государства (например, использование канонов в брачно-семейных, наследственных и иных отношениях), либо существовать без какой-либо государственной поддержки и признания (церковь, вместе с тем, должна учитывать в своей деятельности нормы светского права).

Отсюда следует вывод о том, что каноническое право — специфическая правовая система, обладающая всеми необходимыми признаками правовой системы. Для более подробного её исследования следует обратиться к компаративистским исследованиям.

Категория «правовая система» имеет множество определений в современной юриспруденции, среди которых можно выделить следующие:

— структурно согласованная, исторически сложившаяся совокупность правовых норм, оформленных в специфических источниках, система законодательства, правовые традиции и концепции и связанные с ними типы правопонимания, а также правовая идеология, правовое сознание, правовая культура и правовая практика, различающиеся степенью представленности, соотношения и доминированием правовых элементов в том или ином целостном формировании [8, с. 35] (Х. Бехруз);

— формализованный комплекс нормативных, организационных, контрольных и идеологических составляющих права, существующих на национальном, региональном и международном уровнях (Ю.Н. Оборотов) [9, с. 154];

— объективное, исторически закономерное правовое явление, которое включает в себя взаимосвязанные, взаимообусловленные и взаимодействующие компоненты: право и воплощающее его законодательство,

юридические учреждения и юридическую практику, субъективные права и обязанности, правоотношения, правовую идеологию и т.д. (Н. М. Онищенко) [10, с. 27];

— сформированная под влиянием закономерностей развития определённого общества совокупность всех его правовых явлений, которые пребывают в устойчивых связях между собой и иными социальными явлениями [11, с. 26] (С. П. Погребняк).

Ни в одном из этих определений, содержащихся в трудах известных отечественных теоретиков, нет упоминания государства. Речь идёт об «организационных составляющих», «юридических учреждениях», «обществе», но было бы неверно делать выводы о том, что организационные составляющие или юридические учреждения имеют исключительно государственно-властный характер. Более того, утверждать что право — это лишь порождение государства, его инструмент, означало бы стать на позиции нормативизма и отказаться от признания возможности внесударственного правообразования.

В целом, если отказаться от тезиса об обязательной производности права от государства, то любая религиозная нормативная система с развитой инфраструктурой может претендовать на признание за ней статуса правовой системы. В некоторых случаях такая религиозная правовая система сливается с правовой системой государства, как это было в Византийской империи; в некоторых случаях она существует под покровительством государства, оказывая влияние на его право. В большинстве современных западных государств религиозное право существует параллельно со светским, не пользуясь покровительством со стороны государства, но и не испытывая от этого особых неудобств.

Для того чтобы окончательно убедиться в том, что религиозное право — действительно специфическая правовая система, следует проверить насколько оно соответствует разработанной компаративистами структуре правовой системы.

Структура правовой системы, по определению О. Ф. Скакун, — это устойчивое единство элементов правовой системы и их правовых связей, обеспечивающее её правовую целостность [4, с. 47]. Субстанциональная часть правовой системы, согласно украинской учёной, включает в себя такие элементы (подсистемы): 1) институциональный — субъекты права; 2) нормативный (регулятивный) — правовые нормы и принципы, объективированные в определённых правовых формах; 3) идеологический (доктринальный) — правопонимание, правовое мышление, правовые идеи и концепции, правосознание, правовая культура; 4) функциональный (социологический, практический) — правореализация, правоприменение, правоотношения, правомерное поведение, юридическая практика; 5) коммуникативный (интегральный) — внутренние связи между элементами правовой системы, связи с другими системами общества, международными и региональными правовыми системами. Ценностным ядром правовой системы является человек [4, с. 47–49]. Те

же пять элементов называются и Н. Н. Онищенко в коллективной монографии «Правові системи сучасності. Глобалізація. Демократизм. Розвиток» [10, с. 57]. По мнению С. П. Погребняка и Д. В. Лукьянова, правовая система состоит из пяти составляющих: 1) субъективной; 2) нормативной; 3) идеологической; 4) функциональной; 5) результативной [11, с. 28]. Дальнейшее перечисление научных взглядов на структуру правовой системы представляется излишним, поскольку не много добавит к уже сказанному, а поэтому следует перейти к проверке соответствия элементов канонического права теоретической структуре правовой системы.

**Институциональный** элемент канонического права в первую очередь охватывает субъектов канонического права, т.е. лиц, обладающих канонической правосубъектностью [12] — клириков, мирян, монашествующих. Сюда же следует отнести и Церковь как «от Бога установленное общество людей, соединённых православной верой, Законом Божиим, священноначалием и Таинствами» [13, с. 49].

**Нормативный** элемент канонической правовой системы включает библейские заповеди и правила, каноны, установления поместных церквей, церковные обычаи, прецеденты церковных судов и другие нормативные предписания, признаваемые, одобряемые и обеспечиваемые Церковью. Сюда же можно отнести и светское законодательство, регулирующие вопросы свободы совести и правовой статус религиозных организаций.

**Идеологический** элемент основывается на отношении к каноническому праву как к богоустановленному своду правил поведения, восприятию его как земного воплощения божественной справедливости. Канонико-правовое мышление основывается на идеях добра, любви, справедливости, соборности, милости, служения. Канонико-правовое сознание обладает определённой спецификой: так, правовая идеология подразумевает не только знание религиозных предписаний и понимание их смысла, но и основанную на вере убеждённость в их справедливости и божественном происхождении. Правовая психология, в том числе эмоции, переживания, также основывается на христианском вероучении, призывающем к совладанию со страстями, в частности, гордыней, гневом, вспыльчивостью, злоимством. Правовая культура церковного сообщества, отражающая качественный уровень его канонико-правовой жизни, основывается на основных принципах и идеях Христианства, содержащихся в текстах Евангелия и апостольских посланий, Священном Предании, трудах Отцов Церкви и известных богословов и канонистов.

**Функциональный** элемент связан с правовым общением в канонико-правовой сфере. Сюда входит осуществление канонических предписаний в формах реализации (самостоятельного осуществления любым субъектом права) и применения (осуществления через специально уполномоченные структуры, облечённые церковной властью, — пресвитера, архиерея, игумена синода, патриарха и др.). Применять нормы каноничес-

кого права могут только специально уполномоченные органы, например, хиротонисать (рукоположить) епископа могут, как минимум, два или три епископа (Апост., 1). Положение о церковном суде Русской Православной Церкви от 26 июня 2008 г. установило систему церковных судов и их подведомственность [14].

Канонико-правовые отношения имеют стандартную структуру — субъектов, объект и содержание, однако первые два элемента имеют определённую специфику, вытекающую из природы канонического права и предмета канонико-правового регулирования. Примером таких отношений являются отношения между правящим архиереем и священником по поводу наложения на последнего канонического прещения в связи с совершением им канонического проступка; отношения между супругами по поводу расторжения церковного брака и т.д.

Правомерное поведение в каноническом праве, также как и в светском, может иметь под собой несколько мотивов: искреннее уважение канонического предписания; привычное его соблюдение, исполнение или использование; осуществление правила из сиюминутной солидарности с другими субъектами (конформизм); страх перед мирским или божественным наказанием либо ожидание для себя от осуществления предписания некой выгоды. Нужно отметить, что используемый в религиозной сфере термин «страх божий» не должен рассматриваться как некий признак маргинальности богобоязненного человека: наоборот, страх Господень — это «начало премудрости» (Пс. 110 : 10), «истинная премудрость» (Иов. 28 : 28), «одна из величайших христианских добродетелей, заключающаяся в боязни наказания за грехи, сочетаемой с сыновней любовью к Богу и со стремлением к благочестию, чистоте и святости» [15, с. 828]. Каноническая практика формируется не государственно-властными органами, а церковными судами и органами церковно-административной власти (приходскими, епархиальными и общецерковными).

В состав **коммуникативного** (интегративного) элемента канонической правовой системы входят не только внутренние связи между всеми четырьмя названными элементами, но и отношения: 1) с другими христианскими, но не православными сообществами (католиками, протестантами, дохалкидонскими церквами) и представителями иных религий; 2) с государством и международными правительственными и неправительственными организациями. Ряд современных документов Русской Православной Церкви определяет принципы и особенности взаимоотношений Церкви с этими субъектами. Так, об отношении к неправославным конфессиям говорится в Основных принципах отношения к инославью Русской Православной Церкви, принятых на Архиерейском Соборе 2000 года [16]. Принципы церковно-государственных отношений сформулированы в третьем разделе Основ социальной концепции Русской Православной Церкви, принятых на том же Соборе 2000 г. [17] В этом же документе раскрывается и основанная на Священном Писании

и Священном Предании позиция Церкви по отношению к международным отношениям, проблемам глобализации и секуляризма (раздел XVI). Тема взаимоотношений Церкви с государством и обществом не позволяет проигнорировать правозащитную деятельность Церкви, основы которой закреплены в разделе V Основ учения Русской Православной Церкви о достоинстве, свободе и правах человека, принятых 26 июня 2008 г. [18].

Очевидно, что даже беглый взгляд на каноническое право позволяет увидеть, что его структура вполне соответствует структуре правовой системы. Однако следует обратить внимание ещё на один важный момент: нормативная составляющая канонико-правовой системы (собственно — каноническое право) должна обладать особым предметом и специфическими методами канонико-правового регулирования.

Предмет канонического права достаточно сложен и охватывает: 1) отношения, возникающие в церковной среде относительно церковного устройства и управления Церковью (церковно-административное деление; церковная иерархия; избрание и поставление на архиерейское и священническое служение, управление поместной церковью, епархией, приходом; церковное судопроизводство); 2) отношения между членами Церкви (клириками, монашеством, мирянами); 3) отношения с другими христианскими церквями и религиозными организациями; 4) отношения между Церковью и светскими субъектами (государством, юридическими лицами, физическими лицами) [7, с. 83–84].

Основным методом правового регулирования, которым пользуется каноническое право, является метод императивный. Наряду с этим, каноническое право обладает двумя специфическими методами правового регулирования, которые не используются ни в одной другой правовой системе — это методы акривии и икономии. Можно усмотреть некоторое сходство акривии с императивным методом и икономии с диспозитивным методом.

Акривия (гр. *ακριβεια* — «точность») — метод решения вопросов на основании строгого и неуклонного соблюдения канонов, когда не допускаются никакие послабления и смягчения. Акривия применяется в тех случаях, когда речь идёт о церковных догматах, сущности и целях Церкви и Христианства.

Икономия (гр. *οικονομια* — «устройство дома, дел») — метод решения церковных вопросов с позиций снисхождения, практической пользы, когда пастырское решение может нарушать букву канона, но не противоречить его духа. Икономия, как отмечает Д. Д. Боровой, в отличие от диспозитивного метода, не предполагает свободного применения или неприменения канона (или его части), но приостанавливает его действие в случае изменения внутренних или внешних условий, не отменяя и не изменяя само каноническое правило [19, с. 94]. Так, при применении икономии, духовник может не применять епитимию, предусмотренную канонами, если тот, кто исповедуется, действительно покаял-

ся в грехе, или применение епитимии может привести к совершению новых грехов.

Подводя итог сказанному, следует отметить, что каноническое право вполне соответствует всем признакам правовой системы. Учитывая отсутствие жёсткой связи между этой правовой системой с конкретной территорией и ориентированность на «церковный народ» — членов Церкви, каноническое право следует признать персональной правовой системой. Таким образом, каноническое право можно определить как персональную правовую систему, основанную на христианских религиозно-правовых предписаниях, воздействующую на общественные отношения, возникающие между членами Церкви (в том числе, по поводу церковного устройства и управления), Церковью и иными религиозными и общественными организациями, государством, пользующуюся специфическими методами канонико-правового воздействия. Канонико-правовая жизнь, основанная на нормах канонического права, включает в себя весь спектр правовых явлений, необходимых для подтверждения тезиса о самостоятельности канонико-правовой системы: канонико-правовые отношения, каноническое правосознание и правовая культура, канонико-правовое мышление, церковные учреждения с судебными и административными функциями.

#### Л и т е р а т у р а

1. Декрет о свободе совести, церковных и религиозных обществах от 20 января (2 февраля) 1918 г. // Декреты советской власти. — М.: Госполитиздат, 1957. — Т. 1. (25 октября 1917 г. — 16 марта 1918 г.). — С. 371–375.
2. Кант И. К вечному миру / *Иммануил Кант*. — М.: Мысль, 1966. — 743 с. — (Сочинения в шести томах; т. 6).
3. Маркс К. Манифест Коммунистической партии // Сочинения / *К. Маркс, Ф. Энгельс*. — 2-е изд. — М.: Госполитиздат, 1955. — Т. 4. — С. 419–459.
4. Скакун О. Ф. Общее сравнительное правоведение. Основные типы (семьи) правовых систем мира / *О. Ф. Скакун*. — К.: Ін Юре, 2008. — 464 с.
5. Дорская А. А. Церковное право в системе права Российской империи конца XVIII–начала XX вв.: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.01 / *А. А. Дорская*. — М., 2008. — 40 с.
6. Большая советская энциклопедия. Т. 28. Франкфурт — Чага. — М.: Сов. энцикл., 1978. — 616 с.
7. Варьяс М. Ю. Церковное право как корпоративная правовая система: опыт теоретико-правового исследования / *М. Ю. Варьяс* // Известия вузов. Правоведение. — 1995. — № 6. — С. 76–85.
8. Бехруз Х. Сравнительное правоведение: учебник / *Хашматулла Бехруз*. — О.: Фенікс; М.: ТрансЛит, 2008. — 508 с.
9. Оборотов Ю. Н. Традиции и новации в правовом развитии: монография / *Ю. Н. Оборотов*. — О.: Юрид. л-ра, 2001. — 157 с.
10. Правові системи сучасності. Глобалізація. Демократизм. Розвиток / *В. С. Журавський, О. В. Зайчук, О. Л. Копиленко, Н. М. Оніщенко*; за заг. ред. В. С. Журавського. — К.: Юрінком Інтер, 2003. — 296 с.
11. Порівняльне правознавство: підручник / за заг. ред. О. В. Петришина. — Х.: Право, 2011. — 272 с.

12. Оборотов І. Г. Канонічна правосуб'єктність: сутність та елементи / *І. Г. Оборотов* // Актуальні проблеми політики : зб. наук. пр. — Миколаїв, 2009. — Вип. 38. — С. 217–226.
13. Филарет, митр. (Дроздов). Пространный христианский катехизис православной католической восточной церкви / *Митрополит Филарет (Дроздов)*. — М. : Образ, 2005. — 127 с.
14. Положение о церковном суде Русской Православной Церкви (Московском Патриархате) от 26 июня 2008 г. [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://www.mospat.ru/ru/documents/church-court>
15. Православие : словарь-справочник. — М. : ДАРЪ, 2007. — 959 с.
16. Основные принципы отношения к инославию Русской Православной Церкви. Приняты на Юбилейном Архиерейском Соборе РПЦ 13–16 августа 2000 г. [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://www.mospat.ru/ru/documents/attitude-to-the-non-orthodox/>
17. Основы социальной концепции Русской Православной Церкви. Приняты на Юбилейном Архиерейском Соборе РПЦ 13–16 августа 2000 г. [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://www.mospat.ru/ru/documents/social-concepts/>
18. Основы учения Русской Православной Церкви о достоинстве, свободе и правах человека Приняты на Освященном Архиерейском Соборе РПЦ 26 июня 2008 г. [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://www.mospat.ru/ru/documents/dignity-freedom-rights/>
19. Боровой Д. Д. Каноническое (церковное) право как нормативная система социально—правового регулирования : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / *Д. Д. Боровой*. — Ставрополь, 2004. — 178 с.

#### А н н о т а ц и я

**Оборотов И. Г. Каноническое право как правовая система.** — Статья.

В статье анализируется каноническое (церковное) право и постулируется признание его самостоятельной правовой системой персонального характера. Исследование структуры канонико-правовой системы и наложение её на теоретическую модель структуры правовой системы позволяет убедиться в наличии у канонического права всех необходимых признаков правовой системы. Анализ предмета и методов канонико-правового регулирования используется для обозначения специфики канонического права.

*Ключевые слова:* каноническое право, правовая система, канонико-правовая жизнь, канонико-правовое регулирование, акривия, икономия.

#### А н о т а ц і я

**Оборотов І. Г. Канонічне право як права система.** — Стаття.

У статті аналізується канонічне (церковне) право і постулюється визнання його самостійною правовою системою персонального характеру. Дослідження структури каноніко-правової системи і накладення її на теоретичну модель структури правової системи дозволяє перекоонатися в наявності у канонічного права всіх необхідних ознак правової системи. Аналіз предмета і методів каноніко-правового регулювання використовується для позначення специфіки канонічного права.

*Ключові слова:* канонічне право, права система, каноніко-правове життя, каноніко-правове регулювання, акривія, ікономія.



**S u m m a r y**

***Oborotov I. G. Canon law as a legal system.*** — Article.

The article analyzes the canonical (ecclesiastical) law and the recognition of its postulated an independent legal system, of a personal nature. Investigation of the structure of Canons and legal system and imposing it on a theoretical model of the structure of the legal system can satisfy itself that the canon law of all the necessary features of the legal system. Analysis of the subject and methods of a canon law regulation is used to refer to the specifics of canon law.

*Keywords:* canon law, legal system, canonical and legal life, canon law regulation, akribeia, oeconomy.

УДК 340.1

*Л. І. Заморська***ДІЯ ТА ДІЙСНІСТЬ НОРМАТИВНОСТІ ПРАВА  
(ЗА Г. КЕЛЬЗЕНОМ)**

Для того щоб дослідити генезис того чи іншого явища, передусім слід вивчити, які саме історичні передумови існували на момент зародження цього явища, а також які події відбувалися протягом формування та розвитку цього явища. В цьому випадку ми маємо на увазі дію та дійсність права крізь призму його нормативності.

Вперше змісту даного питання були присвячені роботи видатного мислителя Г. Кельзена, крім того дослідження даних питань торкалися такі науковці, як Ю. М. Оборотов, В. В. Дудченко, А. А. Козловський, Е. С. Комаров та ін.

*Метою* написання статті є розкриття змісту дійсності нормативності права, а також визначення місця норми позитивного права в цьому процесі через безпосередню дію (вплив).

Необхідно зазначити, що основну увагу Г. Кельзен приділяє нормі, зокрема, розглядає норму як схему тлумачення; співвідносить норму й нормотворчість, дійсність і сферу дійсності норми; дає визначення актів, що мають позитивний і негативний характер регулювання поведінки людей: наказ, повноваження, дозвіл; розглядає норму та її цінність.

Пізнання права, як підкреслює Г. Кельзен, спрямовано на вивчення тих норм, які мають характер норм права й надають певним діям характеру правових чи протиправних актів. Адже право, яке утворює предмет цього пізнання, являє собою нормативний порядок поведінки людей, тобто систему норм, що регулюють цю поведінку. Під поняттям «норма» мається на увазі, що дещо повинно бути чи здійснюватися й, особливо, що людина повинна діяти (поводити себе) певним чином. Такий зміст певних актів, спрямованих на регулювання поведінки людей, ці акти відповідно спрямовані на регулювання поведінки інших людей, якщо відповідно до свого змісту такі акти карають за таку поведінку, або її дозволяють, або надають людині певних повноважень, зокрема владних,

особливо самій установлювати норми. Відповідно мова йде — за такого розуміння — про акти волі. Г. Кельзен говорить, що, якщо один індивід виражає волю, щоб інший учинив певним чином, тобто наказує, дозволяє іншому діяти певним чином чи вповноважує на певні дії, зміст його акту полягає не в тому, що інший так учинятиме, а лише в тому, що інший повинен так учинити. Той, хто наказує, дозволяє чи уповноважує, виявляє волю; той, хто отримує наказ, дозвіл чи повноваження, повинен так учинити. Дієслово «повинен» (sollen) Г. Кельзен вживає тут у ширшому значенні, ніж зазвичай. Звичайно лише наказові відповідає слово «повинен», дозволіві — «може», а повноваженню — «має право». Але в цьому разі слово «повинен» виражає нормативний зміст акта, спрямованого на регулювання поведінки інших. Поняття зобов'язання («повинен») включає в системі Г. Кельзена також слова «може» і «має право»; адже норма може не лише наказувати, але й дозволяти, уповноважувати [4, с. 212].

Отже, згідно з Г. Кельзенем, норма — це зміст акта, який наказує чи дозволяє певну поведінку й, особливо, уповноважує на певні дії. При цьому слід мати на увазі, що норма як специфічний зміст акта, спрямованого на регулювання поведінки людей, — це не те саме, що й акт волі, зміст якого вона становить. Адже норма є належне, а акт волі, зміст якого вона становить, — суще. Тому те, що відбувається, коли ми маємо справу з таким актом, слід описати таким чином: одна людина виявляє волю («хоче»), щоб інша діяла певним чином. Перша частина цього виразу належить до сушого, до наявного акту волі; друга — до належного, до норми як до змісту цього акту. Г. Кельзен підкреслює, що часто зустрічаються неправильні твердження, згідно з якими вираз «одна людина дещо повинна» стає рівнозначним виразу «інша людина дещо хоче», тобто належне зводиться до сушого.

Різницю між сушим і належним, з точки зору Г. Кельзена, не можна виразити точніше. Вона безпосередньо наявна в підсвідомості кожної людини.

Однак цей дуалізм сушого й належного зовсім не означає, що суще й належне ніяк не співвідносяться одне з одним. Існує вираз: деяке суще може відповідати деякому належному; що значить: дещо може бути таким, яким воно повинно бути [7, с. 6].

Як відомо, представники юридичного неопозитивізму у визначенні поняття право на відміну від представників класичного юридичного позитивізму, котрі розглядали право «як воно є», стверджували, що право слід розглядати «як воно може бути уявлено».

У цьому ж контексті можна говорити і про основну норму Г. Кельзена. Оскільки автор наголошує, що ми мусимо виходити із припущення про її розум, оскільки вона не може бути установлена таким авторитетом, чия компетентність мусила б спиратися на якусь іще вищу норму. Її чинність більш не може виводитися від якої-небудь іще вищої норми, й підставу її чинності більш не випадає ставити під сумнів. Таку, ви-

значену як найвища, норму ми тут визначатимемо як засадничу норму (основну), яка лежить в основі всієї системи права.

Згідно з Г. Кельзенем, основна норма є спільним джерелом чинності для всіх норм, що належать до одного й того самого конкретного порядку, є спільною для всіх них основою чинності [2, с. 216].

Словом «дійсність» Г. Кельзен позначає специфічне існування, власне нормі. (Терміни *Geltung*, *gultig*, *gelten* послідовно перекладаються як «дійсність», «дійсний», «бути дійсним» (відповідно вживаються сполучення «ставати дійсним» тощо). Коли в перекладі — як поступка звичайному вживанню слів — зустрічаються словосполучення «набрання чинності» тощо, то терміни «дія» і «юридична сила» у Г. Кельзена слід розуміти як синоніми терміна «дійсність». У всіх випадках в оригіналі вживаються лише згадані вище терміни й завжди в тому самому значенні.)

Г. Кельзен пояснює, що, описуючи зміст чи значення нормотворчого акта, ми говоримо, що цей акт вимагає від людей певної поведінки, наказує, велить, забороняє їм поводити себе певним чином. Якщо ми вживаємо слово «повинен» у тому розумінні, яке містить у собі всі ці значення, як було запропоновано вище, то передаємо зміст дійсності норми таким чином: дещо повинно чи не повинно бути або здійснюватися. Якщо ж передати зміст специфічного існування норми словом «дійсність», то тим самим буде виражений особливий характер її існування — на відміну від існування звичайних фактів. Г. Кельзен підкреслює, що існування позитивної норми, тобто її дійсність, відрізняється від існування акту волі, об'єктивний зміст якого вона становить. Норма може бути дійсною, навіть якщо більше не існує акту волі, зміст якого вона становить.

Г. Кельзен уважає, що невірно характеризувати норму взагалі й правову норму безпосередньо як волю чи наказ законодавця або держави, якщо під волею чи наказом розуміти психічний акт волі [3, с. 312].

Він говорить, що, оскільки дійсність норми є належне, а не суще, слід відрізнити дійсність норми від її дієвості, тобто від того факту, що норму насправді застосовують і норми дотримують, а люди по суті діють відповідно до цієї норми. Те, що норма дійсна, не рівнозначно тому, що її фактично застосовують і норми дотримують, хоча між дійсністю й дієвістю норми може існувати певний зв'язок.

Г. Кельзен наголошує, що правова норма вважається об'єктивно дійсною лише в тому разі, якщо поведінка людей, яку вона регулює, хоча б деякою мірою фактично відповідає цій нормі. Не буде вважатися чинною норма, якої ніхто ніколи недотримується й не застосовує. Насправді така норма, якої тривалий час не дотримуються й не застосовують, втрачає, через так звану *desuetudo*, незаціянність, свою чинність. *Desuetudo* — це, сказати б, негатив звичаю, його відсутність, і її суттєва функція полягає в тому, щоб скасовувати чинність наявної норми. [2, с. 239]. Деякий мінімум так званої дієвості є умовою її

дійсності у суспільстві. Однак обов'язково слід припускати можливість поведінки, яка не відповідає нормі. Норма права, яка наказує щось, що, як наперед відомо, у силу закону природи тільки так і може виникнути, була б настільки ж безглуздою, як і норма, що наказує щось, що, як наперед відомо, у силу закону природи взагалі не може виникнути. Г. Кельзен пояснює, що дійсність і дієвість норми не збігаються й у часі. Правова норма стає дійсною раніше, ніж дієвою, тобто раніше, аніж її починають застосовувати й норми дотримуватись. У випадку потреби застосування закону, який був тільки що виданий, а отже ще не міг стати дієвим, суд застосує дійсну правову норму. Однак, на думку Г. Кельзена, правова норма перестає вважатися дійсною, якщо вона протягом тривалого часу залишалася бездіяльною, тобто такою, яку довгий час ніхто не застосовував і вимог якої ніхто не дотримувався.

У теорії Г. Кельзена співвідношення норми з часом і місцем — це просторово-часова сфера дійсності норми. Ця сфера дійсності може бути обмеженою чи необмеженою. Норма може бути дійсною лише для певного місця (визначеного цією чи іншою, більш високою, нормою) і певного часу, тобто регулювати події лише в межах певного часу й простору. В іншому разі, стверджує вчений, норма може бути дійсною (за своїм змістом) завжди й усюди, тобто ставитися до подій незалежно від того, де й коли вони відбуваються. Таким є її зміст, якщо вона не містить спеціальних просторових визначень і жодна інша, більш висока, норма не обмежує просторово-часової сфери її дійсності. Не те щоб норма в цьому разі діяла поза часом і простором, а просто вона дійсна не для якогось певного часу й місця — просторово-часова сфера її дійсності необмежена [3, с. 172].

Крім просторово-часової, Г. Кельзен розрізняє також сферу дійсності норм за колом осіб і змістовну (чи матеріальну) сферу дійсності. Адже поведінка, що регулюється нормами, — це поведінка людей, тому в будь-якій передбаченій нормою поведінці можна розрізнити особистий і змістовний елементи: людину, яка повинна діяти певним чином, і вид дій, які вона повинна вчиняти. Ці два елементи нерозривно пов'язані між собою. При цьому вчений нагадує, що норма стосується не лише людини самої по собі, а й завжди визначеної поведінки людини. Сфера дійсності норми за колом осіб співвідноситься з особистісним елементом передбаченої нормою поведінки. Ця сфера дійсності також може бути обмеженою чи необмеженою. Моральний порядок (система моральності) може претендувати на суспільність, тобто на те, що поведінка, яку передбачають норми цього порядку, обов'язкова для всіх, а не лише для групи осіб, особливо відзначених цим порядком. Зазвичай це визначають словами: цей порядок стосується всіх людей. Що ж стосується поведінки, яку наказують норми державного правопорядку, то вона передбачена лише для осіб, що проживають на території цієї держави, і для її громадян, що перебувають за кордоном. Г. Кельзен вважає, що держав-

ний правопорядок регулює лише поведінку людей, підпорядкованих такому правопорядкові, тобто сфера дійсності норми за колом осіб обмежена цими людьми [6, с. 126]. Потрібно зауважити, що в цьому разі Г. Кельзен уже застосовує термін «державна», хоча в його попередніх роботах такого терміна не було й державу він ототожнював з правом. Що у свою чергу свідчить, що праворозуміння ученого формувалося та видозмінювалося протягом тривалого періоду.

Отже, згідно з теорією Г. Кельзена людська поведінка, регульована нормативним порядком, є дія або утримання від дії, що передбачено цим порядком. Регулювання поведінки людей нормативним порядком може бути позитивним і негативним. Позитивно поведінку можна регулювати насамперед у тому разі, якщо людині наказано діяти певним чином чи утриматися від певних дій (в останньому разі ця дія заборонена). Коли говорять, що об'єктивно дійсна норма наказує людині поводити себе певним чином, це означає, що така поведінка для людини обов'язкова. Якщо людина поводить себе, як наказує норма, то вона виконує свій обов'язок, дотримує норми; якщо ж особа поводить себе протилежним чином, то порушує норму чи — що те саме — свій обов'язок. Поведінку можна регулювати позитивно й тоді, коли нормативний порядок уповноважує людину досягти передбачених порядком результатів за допомогою певної дії, особливо це стосується створення норм чи участі в нормотворчості (якщо порядок регулює створення самого себе). Позитивне регулювання поведінки відбувається й тоді, коли правопорядок, який устанавлює акти примусу, уповноважує людину здійснювати ці акти за передбачених правопорядком умов, а також коли норма обмежує сферу дійсності іншої норми, тобто дозволяє людині певну поведінку, яка в інших випадках заборонена.

В проблемі дійсності права слід розрізняти три підходи — юридичний, соціологічний та етичний, розуміючи відповідно правову, соціальну і моральну дійсність норми. Юридичне розуміння дійсності орієнтується на упорядкованість чи позитивність, соціологічне — на дієвість чи ефективність, етичне — на правильність або легітимність. Оскільки Г. Кельзен допускав певну колізію між правовою та соціологічною дійсністю норми, оскільки умовою дійсності права він вважав і визначену міру його соціальної ефективності («взагальному і вцілому» — для системи норм, «мінімальну» — для норми). Але зіткнення правового і морального аспектів дійсності норми він визначав виключно на користь першого, за рахунок чіткого розмежування права і моралі, позитивного права і справедливості. Тут слід погодитись з позицією проф. В. В. Дудченко, яка відзначає, що мораль і право — суто синкретичні у витoku. Їм властива родова риса — нормативний характер обох, оскільки і перша і друга встановлюють правила поведінки, а не констатують і описують факти, як у науці [1, с. 11].

Проаналізувавши, яку увагу у своїй «чистій» теорії права Г. Кельзен приділяє нормі слід зазначити, що основним чинником який призвів до

настільки детального розгляду поняття та функціонування норми була теорія юридичного неопозитивізму.

Оскільки класичний юридичний позитивізм концентрував увагу на встановленні норм, юридичний неопозитивізм велику увагу приділяв самій нормі, ставив за мету зрозуміти правову систему, виходячи з самих правових норм цієї системи. Як зазначив Е. С. Комаров, «дійсність права виводиться із самої норми права в юридичному позитивізмі XIX ст.» [5, с. 113], тобто нормативність права через його дію (вплив на суспільство) визначає розуміння самого права як дійсного та реального явища. Так як основна норма являє собою нормативне формулювання поняття (позитивного) права, а також існування і дійсність у Г. Кельзена збігаються, то з вище викладеного випливає, що основна норма містить у собі і критерій пізнання права, і критерій його дійсності.

#### Л і т е р а т у р а

1. Дудченко В. В. Традиція правового плюралізму : західна та східна інтерпретація : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук / В. В. Дудченко. — О., 2007. — 36 с.
2. Кельзен Г. Чисте правознавство / Г. Кельзен ; [пер. з нім. О. Мокровольського]. — К. : Юніверс, 2004. — 496 с.
3. Kelsen H. The Pure Theory of Law, Its Method and Fundamental Concepts / H. Kelsen. L.Q.REV, 1934. — 474 p.
4. Kelsen H. General Theory of Law and State / H. Kelsen. — Cambridge : Mass, 1945. — 446 p.
5. Комаров Э. С. Г. Кельзен и философия права / Э. С. Комаров // Проблемы буржуазной теории права. Философия права. — М. : ИНИОН, 1984.
6. Mason G. Hans Kelsen Reine Rechtslehre / G. Mason Mason // Law & Economics Research Paper. — 1983. — N 3.
7. Vinx Lars. Hans Kelsen's Pure Theory of Law: Legality and Legitimacy / Lars Vinx // Published to Oxford Scholarship Online. — 2009. — N 1.

#### А н о т а ц і я

**Заморська Л.** Дія та дійсність нормативності права (за Г. Кельзенем). — Стаття.

У статті розкривається зміст дії та її співвідношення з дієвістю та дійсністю нормативності права, визначається місце позитивної норми як фундаментальної категорії права та його нормативності, а також зміст вчення Г. Кельзена про дійсність нормативності позитивного права.

*Ключові слова:* норма права, нормативність права, сфера дії норм позитивного права, дійсність права.

## А н н о т а ц и я

*Заморская Л.* Действие и действительность нормативности права (за Г. Кельзеном). — Статья.

В статье раскрывается содержание действия и его соотношения с действенностью и действительностью нормативности права, определяется место позитивной нормы как фундаментальной категории права и его нормативности, а также содержание учения Г. Кельзена о действительности нормативности позитивного права.

*Ключевые слова:* норма права, нормативность права, сфера действия норм позитивного права, действительность права.

## S u m m a r y

*Zamorska L.* Action and reality of normativeness of law (for G. Kel'zen). — Article.

In the article opens up maintenance of action and his correlation with effectiveness and reality of normativeness of law, the location of positive norm is determined as a fundamental category of law and his normativeness, and also maintenance of studies of G. Kel'zena about reality of normativeness of positive law.

*Keywords:* law norm's, normativeness of law, sphere of action of norms of positive law, reality of law.



УДК 342.511(470)

*В. П. Поздняков*

**ОЛЕГ ЕМЕЛЬЯНОВИЧ КУТАФИН И ЕГО  
«ГЛАВА ГОСУДАРСТВА»: ПУТЬ В ИСТОРИЮ**

Заголовок данной статьи не случаен и призван обозначить методологический вектор направления движения к открытию скрытых в отмечаемых юбилейных датах глубинных смыслов.

В нынешнем году Московская государственная юридическая академия вместе с юридической и вообще с творческой общественностью отметила 75-летний юбилей своего основателя, своего первого ректора, имя которого она носит, — действительного члена Российской Академии Наук Олега Емельяновича Кутафина.

К юбилею академика увидела свет и его книга «Глава государства». Книга, над которой он работал до последних дней жизни (Олега Емельяновича не стало 4 декабря 2008 года). Завершить ее он не успел и подготовку рукописи к изданию осуществили вдова ученого Наталья Николаевна Кутафина, сын Дмитрий Олегович Кутафин, коллектив кафедры конституционного и муниципального права Российской Федерации Московской государственной юридической академии им. О. Е. Кутафина, заведующим которой ныне является профессор Владимир Иванович Фадеев.

Последний в своем вступлении к книге пишет: «...В целом свой замысел он успел реализовать. И наука конституционного права России получила еще один его научный труд, в котором рассматривается важнейший государственно-правовой институт — институт главы государства.

Новая книга О. Е. Кутафина, как и его предыдущие работы по конституционному праву, поражает своей фундаментальностью, масштабом охвата источников, уровнем обобщения научных взглядов, глубиной анализа рассматриваемых проблем. Неповторимость научного наследия О. Е. Кутафина состоит также в том, что по его монографиям можно

изучать развитие конституционно-правовой мысли в России. Это придает работам О. Е. Кутафина характер науковедческого жанра» [1, с. 3].

Очевидно, уже этого вполне достаточно, чтобы в юбилей Одесской национальной юридической академии последнее исследование выдающегося русского советского и российского ученого проблематики эволюции института главы государства, безусловно актуальной и в современной Украине, не оставить без внимания.

Но, пожалуй, для юридической, и не только, общественности Одессы поставить в связь 165-летие зарождения одесской школы права и 75-летие О. Е. Кутафина обязывает то, что он является одесситом.

Смею полагать, и к тому есть веские основания, что благодаря этому немаловажному обстоятельству в личности О. Е. Кутафина человек и его социальные ипостаси были нераздельны. Говоря о нем как о человеке, говоришь об ученом. Вспоминая его как незаурядного руководителя, говоришь о человеке. По этой причине говорить о нем одновременно и легко, и трудно. И по этой же причине для меня размышления о его последней книге есть одновременно память о Человеке.

Олег Емельянович относился к тем редким людям, которым удается самое трудное, — жить в согласии своего «я» со своим призванием. Оно и выступало, видимо, аккумулятором его достоинств, известных каждому, кто его знал.

Неоспоримые его человеческие качества, какие бы ситуативные оценки ни получали те или иные его действия от современников, реализовывались самой его жизнью. А общим знаменателем всех ее проявлений — будь то наука, политика, административная работа или личная жизнь, — следует вывести понятие «творчество».

И чтобы понять и правильно оценить творчество Олега Емельяновича, надо, по крайней мере, попытаться проследить его жизнь шаг за шагом.

А первый шаг был сделан давно, в далеком тысяча девятьсот... И здесь, несколько нарушая каноны научной статьи, я позволю себе литературное отступление.

...Мальчик вышел из подъезда дома на улицу, перешел через дорогу и вошел в школу, что была напротив. Он открыл одну из дверей и, оказавшись в классе, сел за парту.

— Кто ты? — спросила учительница.

— Меня зовут Олег, — ответил мальчик.

— Здесь школа, здесь учатся, — продолжала она.

— Я тоже хочу учиться, — сказал он.

— Но мы уже во втором классе, все давно умеют читать, — недоумевала учительница.

— Я тоже умею читать и хочу учиться, — не сдавался мальчик.

— Ну, что ж, оставайся, — подвела учительница итог диалогу.

И мальчик начал учиться, и годы спустя выпускник одесской средней школы Олег Кутафин присоединил свою золотую медаль, полученную

по ее окончании, к боевым наградам фронтовиков, отца и старшего брата. Последний, Петр Емельянович (его не стало в январе 1988 г.), и рассказал мне в свое время эту историю.

Впереди было шесть десятков лет жизни, неотделимой от жизни страны, много свершений, наград. Но начиналось все с того первого шага в далеком тысяча девятьсот сорок четвертом году, осознанно и самостоятельно сделанного сразу после освобождения города-героя Одессы от немецко-фашистских захватчиков.

Судьба Олега Емельяновича Кутафина и типична, и индивидуальна одновременно. Идеи социализма и права получали в послевоенное время иное выражение, искали соответствующих меняющемуся миру средств реализации. Для студента юридического факультета Московского государственного университета им. М. В. Ломоносова, ставшего там же секретарем комитета комсомола, это был период критической веры в их торжество.

И подобно тому как квинтэссенцией его таланта организатора стало создание Московской государственной юридической академии, так фокусом его научного наследия стала книга «Глава государства». Несмотря на то, что О. Е. Кутафину не суждено было ее закончить, она, безусловно, является блестящим итогом его научной деятельности.

В. И. Фадеев пишет, что в этой монографии «...прослеживается эволюция института главы Российского государства, анализируются взгляды ученых, обращавшихся к этой проблематике в дореволюционной, советской и постсоветской России. Со многими научными мнениями и высказываниями Олег Емельянович соглашается, с другими спорит, дискутирует, выдвигая свои обоснования и аргументы» [1, с. 3].

Заметим сразу, что О. Е. Кутафин стремится к философскому обоснованию теоретических положений и философскому осмыслению понятий, которые порой употребляются без критического анализа их смысловых значений. И здесь О. Е. Кутафин в качестве методологического принципа реализует мысль Бергсона о том, что критика абстракций правового мышления требует «внутренней энергии ума, которая постепенно отвыкает самое себя, устраняя отжившие идеи, с тем, чтобы оставить место идеям, находящимся в процессе становления» [2, с. 68].

О. Е. Кутафин тем самым утверждает, что выдвижение тех или иных версий развития общества и государства, постановка вопросов о реализации и реализуемости проектов социального и политического развития требует строгого логического отчета в историческом смысле осуществляемой работы. Иными словами, исторические экскурсы в монографии выполняют функцию методологической самозащиты высокого качества.

Другой методологической опорой в работе выступает диалектико-генетическая трактовка правовых основ института главы государства. Мысль ученого находится в мучительно трудном процессе органического соединения логики оформления наших знаний и представлений о политике и праве с объективным описанием реальной действительности.

Вновь предоставим слово В. И. Фадееву: «Читатель имеет прекрасную возможность следить за развитием мысли Олега Емельяновича, ее полетом, что всегда характеризует подлинного ученого, пытливого исследователя, открывающего новые горизонты в исследовании научных проблем, встающих перед государством и обществом и требующих своего разрешения» [1, с. 3].

Из этого качества рождается еще один важнейший методологический принцип, развиваемый О. Е. Кутафиным: не ограничивать исследования исключительно юридической точкой зрения, но сделать ее органической составной частью историософского правового анализа.

В этом отношении весьма характерны первые три главы книги, соответственно названные «Понятие и традиционные функции главы государства», «Глава государства в Российской империи», «Государственные органы Советской России, исполнявшие функции главы государства».

В них развернут исторический спектр философско-правовых и юридических трактовок сущности монархической и республиканской форм правления в связи с развитием института главы государства от античности до наших дней. При этом изложение позиций различных мыслителей и ученых дает полное о них представление.

Здесь мы находим имена Геродота и Аристотеля, Беджгота и Моля, Монтескье и Руссо, Локка и Маркса. Особенно представлена в исследовании русская политико-правовая и юридическая мысль. Цитирование переписки Ивана Грозного с Андреем Курбским сочетается с анализом концепций русских государствоведов Н. М. Коркунова и Н. И. Лазаревского. Обращение к «Истории государства Российского» Н. М. Карамзина ведет к доктринам Б. Н. Чичерина и В. М. Гессена.

Автор детально анализирует философско-правовые взгляды А. И. Ильина и Л. А. Тихомирова. Внимание к точкам зрения ученых одесской школы права дореволюционного периода П. Е. Казанского и В. В. Сокольского дает кутафинской мысли импульс к проникновению в исследования советского ученого А. А. Мишина и полемике с В. Е. Чиркиным.

Вследствие невозможности объять необъятное я остановлю свое внимание на разделе второй главы под названием «Монарх — глава государства». В частности, на тех фрагментах, где мысль О. Е. Кутафина погружает в противоречия и политико-правовые перипетии XVIII века.

В этой части книги проанализировано историческое соотношение понятий «самодержавие» и «монархия». Этот анализ, являясь своеобразным философско-правовым эссе, представляет необходимую методологическую оснастку историко-правовых и актуальных политических исследований.

Предоставим слово О. Е. Кутафину. «Царствование Петра I стало временем, когда в России окончательно утвердилось самодержавие, которое приобрело абсолютный характер. С 1700 г. перестала существо-

вать как учреждение Боярская дума; был упразднен патриарший престол; правительство перестало созывать земские соборы. Начиная с царствования Петра I царская власть оказалась на деле ничем не ограниченной и в то же время достаточно сильной, чтобы действовать вполне независимо от чьей-либо поддержки и воли. В истории России начинается новая эпоха. При Петре с 1721 г. прекращает свое существование Московское царство, превратившееся с этого года в Российскую империю» [1, с. 64].

Этот начавшийся новый, «петербургский», период русской истории обладал своей политико-правовой идеологией, представленной именами блестящих мыслителей, с творчества которых берет начало русская философия права.

О. Е. Кутафин пишет: «Идеал абсолютной монархии в качестве формы правления нашел своего идеолога в лице Феофана Прокоповича. В его произведениях содержится апология абсолютной, ничем не ограниченной власти, регламентирующей все стороны жизни подданных... Он указывал, что монарх дарует своему народу «обряды гражданские, церковные, перемены обычаев...»

Ф. Прокопович один из первых в политической истории раскрыл содержание термина «самодержавие» и начал его толковать не столько в смысле суверенности и независимости государства, сколько для выражения представления о форме правления неограниченной монархии» [1, с. 65].

Ученый прослеживает развитие политико-правовой мысли, видя ее истоки в тех реальных политических проблемах России, как внутренних, так и внешних, которые резко обозначились уже в XVII веке и показывают отражение в конституционных идеях XVIII века социально-политических противоречий, определивших дальнейшие исторические судьбы России.

В самом деле, к XVIII веку Россия находилась под тяжестью многих проблем, настоятельно требовавших своего разрешения. Вхождение России в европейскую политику и международное право стало к тому времени потребностью ее развития, потребностью в согласованных решениях проблем выхода из состояния международной отчужденности. О. Е. Кутафин показывает, что русская правовая мысль XVIII века была подготовлена вызревающим пониманием исторической необходимости философского осмысления политики.

Этот взгляд, развиваемый ученым, стремится к утверждению того методологического принципа, что конституционные идеи XVIII века являются одной из граней развития единого культурного типа, — русской философии права. Анализ О. Е. Кутафина позволяет сделать вывод о мировоззренческом, корневом, единстве русской правовой и философской мысли, ставшем концептуальной основой зарождения конституционного права в России.

Ученый, таким образом, показывает, что в русской политико-правовой мысли XVIII века сфокусировались исторические и правовые коор-

динаты развития России в их европейском значении.

Такая методология выявления характеристик русского правоведения в органическом единстве ее «европейскости» с оригинальной «русскостью» позволяет прийти к выводу, что несомненное влияние западноевропейских конституционно-правовых идей не только не обезличивало русскую мысль «заимствованиями», но их освоение было настолько оригинальным, что XVIII век задал многие направления последующего политико-правового развития России.

В индивидуальном творчестве Н. В. Ломоносова, Н. И. Новикова, А. Н. Радищева, В. Н. Татищева, Д. И. Фонвизина, М. М. Хераскова прорастали, по слову В. В. Зеньковского, «семена» важнейших результатов европейской философско-правовой культуры в самостоятельные опыты русских мыслителей и ученых.

Об этом с очевидностью свидетельствует творчество, в частности, С. Е. Десницкого, М. М. Щербатова, проанализированное О. Е. Кутафинным. Его внимание сосредоточивается и на конституционном проекте Н. И. Панина, и на написанном его братом П. И. Паниным «Прибавлении к рассуждению, оставшемуся после смерти министра графа Панина, сочиненное генералом графом Паниным, о чем между ними рассуждалось иметь полезным для Российской империи фундаментальные права, не переменяемые на все времена никакою властью».

В поле зрения исследователя находится и знаменитый «Наказ» Екатерины II 1767 г. и «Записка» 1799 г. А. А. Безбородко, в которой содержались конституционные идеи, и конституционные взгляды Ф. В. Кречетова.

О последнем О. Е. Кутафин пишет: «Большой интерес представляют и конституционные взгляды Ф. В. Кречетова. Его литературное наследство весьма значительно: имеется около 50 неопубликованных его произведений, в которых он неоднократно обращался к проблемам конституции, вопросам об учредительном собрании, об организации высших органов государства после свержения самодержавия, о правах граждан и условиях их осуществления. Одной из центральных его идей была идея общественного договора.

По словам Г. В. Плеханова, взгляды Ф. В. Кречетова «представляли собой смесь передовых идей французской философии с более или менее оригинально истолкованным христианским учением» [1, с. 78–79].

Продумывая цитированное всерьез, понимаешь, что в концептуальном прицеле правоведа взаимосвязаны и формирование в XVIII веке русского самобытного культурного типа, — русского дворянина, отличающегося образованностью, связанного с народом трудовым образом жизни, и развитие философии рассмотрения государства как такой организации общества, где гражданин в соответствии с законами реализует политическую и нравственную свободу.

О. Е. Кутафин отмечает, что начатая в русском праве разработка конституционно-правовых идей сопровождается критикой тогдашних осно-

вополагающих социальных институтов, — самодержавия и крепостничества. Он особо оговаривает, что критика «просвещенного абсолютизма» трансформировалась в русской философии в утверждение правового обоснования мира во взаимоотношениях государств как необходимого условия общественного развития.

Для О. Е. Кутафина важно выяснить возможности системного рассмотрения проблем института главы государства как историко-правового процесса. Он утверждает методологию системного подхода в качестве способа избавления от фальсификаций.

Отсюда у него следует определенный вывод: «Появление конституционно-демократических идей в России относится к XVIII в. Они содействовали духовному пробуждению России, являясь важным этапом в формировании прогрессивных традиций политической мысли в стране.

Борьба за политическую свободу и представительство продолжалась в России и в XIX, и в начале XX в.» [1, с. 79].

Здесь нетрудно усмотреть предвосхищение одной из стержневых идей, развиваемой О. Е. Кутафиным в дальнейшем изложении, а именно: пути общественного развития должны пролагать в согласовании между собой право и политика. В своем творчестве он всегда стремился к реализации этой идеи.

Человек, утверждал Бюффон, — это стиль. Формула эта приложима, видимо, и к историческим периодам. Каждая их ипостась — это стиль. Академик О. Е. Кутафин являлся одной из ипостасей нашей трудной, противоречивой современной истории. А для созданной им Московской государственной юридической академии он сам — эпоха.

Его не меняли никакие должности, почести, награды. Собственно, главной наградой для него был каждый новый творческий шаг. И вслед за «Главой государства» он сделал бы еще один, если бы...

А Одесса с гордостью может помнить, что первый шаг в творчество был сделан из дома 2/4 по улице Орджоникидзе, теперь вновь переименованной в Разумовскую. И наш долг — увековечить память об академике Олеге Емельяновиче Кутафине мемориальной доской.

#### Л и т е р а т у р а

1. Кутафин О. Е. Глава государства / *О. Е. Кутафин*. — М.: Проспект, 2012. — 560 с.
2. Гадамер Х.-Г. Истина и метод / *Х.-Г. Гадамер*. — М.: Прогресс, 1988. — 704 с.

#### А н н о т а ц и я

**Поздняков В. П.** Олег Емельянович Кутафин и его «Глава государства»: путь в историю. — Статья.

В статье рассматривается проблематика становления государственно-правовой философии в России в связи с творчеством действительного члена Российской академии наук Олега Емельяновича Кутафина и выходом в свет его последней книги «Глава государ-

ства». Внимание автора сосредоточено на анализе теоретических и методологических вопросов, поставленных в исследовании О. Е. Кутафина. В частности, фокусом рассмотрения оказывается русская философско-правовая мысль XVIII века.

*Ключевые слова:* право, конституционализм, философия права, правовая методология, политика, монархия, республика, власть, глава государства.

#### А н о т а ц і я

***Поздняков В. П.* Олег Омелянович Кутафин і його «Голова держави»: шлях в історію. — Стаття.**

У статті розглядається проблематика становлення державно-правової філософії в Росії у зв'язку з творчістю дійсного члена Російської академії наук Олега Омеляновича Кутафіна і виходом у світ його останньої книги «Голова держави». Увага автора зосереджена на аналізі теоретичних і методологічних питань, поставлених у дослідженні О. О. Кутафіна. Зокрема, фокусом розгляду виявляється російська філософсько-правова думка XVIII століття.

*Ключові слова:* право, конституціоналізм, філософія права, правова методологія, політика, монархія, республіка, влада, голова держави.

#### S u m m a r y

***Pozdnyakov V. P.* Oleg Yemelianovich Kutafin and his «Head of State» way into history. — Article.**

The article deals with the problems of the formation of the state and legal philosophy in Russia in connection with the work of a full member of the Russian Academy of Sciences Oleg Emelyanovich Kutafin and the publication of his latest book, «Head of State». The focus is on the analysis of theoretical and methodological issues raised in the study of OE Kutafin. In particular focus is the consideration of Russian philosophical and legal thought of the 18th century.

*Keywords:* law, constitutionalism, the philosophy of law, legal methodology, politics, monarchy, republic, the power, the head of state.



УДК 340.12:(316.3+35.072.6)

*І. О. Сквірський*

### **ГРОМАДЯНСЬКЕ СУСПІЛЬСТВО ТА ГРОМАДСЬКИЙ КОНТРОЛЬ: НОТАТКИ ДО НАУКОВОЇ ДИСКУСІЇ ПРО ВЗАЄМООБУМОВЛЕНІСТЬ ПОНЯТЬ**

Аналіз сучасної наукової літератури з адміністративного права показує, що дедалі частіше вітчизняні вчені вдаються у своїх роботах до проведення досліджень, які знаходяться на стику різних наук: права та соціології, права та філософії, права та політології тощо. Подібний напрям наукового пошуку необхідно вітати та всіляко підтримувати, оскільки міждисциплінарні висновки та пропозиції, сформульовані за його результатами, на наш погляд, здатні найбільш повно та всебічно відобразити сучасний стан та перспективи розвитку суспільних відносин у нашій державі. Надзвичайно цінними вони є і для суб'єктів правотворчості, які у процесі своєї діяльності мають оперувати лише тими даними та показниками, які максимально узгоджуються з потребами та очікуваннями суспільства. Лише за цієї умови можна сподіватися на розробку та прийняття ефективних правових актів.

До кола таких досліджень можна віднести ті, у межах яких ставиться питання про взаємозв'язок права та громадянського суспільства, про адміністративно-правове забезпечення реалізації громадського контролю в Україні. Названій тематиці у різні часи присвятили свої праці В. Авер'янов, В. Гаращук, О. Кресін, О. Петришин, П. Рабінович та ін. Проте за межами уваги названих авторів залишилося питання про взаємозв'язок, взаємообумовленість та взаємозалежність громадянського суспільства та громадського контролю, що, власне, і складає мету даної статті. Для її досягнення нами планується вирішення таких завдань: з'ясування змісту та основних рис громадянського суспільства та громадського контролю; встановлення їх співвідношення з поняттям «правова держава»; виявлення факторів, що заважають становленню в Україні громадянського суспільства та знижують ефективність громадського контролю.

Проблематика громадянського суспільства почала вивчатися вітчизняними вченими лише після набуття Україною незалежності та проголошення її демократичною, соціальною та правовою державою, в якій визнаються (утверджуються) та забезпечуються права, свободи та законні інтереси людини і громадянина. З огляду на це, можна погодитися з думкою П. Рабіновича, який вважає, що інтерпретація громадянського суспільства має здійснюватися крізь призму прав людини. Такий підхід автор пояснює тим, що: по-перше, саме суспільство (а точніше — нагромаджені ним матеріальні, соціальні, духовні та інші ресурси) є основним джерелом задоволення життєво необхідних потреб людини, «резервуаром» формування і здійснення тих можливостей людини, які, власне, складають право; по-друге, реальні індивідуальні шанси доступу людини до цих ресурсів, користування нагромадженими суспільством благами залежать від того, до якого соціального угруповання належить та чи інша людина, яке становище посідає таке угруповання в суспільстві, якими є взаємовідносини різних угруповань між собою, а також між ними і державою; по-третє, права людини, їх здійсненність безпосередньо зумовлюються тим, якою мірою, в якій спосіб вони схвалені й «розподілені» носіями суспільної («публічної») влади — насамперед державою: в інтересах усіх і кожного чи передусім в інтересах певної частини суспільства [1].

Принагідно зазначимо, що доволі наочно зроблені висновки підтверджуються вітчизняним історичним досвідом, який показує, що за радянських часів, які характеризувалися нехтуванням правами і свободами громадян, громадянського суспільства не існувало. Це було пов'язано, головним чином з тим, що громадяни СРСР не наділялися насамперед суб'єктивними публічними правами, тобто вони не мали можливості вимагати від держави належної поведінки, а також створення можливостей для реалізації наданих їм на нормативному рівні прав та свобод. Зазначене завдання у демократичних, соціальних та правових державах виконується за рахунок норм адміністративного права, покликаного, як відомо, захищати приватних осіб від свавілля державної влади, гарантувати та забезпечувати реалізацію належних їм суб'єктивних публічних прав [2, с. 129]. З огляду на це, можна зробити висновок, що громадянське суспільство може формуватися та розвиватися за наявності двох основних передумов: по-перше, визнання прав, свобод та законних інтересів приватних осіб та, по-друге, існування демократично орієнтованого адміністративного права, покликаного створювати приватним особам необхідні можливості для реалізації наданих їм правомочностей і, перш за все, у взаємовідносинах останніх з державою. До речі, зазначена думка може бути підтверджена посиланням на ст. 3 Конституції України, де зазначено, що утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави [3]. Головний сенс наведеного, як справедливо наголошується у літературі, означає підпорядкування діяльності усіх державних інститутів потребам реалізації та захисту

прав людини, утвердження її пріоритетності перед усіма іншими цінностями демократичної, соціальної, правової держави [4, с. 236]. Отже, у певній мірі громадянське суспільство можна визначити соціальним утворенням, протилежним державі, яке спонукає останню до створення умов, необхідних для всебічного розвитку та існування членів такого суспільства. Інакше кажучи, громадянське суспільство виступає своєрідною противагою державі, яке однак орієнтується на взаємовигідне та безконфліктне існування з нею. Проте сформульована думка не означає, що громадянське суспільство існує лише для того, щоб щось вимагати від держави. Навпаки, воно орієнтується поміж іншим також і на співпрацю з інститутами публічної влади, на надання їм необхідної допомоги та сприяння у реалізації покладених на них завдань.

Зазначена форма взаємостосунків громадянського суспільства та держави у свою чергу вимагає формування інституту їх кореспондуючих прав та обов'язків, оскільки у протилежному випадку члени громадянського суспільства будуть розглядатися в якості підпорядкованих державі суб'єктів, а не повноправних учасників відповідних відносин. Відзначимо, що нині на конституційному рівні закладено необхідні підґрунтя для формування названого інституту, що знайшло прояв, зокрема, у ст. 3 Основного закону, де зазначено, що держава відповідає перед людиною за свою діяльність, а також у ст. 56, яка гарантує приватним особам відшкодування шкоди, завданої незаконними діями або рішеннями посадових (службових) осіб органів державної влади та органів місцевого самоврядування. Однак, разом з цим, на цьому зупинятися не можна, оскільки без запровадження реальних інститутів відповідальності держави перед громадянським суспільством та його членами названі положення швидко перетворяться у правову фікцію. У зв'язку з цим, на наш погляд, вкрай необхідним виглядає розробка та прийняття Закону України «Про відповідальність держави за шкоду, заподіяну її посадовими особами під час виконання службових обов'язків». Відсутність названого законодавчого акта, на жаль, дозволяє констатувати, що у нашій державі принцип взаємної відповідальності держави та приватної особи все ще не набув реального втілення у життя, що, зрозуміло, негативно позначається і на стані формування в Україні громадянського суспільства.

Становлення громадянського суспільства, а також намагання політичних та державних діячів сприяти цьому процесу передбачає з'ясування його найбільш визначальних рис, навколо яких, власне, і має здійснюватися назване «будівництво». Нині у літературі висловлено певну кількість думок з цього приводу. Так, П. Рабінович вважає, що такими ознаками є:

1) визнання людини з її потребами та інтересами, правами й свободами центральним суб'єктом суспільства. На думку вченого, це практично означає, що при вирішенні будь-яких соціальних проблем, справ, питань саме людині, її існуванню й розвитку надається абсолютний,

беззаперечний пріоритет. Права людини визнаються тією універсальною межею, переступати яку не дозволено нікому: ні іншим людям, ні їх громадським об'єднанням, організаціям, ні тим більше державі;

2) перетворення людей у власників. «Людина, позбавлена реальної, «персоніфікованої» власності на засоби виробництва, перетворюється на особу, «прив'язану» економічною (пролетарій), а колись і позаекономічною (раб, кріпосний) залежністю до іншої людини — власника. Чим меншою є частка таких залежних людей у складі населення, тим, отже, ширшим є коло осіб вільних, які виключно за своєю волею (а не внаслідок державного тиску, адміністративного або корпоративного примусу) обирають стратегію, спосіб і стиль свого життя»;

3) існування ринкової, соціально орієнтованої економіки. Завдяки цьому забезпечуються найсприятливіші умови для здійснення економічних та соціальних прав людини, а також створюються та нагромаджуються матеріальні ресурси, необхідні, насамперед, для забезпечення існування соціально найбільш незахищених верств населення;

4) наявність плюралістичного саморегулюючого суспільства політично активних громадян. Рівень складності соціальної структури, ступінь її плюралістичності є одним із показників розвинутості суспільства [1].

Дещо по-іншому характерні риси громадянського суспільства визначає Д. А. Керимов, який наголошує на тому, що останнє:

— утворюється із сукупності осіб, різних націй та національностей, об'єднаних в єдину спільноту у межах відповідної території;

— складається з сукупності добровільних громадських організацій та рухів, які слугують індивідуальному та загальному благу;

— організує реалізацію інтересів усіх заради нормального функціонування та прогресивного суспільного розвитку;

— забезпечує свободу, незалежність та рівноправність усіх своїх членів на підставі широкої демократії [5].

Свій варіант ознак громадянського суспільства пропонує В. П. Горбатенко, зазначаючи, що останнє має місце у випадку:

— пріоритету приватної власності й пов'язаних з нею інтересів власників;

— наявності високорозвиненого «середнього класу», який цементує собою державно-суспільне життя;

— високого рівня життєвих і творчих можливостей самореалізації особистості в усіх сферах суспільного життя;

— функціонування значної кількості суспільно-політичних організацій, які відображають інтереси різних суспільних груп;

— постійного розвитку і утвердження громадськості через обмін взаємодоповнюючими якостями за принципом «політичність громадського суспільства і громадянськість політичного» [6].

З огляду на викладене, виникає питання щодо того, а яка ж з викладених концепцій основних рис громадянського суспільства є більш виваженою та максимально наближеною до потреб сьогодення? Відпо-

відаючи на поставлене запитання, зазначимо, що перелік ознак громадянського суспільства не може бути застиглим, оскільки у межах останнього відбуваються постійні трансформаційні перетворення, які, відповідно, вимагають і перегляду його визначальних рис. Крім цього стан та перспективи розвитку громадянського суспільства є залежними також і від історичних, культурних та інших особливостей певної нації. Тому природним є той факт, що одні ознаки громадянського суспільства можуть з часом замінюватися на інші. Але усіх їх, на наш погляд, буде об'єднувати головна мета існування громадянського суспільства — створення умов для всебічного та повноцінного розвитку особистості у межах демократичної, соціальної та правової держави.

Громадянське суспільство — це теоретична конструкція, певний ідеал, який передбачає наявність певної сукупності відносин соціального, економічного, політичного та правового характеру, спрямованих на утвердження і забезпечення прав, свобод та законних інтересів приватних осіб, які проживають на території певної держави. На наш погляд, неодмінним елементом громадянського суспільства виступає правова держава, яка, з одного боку, забезпечує досяжні виключно їй передумови для становлення і розвитку громадянського суспільства (юридичними засобами забезпечує визнання, охорону та захист прав людини), а з іншого боку, виступає певним антиподом до громадянського суспільства, наявність якого однак є обов'язковою, оскільки без нього таке суспільство може перетворитися у деспотію певних соціальних груп або окремих осіб. Фактично, громадянське суспільство та правова держава є системою стримувань та противаг, які перешкоджають їх виродженню та занепаду, сприяючи, як наслідок, конструктивному взаємоіснуванню останніх.

Викладене, власне, і пояснює наявність як у держави, так і у громадянського суспільства певних інструментів впливу на своїх контрагентів. Зрозуміло, що держава володіє більшими можливостями у цій сфері, тоді як громадянському суспільству досяжним є, фактично, лише громадський контроль за діями та рішеннями публічної влади. Проте, з огляду на викладене вище, стає зрозумілим, що громадський контроль має бути максимально ефективним та дієвим, оскільки у протилежному випадку громадянське суспільство буде позбавленим можливості впливати на державу, коригувати її неправову та антигромадську поведінку.

Таким чином, можна зробити проміжний висновок, що громадський контроль є елементом громадянського суспільства, покликаним забезпечувати баланс інтересів останнього та держави. У цьому плані можна підтримати О. І. Сушинського, який слушно наголошує на тому, що наявність подібного контролю є системоутворючою рисою інституційної структури громадянського суспільства, основним з чинників самоорганізації громади [7, с. 14]. Разом з цим треба розуміти, що дієвість громадського контролю багато у чому залежить від бажання та готовності держави втілити його у життя, надати йому юридичного визначення, закріпити процедури реалізації.

Аналіз практики здійснення громадського контролю в Україні дозволяє зробити висновок, що він поступово набуває чіткого вираження, а його наслідки (результати) зв'язують публічну владу в її рішеннях та діях. Найбільш типовим прикладом тут можуть бути події, які відбулися у 2004 р. та були пов'язані з переглядом за вимогою політичної опозиції результатів президентських виборів. Цей приклад, на наш погляд, свідчить, що громадський контроль дійсно є ефективним способом впливу на публічну владу, який, однак, вимагає свого подальшого удосконалення. У даному випадку мова йде про те, що нині в Україні накопичилося чимало чинників, які заважають перетворенню останнього у дійсно дієвий інструмент діяльності громадянського суспільства. Основними серед них є, на наш погляд, проблеми теоретичного та правового характеру.

У першому випадку мова йде про недостатню розробленість самої концепції громадського контролю у вітчизняній науковій літературі. Так, ознайомлення з відповідними науковими працями показує, що існуючі на сьогоднішній день визначення громадського контролю у повній мірі не відображають призначення останнього у громадянському суспільстві. Так, наприклад, С. В. Шестак під останнім розуміє контроль громадян та їх добровільних об'єднань, спрямований на забезпечення законності та прозорості функціонування державного механізму, на розвиток постійних та ефективних взаємозв'язків держави і населення [8]. Проте, на наш погляд, головний акцент у визначенні громадського контролю має бути зроблений не на забезпеченні законності у діяльності державних інституцій, оскільки це завдання виконується відповідними публічними суб'єктами, а на спонуканні останніх до максимально повного забезпечення прав, свобод та законних інтересів приватних осіб. Невирішеним залишається у науці також і питання про форми громадського контролю, які окремими авторами зводяться до: участі представників громадськості у роботі комісій і комітетів державних органів; участі представника громадського контролю в експертно-консультативній діяльності з метою забезпечення високої якості підготовлених органами держави законопроектів, регламентів та інших документів; узгодження рішень органів державної влади щодо кадрових питань [9]. Однак насправді форми громадського контролю переліченими вище не обмежуються. Для підтвердження цього достатнім буде згадати лише про громадські слухання, інформаційні запити, роботу громадських інспекторів тощо.

Що ж стосується правового забезпечення громадського контролю, то тут слід наголосити на тому, що останній, хоча і має певне нормативне підґрунтя у вигляді окремих статей Конституції України, Закону України «Про доступ громадян до публічної інформації», Закону України «Про звернення громадян», Закону України «Про демократичний цивільний контроль над Воєнною організацією і правоохоронними органами держави», проте позбавлений консолідуючого початку в якості Закону України «Про громадський контроль».

Отже, підводячи загальний підсумок, наголосимо на тому, що громадянське суспільство та громадський контроль є взаємопов'язаними поняттями, які доповнюють одне одного. Розвиток громадянського суспільства передбачає неодмінне покращення ефективності організації та здійснення громадського контролю, який є його необхідним інструментом, здатним нейтралізувати неправові рішення та дії публічної влади.

### Л і т е р а т у р а

1. Рабінович П. Громадянське суспільство і права держава (загальнотеоретичні міркування) / *П. Рабінович* // Українське право. — 1996. — № 3. — С. 22–34.
2. Елистратов А. И. Основные начала административного права / *А. И. Елистратов*. — 2-е изд. — М., 1917. — 294 с.
3. Конституція України // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 30. — Ст. 141.
4. Державне управління: Європейські стандарти, досвід та адміністративне право / [В. Б. Авер'янов, В. А. Дерещ, А. М. Школик та ін.]; за заг. ред. В. Б. Авер'янова. — К.: Юстініан, 2007. — 288 с.
5. Керимов Д. А. Гражданское общество и правовое государство / *Д. А. Керимов* // Право и образование. — 2004. — № 1. — С. 5–16.
6. Горбатенко В. П. Стратегічні орієнтири взаємодії держави і громадянського суспільства / *В. П. Горбатенко* // Вісник державної академії керівних кадрів культури і мистецтв. — 2002. — № 3. — С. 127–134.
7. Сушинський О. І. Контроль у сфері публічної влади: теоретико-методологічні та організаційно-правові аспекти: монографія / *О. І. Сушинський*. — Л., 2002. — 224 с.
8. Шестак С. В. Цивільний, громадянський та громадський контроль: до визначення понять / *С. В. Шестак* // Вісник Харківського національного університету внутрішніх справ. — 2006. — № 35. — С. 36–43.
9. Барабаш Ю. Сутність громадського контролю в Україні / *Ю. Барабаш, К. Павшук* // Правничий часопис Донецького університету. — 2010. — № 1. — С. 168–175.

### А н о т а ц і я

**Сквірський І. О. Громадянське суспільство та громадський контроль: нотатки до наукової дискусії про взаємообумовленість понять.** — Стаття.

У статті зроблено спробу встановлення співвідношення понять «громадянське суспільство» та «громадський контроль». Для вирішення цього завдання автором проаналізовано зміст та основні риси названих категорій, а також встановлений їх взаємозв'язок з терміном «права держава».

*Ключові слова:* громадянське суспільство, контроль, громадський контроль, права держава.

### А н н о т а ц и я

**Сквірський І. О. Гражданское общество и общественный контроль: заметки к научной дискуссии о взаимобусловленности понятий.** — Статья.

В статье сделана попытка установления соотношения понятий «гражданское общество» и «общественный контроль». Для решения этой задачи автором проанализировано

содержание и основные черты названных категорий, а также установлена их взаимосвязь с термином «правовое государство».

*Ключевые слова:* гражданское общество, контроль, общественный контроль, правовое государство.

### S u m m a r y

***Skvirsky I. O. Civil society and social control: Notes to the scientific debate on the concepts of interdependence.*** — Article.

The article is an attempt to correlate the concepts of civil society and social control. To solve this problem, the author analyzes the contents and the main features of these categories, as well as establish their relationship with the term rule of law.

*Keywords:* civil society, control, social control, the rule of law.



УДК 007:028.1

*А. П. Овчинникова*

## КНИГА КАК СРЕДСТВО КОММУНИКАЦИИ

Когда именно возник вопрос о том, сколько, как и конкретно какие именно книги должен прочитать каждый человек, чтобы считаться культурным и цивилизованным, хотя и возникает довольно часто, остаётся нерешенным. Возможно, он существовал всегда, с тех пор, как возникла книга. Но европейцев этот вопрос всерьез обеспокоил сравнительно недавно — тогда, когда к концу XX века было замечено, что под влиянием телефильмов, телесериалов, компьютерных игр, распространения социальных сетей и т.п. дети стали читать намного меньше. Более того, не только дети, но и не менее 40 % взрослых европейцев книг не читают вообще — ни бумажных, ни электронных. Уровень книжного невежества неуклонно возрастает.

Поневоле спрашиваешь себя, а не подходит ли к концу эпоха Гуттенберга? А если она подошла к своему завершению, то так ли это страшно? Ведь, по большому счету, все эпохи когда-нибудь кончаются, почему эра книги должна быть исключением? Ведь бывали и раньше такие времена, когда книги представляли интерес только для некоторых монахов и хранились в монастырях за семью печатями. Однако очевидна и особенность наших дней в том, что невежество, оглушение масс и, соответственно, презрение к серьезной книге насаждается сознательно и целенаправленно средствами массовой информации, некоторыми социальными институтами и даже правительствами отдельных государств, в частности, под влиянием разного рода идеологий фундаментализма — религиозного или политического.

Нормальный европейский интеллигент старой закалки в условиях современного информационного Вавилона ощущает себя тем мальчиком, который пальцем затыкает дырку в плотине. (По легенде, мальчик из деревушки Спарндам спас Голландию от наводнения. Он заткнул пальцем маленькое отверстие в плотине и стал дожидаться взрослых. Его

нашли наутро замерзшим насмерть. Палец все так же затыкал пробойнику). Казалось бы, и в самом деле, каждый должен делать то, что может, чтобы не допустить исчезновения культуры, но вопрос об исторической судьбе культуры тем самым не снимается.

Предполагается, что существует связь между тем, что европейцы все меньше читают, и тем, что называют кризисом культуры. Во всяком случае, Европейский фонд культуры выражает беспокойство на этот счет. Он запускает различные программы, посвященные активизации интереса к чтению. Все исходит из того, что именно книга способствует становлению личности. При этом подсказывают: любовь к чтению начинается дома, в семье, и особенно важно, чтобы родители читали детям вслух — даже тогда, когда ребенок уже читать умеет.

Действительно, смена форм культурной жизни общества связана со способами пользования книгой, эта связь прослеживается довольно отчетливо. Без книги не было бы того, что называют «греческим чудом». При этом самым распространенным способом чтения античности еще в V в. до н.э. было как раз чтение вслух. Оно воспринималось как одна из форм общественной жизни, тогда как чтение в одиночестве широкого распространения не имело. Целью чтения вслух было дать возможность читателю понять смысл текста, написанного непрерывным письмом, без промежутков между словами, который оставался мертвым и невразумительным, если не был прочитан вслух. Кроме того, чтение вслух позволяло обнаружить и понимание текста читающим. «Наконец, большая часть произведений античности, и не только философских, была непосредственно связана с устной речью, поскольку эти сочинения предназначались для чтения вслух, нередко чтения публичного. Эта тесная связь письменного и устного слова может прояснить некоторые странные, на наш взгляд, особенности философских сочинений» [1, с. 289]. Происходит то, что П. Рикер называл встречей «мира текста» и «мира читателя», когда в процессе чтения текст приобретает смысл и эффективность воздействия. Ведь изначально в тексте не заложен какой-то один вариант его прочтения, текст дается без учета разницы между смыслом, который заложил в него автор, и тем смыслом, который придаст ему читатель. Читатель, таким образом, заявлял о своем отношении к прочитанному.

А первые известные нам собрания книг, как общественные, так и личные, — это собрания профессионального характера, как, например, библиотеки Еврипида и Аристотеля. У Ксенофонта в работе «Меморабии, или Воспоминания о Сократе» приводится такой диалог: «Может быть, ты хочешь стать рапсодом? — спрашивает Сократ у Эвфидема и добавляет: — «Говорят, у тебя есть все сочинения Гомера». В «Эрехтее» Еврипида есть такие стихи: «Так пусть я смогу, отложив копье и повесив на стену мой фракийский щит, заставить звучать голос табличек, из которых ученые добывают себе славу». Эти слова могут относиться только к чтению вслух.

Позже тема «одушевленной книги» будет пользоваться большим успехом и у латинских авторов императорского периода — периода наиболее широкого распространения литературы. Именно тогда была выработана настоящая теория чтения, представлявшая собой подробный перечень наставлений относительно выразительности голоса в процессе чтения. Корни артистического восприятия процесса чтения лежат в ораторском искусстве, которое в свою очередь тесно связано с актерским мастерством.

Существовало, разумеется, и чтение про себя, а первые упоминания о нем можно найти в конце V в. до н. э. (Еврипид, Аристофан). Но они касались не чтения книг, а всего лишь чтения писем, различных посланий и пророчеств оракула, написанных на воощенных дощечках. Все же вплоть до XVI—XVII вв. чтение подразумевало, прежде всего, вокализацию текстов. «Читатели» были и слушателями голоса чтеца. Текст, предназначенный для слуха, подчинял письменную речь требованиям, свойственным «параметрам» устной речи.

Немаловажное значение для формы культуры имела и сама форма публикации книги. Одно дело глиняные таблицы, а совсем другое дело — книга в виде свитка. Им соответствуют разные культурные эпохи. Можно представить себе читателя наедине со свитком, его же перед слушателями, оратора, разматывающего лежащий перед его глазами текст, человека, возлежащего за трапезой и читающего свиток. Невозможно себе вообразить читателя, возлежащего с глиняными таблицами. Вот и появление в I в. книги-кодекса (лат. *codex* — книга), книг-тетрадей со страницами и обложкой, не просто изменило образ чтения, но и знаменовало собой приход новой культурной эпохи. Возникла возможность новой организации мышления и работы с информацией. Кроме таких известных преимуществ, как дешевизна, экономичность (лист заполнялся с двух сторон), кодекс сделал процесс чтения более комфортным — у чтеца освободилась рука: не надо было держать концы свитка. Освободившаяся рука позволяла читать и писать одновременно, делать пометки, листать книгу, быстро находить необходимую цитату, делать выразительные жесты во время чтения вслух и т.д.

Между концом XI и началом XIV в. начался новый этап в истории чтения. Люди начали читать больше, а вслух читать все реже. Книга стала инструментом интеллектуального труда. Одновременно изменяется и пространство, в котором существует книга. В XIII в. вместе с появлением нищенствующих монашеских орденов появляются и общественные, а не только индивидуальные, библиотеки. С архитектурной точки зрения эта новая библиотека представляла собой длинный зал со свободным проходом посередине, по обеим сторонам которого параллельными рядами стояли пюпитры, к которым *цепями* были прикованы книги, предлагаемые для чтения и исследования.

В XVI в., в период позднего средневековья, появляются и первые признаки «механизации» чтения. Так, «Свод гражданского права» пред-

ставлял собой объемистые тома, чтение которых могло занимать много времени. Поэтому юристы придумали машинку с крутящимися полками — что-то вроде книжного колеса. Еще один любопытный предмет чтения в эпоху Возрождения — «Тетрадь общих мест». В этом своеобразном «дайджесте» по рубрикам распределялись цитаты, сведения и наблюдения, собранные читателями. Эта тетрадь олицетворяет собой фрагментарное чтение текста, позволяющее воспринимать его не целиком, а частями и, по желанию — с нарушением последовательности, а также с параллельными местами и сопоставлениями. Большая часть читателей пользовалась подобными изданиями.

Но подлинный переворот в средствах коммуникации связан с периодом Реформации. Кто возьмется сказать, что здесь выступало в качестве причины, а что в качестве действия этой причины? Открытие Гуттенберга видоизменило условия движения идей, ускорив циркуляцию текстов и уменьшив цену каждого экземпляра. Разве Реформация не была в каком-то смысле дочерью Гуттенберга? В XVI в. убеждение в основополагающей роли книгопечатания при распространении идей Лютера принималось многими.

Начиная с середины XVII в., многие философы стали придерживаться мнения, что одного только чтения для того, чтобы считаться культурным человеком, недостаточно. Успехи механики сделали признаком нормальной образованности знание еще и математики. Убеждение, что только строгое рассуждение по образцу математического доказательства может дать возможность дойти до истины, стало повсеместным. Но и чтение не утрачивает своего значения. На протяжении XVII в. многие интеллектуалы Европы для того, чтобы просветить и обучить студентов, составляли антологии свода изречений, сборники пословиц и комментарии к ним. Например, был издан отдельной книгой сборник из 800 латинских изречений и написано 4000 статей, объясняющих греческие и латинские афоризмы. От учеников требовалась чувственная дикция и хорошая память. Известно, что ученый XVII в. Юст Липсий читал Тацита с приставленным к горлу кинжалом, который при малейшей ошибке приводил бы его в действие. По-прежнему считалось важным именно вокализованное чтение. Всем было известно, что оно развивает память.

В XVIII в., после буржуазных революций в Европе, чтение книг становится массовым явлением. Не сразу, не без борьбы. Рационалисты полагали, что путь прогресса пролегает через чтение. «Их яркая пропаганда полезного чтения познакомила поднимающуюся буржуазию с этим культурным занятием как с оригинальным видом коммуникации. Их противники — приверженцы традиций — выступали против чтения с не меньшей запальчивостью, потому что в их глазах чтение было равнозначно первородному греху: тот, кто читал, вкушал плод с запретного дерева познания» [2, с. 397–398].

Последнее слово осталось за рационалистами. Чтение превратилось в социальную силу, способствующую карьере и обретению независимо-

сти. Массовое чтение книг и газет привело к тому, что формируется новое самосознание, новая буржуазная идентичность, противопоставляемая аристократической и церковной, — так же как сегодня формируется новая европейская идентичность [3]. Существовало даже мнение, что именно чтение газет и книг спровоцировало ряд европейских революций. Вот только одно свидетельство того, какое значение придавалось чтению романов: «С тех пор как существует мир, мы являемся постоянными свидетелями таких странных явлений, как чтение романов в Германии и революция во Франции. Они — как две полярные противоположности — развивались почти одновременно. И совсем уж не так нереально предположить, что для мужчин и их семей, роман... стал причиной стольких же несчастий, как свершившаяся однажды такая ужасная Французская революция» [4, с. 359].

По-видимому, не менее радикальные изменения происходят и теперь, в связи с постепенной заменой книги-кодекса на компьютерный дисплей и диски DVD. Совершенно очевидно, что эта замена окажется более радикальной, чем замена свитка кодексом. Предсказать все последствия этой новой революции в способах хранения, переработки и передачи информации невозможно. Тем не менее, можно заметить ряд изменений и тенденций. Становится иным сам способ составления текстов, они становятся более лапидарными и лаконичными. Не прекращаются дискуссии на тему о том, «умер ли роман». А вот М. Павич писал свои романы уже в форме компьютерных файлов, оставляя читателю свободу в последовательности их чтения (иначе говоря, каждый читатель как бы волен составить свой собственный роман самостоятельно). Современный читатель обретает возможность освободиться от идеологической пропаганды властей и выбирать чтение по своему вкусу. Стало очевидным, сколь разнообразны интересы читателей в эмоциональном и интеллектуальном, общественном и личном планах. Новые информационные способы коммуникации (социальные сети в Интернете, фейсбук, скайп) объединяют людей, минуя непосредственное личное общение, и даже становятся средством организации массовых социальных выступлений.

У всех этих процессов есть и оборотная сторона. О чтении вслух в кругу семьи и друзей почти никто уже не вспоминает, а значит, не только ухудшается качество речи, но и увеличивается мера одиночества нашего современника. При этом, как ни странно, чем доступнее становится книга, тем меньше она востребована. Как выше отмечено, едва ли не половина людей ничего не читает. Более 1 миллиарда людей Земли (каждый седьмой!) вообще безграмотно, что не мешает им общаться друг с другом по мобильным телефонам, смартфонам и т.п. Падает гуманитарная грамотность школьников и студентов, а вместе с тем и педагогов. Хотя все это характерно, в первую очередь, для экономически отсталых регионов, Европу эти тенденции также не обходят стороной. Нередко «знание» нескольких языков ограничивается элементарны-

ми формами общения, но не сопровождается литературным владением хотя бы одним из них, включая родной язык.

Замечено, что почти все кампании по массовому развитию грамотности, предпринятые в XX веке в ведущих странах, были направлены на развитие способности чтения, а не письма. Возможно, это проявление силы инерции. Чтение до наступления телевизионной и компьютерной эры было лучшим средством распространения ценностей и идеологий, которое наиболее легко поддавалось регулированию со стороны государства и общества. Что касается письма, то на него меньше обращали внимания. Письмо олицетворяет индивидуальную способность личности, делающей ее свободной: писать для того, чтобы создать то, что хочется, вне всякого контроля и без какой-либо цензуры.

Однако развитие способности письма может идти только вместе и параллельно с изменением характера обучения в целом. Чтобы выражать свои мысли письменно, надо эти оригинальные мысли иметь. А чтобы мыслить оригинально, надо возвести в ранг привычки ко всему относиться творчески. Такая привычка формируется только в процессе *проблемного* обучения во всех без исключения дисциплинах. Это дело долгое и трудное. Гораздо легче управлять обучением чтению. Контроль за тем, что и сколько читать, является более прямым, легким и безболезненным. Для этого достаточно, чтобы материалы, предназначенные для чтения теми, кого следует обучить грамоте и воспитать, проходили отбор и представляли собрание одобренных обязательных произведений, т.е. некий «канон» обучения. При этом решается и задача минимизации чтения, поскольку прочитать все, что написано за века существования книги, невозможно.

Сегодня понятие канона чтения определяется как система произведений или авторов, предлагаемых в качестве нормы или образца. Любой культуре известны такие каноны — один или несколько. Западной литературной традиции присущ достаточно широкий «канон». Структура этого систематического чтения была довольно жестко определена задачей обеспечения воспроизводства идеологических, культурных и политических ценностей, лежащих в основе западного мировоззрения.

Однако государство, школа и общественные организации в последние годы утрачивают способность влиять на формирование канона. По разным причинам, в том числе благодаря Интернету, читатели получили довольно широкую свободу выбора. Вместе с тем обнаружилась и обратная сторона этой свободы — дезориентация читателя: зачастую он делает выбор случайно, читает то, что легче читается, или идет на поводу у рекламы, цели которой отнюдь не обязательно носят духовный характер. Положение усугубляется не только демонстративным отказом следовать «канону», но и полным отказом от какого-либо чтения. После международных книжных ярмарок в окрестностях Лейпцига стали появляться гигантские свалки книг — нечто новое в современном городском пейзаже.

Подвергается критике и сам набор книг, который якобы должен знать каждый культурный человек. Еще в 1988 году в Станфорде, в престижном калифорнийском университете, прозвучал студенческий протест против навязывания «канонов» для чтения, сконцентрированного на европейской классической культуре от Гомера до Гете. Студенты требовали лишить «канон» европоцентризма, чтобы он стал более «американским», чтобы в него были включены африканские и южноамериканские авторы. Наряду с этим студенты требовали изменить способы произнесения текстов, интонационный строй речи. Фактически, они требовали, чтобы наряду с господствующими «канонами» появились и другие.

Но... много канонов — отсутствие канона. Сегодня в Америке наблюдается развитие чтения открыто потребительского характера, при котором во имя его абсолютной свободы отвергаются любые системы ценностей и любые педагогические подходы к нему. Так, во время анкетного исследования, проведенного социологом Элизабет Лонг в Хьюстоне, представители из спонтанно образованных читательских групп при опросе заявили, что требуют полной независимости в выборе изданий для своего чтения. А рекомендуемый перечень характеризуется ими так: «он хорош для мусорной корзины» [5, с. 462].

Но что же предпочитают студенты (а также университетские преподаватели негуманитарных специальностей, представители свободных профессий, бизнесмены)? Оказывается, они предпочитают мистические истории, научную и околонучную фантастику, вестерны. Чтение воспринимается ими как простое развлечение. Образовательное чтение все больше уступает место развлекательному. При этом по объему читают все меньше и меньше книг, газет, журналов (которые не столько читают, сколько просматривают и рассматривают), но все больше текстов и гипертекстов в новостной строке и различных блогах. От чтения стали ожидать видеоряда — наподобие комиксов, с которыми можно затем расстаться без каких-либо размышлений, переживаний и сожаления.

Таким образом, чтение сегодня перестало быть главным инструментом приобщения к культуре. Его роль подорвана телевидением и компьютером, которые, в свою очередь, идут не столько за высокими образцами культуры, а приспособляются к усредненному вкусу читателя, ставшего преимущественно зрителем. Дистанционное управление телевизором позволяет телезрителю мгновенно переключать каналы, такой просмотр как бы позволяет создавать собственные «телеспектакли». Это — новый инструмент потребления и «аудиовизуального» творчества. Он являет прямую противоположность традиционному чтению, для которого характерны линейность и последовательность.

Все эти особенности современного «чтения», которое почему-то стали называть «постмодернистским», распространяется и в развитых европейских государствах. Его характеризуют как «анархичное», «эгоистичное», «эгоцентричное». Оно основано на единственном утверждении: «Читаю то, что хочу».

Надо сказать, что кризис читательской культуры происходит не впервые. В истории Европы подобное происходило, по крайней мере, дважды. В первый раз читательский кризис возник в III—IV вв., когда христианская культура противопоставила себя языческой и вытесняла своим «канонам» греческих и латинских авторов. Во второй раз это случилось в период между XIV и XVI вв., когда итальянские гуманисты выступили против «канона», представлявшего схоластическую культуру. Они предложили заменить его другим «перечнем», который включал, в первую очередь, *отобранные* произведения классических авторов — греческих и латинских. В обоих случаях отказ не был полным. Христиане не отказались от Вергилия, а гуманисты — от трудов отцов Церкви.

Чем закончится третий период, который нами сейчас воспринимается как «болезнь» культуры? Надо ли лечить и как лечить эту болезнь? Ответ зависит от того, какие цели определит для себя новая европейская (или, имея в виду процессы глобализации, — мировая) культура. Чтобы вовсе не потерять ориентиры, новая культура, какой бы она ни была, очевидно, не обойдется без своего канона. Без него не станет общей базы для взаимопонимания, а, стало быть, не будет и самой культуры. При его формировании неизбежно возникнут экстенциональные трудности. Ведь объем этого «джентльменского набора» культурного человека не может быть ни бесконечно большим, ни слишком малым, а должен быть оптимальным. Структура этого канона должна соответствовать общим моральным, политическим, социально-экономическим, религиозным и эстетическим идеалам европейцев, но не может обойтись и без ценностей регионально-национальных. Последнее означает, что канон не будет одинаковым для всех стран и регионов. Нельзя не брать в расчет и тенденций глобализации. Вот только один пример: в список чтения любого европейца сегодня непременно входит «Библия». Но, с учетом процессов глобализации, почему в нем нет и «Корана»? А почему только «Корана», а не фундаментальных буддийских или синтоистских текстов также?

При составлении канона чтения возникнут трудности и интенционального характера. Новая культура — это всегда и новая система ценностей. То, что сегодня находится у всех перед глазами, — это кризис общества потребления. Если мы дадим победить себя тому, что называют обществом потребления, то *болезнь* культуры, какой бы безобидной она сегодня не казалась, перейдет в хроническую форму и станет *нормой* жизни. Если же общество потребления отжило свой век, отойдет в прошлое и уступит место какой-то иной форме жизни, например, той, которая предпочтет приспособление к природе и самосовершенствование человека, то, соответственно, найдутся и новые формы чтения (или... того, что послужит ему адекватной заменой). Но и тогда вопрос о том, сколько, как и конкретно какие именно книги должен прочитать каждый человек, чтобы считаться культурным, не отпадет никогда. По-видимому, этот вопрос из числа вечных.



### Л и т е р а т у р а

1. Адо П. Что такое античная философия? / *Пьер Адо*. — М.: Изд-во гуманит. лит., 1999. — 320 с.
2. Виттман Р. Революция чтения в конце XVIII в. / *Р. Виттман* // История чтения в западном мире от Античности до наших дней. — М.: «Изд. ФАИР», 2008.
3. Хабермас Ю. Наше обновление после войны: второе рождение Европы / *Ю. Хабермас, Ж. Деррида* // Отечественные записки. Журнал для медленного чтения. — 2003. — № 6.
4. Хайнцманн Й. Г. Призыв к моей нации. О чуме немецкой литературы / *Й. Г. Хайнцманн* // История чтения в западном мире от Античности до наших дней. — М.: «Изд. ФАИР», 2008.
5. Long E. Reading Groups and the Postmodern Crisis of Cultural Authority / *E. Long* // *Cultural Studies*, I. — 1987. — P. 306–327.

### А н н о т а ц и я

**Овчинникова А. П. Книга как средство коммуникации.** — Статья.

В статье исследуется генезис чтения как средства коммуникации. Анализ этого средства позволяет выявить различные функции чтения вслух и чтения про себя. Выявлена разница между чтением образовательным и чтением потребительского характера.

*Ключевые слова:* канон чтения, культура, практики чтения.

### А н о т а ц і я

**Овчинникова А. П. Книга як засіб комунікації.** — Стаття.

У статті аналізується генеза читання як засіб комунікації. Аналіз цього засобу дозволяє виявити різні функції читання взагалі та читання вголос. Виявлена різниця між читанням освітнім і читанням споживчого характеру.

*Ключові слова:* канон читання, культура, практики читання.

### S u m m a r y

**Ovchinnikova A. P. Book as mean of communication.** — Article.

Genesis of reading as mean of communication investigated in the article. The analysis of this mean allows finding the different functions of reading aloud and reading to oneself. A difference between the educational reading and consumer reading is substantial

*Keywords:* canon of reading, culture, practices of reading.

УДК 321.01:124.1:168.4

*М. А. Польовий***ЗМІСТ СИНЕРГЕТИЧНОГО ПАРАМЕТРА ПОРЯДКУ,  
ЯКИЙ ВИЗНАЧАЄ ПОЛІТИЧНУ ДИНАМІКУ ПОСТРАДЯНСЬКИХ  
ДЕРЖАВ НА ШЛЯХУ ДО ДЕМОКРАТІЇ**

Важливою проблемою сучасної політичної науки виступає питання побудови прогнозу політичного розвитку країн, які знаходяться на шляху політичного транзиту, до яких відноситься й сучасні Україна. Серед різних підходів до даної проблеми перспективним представляється моделювання соціально-політичних процесів в країнах демократичного транзиту, яке дозволяє прогнозувати розвиток цих країн на основі побудованих моделей. Слід зазначити при цьому, що у гуманітарній науці ще наприкінці ХХ ст. стали з'являтися досить переконливі обґрунтування тверджень щодо нелінійності та хаотичності будь-яких процесів, пов'язаних із соціальною діяльністю людини. Можна пригадати, що на нерівноважний характер політичної системи та політичного життя в цілому вказував ще Д. Істон: «Найважливішим недоліком аналізу рівноважних станів, того типу аналізу, який переважає в політологічному дослідженні, є те, що він фактично нехтує здатністю систем справлятися зі збурювальною дією середовища» [1, с. 632].

Однією з головних характеристик політичного процесу завжди виступає політична стабільність. Власне кажучи, інколи ця характеристика починає вважатися найважливішою, хоча, на нашу думку, це вже результат вмілої передвиборної агітації певних політичних сил, зорієнтованої на відповідні прошарки населення, які потребують стабільності (або, як у випадку сучасної України, навіть ностальгують за нею). Можна стверджувати, що майже кожен політичний режим ставить собі за мету досягнення та підтримання політичної стабільності, хоча часто в цей термін й вкладають дещо різний зміст. Стабільність — це нормальне функціонування політичної системи, усіх її структур та інститутів, відсутність збоїв у механізмах державної влади, її певний авторитет. Стабільність проявляється також і в суворому дотриманні і виконанні

законів та інших регулюючих нормативних актів, використаних стосовно мирних, ненасильницьких форм політичної боротьби. Згідно з одним із сучасних уявлень, під політичною стабільністю розуміється баланс стримувань і противаг, що дає можливість уникнення суспільних конфліктів. Стабільність має багатовимірне значення та є, з аксіологічної точки зору, цінністю, яка сприймається суб'єктивно [2, с. 4]. На слушну думку І. Б. Кіянки, політична стабільність визначається сукупністю зв'язків між різними політичними суб'єктами, які здатні цілісно і конструктивно співпрацювати між собою [2, с. 12]. В той же час стабільність — це певний стан системи, яка співвідноситься з іншим станом.

Отже, важливим елементом цілісної характеристики політичного процесу виступає саме політична стабільність та її антипод — стан нестабільності, який визначається відсутністю або неповнотою необхідної збалансованості або рівня співпраці між різними елементами політичної системи. Відзначимо, що у проблемі стабільності та нестабільності політичного процесу найбільш цікавою представляється саме нестабільність, точніше — час її настання або ж, у прогностичному сенсі, — час настання небезпеки появи нестабільності. Отже, проблема побудови моделі, яка могла б допомогти у прогнозуванні настання періодів політичної стабільності або нестабільності, уявляється достатньо важливою. Оскільки зрозуміло, що стан політичної стабільності визначає безліч факторів, причому вкрай складно інколи виявити відносну «вагу» кожного з цих факторів, досі майже не здійснювалися спроби побудови подібних динаміко-імітаційних або статичних моделей саме з огляду на уявну безперспективність такої побудови.

Г. Хакен та І. Р. Пригожин довели, що адекватним шляхом модельного врахування нелінійності соціального простору є застосування методів синергетики, спеціально призначених для моделювання нелінійної динаміки. Теоретичний розвиток синергетичного підходу пов'язаний також з іменами таких вчених, як Р. Том, Б. Мандельброт, Ю. Клімонтович, С. П. Курдюмов, Г. Г. Малинецький, Д. С. Чернавський та ін. Можливості застосування теорії хаосу та нелінійної динаміки в політичних дослідженнях позитивно оцінювало багато дослідників, серед яких І. Р. Пригожин, І. Стенгерс, Г. Г. Малинецький, Т. Браун, О. В. Мітіна, В. П. Петренко, Л. К. Шкаренков, М. Макбарнетт, Ю. А. Святець та ін. [3; 4].

Отже, завданням даної статті є аналіз синергетичного представлення політичного процесу в сучасних державах пострадянського простору, які будують демократію, та визначення головних чинників, які складають параметр порядку, що обумовлює, у свою чергу, політичну динаміку цих держав. Причому головним показником цієї динаміки виступає якраз політична нестабільність.

Найпростішим дещо формалізованим, як того потребує моделювання, проявом нестабільності, на нашу думку, можна вважати нездатність здійснювати адекватне соціально-політичній ситуації державне керівниц-

тво, з одного боку, та наявність широкого некерованого суспільного руху, розвиток якого є потенційно небезпечним для існування сучасного йому державного ладу — з іншого.

Нагадаємо, що важливою якістю синергетичного моделювання, що робить його здатним відповісти на питання відносно сутності настання ситуацій біфуркації, можна вважати можливість встановлення вірогідності виникнення в тривалому процесі хаотичних режимів, у тому числі й тих, які виникають «без скільки-небудь помітних» зовнішніх причин, а просто через нелінійний розвиток процесу [5, с. 434—485].

Розглянемо висхідні міркування щодо окреслення основних рис параметра порядку динаміки, — отже, стабільності/нестабільності — сучасного політичного процесу в пострадянській країні на прикладі України. Йдеться про нелінійний параметр порядку, динаміка якого призводить до появи небезпеки виникнення точки біфуркації у політичному процесі [6, с. 5]. Власне кажучи, саме модельне відтворення та подальше дослідження динаміки цього параметра порядку й дозволяє надавати прогноз політичної ситуації в країні. В літературі вже було здійснено кілька спроб визначити цей параметр порядку [7; 8; 9, с. 134—210; 10, с. 86—97; 11, с. 101—102]. Майже єдиним беззаперечним результатом таких спроб можна вважати доведення тези про те, що все ще немає єдності відносно визначальних параметрів порядку для визначення політичної динаміки різних держав. Водночас в різних інтерпретаціях вказаних вчених параметр порядку політичної динаміки розвитку прогнозується у досить вузькому інтервалі навколо демографо-ресурсних показників.

Як нами було показано раніше [12], на роль сучасного параметра порядку політичної динаміки може претендувати здатність та можливість народу країни до запозичення зразків політичної дії інших народів — певний глобальний конформізм. Ми вважаємо доведеною дієвість цього параметра для сучасних країн Північної Африки та Близького Сходу. В той же час слід відзначити, що для України даний параметр має більш міцне підтвердження для подій 1989—1991 рр., властивих, щоправда, не усьому світові, а лише східноєвропейським країнам т.зв. соціалістичного табору (такий собі локальний конформізм). Загальновідомо також, що в той період важливу, навіть вирішальну роль у політичному процесі відігравала діяльність політичної еліти, як то й очікується від авторитарного режиму в процесі модернізації зверху. Отже, навіть побіжний огляд політичного процесу в Україні доби незалежності показує, що параметр порядку, який ми називаємо глобальним конформізмом, явно не є вирішальним та, відтак, не є справжнім параметром порядку для сучасної української політичної дійсності.

У роботі А. В. Коротаєва та Ю. В. Зінькіної зверталось увагу на фактор безробіття [13]. Розглянемо перспективи його використання у вигляді параметра порядку. По-перше, офіційний показник безробіття лише віддзеркалює загальну кількість безробітних, причому у різні періоди відображувальні властивості цього дзеркала дещо змінюються за

досі невідомими закономірностями [14]; по-друге, в будь-якій сучасній країні безробіття, також як і убогість, є хоча й прикрою, але звичайною частиною соціального життя. Тобто існує певний прошарок, який тривалий час — майже постійно — належить до цих станів, як це не ганебно для цивілізованого суспільства, узвичаївся до такого стану, а отже, не може бути частиною тих соціальних сил, які намагаються змінити існуючий стан речей. Теоретично лише швидкий приріст кількості безробітних здатний сформувати у цьому прошарку певну групу осіб, які потрапили до цього стану нещодавно та намагаються будь-що вийти з цього стану. В Україні же навіть зростання безробіття поєднане із великою кількістю вільних вакансій, на які немає попиту з боку осіб, зареєстрованих як безробітні [15]. Це свідчить про те, що більшість осіб, які щойно потрапляють у стан безробітних, або задовольняються своїм станом (часто це приватні підприємці, які уникають таким чином надлишкового контролю з боку держави), або ж ці особи мають наміри та сподівання повернутися до свого попереднього стану, здійснюють певні кроки до цього повернення і, отже, аж ніяк не зацікавлені до зміни соціально-політичних умов, позаяк це означало б для них неможливість повернення саме того, колишнього, стану свого працевлаштування. Певним чином такий стан речей ілюструє ставлення чиновників середньої та вищої ланки, яких досить масово (48 тисяч загалом по Україні) було відправлено у відставку 2005 року, до режиму та своєї долі. Щоправда, слід зауважити, що серед них лише близько 10 тисяч було відправлено у відставку саме за політичними мотивами, а решта «вписується» у загальний щорічний кадровий плин у державній службі. Як свідчив керівник Головдержслужби України Т. Мотренко, майже ніхто з цих звільнених чиновників навіть не скаржився [16; порівн.: 17]. Таким чином, приріст кількості безробітних чиновників майже на чверть у 2005 році не спричинив аж ніяких політично значущих наслідків.

Отже, загальний показник зростання безробіття не може бути взятий у вигляді параметра порядку, щонайменше, в сучасній Україні. В той же час не слід виключати, що окремі категорії осіб можуть створювати певне соціально-політичне напруження у випадку свого масового потрапляння до прошарку безробітних. Одним із найвірогідніших кандидатів на таку групу є, на нашу думку, молодіжний прошарок суспільства, що, до речі, узгоджується із даними попередніх досліджень. Дійсно, досвід сучасних криз у Північній Африці та Близькому Сході показав, що в них важливу роль відіграє молодь. На другому місці за важливістю можна розмістити наявність можливості користування сучасними засобами комунікації — мобільним зв'язком та мережею Інтернет. Роль першої скрипки серед засобів масової комунікації, на нашу думку, відіграє Інтернет, який виконує функції як постачання користувачів позаурядовою інформацією (такою, що не виходить від джерел в уряді та, на думку її користувачів, відображає реальний стан подій), так і засобом їх згуртування. У цьому сенсі Інтернет стає всебічним замін-

ником звичайної преси, яка була, за влучним твердженням В. І. Леніна, колективним пропагандистом, агітатором та організатором. Стосовно подій в Північній Африці деякі спостерігачі відмічали роль соціальних мереж у такому згуртуванні.

Нами вже зазначалося [12], що справжній Інтернет-орієнтований параметр порядку, який визначав би стабільність політичного процесу, можливий лише в умовах справжнього інформаційного суспільства, тобто за наявності 50–60-відсоткового проникнення Інтернету у країні.

Статистичні відомості відносно кількості Інтернет-користувачів в Україні вкрай неточні та характеризуються великою мінливістю. Навіть державні органи подають стосовно цього показника такі дані, що не вписуються деколи у рамки здорового глузду. Наприклад, за відомостями Міністерства транспорту та зв'язку України, у квітні 2008 року в Україні налічувалось понад 8,2 млн унікальних користувачів мережі Інтернет, серед яких 58 % приходилось на м. Київ [18]. Простий розрахунок показує, що на киян приходилось майже 4,8 млн унікальних Інтернет-підключень, що складно очікувати від міста з населенням, на той час, у 2,7 млн осіб. Навіть якщо додати до кількості киян кількість усіх — від немовлят до 100-річних осіб — жителів Київської області, то й тоді кількість унікальних підключень за відомостями міністерства буде на майже півмільйона більшою [18; дані про кількість населення див.: 19]. Очевидно, що у даному прикладі, якому є багато аналогів [див., напр.: 20; 21], ми маємо справу не лише із цілком можливим прикрашенням стану справ, а й з ситуацією, за якої одна людина користується протягом доби кількома різними підключеннями до Інтернету: щонайменше вдома та на робочому місці. Отже, точні підрахунки кількості користувачів Інтернету наразі не існують, й у цьому випадку, на нашу думку, по-перше, краще довіряти соціологічним засобам оцінки їхньої кількості, а по-друге, у вигляді показника для розрахунку проникнення Інтернету в Україні брати темп приросту кількості користувачів Інтернету за міжнародними даними, а також експертні оцінки. Згідно із даними міжнародного ресурсу Internet Word Stats [22], загальний приріст кількості користувачів Інтернету в Україні з 2000 до початку 2011 р. складає 7550 %, а тренд росту є експоненційним. За даними цієї організації та експертними оцінками, у 2004 р. — у період, що передував одному з найвідоміших кризових етапів політичного процесу сучасної України — відбулось майже подвійне збільшення кількості користувачів Інтернету від приблизно 800 тис. до 1,5 млн осіб [22]. На нашу думку, таке стрімке зростання доступу до Інтернету зробило свій внесок у підвищення небезпеки політичної нестабільності. Водночас, оскільки Україна поки що характеризується 33-відсотковим проникненням Інтернету (станом на березень 2011 р.) [22], цей показник у чистому вигляді не може бути узятий як єдиний параметр порядку політичної стабільності в сучасній Україні. Крім того, слід враховувати, що показник проникнення Інтернету протягом останніх років істотно відрізнявся для міст та сіл: у містах він традиційно при-

близно удвічі більший. Причому чим більше місто, тим більше цей показник відносно загальнонаціонального [23].

Стосовно такого засобу масової комунікації, як мобільний зв'язок, слід зазначити, що починаючи з 2006 р. рівень проникнення мобільного зв'язку в Україні перевищує 100 % [24]. Відносно реального стану засвоєння населенням мобільного зв'язку також, як й у випадку Інтернету, кращі відомості можуть надати соціологічні дослідження. В той же час слід зазначити, що виходячи з офіційного рівня проникнення мобільного зв'язку на початок 2011 р. на рівні 118,5 % [25], аналізу думок експертів та польових спостережень, можна впевнено стверджувати, що переважна більшість молоді мають мобільні телефони із відносно дешевим підключенням. Отже, при побудові моделі, призначеної для прогнозування стабільності політичного процесу, слід виходити із рівня стовідсоткового проникнення мобільного зв'язку. Таким чином, цей показник має бути певним елементом «фону» у моделі.

А. В. Коротаєвим був запропонований параметр порядку, який відноситься до країн, що перебувають в ситуації виходу з мальтузіанської пастки та у наступному періоді — п'ятирічний темп приросту міської молоді [11, с. 101–102]. В такому вигляді він не є актуальним для України, оскільки етап мальтузіанської пастки нашою країною вже давно пройдений. Крім того, для відображення динаміки політичного процесу, на нашу думку, більш придатним є показник із щорічною мінливістю. В той же час ми не маємо підстав відмовлятися від врахування динаміки приросту кількості міської молоді у пошуку параметра порядку політичного процесу, хоча формат цього врахування й потребує певної модифікації.

Аргументація, наведена у фундаментальній роботі академіка С. П. Капіци [26, с. 189–193], стає на бік пошуків параметра порядку саме серед демографічних чинників. Як відомо, С. П. Капіца сформулював та обґрунтував так званий демографічний імператив, у відповідності до якого масштабні соціальні, економічні, культурні та політичні процеси пристосовуються під динаміку чисельності народонаселення. Саме ця величина відіграє роль провідної синергетичної повільної змінної — параметра порядку суспільно-політичного розвитку [26, с. 189–193].

З наведених вище міркувань випливає, що справжнім параметром порядку, який визначає стабільність політичного процесу в сучасній Україні, доцільно вважати темп річного приросту кількості молоді із переважно вищою або незакінченою вищою освітою у великих та середніх містах на фоні вкрай швидкого річного приросту охоплення населення засобами ефективною комунікації, не опосередкованої державним втручанням (мобільний зв'язок та, у першу чергу, Інтернет). Фактичним показником цього параметра порядку для українського політичного процесу першого та другого десятиріччя XXI століття ми пропонуємо вважати щорічний темп приросту міської молоді вікового інтервалу 21–25 років.

Виходячи з окресленого вище синергетичного параметра порядку, можна стверджувати про наявність цілком об'єктивних підстав для суспільно-політичних заворушень у 2004 р. в містах України та у м. Києві.

Здійснюючи ретропрогноз, можемо стверджувати, що фактичною базою подій помаранчевої революції, її основними виконавцями, стали особи молодого віку — 21—25 років, темп приросту кількості яких у столиці становив 3,8 % у 2003 р. та 5,5 % у 2004 р., що було значно швидшим, ніж у попередні, та й годі вже казати, наступні роки. Слід нагадати, що найближчий попередній «сплеск» такого швидкого річного приросту молодіжного населення м. Києва припадає на добре відомий своєю бурхливістю 1991 рік, в який він складав 4 % (станом на 1 січня 1992 р.). Дане спостереження також додає впевненості у наших висновках. Отже, у згадані роки спостерігається наявність в Україні в цілому та у м. Києві окремо певного «надлишку» молоді, що вже вийшла із інфантильного віку, у більшості своїй здобула вищу освіту або незакінчену вищу та вже стикнулася із цілком природною для країн, які повільно розвиваються, проблемою працевлаштування. Отже, цілком працездатні особи із рівнем знань вище середньостатистичного (щонайменше, із щирю вірою в такий високий рівень своїх знань) стикаються із закономірною нееластичністю ринку праці та, таким чином, отримують вочевидь реальний погляд на життя. Вони отримують, таким чином, щонайменше три мотиви для участі у будь-яких заворушеннях:

— по-перше, їм є за що ображатися на існуючий політичний режим — він ледь спромігся забезпечити їх освітою та не забезпечив їх гідною працею;

— по-друге, їм немає за що триматися — в них немає ані гідної роботи, яку шкода втратити, ані значної (найчастіше — ніякої) власності (цікаві свідчення щодо відсутності постійної роботи в значного числа мітингуючих березневого етапу акції «Україна без Кучми» (березень 2001 року) наводить один із активних учасників тих подій М. Ляхович [27; порівн.: 28]). До того ж, як свідчить статистика, в них щонайбільше ще немає сімей та дітей. У цьому сенсі дана категорія молоді за своїм соціальним станом наближається до пролетаріату із Маніфесту комуністичної партії: «пролетаріату немає чого втрачати, окрім своїх кайданів, а отримати він може цілий світ»;

— по-третє, в них є доступ до засобів ефективної комунікації та під час навчання та соціального спілкування набуто достатнє вміння їх використання. Разом із переважно більшим ступенем конформності молоді та знову ж таки переважно більшим ступенем конформності користувачів Інтернету, наявність подібного доступу до мобільного зв'язку та Інтернету робить можливим надшвидке згуртування даної категорії молоді навколо будь-якої ідеї або певної діяльності.

Саме така соціально-політична ситуація й надає у вигляді вказаної вікової групи молоді основний людський матеріал для свідомої участі



у вказаних подіях кінця 2004 р. Як свідчать очевидці, лише незначна меншість серед учасників тритижневого стояння на Майдані Незалежності належали до осіб, які знаходились у відпустках або спеціально узяли такі відпустки «для стояння на Майдані» [28]. Отже, на Майдані перебували здебільшого особи, які мали можливість вільно розпоряджатися своїм часом, оскільки або мали незалежний від цього часу постійний прибуток (за споминами очевидців, такі особи, які належали середньому бізнесові, також брали участь у Майдані як особисто, так й грошима, але ж зрозуміло, що вони не складали та й фізично (з огляду на їхню загальну кількість по країні) не могли скласти навіть десятої частки учасників «майданного руху»), або не мали такого прибутку (чи доброї роботи, яку шкода втратити) взагалі.

З огляду на те, що є загальновизнаним, що в останні понад два з половиною сторіччя революції в індустріальних країнах та й багатьох доіндустріальних здійснюються переважно у столицях, цілком очевидно, що створення подібної віково-демографічної динаміки у столиці України надало достатньо «палива» для «роздмухування вогнища».

З огляду на вищезазначені фактори цікаво розглянути іншу спробу певних політичних сил дестабілізувати політичну ситуацію в країні — події акції «Україна без Кучми» кінця 2000 — початку 2001 р. Як відомо, приводом для початку такої акції було оприлюднення аудіозаписів із кабінету Л. Д. Кучми, вірогідно зроблених майором М. Мельниченком, у яких йшлося, між іншим, про залякування та, можливо, вбивство журналіста Г. Гонгадзе. Загальновідомо, що, незважаючи на активну участь деяких засобів масової інформації та комунікації у розповсюдженні переказів цих плівок, активні дії опозиції щодо згуртування антиурядових кіл, акція «Україна без Кучми» захлинулась на початку березня 2001 р. На нашу думку, головним параметром, що й визначив результати цієї акції, також був визначений нами параметр порядку. Дійсно, темпи приросту як міської молоді в цілому по Україні, так і молоді у м. Києві сягали у 2000 р. досить низьких значень — 0,2 % та 1,8 % відповідно. Аналогічна статистика характеризувала й Україну в цілому. Враховуючи вкрай низький рівень розвитку такого засобу громадянського інформування та згуртування, як Інтернет, цілком природно очікувати відсутність серйозної загрози політичній стабільності у країні, яка і була відновлена у короткий термін. Не слід забувати також, що й наочний прояв нестабільності стосувався лише м. Києва та кількох міст західної України (у тому числі м. Рівне, де також не спостерігалось значного зростання темпу приросту міської молоді). Дійсно, певну роль у придушенні акції відіграли й досить жорсткі дії силових структур [27], але ж такі самі силові дії влада не наважилась здійснити наприкінці 2004 р. — на нашу думку, головним чином — саме через значно більший масштаб протесту, в основі якого була надвелика кількість задіяної в ньому міської молоді. У цьому зв'язку можна пригадати й інспірований у 2002 р. певними, досі невизначеними однознач-

но, силами скандал довкола продажу до Іраку українських військових РЛС «Кольчуга» — за відсутності сил, здатних на його розгортання та підтримку з метою політичної дестабілізації такий потенційно «продуктивний» скандал закінчився «нічим».

Отже, можна стверджувати, що складовими синергетичного параметра порядку, який визначає повільну динаміку політично розвитку сучасних пострадянських країн, є темпи приросту міської молоді у великих містах та, особливо, у столиці, на фоні повного охоплення населення мобільним зв'язком та швидкого розширення користування мережею Інтернет. Подальші перспективи дослідження вбачаються в аналізі моделі, заснованої на винайденому параметрі порядку, та прогнозуванні загроз політичній стабільності України на найближчі десятиліття.

### Л і т е р а т у р а

1. Истон Д. Категории системного анализа политики / Д. Истон // Антология мировой политической мысли : в 5 т. — М. : Мысль, 1997. — Т. II. — С. 630–642.
2. Кіянка І. Б. Політична стабільність: суть і основні засоби її досягнення в Україні : автореф. дис. ... канд. політ. наук : 23.00.02 / І. Б. Кіянка ; Львів. нац. ун-т ім. Івана Франка. — Л., 2003. — 16 с.
3. Пригожин И. Р. Наука, цивилизация и демократия [Электронный ресурс] / И. Р. Пригожин ; пер. В. Н. Игнатъева // Futures. — 1986. — Vol. 18, N 4 (August). — P. 493–507. — Режим доступа : <http://study.ustu.ru/view/aid/95/1/Prigojin.doc>.
4. Святець Ю. А. Злами в історії як точки біфуркації / Ю. А. Святець // Ейдос : альманах теорії та історії іст. науки / редкол.: В. Смолій (голов. ред.) [та ін.]. — К. : Ін-т історії України, 2008. — Вип. 3, ч. 1. — С. 297–318.
5. Андреев А. Ю. Нелинейная модель стачечного движения: анализ эффектов самоорганизации / А. Ю. Андреев, Л. И. Бородкин // Круг идей: электронные ресурсы исторической информатики. — М. ; Барнаул : Изд-во Алт. ун-та, 2003. — С. 434–489.
6. Халтурина Д. А. Системный мониторинг: Глобальное и региональное развитие / Д. А. Халтурина, А. В. Коротаев. — М. : УРСС, 2010. — 296 с.
7. Goldstone J. A. Population and Security: How Demographic Change Can Lead to Violent Conflict / J. A. Goldstone // Journal of International Affairs. — 2002. — N 56/1. — P. 3–22.
8. Турчин П. В. Историческая динамика. На пути к теоретической истории / П. В. Турчин. — М. : URSS, ЛКИ, 2010. — 365 с.
9. Некоторые возможные направления развития теории социально-демографических циклов и математические модели выхода из мальтузианской ловушки / Л. Е. Гринин, С. Ю. Малков, В. А. Гусев [и др.] // История и Математика: процессы и модели. — М. : Либроком/URSS, 2009. — С. 134–210.
10. Гринин Л. Е. Глобализация и процессы трансформации национального суверенитета / Л. Е. Гринин // Век глобализации. — 2008. — № 1. — С. 86–97.
11. Коротаев А. В. Прогнозирование социополитических рисков: ловушка на выходе из мальтузианской ловушки / А. В. Коротаев, Ю. В. Зинькина // Информационный бюллетень Ассоциации «История и компьютер» : материалы XII конференции АИК. — 2010. — № 36 (Октябрь). — С. 101–102.
12. Польовий М. А. Системно-синергетична експланація біфуркації політичного процесу в країнах Північної Африки та Близького Сходу на початку 2011 року / М. А. Польовий // Актуальні проблеми політики : зб. наук. пр. — О. : Фенікс, 2011. — Вип. 43. — С. 16–27.

13. Коротаев А. В. Египетская революция 2011 г.: структурно-демографический анализ [Электронный ресурс] / А. В. Коротаев, Ю. В. Зинькина. — Режим доступа : <http://www.politstudies.ru/extratext/text/issue2011A.htm>
14. Вікторенко Ю. Проблеми безробіття в Україні [Електронний ресурс] / Ю. Вікторенко // Політика. Право. Життя: інтернет-видання. — Режим доступу : <http://www.polpravozhit.inf.ua/bezrob.html>
15. Петров Т. Растущий спрос на персонал [Электронный ресурс] / Т. Петров // Эксперт: Украинский деловой журнал. — 2011. — № 3. — Режим доступа : <http://www.expert.ua/articles/7/0/8438/>
16. Денисенко Л. О «чистках» чиновников и нескудеющих «закромах» [Электронный ресурс] / Л. Денисенко. — Режим доступа : [http://www.guds.gov.ua/control/uk/publish/article;jsessionid=CD072FE09CA12040F2B389C D39B7884C?art\\_id=200262&cat\\_id=41068](http://www.guds.gov.ua/control/uk/publish/article;jsessionid=CD072FE09CA12040F2B389C D39B7884C?art_id=200262&cat_id=41068)
17. Социально-политическая ситуация в Украине (Декабрь-2005) [Электронный ресурс] // Аналитик: Киевский центр политических исследований и конфликтологии. — Режим доступа : <http://www.analitik.org.ua/analytics/>
18. Підсумки роботи галузі зв'язку [Електронний ресурс] / Держ. адмін. зв'язку Міністерства транспорту та зв'язку України. — Режим доступу : <http://www.stc.gov.ua/uk/publish/article/63905>
19. Статистика населення України [Електронний ресурс]. — Режим доступу : [http://stat6.stat.lviv.ua/MULT/Database/Population/databasetree\\_uk.asp](http://stat6.stat.lviv.ua/MULT/Database/Population/databasetree_uk.asp)
20. Статистика користувачів інтернету в Україні [Електронний ресурс] // Народний оглядач. — 2008. — 16 трав. — Режим доступу : <http://sd.org.ua/news.php?id=14323>.
21. Асоціація підприємств інформаційних технологій України [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://apitu.org.ua/node/901>
22. Internet Word Stats: Usage and Population Statistics [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.internetworldstats.com/>
23. Майже половина міських українців користується інтернетом [Електронний ресурс] // Українська правда: життя. — Режим доступу : <http://life.pravda.com.ua/person/2008/12/15/11336/>
24. iKS consulting: отчеты и статистика [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://www.iksconsulting.ru/researches/2364772.html>
25. Кількість абонентів мобільного зв'язку, мережі Інтернет та цифрового телерадіомовлення зростає [Електронний ресурс] / Міністерство інфраструктури України. — Режим доступу : <http://www.mtu.gov.ua/uk/news/20666.html>
26. Капица С. П. Сколько людей жило, живет и будет жить на Земле. Очерк теории роста человечества / С. П. Капица. — М. : Междунар. программа образования, 1999. — 240 с.
27. Ляхович М. Коли Кучма робив щось не так, він про це знав... [Електронний ресурс] / М. Ляхович // Країна. — 2011. — № 62. — Режим доступу : <http://gazeta.ua/articles/opinions-journal/374678>.
28. Кульчицький С. В. Помаранчева революція / С. В. Кульчицький. — К. : Генеза, 2005. — 368 с.

#### А н о т а ц і я

**Польовий М. А.** Зміст синергетичного параметра порядку, який визначає політичну динаміку пострадянських держав на шляху до демократії. — Стаття.

Стаття присвячена розгляду основних елементів синергетичного параметра порядку, який визначає динаміку політичного процесу в сучасних пострадянських країнах демократичного спрямування.

*Ключові слова:* параметр порядку, синергетика, демократичний транзит.

**А н н о т а ц и я**

***Полевой Н. А.*** Содержание синергетического параметра порядка, определяющего политическую динамику постсоветских государств на пути к демократии. — Статья.

Статья посвящена рассмотрению основных элементов синергического параметра порядка, который определяет динамику политического процесса в современных постсоветских странах демократического транзита.

*Ключевые слова:* параметр порядка, синергетика, демократический транзит.

**S u m m a r y**

***Polovoy M. A.*** The contents of synergetics parameter of order which determines political dynamics of post-soviet states on a way to democracy. — Article.

The article is devoted to consideration of basic elements of sinergetical parameter of order which determines the dynamics of political process in the modern post-soviet countries of democratic transit.

*Keywords:* parameter of order, synergetics, democratic transit.

УДК 342.922.1890/1917".001.73

*П. С. Лютіков*

**ТРАНСФОРМАЦІЯ ПРЕДМЕТА АДМІНІСТРАТИВНОГО ПРАВА  
ТА ЙОГО СКЛАДОВИХ ЯК СФЕРИ ОБ'ЄКТИВІЗАЦІЇ УЧАСТІ  
ЮРИДИЧНИХ ОСІБ: АНАЛІЗ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВОЇ  
ЛІТЕРАТУРИ КІН. ХІХ — 1917 Р.**

Різні історичні періоди, обумовлені соціально-політичними, економічними та іншими факторами, безумовно, завжди накладали свій відбиток або взагалі спрямовували подальші вектори розвитку всіх сфер суспільних відносин, в тому числі, і становлення науки та освіти.

Як справедливо зазначає І. С. Гриценко, зміни, які відбулися за останні півтора десятиріччя в нашій країні, вплинули на усі сфери життєдіяльності як держави, так і суспільства, не залишивши осторонь також і правову науку, наслідки впливу на яку вражають своїм обсягом [1, с. 4]. Серед наук юридичного циклу адміністративно-правова наука є, напевно, тією галуззю, яка найбільше піддавалася трансформаціям, докорінним переглядам постулатів та численним змінам підходів до визначення концептуальних засад. Фактично кожна система управління чи то командно-адміністративна, чи то ринкова вимагала абсолютно нових, так би мовити «під себе», орієнтирів дослідження адміністративно-політичного сектора держави, структури державного апарату, методів та форм адміністрування тощо, які (орієнтири), власне, ставали базою і науковим підґрунтям для відповідного нормативного закріплення та інституціоналізації правовідносин, які виникають у державі.

Не секрет, що визначальними характеристиками будь-якої галузі права є його предмет та метод. Самі ці характеристики і є своєрідною, так би мовити, «динамічною й гнучкою матерією», що під впливом різних чинників та факторів піддається модифікації, переформатуванню, оновленню тощо. І якщо метод адміністративного права з його перманентним імперативним характером залишається завжди майже незмінним та основним (хоча останнім часом у працях, зокрема В. Б. Авер'янова [2], В. К. Колпакова [3], Т. О. Коломонець [4] та інших, лунають

цілком виправдані думки про необхідність збільшення засад диспозитивності в цій сфері регулювання), то предмет адміністративного права з комплексом складових відносин на різних етапах становлення адміністративно-правової науки систематично змінювався, а часом — істотно. При цьому, як зазначає К. С. Бельський, визначення предмета адміністративного права завжди визнавалося надзвичайно складним завданням, оскільки постійно виникали складності з виділенням тих суспільних відносин, які регулювалися нормами адміністративного права [5].

Прообразом сучасної науки адміністративного права можна вважати камеральні (від лат. «саптега» — двірцева, державна, князівська скарбниця) науки — науки про фінанси, економіку, господарство та управління, які складала сукупність адміністративних та господарських знань з ведення камерального (двірцевого, князівського, у широкому розумінні — державного) господарства. Однак справедливим буде зазначити, що все ж таки об'єкт дослідження вказаних наук далекий від предмета адміністративного права, або поліцейського права, яке, власне, почало активно формуватися як певна система знань у XVIII ст. і окреслилось у відповідну науку вже у XIX ст., і саме тому виправданим та логічним є вивчення предмета поліцейського права у його, так би мовити, сформованому вигляді кін. XIX — поч. XX ст.

Отже, першим етапом формування сучасного предмета адміністративного права можна назвати «дореволюційний період» розвитку та становлення адміністративно-правової науки (кін XIX ст. — 1917 р.). У цей час науковий потенціал науки поліцейського (адміністративного) права або науки внутрішнього управління головним чином був представлений роботами І. Є. Андрієвського, М. М. Белявського, Е. М. Берендтса, В. М. Гессена, В. Ф. Дерюжинського, А. І. Єлістратова, В. В. Івановського, І. Т. Тарасова та інших.

Мета статті — окреслити передумови формування сучасного предмета адміністративного права в дореволюційний період розвитку та становлення адміністративно-правової науки (кін XIX ст. — 1917 р.) крізь призму аналізу наукової спадщини вчених-адміністративістів тієї доби.

Узагальнений аналіз праць учених початку XX ст. підтверджує думку К. С. Бельського [6, с. 149], що у науці адміністративного права на той час утворилося дві течії — ліберальна та консервативна. Ліберальні вчені-адміністративісти Е. М. Берендтс, В. Ф. Дерюжинський, В. М. Гессен, А. І. Єлістратов та інші вважали, що адміністративно-правова наука повинна повністю відмовитися від понять, які мають відношення до поліцейського права [7, с. 129]. У свою чергу, вчені-адміністративісти В. В. Івановський, М. М. Белявський, І. Т. Тарасов та інші, які дотримувалися консервативних поглядів, вважали, що заміна поліцейського права адміністративним повинна відбуватися поступово, причому саме поліцейське право як сукупність правових норм не зникає, а входить до складу адміністративного, виконуючи притаманну йому функцію.

Зупинимося на наукових позиціях вчених-адміністративістів тієї доби більш детально. Так, зокрема, на думку І. Т. Тарасова, «поліція» є частиною виконавчої влади, іншою частиною — «адміністрація». Сукупність постанов і норм, які визначають поліцейську діяльність в державі є позитивним поліцейським правом, яке пізніше вчений назве адміністративним правом. І. Т. Тарасов визнавав, що заміна поняття «поліція» поняттям «адміністрація» або «внутрішнє управління» не є правильним і що при об'єктивному підході до даного питання необхідно називати поліцією сукупність установ, яка складає лише частину великого цілого, тобто адміністрації [8, с. 11—15; 9, с. 130]. Тобто у розумінні І. Т. Тарасова основну сферу правовідносин, яка врегульовувалась нормами поліцейського права, складала відносини у сфері застосування адміністративного примусу — здійснення поліцейської діяльності (поліцейське затримання, адміністративний нагляд за злочинцями, заходи попередження, санітарно-медичні заходи тощо).

Аналогічний підхід застосовував й М. М. Белявський, який вважав, що «поліцейське право, наука поліції, наука права внутрішнього управління, адміністративне право» становить галузь юриспруденції, у якій мова йде про юридичні норми, що регулюють адміністрацію, та про юридичні відносини, що виникають між державою та одиницями, якими держава управляє при здійсненні різних культурних цілей [9, с. 14]. З одного боку, здається, що М. М. Белявський за своїми поглядами більше нагадує позицію ліберальних вчених, і зводить адміністративне право фактично до діяльності публічної адміністрації, проте аналіз праць вченого дає підстави вважати, що у даному визначенні під словом адміністрація в тому числі розуміється і «поліція» як певний орган, що забезпечував безпеку та правопорядок. Це, зокрема, підтверджується тим, що він у роздумах про адміністративне право оперував терміном «внутрішнє управління», яке проявлялося, за його словами, у двох напрямках: а) діяльності прогресивній, спрямованій на розвиток та збільшення фізичних, інтелектуальних та економічних сил населення; б) діяльності охоронній (поліцейській), спрямованій на одержання народом сукупності благ, добутих сучасною цивілізацією. При цьому вчений, пояснюючи зміст поліцейської діяльності, відмінною ознакою якої називався елемент примусу, наголошував на тому, що у її здійсненні можуть брати участь поліція адміністративна (такою визнавалися різні суб'єкти управлінської діяльності), що мала своїм завданням забезпечення правильного та безпечного відправлення справ у будь-якій сфері діяльності, та поліція безпеки, поліція у вузькому розумінні слова, що спрямовувала свої дії на попередження небезпеки, яка могла загрожувати державі у цілому [9, с. 12—13]. Сутність поліцейського завдання полягає в тому, що поліцейські органи повинні займатися попередженням небезпек, що загрожують особі, суспільству і державі [9, с. 18]. Об'єктом поліцейської діяльності є не вчинене вже діяння, а можливе, ймовірне. Отже, характер поліцей-

ських дій за своєю природою, зазначав вчений-адміністративіст, є не цілком окресленим [9, с. 18].

У свою чергу, аналіз наукових праць В. В. Івановського дозволяє стверджувати, що його погляди на предмет адміністративного права були дуже близькими до поглядів В. Ф. Дерюжинського, І. Т. Тарасова, М. М. Белявського, оскільки він, як і названі вчені, обмежував регулюючий вплив норм адміністративного права сферою внутрішнього управління, виділяючи у ній три основні напрями діяльності суб'єктів (адміністративних органів) — господарський, соціально-культурний та захисний (охорона громадської безпеки). Показовим у цьому плані є також і те, що В. В. Івановський суб'єктами, які виконують функції охорони громадської безпеки, називав поліцію безпеки та адміністративну поліцію [10, с. 69–73; 11, с. 56–60; 1, с. 34]. Виходячи із системи науки адміністративного права, запропонованої В. В. Івановським, можна зробити висновки, що до предмета адміністративного права вчений відносив також і ті відносини, які виникали у процесі застосування адміністративними органами різноманітних заходів адміністративного примусу (сам автор називав їх формами адміністративної діяльності) та у процесі функціонування органів адміністративної юстиції, покликаних вирішувати правові спори, учасниками яких ставали адміністративні органи та приватні особи [11, с. 57; 1, с. 34].

Дещо інший, на наш погляд, підхід застосовували вчені тієї доби, яких також можна було вважати консервативними вченими-адміністративістами. Наприклад, І. Є. Андрієвський виходячи із запропонованого ним визначення поліцейської діяльності як діяльності держави, яка провадиться урядом, полягає у нагляді за підприємствами приватних осіб, союзів та товариств, які мають на меті забезпечення умов безпеки та благочиння і в прийнятті зі свого боку заходів для забезпечення цих умов, при недостатності для цього приватної чи суспільної діяльності [12, с. 3], окреслював межі предмета поліцейського права саме питаннями безпеки та благополуччя і зазначав, що саме законодавство, яке закріплює засади здійснення такої діяльності, і є предметом науки поліцейського права. Як видно із вищенаведеного, поліцейська діяльність у розумінні І. Є. Андрієвського головним чином полягала у застосуванні заходів адміністративного примусу (у першу чергу, попередження та припинення), однак на відміну від, скажімо В. В. Івановського, який також мав подібну позицію, до системи поліцейського права І. Є. Андрієвський не відносив адміністративну юстицію, обмежуючи предмет адміністративного права лише поліцейською діяльністю.

Аналогічно, хоча і з певними уточненнями, точку зору висловлював і М. Х. Бунге, який вважав, що поліцейське право містить в собі закони благоустрою (добробуту) і закони благочиння (безпеки). Благоустрій становить прикладну частину політичної економії; благочиння є частиною державного права, що відноситься до охорони порядку і безпеки як суспільства, так і окремих осіб [13, с. 3; 14].



М. К. Палібін, розмірковуючи над змістом науки поліцейського права, також шукає відповідь на це питання в етимології та змісті поняття «поліція» і наводить поширену у той період тезу (зокрема, озвучену І. Є. Андрієвським), що поліцейська діяльність в тісному сенсі слова, тобто поліцейська діяльність держави, що проявляється урядом, полягає в спостереженні за підприємствами приватних осіб, спілок і товариств, що мають на меті забезпечити умови безпеки і добробуту, і в прийнятті зі свого боку заходів до забезпечення цих умов, при недостатності для того приватної і суспільної діяльності [13, с. 1–2]. При цьому фактично вчений поліцейську діяльність ототожнює із внутрішнім управлінням, оскільки останнє, вважає він, «...стосується забезпечення умов безпеки та добробуту суспільства» [13, с. 1]. Так само з цього приводу висловлювався й П. М. Шеймін, який розглядав науку поліцейського права як складову частину права управління. Діяльність держави, яка полягає у створенні умов, за наявності яких забезпечуються внутрішня безпека і добробут, і спрямована для захисту та сприяння матеріальним і духовним інтересам народу, складає завдання поліцейського або внутрішнього управління. Наука, що вивчає правові норми області внутрішнього управління, називається наукою поліцейського права або наукою внутрішнього управління [13, с. 4; 15].

У свою чергу, так звані ліберальні вчені-адміністративісти також мали власне уявлення про предмет адміністративного права. Так, В. Ф. Дерюжинський писав, що вивченню поліцейським (адміністративним) правом підлягають три великі групи явищ. По-перше, усі ті галузі державного та громадського життя, які мають своїм предметом різні сторони господарства (різні види промисловості — видобувної, обробної, торговельної); по-друге, ті галузі державного та суспільного життя, які мають своїм завданням сприяння духовно-інтелектуальному розвитку населення (сюди належать, головним чином, турботи держави та суспільства про народну освіту, як елементарну та загальну у всіх її стадіях, так і професійну); у третю групу явищ, які вивчаються поліцейським (адміністративним) правом, входять ті сторони державної та суспільної діяльності, які за своїм характером не можуть бути віднесені прямо до одної з двох згаданих галузей, але які, незважаючи на це, також необхідні в інтересах забезпечення всебічного культурного розвитку як цілого суспільства, так і окремих його членів. Такими, перш за все, є ті окремі галузі державної діяльності, завдання яких полягають в охороні громадського порядку та спокою. До галузі поліцейського (адміністративного) права, на думку вченого, належали також і ті галузі, які мали однаково важливе значення як для матеріального, так і для духовного розвитку суспільства, а саме: шляхи сполучення та засоби зв'язку (пошта, телеграф); заходи, що застосовувалися державою та суспільством для матеріального забезпечення найнижчих верств населення [16, с. 16–17]. Отже, В. Ф. Дерюжинський обмежував предмет адміністративного права тими відносинами, які виникали у сфері: 1) уп-

равління економікою; 2) управління соціально-культурною сферою; 3) управління охороною громадського порядку [1, с. 32].

Інакше до визначення предмета адміністративного права підходить Е. М. Берендтс, який під адміністративним правом розумів сукупність норм, що регулюють обов'язково і примусово діяльність органів державної влади, а також громадських груп і приватних осіб для здійснення державних завдань і сукупність обумовлених цією діяльністю юридичних відносин між державою взагалі, її органами, громадськими групами і приватними особами [17, с. 7]. Всі юридичні відносини, писав вчений, складаються з прав та обов'язків. Обов'язки, які виникають або встановлені в галузі адміністративного права, є наслідком або 1) договорів, або 2) деліктів, або 3) велінь державної влади. Обов'язки виникають з договору, мають місце в області участі у здійсненні функцій державної влади або сприяння органам державної влади [17, с. 10]. Договори адміністративно-правові відрізняються від договорів цивільно-правових переважно нерівністю контрагентів. Вступ до договору з державою приватних осіб має в значній мірі характер підпорядкування (*submissio*). Встановлення умов договорів в обмеженій мірі залежить від приватних контрагентів [17, с. 10]. Отже, Е. М. Берендтс одним з перших почав говорити про відносини, що виникають з адміністративних договорів, як особливу групу відносин, що становлять предмет адміністративного права, та наголошував на необхідності розмежування цивільних договорів з адміністративними за правовим статусом суб'єктів цих правовідносин.

Обов'язки, що виникають з деліктів, писав вчений, мають широке застосування в тій галузі адміністративного права, яка має справу з усуненням небезпек, що загрожують внаслідок злої волі людей, наприклад в т.з. будівельній, пожежній поліції і т.д. [17, с. 10]. Обов'язки приватних осіб або груп громадських, мають джерелом веління державної влади, мають переважно характер сервітутів [17, с. 10-11]. Ми можемо їх назвати сервітутами суспільної користі (*servitus utilitatis publicae*). Інститут адміністративно-правових сервітутів відрізняється від цивільно-правових сервітутів в значній мірі. Вони не пов'язані безумовно з якою-небудь річчю. Вони не встановлені ні на користь певної особи, ні на користь певної нерухомості. Тобто *servitus* публічно-правовий ніколи не має характеру *servitus personalis* і ніколи не приурочений до якогось *praedium dominans*. Сервітут адміністративно-правовий служить завжди цілям державним і громадським, але, як і в цивільному праві, має двояку форму: *servitus* полягає або в обов'язку що-небудь зробити, виконати (наприклад, побудувати певну дорогу, греблю), або в обов'язку відмовитися від якого-небудь розпорядження чи дії (як-от: не зрубувати ліс, не будувати дерев'яних сходів в кам'яному будинку і т.д.) [17, с. 11]. Виділені вченим-адміністративістом так звані адміністративно-правові сервітутути, спрямовані на виконання певного обов'язку (зокрема, побудувати певну дорогу, греблю), за великим рахунком також мають характер ад-

міністративних договорів, оскільки є публічними, метою їх є реалізація публічних інтересів, укладаються вони між сторонами, які знаходяться в нерівному правовому становищі між собою тощо. Сервітути, що полягають в обов'язку відмовитися від якого-небудь розпорядження чи дії стосуються сфери адміністративного примусу, зокрема заходів адміністративного запобігання (попередження) тощо.

Таким чином, Е. М. Берендтс фактично окреслив предмет адміністративного права колом відносин, що виникають із адміністративних договорів, відносинами, пов'язаними із діяльністю публічної адміністрації, адміністративно-деліктними відносинами та відносинами, що виникають у зв'язку із застосуванням заходів адміністративного примусу.

Інший ліберальний вчений-адміністративіст В. М. Гессен стверджував, що найменування науки адміністративного права наукою поліцейського права дискредитує цю науку, вселяючи неправильне уявлення про її зміст, оскільки поліцейською діяльністю (в наукових поглядах кін. ХІХ — на поч. ХХ ст.) є не адміністративна діяльність взагалі, а лише певний вид державної діяльності — діяльність, спрямована на підтримку безпеки і порядку, пов'язану із застосуванням примусової влади [18, с. 21]. Щодо самого предмета адміністративного права, то він визначався вченим під кутом зору розуміння науки адміністративного права. Так, В. М. Гессен вважав, що наука адміністративного права за самою своєю суттю є наукою про норми, що регулюють урядову діяльність держави, а також про норми, що регулюють сукупність правовідносин між правлячою державою, з одного боку, і керованим індивідом — з іншого [18, с. 10—11]. Адміністративне право вивчає ті норми, якими визначається діяльність державної влади, але ця діяльність в сучасній державі нескінченно різноманітна [18, с. 18]. Отже, наука адміністративного права вивчає сукупність норм, що регулюють діяльність держави в області так званого внутрішнього управління [18, с. 19]. Знову ж таки, бачимо, що, як і Е. М. Берендтс, В. М. Гессен пов'язував адміністративне право з діяльністю публічної адміністрації та її взаємовідносинами з індивідуальними суб'єктами, зазначаючи, що адміністративне право вивчає динаміку держави [18, с. 22].

Не зовсім поділяв позицію В. М. Гессена А. І. Єлістратов, який не обмежував науку адміністративного права виключно внутрішнім управлінням, вважаючи, що її межі значно більші — «...адміністративне право регулює правовідносини не тільки у тих службах, які належать до сфери внутрішнього управління, але також і у галузі управління військового, церковного та фінансового» [19, с. 38], однак, незважаючи на це, вчений ще не зміг повністю відмовитися від панівних на той час у вітчизняній юридичній літературі поглядів про обмеженість адміністративного права сферою внутрішнього управління, хоча і не сприймав її вже як аксіому [1, с. 35].

Загальний аналіз наукової спадщини А. І. Єлістратова у вигляді численних наукових праць свідчить, що він виділяв окремі види відносин,

які регулювалися нормами адміністративного права, а саме: а) відносини, що виникали між адміністративними органами (їх службовцями) та громадянами; б) відносини, що виникали між службовцями адміністративного органу або між окремими адміністративними органами; в) відносини, що виникали між громадянами з приводу питань державного управління [20, с. 41–42]. А. І. Єлістратов поширив регулюючий вплив норм адміністративного права також на інститути адміністративної служби, адміністративного нагляду, адміністративної юстиції та адміністративної скарги. Це означає, що і відносини, які виникали з приводу проходження адміністративної служби, захисту прав громадян за допомогою права на адміністративний позов або адміністративну скаргу, набували адміністративно-правового характеру, а значить, також входили до предмета адміністративного права [19, с. 68].

Привертає на себе увагу те, що у працях вчених-поліцейстів та пізніше вчених-адміністративістів XIX ст., поч. XX ст. терміна «предмет правового регулювання» ми зустріти не можемо, адже його не існувало як такого в той період. Перша згадка про предмет правового регулювання як чітку самостійну категорію теорії права зустрічається в працях М. Аржанова, а саме у статті «О принципах построения системы советского социалистического права», яка вийшла друком у журналі «Советское право» в 1939 році [21]. Зміст статті дав підстави Р. С. Мельнику цілком виправдано називати М. Аржанова безпосереднім автором концепції системи радянського права, який запропонував здійснювати поділ радянського права на галузі залежно від предмета правового регулювання [7, с. 39].

Таким чином, підбиваючи підсумок огляду вказаного етапу становлення адміністративного права, варто зазначити, що саме у цей період відбувається закладення теоретичного фундаменту майбутньої галузі права та формуються перші постулати адміністративно-правової доктрини. Головним чином, у розумінні вчених-адміністративістів вказаної епохи предмет адміністративного права, як правило, становили відносини у сфері публічної адміністрації, в першу чергу ті, що виникають між адміністрацією та громадянами, та відносини, що стосуються сфери підтримки благополуччя та безпеки населення, т.з. поліцейська діяльність (сьогодні комплекс вказаних відносин можна окреслити, хоча й з певними уточненнями, словосполученням «адміністративний примус») тощо. Часом до предмета адміністративного права відносили й адміністративну юстицію, адміністративну службу, адміністративні договори тощо.

Абсолютна більшість вчених-юристів у цей період визнавали індивіда активним учасником адміністративних правовідносин, що згодом стане головною рисою вказаного етапу і дозволить вважати його добою прогресивного розвитку адміністративно-правової наукової думки, яка заклала підвалини формування сучасної «людиноцентристської» концепції у вітчизняному адміністративному праві, яка змінила «державницький

вектор» досліджень, сформований в радянський період розвитку юридичної науки.

### Л і т е р а т у р а

1. Гриценко І. С. Становлення і розвиток наукових поглядів на основні інститути вітчизняного адміністративного права : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.07 / І. С. Гриценко. — Х., 2008. — 488 с.
2. Адміністративне право України. Академічний курс : підручник. У 2 т. Т. 1. Загальна частина / редкол.: В. Б. Авер'янов (голова). — К. : Юрид. думка, 2004. — 584 с.
3. Колпаков В. К. Адміністративно-деліктний правовий феномен / В. К. Колпаков ; Нац. акад. внутр. справ України. — К. : Юрінком Інтер, 2004. — 528 с.
4. Коломоєць Т. О. Адміністративне право України. Академічний курс : підручник / Т. О. Коломоєць. — К. : Юрінком Інтер, 2011. — 576 с.
5. Бельский К. К вопросу о предмете административного права / К. Бельский // Государство и право. — 1997. — № 11. — С. 14–21.
6. Бельский К. С. Ученый-административист В. Л. Кобалевский: жизнь, труды, основные научные положения (к 110-летию со дня рождения) / К. С. Бельский // Государство и право. — 2003. — № 12. — С. 81–87.
7. Мельник Р. С. Система адміністративного права України : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.07 / Р. С. Мельник. — Х., 2010. — 415 с.
8. Тарасов И. Т. Лекции по полицейскому (административному) праву. Т. 2 / И. Т. Тарасов. — М. : Печатня А. И. Снегиревой, 1908. — 266 с.
9. Белявский Н. Н. Полицейское право (Административное право) / Н. Н. Белявский. — Изд. 2-е. — Юрьев, 1910. — 372 с.
10. Ивановский В. В. Учебник административного права (Полицейское право. Право внутреннего управления) / В. В. Ивановский. — 2-е изд. — Казань, 1907. — 506 с.
11. Ивановский В. В. Учебник административного права (Полицейское право. Право внутреннего управления) / В. В. Ивановский. — 4-е изд. — Казань, 1911. — 516 с.
12. Андреевский И. Е. Полицейское право. Т. 1 / И. Е. Андреевский. — СПб., 1874. — 648 с.
13. Палибин М. К. Повторительный курс полицейского права / М. К. Палибин. — СПб., 1900. — 234 с.
14. Бунге Н. Х. Полицеское право. Благоустройство / Н. Х. Бунге. — К., 1873. — 273 с.
15. Учебник права внутреннего управления (полицейского права). Вып. 1 / [соч.] П. Шеймина, прив.-доц. Новорос. ун-та. — СПб. : тип. Н. А. Лебедева, 1891. — 162 с.
16. Дерюжинский В. Ф. Полицейское право / В. Ф. Дерюжинский. — Изд. 2-е. — СПб., 1908. — 552 с.
17. Берендтс Э. М. Опыт системы административного права. Т. 1. Обзор истории административного права и истории его литературы, вып. 1 / Э. М. Берендтс. — Ярославль : Типо-литогр. Э. Г. Фалька, 1898. — 246 с.
18. Гессен В. М. Лекции по полицейскому праву / В. М. Гессен. — СПб. : Тип. «Съвеър», 1907–1908. — 220 с.
19. Елистратов А. И. Основные начала административного права / А. И. Елистратов. — Изд. 2-е. — М., 1917. — 294 с.
20. Елистратов А. И. Основные начала административного права / А. И. Елистратов. — М., 1914. — 333 с.
21. Аржанов М. О принципах построения системы советского социалистического права / М. Аржанов // Советское государство. — 1939. — № 3. — С. 26–35.

## А н о т а ц і я

**Лютіков П. С.** Трансформація предмета адміністративного права та його складових як сфери об'єктивізації участі юридичних осіб: аналіз адміністративно-правової літератури кін. ХІХ — 1917 р. — Стаття.

У статті окреслюються передумови формування сучасного предмета адміністративного права в дореволюційний період розвитку та становлення адміністративно-правової науки (кін. ХІХ ст. — 1917 р.) крізь призму аналізу наукової спадщини вчених-адміністративістів тієї доби. Зокрема, в статті досліджуються наукові праці І. Є. Андрієвського, Е. М. Берендтса, М. М. Белявського, В. М. Гессена, В. Ф. Дерюжинського, А. І. Єлистратова, В. В. Івановського, І. Т. Тарасова та інших.

*Ключові слова:* трансформація, предмет, адміністративне право, об'єктивізація, юридичні особи.

## А н н о т а ц и я

**Лютіков П. С.** Трансформація предмета адміністративного права и его составляющих как сферы объективизации участия юридических лиц: анализ административно-правовой литературы кон. ХІХ — 1917 г. — Статья.

В статье описываются предпосылки формирования современного предмета административного права в дореволюционный период развития и становления административно-правовой науки (кон ХІХ ст. — 1917 г.) сквозь призму анализа научного наследия ученых-административистов той эпохи. В частности, в статье исследуются научные труды И. Е. Андреевского, Е. М. Берендтса, Н. Н. Белявского, В. М. Гессена, В. Ф. Дерюжинского, А. И. Елистратова, В. В. Иванковского, И. Т. Тарасова и других.

*Ключевые слова:* трансформация, предмет, административное право, объективизация, юридические лица.

## S u m m a r y

**Lyutikov P. S.** Transforming the subject of administrative law and its components as a sphere of objectification participating entities: analysis of administrative and legal literature of late. ХІХ cen. — 1917 y. — Article.

The article outlines the conditions of formation of the modern subject of administrative law in pre-revolutionary period in the development and establishment of administrative and legal science (ХІХ — 1917) through the prism of analysis of the scientific heritage of scientists that era. In particular, the article investigates scientific works by I. Andrievskiy, E. Berendts, M. Belyavskiy, V. Hessen, V. Deryuzhynskiy, A. Yelistratov, V. Ivanovskiy, I. Tarasov and others.

*Keywords:* transformation, subject, administrative Law, objectification, legal entities.

УДК 342.925:340.113

*Т. О. Коломоєць***ТЕРМІНОЛОГІЯ АДМІНІСТРАТИВНОГО ПРОЦЕСУ: ПРОБЛЕМИ  
ВИЗНАЧЕНOSTІ СУМІЖНОГО ТЕРМІНОЛОГІЧНОГО РЯДУ**

В умовах докорінного перегляду змісту, призначення адміністративного права як галузі національного права, оновлення вітчизняного адміністративного законодавства та зміни орієнтирів у вивченні навчальної дисципліни «Адміністративне право України» все частіше на порядок денний «виходить» питання визначеності у використанні правової, зокрема адміністративно-правової термінології. Поліструктурний зміст адміністративного права обумовлює існування змістовного, багатоманітного термінологічного ряду із поєднанням базових (таких, які існують вже протягом досить тривалого часу) і новітніх (які почали використовуватися лише останнім часом із урахуванням потреб сьогодення) термінів. Одним із т. з. «традиційних» адміністративно-правових термінів був і залишається до цього часу термін «адміністративний процес». Варто одразу зазначити, що в адміністративно-правовій науці ніколи не було єдності поглядів вчених-адміністративістів ні щодо змістовного наповнення цього терміна, ні щодо співвідношення із суміжними правовими поняттями. Ситуація пояснюється багатьма чинниками, серед яких можна визначити і т. з. «не традиційність» адміністративного процесу у порівнянні з іншими різновидами юридичного процесу (вперше цю ознаку виділив В. Горшенев), і відсутність його нормативного легального фіксування, що і було підходом для наукового пошуку оптимального визначення, і ряд інших. Саме специфічна сфера «процесуального обслуговування» багато у чому і сприяла появі розмаїття підходів доктринального розуміння адміністративного процесу. Такий стан справ спостерігається і на сьогоднішній день, істотно ускладнюючи нормопроектну роботу, оскільки суміжний термінологічний ряд істотно збільшився кількісно, в т. ч. і за рахунок запозичення зарубіжної адміністративно-правової термінології. І вже нагальним є виокремлення адміністративного процесу не тільки від проваджень, стадій, етапів, процесуальних дій,

а й від адміністративної процедури, адміністративної послуги. Питання визначеності термінології набуває актуальності у контексті вдосконалення нормативних засад адміністративного судочинства, розробки й активного громадського обговорення проектів кодифікованих актів, які передбачатимуть засади адміністративно-деліктного провадження, а також адміністративно-процедурної діяльності. Саме тому визначеність у використанні термінології, її змістовному наповненні сприятиме не тільки уніфікації доктринальних положень, а й слугуватиме ґрунтовним підґрунтям для нормопроектної, а пізніше і правозастосовної діяльності. Саме тому доречним є з'ясування реального змісту терміна «адміністративний процес», ступеня адекватності його назви реальним вимогам часу і формулюванням пропозицій щодо доречності використання (можливо, із певним коригуванням) як у адміністративно-правових наукових дослідженнях, так і у нормотворчій діяльності, що і є метою статті.

Узагальнений аналіз наявної літератури дозволяє стверджувати, що термін «адміністративний процес» є т. з. «проблемним». У різні історичні періоди не існувало загальноприйнятого визначення адміністративного процесу. Можна вести мову про: виокремлення т. з. «широкого» і «вузького» розуміння адміністративного процесу (більшість наукових робіт вчених-адміністративістів до 90-х рр. ХХ ст.), коли «вузьке» розуміння адміністративного процесу ототожнювалося із провадженням у справах про адміністративні правопорушення, а «широке» із сукупністю різновидів адміністративних проваджень щодо розгляду індивідуально-конкретних адміністративних справ (наприклад, роботи О. Якуби, Ю. Битяка, В. Зуй, Л. Коваля, В. Шкарупи, Н. Саліщевої та ін.). У подальшому спостерігалася певна модифікація відповідного підходу до розуміння адміністративного процесу, що ознаменувалося появою так званої «управлінської» та «юрисдикційної» концепції адміністративного процесу. Так, зокрема, Н. Саліщева та її послідовники ще у 60–80-х рр. ХХ століття виробили певні наукові постулати, що й сформулювали своєрідну основу «юрисдикційної концепції», а саме: а) адміністративний процес являв собою особливий вид виконавчої та розпорядчої діяльності, пов'язаний із можливістю реалізувати в примусовому порядку положення відповідних адміністративно-правових актів, які визначають права і обов'язки учасників майбутнього адміністративного правовідношення; б) ототожнення понять «адміністративного процесу», «цивільного процесу», «кримінального процесу» (процес є способом забезпечення обов'язковості норм матеріального права і застосування заходів впливу по відношенню до осіб, які порушують правові норми); в) оперуючи поняттями «процес» і «провадження», в них, на жаль, вкладається прямо протилежне розуміння (адміністративне провадження розглядається як явище набагато ширше, ніж адміністративний процес); г) адміністративно-процесуальні норми покликані регулювати лише розгляд спорів та застосування заходів примусу державними органами, решту ж відносин регулюють матеріальні норми [1, с. 186–190; 2, с. 19–24]. Хоча



і Н. Г. Саліщева з часом дещо переглянула своє бачення адміністративного процесу й дійшла висновку, що останній є сукупністю самостійних видів процесуальної діяльності, зумовлених специфікою адміністративно-правових відносин. Однією із сторін таких відносин завжди виступає орган (посадова особа), що має публічно-владні повноваження. Всі види адміністративно-процесуальних відносин між органами публічної влади та їх посадовими особами, з одного боку, і не підпорядкованими їм фізичними, юридичними особами — з іншого, вчена розподіляє на кілька груп [3, с. 222; 4, с. 221–232].

У свою чергу В. Д. Сорокін виділив основні положення «управлінської концепції», зокрема такі як: а) адміністративний процес — це юридична форма реалізації виконавчої влади (він має яскраво виражену юридично управлінську природу); б) адміністративний процес динамічний, отже він реалізується органами виконавчої влади всіх рівнів, а у випадках, передбачених законом, й іншими суб'єктами (наприклад, суддями); в) адміністративний процес — діяльність не тільки державно-владна, а й юридична; г) адміністративний процес об'єктивно потребує «власного» регулювання, що забезпечується за допомогою адміністративно-процесуальних норм; він забезпечує реалізацію й ряду інших галузей матеріального права — цивільного, фінансового, трудового, сімейного, земельного тощо; д) адміністративний процес — це не тільки врегульований правом порядок здійснення певних процедур виконавчої влади по правовому вирішенню широкого спектра індивідуально-конкретних справ у сфері державного управління, а й така діяльність, під час реалізації якої виникають численні правові відносини, які регулюються адміністративно-процесуальними нормами й набувають у зв'язку з цим характеру адміністративно-процесуальних відносин [1, с. 197–203].

Достатньо тривалий час мало місце групування вчених-адміністративістів навколо цих двох концепцій із намаганням обґрунтувати дієвість однієї та спростувати доцільність виділення іншої. Завдяки певному дещо «звуженому» підходу до розуміння адміністративного процесу у рамках «юрисдикційної» концепції й залишення поза узагальнюючим терміном решти так званих неюрисдикційних проваджень більшість вчених-адміністративістів підтримували «управлінський» підхід до адміністративного процесу. Так, наприклад, В. Колпаков підкреслює, «що саме широке розуміння адміністративного процесу відповідає сучасним нормам розвитку правової науки і втіленим у Концепції адміністративної реформи принципам трансформації державного управління в дієвий інструмент реалізації громадянами своїх прав і свобод, інструмент захисту людини від неправомірних дій і адміністративних актів з боку органів управління і їхніх службовців» [5, с. 363]. На підставі чого пропонувалося виділяти специфічні ознаки адміністративного процесу, серед яких:

— адміністративний процес пов'язаний із державним управлінням, його правовими формами;

— зв'язок з матеріальними нормами адміністративного права; це діяльність, в результаті якої виникають суспільні відносини, врегульовані нормами адміністративно-процесуального права [6, с. 236].

Звертаючи увагу на тривале превалювання адміністративної складової (за суб'єктом розгляду адміністративної справи) в адміністративному процесі цілком виправданим можна було б вважати існування так званої «управлінської» та «юрисдикційної» концепцій розуміння адміністративного процесу. Проте із запровадженням адміністративної юстиції, а відповідно, і адміністративного судочинства назріла нагальна потреба у кардинальному переході до нових орієнтирів визначення адміністративного процесу та його змістовного наповнення. Реальністю стає існування судового адміністративного (подібного до кримінального, цивільного) процесу і власне адміністративного (позасудового) процесу. Так, наприклад, С. Ківалов та Л. Біла-Тіунова на підставі аналізу наявних наукових джерел та враховуючи нормативне визначення адміністративного процесу, закріплене у ст. 3 КАС України, пропонують розглядати адміністративний судовий процес (саме у такому формулюванні) як сукупність взаємопов'язаних правових форм діяльності адміністративного суду та інших суб'єктів щодо здійснення правосуддя в адміністративних справах, врегульованих адміністративно-процесуальними нормами [7, с. 13–14]. Достатньо цікаве визначення, при цьому воно є дещо «розширеним» у порівнянні із нормативним визначенням, де зафіксоване як «правовідносини, які складаються під час здійснення адміністративного судочинства» (ст. 3 КАС України). Визначення, запропоноване С. Ківаловим і Л. Білою-Тіуною, є демонстрацією прихильності його авторів до т. з. «широкого» розуміння судового адміністративного процесу, коли відповідним визначенням охоплюється діяльність судів та інших органів щодо розгляду справ, здійснення правосуддя в адміністративних справах, а не обмежується відповідна діяльність лише адміністративним судочинством. Натомість т. з. «вузьке» розуміння адміністративного судового процесу пов'язується лише із адміністративним судочинством, абсолютно збігається із нормативним його визначенням. Для більшості наявних новітніх джерел характерним є все ж таки розгляд в якості адміністративного процесу адміністративного судочинства. Так, наприклад, В. Бевзенко, А. Комзюк, Р. Мельник пропонують розглядати адміністративний процес виключно як адміністративне судочинство [8, с. 53]. Не заперечуючи категорично проти того, що певний регіональний елемент у підході до нового визначення адміністративного процесу, в т. ч. й із урахуванням адміністративного судочинства, є, в той же час остаточно підтримати вчених-адміністративістів щодо такого отождоження не можна. А як бути із судовим розглядом справ про адміністративні правопорушення? Не можна по аналогії із цивільним, кримінальним процесом підходити дещо спрощено до пошуку адекватної назви та з'ясування реального змісту адміністративного процесу. У разі використання назви «адміністративний процес» і наповнення її змістовною характеристикою — «ад-

міністративним судочинством» — відбувається поява неузгодженості назви і змісту («несудова назва і судовий зміст»). Підтримуючи прихильників судової процесуальної правової теорії (Н. Полянського, М. Строговича, В. Савіцького, С. Ківалова та ін.), варто зробити певне коригування назви, а саме «адміністративний» (у розумінні сфери) «судовий» (у розумінні суб'єкта розгляду) «процес» й у визначенні передбачити, що це врегульована адміністративно-процесуальними нормами діяльність судів щодо здійснення правосуддя в адміністративних справах. Це дозволить досягти певним чином узгодження назви і змісту.

В той же час незрозумілим є підхід законодавця до адміністративно-деліктного провадження, яке передбачається зафіксувати у новому кодифікованому адміністративно-деліктному акті. Робота над розробкою останнього триває вже тривалий час, на громадське обговорення періодично виносяться чергові зразки проектної роботи. Узагальнюючи наявні проекти, можна зазначити, що і до цього часу остаточно невизначеним залишається питання — хто ж буде уповноваженим суб'єктом розгляду адміністративно-деліктних справ, оскільки у різних проектах це питання пропонується врегулювати по-різному. Якщо справи про адміністративні правопорушення будуть розглядати лише суди, тоді вищезазначена пропозиція щодо розуміння адміністративного судового процесу є цілком прийнятною і навіть можна було б відійти від уточнення й розуміти адміністративний саме як судовий процес. Якщо ж справи будуть розглядати поряд із судами й адміністративні органи (пропонується істотно скоротити їх чисельність, однак залишити для збереження спеціалізації та оперативності розгляду), тоді уточнення, що процес — це діяльність судів у сфері, що регулюється адміністративно-правовими нормами, є обов'язковою, а діяльність несудових органів — це вже адміністративний процес. Така ситуація істотно ускладнює термінологічний ряд, процес використання термінології, сприятиме появі плутанини. Окрім того, не варто забувати і про діяльність адміністративних органів, не пов'язану із здійсненням правосуддя в адміністративних справах. Така діяльність, хоча і пов'язана із певними діями, які передбачають послідовність, тривалість у часі, однак вона не пов'язана саме із правосуддям, саме тому розглядати її в якості аналога вищезазначеного адміністративного (у розумінні судового) процесу не варто. Ця діяльність не є процесуальною (у вищезазначеному розумінні), хоча і специфічна. Для її визначення можна запропонувати використання терміна «процедурна», який останнім часом достатньо широко використовується вченими-адміністративістами (наприклад, роботи О. Кузьменко, О. Банчука, В. Тимощука, О. Лагоди, О. Миколенка, А. Школика та ін.). Діяльність суб'єктів публічної адміністрації щодо вчинення певних дій, які не пов'язані із правосуддям в адміністративних справах, цілком можна вважати процедурними. Їх характеристика повністю підпадає під визначення адміністративної процедури, яка підтримується більшістю вчених-адміністративістів (наприклад, А. Школиком [9, с. 123],

В. Авер'яновим [10, с. 589] тощо). Більш того, В. Авер'янов уточнює свою позицію, що «якщо дії спрямовані на розгляд і вирішення конкретних адміністративних справ і прийняття індивідуальних адміністративних рішень (не пов'язані із правосуддям), цілком логічним є використання терміна «адміністративна процедура» [10, с. 589]. Цю діяльність потрібно відмежовувати від діяльності, пов'язаної із правосуддям в адміністративних справах, як за змістом, за суб'єктом, так і терміном, який би використовувався для назви кожної із них. Саме тому для визначення правосуддя в адміністративних справах, яке здійснюється адміністративними судами, цілком логічним є використання терміна «адміністративне судочинство», для узагальненого порядку розгляду справ у судах (в т. ч. адміністративних) — адміністративний судовий процес, для визначення розгляду адміністративних справ суб'єктами публічної адміністрації — процедурна діяльність, а окремого різновиду такої діяльності — провадження. При цьому достатньо логічним є співвідношення адміністративних процедур і адміністративних проваджень як «загального і особливого», тобто в структурі адміністративної процедури виділяються адміністративні провадження, окремі види останніх. Ця позиція вже протягом певного часу обґрунтовується вченими-адміністративістами (наприклад, праці О. Бандурки, М. Тищенко, Р. Куйбіди, В. Шишкіна, В. Перепелюка, О. Пасенюка та ін.) [11, с. 174–175]. Окрім того, цілком логічно підтримати пропозицію щодо уточнення відповідного співвідношення за рахунок статичності та динаміки й визначити співвідношення адміністративної процедури та адміністративного провадження як «статики і динаміки», «моделі провадження» і «змістовного наповнення такої моделі» [11, с. 175]. Більше того, є теза про виключно позасудовий характер адміністративної процедури. Саме такий варіант термінології можна було б урахувати і у науково-дослідній діяльності з відповідного напрямку, а також у нормотворчій роботі, особливо у контексті завершальної стадії підготовки нових кодифікованих актів та кардинального оновлення правових засад діяльності суб'єктів адміністративно-процесуальної та процедурної діяльності. Поки що у вітчизняній адміністративно-правовій науці питання адміністративного процесу були і залишаються предметом гострої дискусії, спостерігається розмаїття підходів до дослідження феномена адміністративного процесу, що у свою чергу сприяє появі нових концепцій його розуміння та багатоваріативності адміністративно-правової термінології. Так, наприклад, В. Авер'янов пропонує розглядати адміністративний процес як «збірне процесуальне явище» й виділяти три самостійних процесуальних інститути: інститут «внутрішньо організаційних» адміністративних проваджень, інститут сервісних адміністративних проваджень і інститут «юрисдикційних» адміністративних проваджень [12, с. 15; 10, с. 587]. С. Ківалов, Л. Біла-Тіунова пропонують виокремлювати судовий і позасудовий адміністративний процес [8, с. 13]. І. Голосніченко, дотримуючись найбільш широкого розуміння адміністративного процесу, пропонує розрізняти дві його

частини — адміністративно-процедурну та адміністративно-юрисдикційну [13, с. 25; 14, с. 26–28]. В. Перепелюк запропонував звизити поняття адміністративного процесу до управлінського (лише діяльність суб'єктів публічної адміністрації) й використовувати поняття «управлінський адміністративний процес» та «адміністративне судочинство» як діяльність по розгляду адміністративних справ в адміністративних судах [15, с. 39–44]. Виключно розуміння адміністративного процесу як аналога адміністративного судочинства є характерним для праць Ю. Педька [16, с. 99–103], В. Бевзенка, А. Комзюка, Р. Мельника [8, с. 53], В. Тимошука [17, с. 44]. Хоча останній, із посиланням на наукові роботи вчених-адміністративістів, авторських колективів, зокрема під керівництвом Б. Авер'янова, припускає існування чотирьох якісно неоднорідних сфер процесуальної діяльності, урегульованої нормами адміністративного права, зокрема: адміністративного судочинства, «управлінського» («позитивного») адміністративного процесу, «квазіюрисдикційного» адміністративного процесу та юрисдикційного адміністративного процесу [17, с. 44]. Саме вказівка на «адміністративний процес» є характерним для назви кожного різновиду процесуальної діяльності. Окрім того, В. Тимошук в узагальненому вигляді подає перелік існуючих вітчизняних концепцій адміністративного процесу — деліктної або юрисдикційно-деліктної, юрисдикційної, судочинської, адміністративно-юрисдикційної, управлінської, позитивно-управлінської, широкої. Висловлюються й дуже кардинальні позиції — стосовно реального неіснування цілісного явища — «адміністративний процес», оскільки воно «нічого конструктивного в собі не містить й дублює відоме явище «правозастосування» [18, с. 42–43].

Аналогічним є стан справ і у зарубіжній адміністративно-правовій науці. Зокрема, у російській літературі можна зустріти обґрунтування існування «широкого» розуміння адміністративного процесу (наприклад, праці Д. Бахраха, Ю. Козлова, Ю. Тихомирова тощо), «вузького» розуміння (наприклад, праці Ю. Старілова та ін.). Щоправда, термін «адміністративний процес» вживається вченими-адміністративістами і першого, і другого напрямків дослідження. Узагальнений аналіз наявних джерел дозволяє все ж таки стверджувати про домінування так званого «широкого підходу» до розуміння адміністративного процесу й використання терміна «адміністративний процес» в якості узагальнюючого. Щоправда, сучасні зміни у державотворчих процесах накладають певний відбиток на змістовне наповнення адміністративного процесу, урізноманітнення різновидів його складових. Так, наприклад, В. Сорокін виокремлює три види проваджень «єдиного адміністративного процесу»: правотворчі, правонадільчі (надавальні), правоохоронні [1, с. 354], О. Альохін, А. Кармолицький — провадження адміністративно-процедурної процесуальної діяльності із розподілом на неюрисдикційні та юрисдикційні [19, с. 431–432]. Такий стан справ є характерним і для молдовської адміністративно-правової науки. Так, наприклад, В. Гуцуляк та Е. Каморницька вико-

ривують термін «адміністративно-процесуальна діяльність» як аналог адміністративного процесу й виокремлюють у її змісті адміністративно-правотворчий, адміністративно-правонадільчий та адміністративно-юрисдикційний складові елементи [20, с. 13–15]. Отже, істотно дискусійним є доктринальне підґрунтя (у частині термінологічного ряду) для нормотворення стосовно засад адміністративно-процесуальної та адміністративно-процедурної діяльності, задля чого доцільним вбачається досягнення визначеності щодо використання різних термінів для характеристики різних, хоча і суміжних, правових явищ, в т. ч. й із урахуванням вимог часу, уникненням недоліків зарубіжного досвіду й акцентом на спрощеність, визначеність, усунення узагальнень, дублювань. Саме за таких умов можливим є досягнення позитивного результату нормотворення й правозастосування.

### Л і т е р а т у р а

1. Сорокин В. Д. Административно-процессуальное право: учебник / В. Д. Сорокин; подгот. А. Н. Каплуновым. — СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр «Пресс», 2008. — 571 с.
2. Сорокин В. Д. Административный процесс и административно-процессуальное право / В. Д. Сорокин. — СПб.: Изд-во Юрид. ин-та, 2002. — 474 с.
3. Салищева Н. Г. Проблемные вопросы административного процесса / Н. Г. Салищева // Административное право и административный процесс: актуальные вопросы. — М.: Юристъ, 2004. — С. 221–232.
4. Административное право и административный процесс: актуальные вопросы / отв. ред.: Л. Л. Попов, М. С. Студеникина. — М.: Юристъ, 2004. — 302 с.
5. Колпаков В. К. Адміністративно-деліктний правовий феномен / В. К. Колпаков; Нац. акад. внутр. справ України. — К.: Юрінком Інтер, 2004. — 528 с.
6. Адміністративне право України: підручник / за заг. ред. Т. О. Коломoeць. — К.: Істина, 2009. — 480 с.
7. Адміністративне процесуальне (судове) право України: підручник / за заг. ред. С. В. Ківалова. — О.: Юрид. л-ра, 2007. — 312 с.
8. Комзюк А. Т. Адміністративний процес України: навч. посіб. / А. Т. Комзюк, В. М. Бевзенко, Р. С. Мельник. — К.: Прецедент, 2007. — 531 с.
9. Школик А. М. Порівняльне адміністративне право: навч. посіб. для юрид. ф-тів та ф-тів міжнар. відносин / А. М. Школик. — Л.: ЗУКЦ, 2007. — 308 с.
10. Адміністративне судочинство України: підручник / О. М. Пасенюк (кер. авт. кол.), О. Н. Панченко, В. Б. Авер'янов [та ін.]; за заг. ред. О. М. Пасенюка. — К.: Юрінком Інтер, 2009. — 672 с.
11. Основи адміністративного судочинства та адміністративного права: навч. посіб. / за заг. ред. Р. О. Куйбіди, В. І. Шишкіна. — К.: Старий світ, 2006. — 567 с.
12. Коломoeць Т. О. Апеляція в адміністративно-юрисдикційному процесі: питання теорії та практики / Т. О. Коломoeць, Р. О. Кукурудз. — Запоріжжя: Запорізь. нац. ун-т, 2010. — 254 с.
13. Голосніченко І. П. Адміністративний процес: навч. посіб. / за заг. ред. І. П. Голосніченка. — К.: ГАН, 2003. — 256 с.
14. Голосніченко І. П. Проблеми адміністративного процесу на сучасному етапі розвитку української держави / І. П. Голосніченко // Актуальні проблеми держави і права: зб. наук. пр. — О.: Юрид. л-ра, 2003. — Вип. 19. — С. 26–28.

15. Перепелюк В. Г. Адміністративний процес : навч. посіб. / В. Г. Перепелюк. — Чернівці : Рута, 2003. — 367 с.
16. Педько Ю. С. Щодо розуміння адміністративного процесу / Ю. С. Педько // Актуальні проблеми держави і права : зб. наук. пр. — О. : Юрид. л-ра, 2007. — Вип. 35. — С. 99–103.
17. Тимошук В. П. Адміністративні акти: процедура прийняття та припинення дії: монографія / В. П. Тимошук. — К. : Конус-Ю, 2010. — 296 с.
18. Державне управління: проблеми адміністративно-правової теорії та практики / за заг. ред. В. Б. Авер'янова. — К. : Факт, 2003. — 384 с.
19. Алёхин А. П. Административное право России. Первая часть : учебник / А. П. Алёхин, А. А. Кармолицкий. — М. : Зерцало, 2009. — 528 с.
20. Гуцуляк В. Административный процесс и административно-процессуальное право: состояние и перспективы их развития / В. Гуцуляк, Е. Комарницкая // Закон и жизнь. — 2009. — № 10. — С. 9–23.

#### А н о т а ц і я

***Коломoeць Т. О.* Термінологія адміністративного процесу: проблеми визначеності суміжного термінологічного ряду.** — Стаття.

У статті у систематизованому вигляді аналізуються доктринальні підходи до розуміння адміністративного процесу, його змістовного наповнення, формулюються пропозиції щодо визначеності у використанні термінологій.

*Ключові слова:* адміністративний процес, концепція, адміністративне провадження, зміст, адміністративна процедура.

#### А н н о т а ц и я

***Коломoeць Т. А.* Terminologia административного процесса: проблемы определения смежного терминологического ряда.** — Статья.

В статье в систематизированном виде анализируются доктринальные подходы к пониманию административного процесса, его содержательного наполнения, формулируются предложения по определенности в использовании терминологии.

*Ключевые слова:* административный процесс, концепция, административное производство, содержание, административная процедура.

#### S u m m a r y

***Kolomoets T. O.* The terminology of the administrative process: the problem of determining the number of adjacent terminology.** — Article.

In an article in a systematic way analysis of doctrinal approaches to understand the administrative process, its informative content, formulate proposals for certainty in the use of terminology.

*Keywords:* administrative process, concept, administrative proceeding, maintenance, administrative procedure.

УДК 347.99

*Д. В. Приймаченко, Р. В. Ігонін***ФУНКЦІЇ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВОГО  
ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ФУНКЦІОНУВАННЯ СИСТЕМИ  
СУДІВ ЗАГАЛЬНОЇ ЮРИСДИКЦІЇ**

Дослідження функцій адміністративно-правового забезпечення функціонування системи судів загальної юрисдикції дозволить встановити основні напрями такого забезпечення та створити необхідні теоретичні передумови для подальших наукових розвідок зазначеного предмета з позицій його системності та цілісності.

Вказуючи на актуальність дослідження функцій адміністративно-правового забезпечення системи судів загальної юрисдикції, водночас необхідно зазначити, що аналізуючи функції адміністративно-правового забезпечення системи судів загальної юрисдикції, ми не ставимо перед собою завдання зробити їх вичерпний перелік чи навести стосовно кожної з них повний спектр прикладів із законодавства. Нашим основним завданням є розкриття загальної функціональної природи феномена адміністративно-правового забезпечення системи судів загальної юрисдикції.

Враховуючи зазначене, важливо відмітити, що загальний зміст поняття «функції» (від латинського *functio* — виконання, здійснення) зводиться до «діяльності, роботи, призначення, обов'язку, ролі» [1, с. 630; 2, с. 901].

Перший комплексний науковий аналіз феномена «функції» пов'язується з іменем відомого європейського вченого Г. Лейбніца. З того часу і по сьогодні інтерес до вивчення поняття функції не лише не спадає, а навпаки зростає. Скарбниця наукових знань безупинно поповнюється новими інтерпретаціями поняття «функції». Постійно з'являється чимала кількість наукових робіт, в яких аналізується і розкривається феномен «функції». Поняття «функції» активно використовується як у точних, так і в гуманітарних науках, а сам феномен «функції» набув ознак загальної фундаментальної наукової категорії.



Визначаючи напрями діяльності держави, кожна конкретна функція дає відповідь на питання, чим займається держава, розкриває її призначення, допомагає краще осягнути її сутнісні характеристики. У свою чергу, адміністративно-правове забезпечення функціонування системи судів загальної юрисдикції здійснюється за певними визначеними законодавством напрямками, які виражають зміст його функцій. Враховуючи зазначене, вважаємо, що функції адміністративно-правового забезпечення функціонування судів загальної юрисдикції — це напрями адміністративно-правового впливу та управлінської, виконавчо-розпорядчої діяльності суб'єктів владних повноважень у сфері створення необхідних умов для належної діяльності судів загальної юрисдикції.

Найбільш загальними функціями адміністративно-правового забезпечення функціонування системи судів загальної юрисдикції є:

- а) забезпечення незалежності системи судів загальної юрисдикції;
- б) створення належних умов для забезпечення ефективного функціонування системи судів загальної юрисдикції (наприклад, організаційних тощо);
- в) забезпечення і підтримання на належному рівні авторитету суду (наприклад, організація виконання судових рішень тощо).

Серед основних функцій нижчого порядку, які повністю охоплюються загальними функціями адміністративно-правового забезпечення функціонування системи судів загальної юрисдикції, можна виокремити такі:

а) організаційна (маємо на увазі організаційні відносини, які прямо передбачені і врегульовані нормами чинного законодавства та входять складовою до предмета адміністративного права). Частина 1 ст. 145 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» встановлює, що організаційне забезпечення діяльності органів судової влади здійснюється Державною судовою адміністрацією України (далі — ДСА України) [3].

З'ясувати зміст поняття організаційного забезпечення нам допомагає ч. 1 ст. 146 Закону України «Про судоустрій і статус суддів», яка встановлює повноваження ДСА України, яка:

- 1) представляє суди у відносинах із КМ України та ВР України під час підготовки проекту закону про Державний бюджет України;
- 2) забезпечує належні умови діяльності судів загальної юрисдикції, Вищої кваліфікаційної комісії суддів України, Національної школи суддів України та органів суддівського самоврядування;
- 3) вивчає практику організації діяльності судів, розробляє і вносить у встановленому порядку пропозиції щодо її вдосконалення;
- 4) вивчає кадрові питання апарату судів, прогнозує потребу у спеціалістах, здійснює замовлення на підготовку відповідних спеціалістів;
- 5) забезпечує необхідні умови для підвищення кваліфікації працівників апарату судів, створює систему підвищення кваліфікації;
- 6) організовує роботу з ведення судової статистики, діловодства та архіву; контролює стан діловодства у судах загальної юрисдикції;
- 7) готує матеріали для формування пропозицій щодо бюджету судів;

8) організовує комп'ютеризацію судів для здійснення судочинства, діловодства, інформаційно-нормативного забезпечення судової діяльності та забезпечення функціонування автоматизованої системи документообігу в судах; забезпечує суди необхідними технічними засобами фіксування судового процесу в межах коштів, передбачених у Державному бюджеті України на фінансування відповідних судів;

9) забезпечує функціонування автоматизованої системи визначення члена Вищої кваліфікаційної комісії суддів України (далі — ВККС України);

10) забезпечує ведення Єдиного державного реєстру судових рішень та Реєстру електронних адрес органів державної влади, їх посадових та службових осіб;

11) взаємодіє з відповідними органами та установами, в тому числі інших держав, з метою вдосконалення організаційного забезпечення діяльності судів;

12) організовує діяльність служби судових розпорядників;

13) затверджує положення про бібліотеку суду тощо [3].

Проте ми не пов'язуємо організаційну функцію виключно з діяльністю ДСА України. Її обсяг є набагато ширшим. Фактично будь-яка управлінська діяльність у сфері організації створення необхідних умов для належного функціонування системи судів загальної юрисдикції повинна визнаватися такою, що здійснюється в рамках організаційної функції. Наприклад, організація виконання судових рішень, що передбачена нормами Закону України «Про виконавче провадження», на нашу думку, також відбувається у просторі, визначеному для неї організаційною функцією адміністративно-правового забезпечення функціонування системи судів загальної юрисдикції. Більше того, організаційна функція є настільки об'ємною, що тією чи іншою мірою проникає і переплітається з іншими функціями, створюючи передумови для їх реалізації. Враховуючи універсальний характер організаційної функції, доводиться визнати неможливість її повного відмежування від інших функцій адміністративно-правового забезпечення. Це допомагає нам зрозуміти, що процес виокремлення і систематизації функцій носить доволі умовний характер. Незважаючи на це, він є необхідним для розуміння сутнісного наповнення феномена адміністративно-правового забезпечення функціонування системи судів загальної юрисдикції;

б) установча. Відповідно до ч. 2 і 3 ст. 81 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» ВККС України затверджує статут Національної школи суддів України та призначає на посаду її ректора та проректорів [3].

Згідно зі ст. 127 Рада суддів України призначає і звільняє Голову ДСА України та його заступників [3] тощо;

в) контрольно-наглядова. Контрольно-наглядова функція є надзвичайно важливою для забезпечення ефективного здійснення управлінської діяльності держави. Належне виконання приписів закону є не-

можливим без існування розвиненого інституту контрольно-наглядової діяльності. Контроль та нагляд природно доповнюють управлінський процес, а точніше сказати, є його внутрішньою складовою. Включення контрольно-наглядової діяльності до матерії управлінського, виконавчо-розпорядчого процесу дозволяє забезпечити реалізацію загальної мети його існування — якомога повнішого і точного виконання норм чинного законодавства. Тому адміністративно-правове забезпечення функціонування системи судів загальної юрисдикції, яке пов'язане із здійсненням державою управління у сфері створення належних умов для функціонування суду, не видається ефективним поза рамками контрольно-наглядової діяльності.

У базових для організації судової влади законах ми можемо віднайти багато прикладів реалізації функції контролю і нагляду. Наприклад, згідно зі ст. 40 Закону України «Про Вищу раду юстиції», перевірка даних про дисциплінарний проступок здійснюється за дорученням Вищої ради юстиції, Голови або його заступника одним із членів Вищої ради юстиції шляхом одержання письмового пояснення від судді та інших осіб, витребування та ознайомлення з матеріалами судових справ (окрім судових справ, розгляд яких не закінчено), одержання іншої інформації від будь-яких органів, організацій, установ, громадян чи їх об'єднань. За наслідками перевірки складається довідка з викладенням фактичних обставин, виявлених під час перевірки, висновків і пропозицій. З довідкою і матеріалами повинен бути ознайомлений суддя, стосовно якого проводилася перевірка. Довідка і всі матеріали перевірки передаються до Вищої ради юстиції, яка вирішує питання про доцільність порушення дисциплінарного провадження [4]. Відповідно до ст. 45 Закону України «Про Вищу раду юстиції» Вища рада юстиції розглядає скарги на рішення про притягнення до дисциплінарної відповідальності суддів спеціалізованих, апеляційних та місцевих судів, а також прокурорів не пізніше одного місяця з дня їх надходження, а в разі додаткової перевірки обставин та матеріалів справи — не пізніше трьох місяців з дня надходження скарги [4]. Згідно з ч. 1 ст. 145 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» ВККС України для здійснення своїх повноважень має право витребувати та одержувати необхідну інформацію від суддів, ДСА України, органів суддівського самоврядування та інших судових органів, органів державної влади та органів місцевого самоврядування, їх посадових осіб, підприємств, установ, організацій незалежно від форми власності та підпорядкування, об'єднань громадян та окремих фізичних осіб, ненадання якої тягне за собою відповідальність, установлену законом [3].

До визнання Конституційним Судом України положень ч. 3 ст. 25 Закону України «Про Вищу раду юстиції» неконституційними (Рішення Конституційного Суду № 2-рп/2011 від 11.03.2011) до контрольно-наглядових повноважень можна було також віднести повноваження Вищої ради юстиції витребувати від судів копії судових справ, розгляд яких не

закінчено, крім справ, розгляд яких відбувається у закритому судовому засіданні.

Згідно зі ст. 127 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» Рада суддів України здійснює контроль за організацією діяльності судів тощо [3];

г) кадрова. Реалізація кадрової функції насамперед покликана створити належні умови для формування якісного персонального складу судів загальної юрисдикції, оскільки якість відправлення правосуддя прямо корелюється на якість суддівського корпусу. Без належного кадрового наповнення функціонування судової влади буде неможливим. Це надає особливої ваги та вказує на те почесне місце, яке посідає кадрова функція в переліку інших функцій адміністративно-правового забезпечення функціонування системи судів загальної юрисдикції.

Аналіз чинних положень Закону України «Про судоустрій і статус суддів» дає підстави стверджувати про те, що реалізація значного масиву кадрових відносин, пов'язаних із призначенням чи обранням на посаду судді, його перебуванням на посаді або із звільненням із займаної посади здійснюється у рамках кадрової функції адміністративно-правового забезпечення функціонування системи судів загальної юрисдикції. Наприклад, п. 3, 4, 5, 6 ч. 1 ст. 91 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» передбачає право ВККС України проводити добір кандидатів на посаду судді вперше, в тому числі організовувати проведення щодо них спеціальної перевірки відповідно до закону та приймає кваліфікаційний іспит; вносити до Вищої ради юстиції рекомендацію про призначення кандидата на посаду судді для подальшого внесення відповідного подання Президенту України; надавати рекомендацію про обрання на посаду судді безстроково або відмовляти у наданні такої рекомендації; визначати потреби в державному замовленні на професійну підготовку кандидатів на посаду судді у Національній школі суддів України [3].

Відповідно до ст. 29 Закону України «Про Вищу раду юстиції» Вища рада юстиції за рекомендацією ВККС України вносить подання Президенту України про призначення громадянина України на посаду судді вперше.

Кандидатура на посаду судді розглядається персонально після доповіді члена Вищої ради юстиції, який діє за дорученням відповідної секції, де попередньо вивчаються матеріали щодо кандидата на посаду судді.

Рішення щодо кандидата на посаду судді приймається на засіданні Вищої ради юстиції відкритим голосуванням. Пропозиція щодо внесення подання Президенту України про призначення суддею вважається прийнятною, якщо за неї проголосувало більше половини від конституційного складу Вищої ради юстиції [4].

Для того щоб мати хоча б загальне уявлення про специфіку реалізації кадрової функції, вважаємо за доцільне навести статистичні дані за результатами роботи Вищої ради юстиції за дванадцятирічний період.

Так, з 1998 по 2010 рік Вищою радою юстиції було розглянуто 6032 матеріали щодо призначення кандидатів на посади суддів. Прийнято 5024 рішення щодо внесення подань Президентові України про призначення 5212 кандидатів, а саме: районних (міських) судів — 3636, військових судів гарнізонів — 50, господарських судів — 729, окружних адміністративних судів — 501, апеляційних судів областей, міст Києва, Севастополя — 133, апеляційних військових судів — 5, апеляційних господарських судів — 18, апеляційних адміністративних судів — 28, міжобласного апеляційного господарського суду — 12 [5].

Водночас за результатами розгляду матеріалів було відмовлено 789 особам, а саме: кандидатам у судді до районних (міських) судів — 650 особам, військових судів гарнізонів — 10, господарських судів — 57, окружних адміністративних судів — 55, апеляційних судів областей, міст Києва, Севастополя — 11, апеляційних господарських судів — 4, апеляційних адміністративних судів — 2. З них було жінок — 278, чоловіків — 511 [5].

Причини відмови були такими: не набрали необхідної кількості голосів — 756, відсутність необхідного стажу роботи — 28, відсутність 10-річного терміну проживання на Україні — 2, не досягли 25 років — 2, мали диплом про освіту недержавного зразка — 1 [5];

д) дисциплінарна. Дисциплінарна функція адміністративно-правового забезпечення функціонування системи судів загальної юрисдикції направлена на протидію істотним порушенням норм процесуального права при здійсненні правосуддя, порушенням вимог щодо розподілу та реєстрації справ у суді, правил підсудності чи підвідомчості, необґрунтованому вжиттю заходів забезпечення позову, невжиття суддею заходів щодо розгляду заяви, скарги чи справи протягом строку, встановленого законом, порушення вимог щодо неупередженого розгляду справи, зокрема порушення правил щодо відводу (самовідводу), систематичному або грубому порушенню правил суддівської етики, що підриває авторитет правосуддя, розголошенню таємниці, що охороняється законом, в тому числі таємниці нарадчої кімнати або таємниці, яка стала відомою судді під час розгляду справи у закритому судовому засіданні, неподанню або несвоечасному поданню для оприлюднення декларації про майновий стан, відображення в ній завідомо неправдивих відомостей [3].

Частина 1 ст. 84 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» визначає, що дисциплінарне провадження — це процедура розгляду органом, визначеним законом, звернення, в якому містяться відомості про порушення суддею вимог щодо його статусу, посадових обов'язків чи присяги судді [3].

У свою чергу, ст. 85 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» встановлює, що дисциплінарне провадження стосовно судді здійснюють:

- 1) ВККС України — щодо суддів місцевих та апеляційних судів;
- 2) Вища рада юстиції — щодо суддів вищих спеціалізованих судів та суддів Верховного Суду України [3].

Згідно з ч. 1 ст. 88 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» до суддів може застосовуватися дисциплінарне стягнення у вигляді догани [3];

е) охоронна. Частина 1 ст. 134 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» покладає на органи внутрішніх справ обов'язок вживати необхідних заходів для забезпечення безпеки судді, членів його сім'ї, збереження їхнього майна, якщо від судді надійде відповідна заява [3]. Стаття 154 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» передбачає, що підтримання громадського порядку в суді, припинення проявів неповаги до суду, а також охорону приміщень суду, органів суддівської системи, виконання функцій щодо державного захисту суддів, працівників суду, забезпечення безпеки учасників судового процесу здійснюють спеціалізовані підрозділи органів МВС України [3].

Таким спеціалізованим підрозділом, згідно із Законом України «Про міліцію», є судова міліція. Структура, повноваження, завдання і функції цього підрозділу визначаються Положенням про спеціальний підрозділ судової міліції «Грифон».

Відповідно до п. 1.1 Положення про спеціальний підрозділ судової міліції «Грифон», він належить до структури міліції громадської безпеки та створюється в головних управліннях МВС України в АРК, управліннях МВС України в областях та м. Києві та м. Севастополі (далі — ГУМВС, УМВС) відповідно до типових штатів, затверджених МВС України [6].

У свою чергу, п. 2 Положення про спеціальний підрозділ судової міліції «Грифон» встановлює, що спецпідрозділ створюється як самостійний структурний підрозділ ГУМВС, УМВС та підпорядковується безпосередньо заступнику начальника ГУМВС, УМВС — начальнику міліції громадської безпеки. Загальне керівництво оперативно-розшуковою діяльністю спецпідрозділу, її організаційне та методичне забезпечення здійснює заступник начальника ГУМВС, УМВС — начальник кримінальної міліції [6].

До цього п. 1.4 Положення про спеціальний підрозділ судової міліції «Грифон» додає, що спецпідрозділ виконує покладені на нього завдання в тісній взаємодії з іншими структурними підрозділами територіальних органів внутрішніх справ, спецпідрозділами СБ України, іншими правоохоронними органами [6].

Станом на 01.01.2011 підрозділами судової міліції «Грифон» охороняються 472 суди (62 %), з них 304 суди (40 %) цілодобово. Крім того, іншими підрозділами МВС України охороняється 14 судів, до охорони 112 судів залучаються за угодами цивільні охоронці [7].

Протягом 2010 року надійшло 63 (2009 році — 61) спецповідомлення щодо надзвичайних подій, що відбулися в зоні діяльності територіальних управлінь державної судової адміністрації і пов'язані з роботою судів та суддів. Із них 11 (2009 — 6) повідомлень, пов'язаних із посяганням на життя, здоров'я суддів та працівників судів, 10 (2009 — 8) повідомлень

щодо посягань на житло та майно суддів та працівників суду, 12 (2009 — 11) — на приміщення та майно судів, 19 (2009 — 9) щодо протиправних дій суддів, з яких порушені і розслідуються кримінальні справи [7].

Як видно з наведених нами статистичних даних, ситуація, що склалася у сфері охорони суддів та суду, не може вважатися прийнятною і потребує негайного покращання. Ця обставина зобов'язує до підвищення якості охоронного забезпечення системи судів загальної юрисдикції та збільшення обсягів фінансування цього напрямку державної діяльності;

є) представницька. Наприклад, ДСА України представляє суди у відносинах із КМ України та ВР України під час підготовки проекту закону про Державний бюджет України на відповідний рік [3].

Дискусійний характер стосовно можливості включення до переліку функцій адміністративно-правового забезпечення мають функції фінансового та інформаційного забезпечення діяльності судів загальної юрисдикції. З одного боку, реалізація цих функцій здійснюється у межах організаційної функції, що знаходить своє підтвердження у визначених Законом України «Про судоустрій і статус суддів» повноваженнях ДСА України, яка за визначенням цього ж Закону здійснює організаційне забезпечення діяльності судів. У свою чергу, регламентована правом організаційна діяльність, пов'язана із реалізацією виконавчо-розпорядчих повноважень (незалежно від сфери такої реалізації), традиційно розглядалася складовою предмета адміністративного права. З іншого — фінансове та інформаційне право на сьогодні визнаються окремими від адміністративного права галузями. Відокремлення зазначених галузей від «материнської» адміністративно-правової галузі, з огляду на засадничі критерії відмежування однієї галузі права від іншої, видається далеко не безспірним. Свідчення цьому знаходимо в чисельних дискусіях щодо доцільності такого відокремлення. Однак, не вдаючись до глибокого аналізу даної проблематики, вважаємо за доцільне зазначити, що принаймні частина правовідносин, які розглядаються у рамках фінансового та інформаційного права, підпадають під класичні ознаки адміністративно-правових. Наприклад, до таких належить будь-яка управлінська діяльність виконавчо-розпорядчого характеру незалежно від того, чи вона стосується фінансових, чи інформаційних відносин. Здійснення фінансової та інформаційної політики держави є апіорі неможливим без використання виконавчо-розпорядчого інструментарію. Тому, абстрагуючись від визнання чи невизнання окремими вченими факту існування самостійної фінансової чи інформаційної галузі права, ми вважаємо, що значна присутність адміністративно-правового елемента у цих галузях є об'єктивним фактом та не може бути піддана сумніву або спростована виходячи із загальноприйнятих поглядів на предмет і природу адміністративно-правової науки. Враховуючи викладене вище, ми вважаємо за необхідне включити до переліку функцій адміністративно-правового за-

безпечення функціонування системи судів загальної юрисдикції функції фінансового та інформаційного забезпечення;

ж) фінансова. Нею охоплюються управлінські (виконавчо-розпорядчого типу) відносини у сфері участі ДСА України у процесі підготовки проекту закону про Державний бюджет України на відповідний рік, фінансового забезпечення діяльності судів загальної юрисдикції тощо [3];

з) інформаційна. Вона охоплює управлінські (виконавчо-розпорядчого типу) відносини у сфері організації роботи з ведення судової статистики, бібліотечної справи, діловодства та архіву, ведення Єдиного державного реєстру судових рішень та Реєстру електронних адрес органів державної влади, їх посадових та службових осіб тощо [3].

Сьогодні у сфері інформаційного забезпечення функціонування системи судів загальної юрисдикції існують багато проблем.

Місцеві та апеляційні загальні суди потребують побудови локальних мереж, значної кількості сучасного обладнання, у тому числі комп'ютерної техніки. Техніка вищевказаних судів, що експлуатується, є морально та фізично застарілою, кількість її недостатня для повноцінного використання усіх наданих ресурсів відповідного програмного забезпечення, що, у свою чергу, призводить до невиконання чинних норм законодавства. Окрім того, існує необхідність термінової закупівлі серверного обладнання. Відсутність коштів ускладнює подальше впровадження автоматизованої системи документообігу в місцевих та апеляційних загальних судах [7].

Проблеми у сфері інформаційного забезпечення є віддзеркаленням загального фінансового становища суду і також стосуються інших сфер адміністративно-правового забезпечення функціонування системи судів загальної юрисдикції. Їх вирішення є надзвичайно складним завданням, оскільки об'єктивно залежить від економічної спроможності держави приділяти необхідну увагу судовій гілці влади. Разом з тим доводиться визнати присутність суб'єктивного фактора, пов'язаного з незбалансованим розподілом фінансових ресурсів держави. У ряді випадків фінансування судової влади здійснюється за залишковим принципом, що не відповідає тому високому рівню, який має посідати судова влада як одна з трьох рівноправних гілок державної влади;

и) матеріально-технічна. Вона охоплює управлінські (виконавчо-розпорядчого типу) відносини у сфері будівництва і ремонту будинків та приміщень судів, їх технічного оснащення, забезпечення функціонування автоматизованої системи документообігу в судах, забезпечення судів необхідними технічними засобами фіксування судового процесу тощо [7].

Результати проведеного ДСА України моніторингу приміщень судів засвідчили, що станом на 1 січня 2011 року із 764 судів загальної юрисдикції (без урахування Верховного Суду України та вищих спеціалізованих судів), організаційне забезпечення яких здійснює ДСА України, лише 103 суди (13,5 %) розташовано в приміщеннях, що відповіда-



ють вимогам щодо здійснення правосуддя. Решта приміщень судів потребують реконструкції або добудови, або нового будівництва. Належними приміщеннями забезпечено лише 94 (14 %) місцевих загальних суди, 1 (4 %) апеляційний суд м. Києва, 3 (37 %) апеляційні господарські суди — Донецький, Львівський та Одеський, 5 (18 %) місцевих господарських судів — Волинської, Донецької, Житомирської, Одеської та Сумської областей [7].

На жаль, доводиться констатувати, що, незважаючи на зусилля, що докладає ДСА України, обсяги бюджетних асигнувань на реалізацію заходів щодо забезпечення судів належними приміщеннями з року в рік зменшуються [7].

Зробивши загальний огляд функцій адміністративно-правового забезпечення системи судів загальної юрисдикції, доходимо висновку, що одна з основних проблем удосконалення функціонального виміру адміністративно-правового забезпечення системи судів загальної юрисдикції знаходиться в площині недостатнього фінансування. Не потребує доведення той факт, що через відсутність належного фінансування навіть найкращі у даній царині реформаційні заходи будуть приречені на невдачу. Разом з тим потрібно пам'ятати, що далеко не всі проблеми у сфері адміністративно-правового забезпечення системи судів загальної юрисдикції пов'язані з недостатніми обсягами фінансування. Поряд з означеними існує чимало структурно-організаційних та функціональних проблем, які в першу чергу і передусім обумовлені недоліками нормативно-правової матерії

#### Л і т е р а т у р а

1. Словник іноземних слів / [уклад.: С. М. Морозов, Л. М. Шкарупа]. — К.: Наук. думка, 2000. — 736 с.
2. Словник іншомовних слів / за ред. О. С. Мельничука. — К.: Гол. ред. УРЕ, 1985. — 964 с.
3. Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 7 лип. 2010 р. № 2453-VI // Вісник Верховної Ради України. — 2010. — № 142. — Ст. 1125.
4. Про Вищу раду юстиції: Закон України від 15 січ. 1998 р. № 22/98-ВР // Відомості Верховної Ради України. — 1998. — № 25. — Ст. 146.
5. Діяльність Вищої ради юстиції за 12 років. Цифри та тенденції [Електронний ресурс] / Л. Б. Костенко // Вісник Вищої ради юстиції. — 2010. — № 2. — Режим доступу: <http://www.vru.gov.ua>
6. Положення про спеціальний підрозділ судової міліції «Грифон»: затв. наказом Міністерства внутрішніх справ України від 19 листоп. 2003 р. № 1390 // Офіційний вісник України. — 2003. — № 51, т. 2. — С. 495. — Ст. 2725.
7. Офіційний веб-портал «Судова влада України» [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://court.gov.ua/>

**А н о т а ц і я**

***Приймаченко Д. В., Ігонін Р. В.* Функції адміністративно-правового забезпечення функціонування системи судів загальної юрисдикції. — Стаття.**

Стаття присвячена розгляду функцій адміністративно-правового забезпечення функціонування системи судів загальної юрисдикції. Формулюється поняття досліджуваних функцій, аналізується зміст кожної з них.

*Ключові слова:* адміністративно-правове забезпечення, система судів загальної юрисдикції, функції.

**А н н о т а ц и я**

***Приймаченко Д. В., Игонин Р. В.* Функции административно-правового обеспечения функционирования системы судов общей юрисдикции. — Статья.**

Статья посвящена рассмотрению функций административно-правового обеспечения функционирования системы судов общей юрисдикции. Формулируется понятие исследуемых функций, анализируется содержание каждой из них.

*Ключевые слова:* административно-правовое обеспечение, система судов общей юрисдикции, функции.

**S u m m a r y**

***Pryimachenko D. V., Igonin R. V.* Functions of administrative and legal securement of functioning of the system of courts of general jurisdiction. — Article.**

Article considers the functions of the administrative and legal securement of the system of courts of general jurisdiction. The concept of functions of administrative and legal functioning of courts of general jurisdiction is formulated. The content of each function is defined.

*Keywords:* administrative-legal securement, the system of courts of general jurisdiction, functions.

УДК 340.132:340.115

*О. М. Іванченко*

## **СПІВВІДНОШЕННЯ НОРМ НАЦІОНАЛЬНОГО І МІЖНАРОДНОГО ПРАВА: МЕТОДОЛОГІЯ ДОСЛІДЖЕННЯ**

Методологія постає як теорія організації інтелектуальної діяльності, спрямованої на пізнання співвідношення норм національного та міжнародного права у всіх формах його прояву. Вихідними концептуальними постулатами дослідження цього співвідношення є плюралізм та багаторівневість методологічного інструментарію, який включає підходи, принципи, методи, концепти, а також концепт примату методу у цій поліструктурній системі [1].

Характерний для сучасної юридичної науки методологічний плюралізм зумовлений як усією попередньою еволюцією наукового знання в цілому, так і традиціями вітчизняного праворозуміння, серед яких чільне місце посідають синтетичні теорії права П. Виноградова, О. Яшенка та Б. Кістяковського. Серед основних причин методологічного плюралізму виокремлюються: перехід до неklasичного (постнеklasичного) типу наукового знання; складність права як реального явища, в освоєнні якого поєднуються гносеологічні та аксіологічні аспекти; розширення об'єкта сучасної правової науки за рахунок включення до його складу правових явищ не тільки об'єктивного, але й суб'єктивного порядку, раціональності та ірраціонального компоненту; різноманіття підходів до поняття та сутності права, які склалися у вітчизняній і зарубіжній юридичній науці в рамках класичних і неklasичних типів праворозуміння. Разом з тим, як уявляється, методологічне різноманіття зовсім не означає сповідання протилежних одна одній парадигм права (концепцій праворозуміння), а лише визнання можливості отримання нового наукового знання щодо одного й того ж об'єкта в рамках різних правових парадигм [2].

Як об'єктивна реальність право характеризується трьома ознаками:

— існування права не залежить від безпосередньої участі конкретного суб'єкта в процесі правотворчості;

— дія права не залежить від суб'єктивної оцінки закріплюваних за посередництвом правових норм приписів;

— реалізація права не залежить від суб'єктивного здійснення або, навпаки, порушення правових приписів (у першому випадку це приводить до позитивного результату для правовиконавця, у другому — до юридичної відповідальності правопорушника).

Багаторівневість щодо дослідження суспільних інститутів, одним із яких є право, означає наявність філософського (загальнонаукового), спеціально-наукового та конкретно-проблемного рівнів дослідження. Кожен із рівнів дослідження має свою специфікацію пізнавальних підходів, принципів та методів й об'єктивується у вигляді конкретних шляхів пізнавальної діяльності.

Філософський рівень наукового пізнання характеризує хід дослідницького процесу в цілому і є підґрунтям вивчення всіх проявів об'єкта дослідження. На ньому базується спеціально-науковий рівень, а саме — методологічний інструментарій загальнотеоретичної юриспруденції. Нижчий рівень утворюють конкретно-проблемні методологічні засоби, що становить співвідношення норм національного та міжнародного права. Узагальнюючим та визначальним і водночас вихідним серед них є філософський, який являє собою закони, принципи і категорії діалектики.

Походження, зміст, приписи норм міжнародного та національного права можуть бути адекватно пізнані тільки з урахуванням таких категорій діалектики, як ціле та частина, форма та сутність, причина та наслідок, таких законів діалектики, як єдність та боротьба протилежностей, перехід кількісних змін у якісні, заперечення, принципи історизму, об'єктивності та багатосторонності дослідження.

Закон єдності та боротьби протилежностей дозволяє зробити висновки про складну взаємодію норм міжнародного та національного права, яка має свій історичний вимір та сучасні прояви. Так, норми міжнародного права та національного права мають одне суспільне коріння (вони є соціально-інституціональними системами, що виникли з потреб соціальних організацій у врегулюванні різноманітних відносин). Проявом такої єдності походження є описаний О. В. Буткевич механізм становлення норм міжнародного права, властивий всім народам стародавнього світу. Так, наприклад, інститут статусу іноземців практично скрізь генетично походить із комплексу внутрішньосуспільних норм гостинності щодо чужих. І в той же час вони є протилежними за своїм конкретним походженням, оскільки виникнення та буття норм національного права зумовлено внутрішньосуспільними, а норм міжнародного права — інтер-суспільними причинно-наслідковими зв'язками [3].

Концепт реалістичного позитивізму дозволяє «зняти» принципову протилежність норм міжнародного на національного права, адже неважливим є суб'єкт установлення приписів, важливо лише те, щоби правотворець робив право загальнозначущим для адресата своїх правових велінь.

Діалектика як сукупність загальнонаукових пізнавальних засобів спрямована на виявлення причин, витоків та наслідків досліджуваних явищ, їхніх національних суперечностей, зв'язків та відносин з іншими явищами. Так, за допомогою цього методу є можливим виявлення причин та наслідків формування співвідношення міжнародного та національного права. Діалектика дозволяє виявити єдність та боротьбу протилежностей норм міжнародного та національного права (такими парами протилежностей є, наприклад, норми, що установлюють державний суверенітет та зв'язаність держави міжнародними договорами, примат міжнародного та примат національного у вирішенні колізій норм національного та міжнародного права тощо).

На загальнонауковому рівні дослідження, окрім діалектики, виокремлюються такі пізнавальні засоби, як підходи. Підхід — це логіко-гносеологічне та методологічне утворення, що гранично строго виражає тільки спрямованість наукового дослідження, обмежуючи її, як правило, одним аспектом (у крайньому разі — декількома взаємопов'язаними напрямками), але, на відміну від метода, принципово позбавлено будь-яких обмежень і навіть чіткої фіксації тих засобів, якими ведеться дослідження.

Поділяється концепція, відповідно до якої навколишній світ має системний характер: будь-який матеріальний або нематеріальний об'єкт є або системою, або елементом якоїсь системи, або її частиною. Пізнання світу є можливим тільки з урахуванням цієї обставини. Тобто властивості й характеристики кожного з компонентів світобудови залежать не тільки від його власної природи, але й від його включення до тієї або іншої системи, від тих зв'язків і взаємин, які існують між ним та іншими об'єктами в рамках однієї або декількох взаємозалежних систем. Тому для цілей цього дослідження визначальну роль має системний підхід. Цей епістемологічний інструмент пізнання орієнтує на розкриття цілісності об'єкта дослідження, яким є співвідношення норм міжнародного та національного права, що включає складні зв'язки цих норм, їх подібність, відмінність, взаємодію і в кінцевому рахунку створює єдину картину. Системоутворюючим елементом є норма права, а системоутворюючим елементом у співвідношенні норм національного та міжнародного права є припис — серцевина правової норми, що зумовлює різноманітні варіанти співвідношення правового регулювання відповідних суспільних відносин засобами міжнародного та національного права. Система таких співвідношень є пізнавальною конструкцією, яка являє собою специфічний спосіб організації знань та діяльності з отримання нових знань. Саме системний підхід дозволяє з'ясувати сутність усіх на сьогодні наявних доктрин співвідношення норм міжнародного та національного права, визначивши їхні компоненти та зв'язки між ними.

Враховуючи системність як національного, так і міжнародного права, слід також мати на увазі, що обидві вказані системи завжди включають елемент множинності та хаотичності складових елементів. Певний еле-

мент хаосу є й у співвідношенні міжнародного та національного права. Зокрема, це стосується дуалістичних моделей такого співвідношення. Певні випадковості (які теж мають місце у правовому розвитку поряд із закономірностями), викликані зовнішніми щодо системи права факторами (політична орієнтація керівництва держави, ситуативні політичні союзи, кризові ситуації всередині держави тощо), зумовлюють розбалансування навіть усталених моделей взаємодії норм міжнародного та національного права. Співвідношення набуває нових властивостей, втрачає якісь раніше існуючі. Тобто всі системи норм та система їхнього співвідношення є рухомими сутностями, характеристика яких потребує також залучення постнекласичної методології, зокрема, синергетичного підходу, який доповнює та розвиває системний підхід, «обслуговуючи» вивчення динамічних якостей досліджуваної системи.

Визначальну роль має ієрархізація як складова системного підходу. Ієрархічна будова для системи діючих правових норм є властивістю інтегративною, системотворчою, надає їй аксіоматичного характеру. У цьому зв'язку теорія Г. Кельзена, що дозволяє майже кожну правову норму дедукувати з вищої в ієрархії норм, уявляється такою, що заслуговує на найпильнішу увагу. Графічне зображення системи права з урахуванням властивих їй відносин підпорядкування може бути саме у вигляді сходинок норм. З урахуванням же безлічі горизонтальних зв'язків між усіма нормами, інститутами та галузями права це графічне зображення набуває вигляду піраміди, на вершині якої перебувають принципи міжнародного права. Системний підхід до права дозволяє якнайповніше виявити різні грані співвідношення між окремими нормами національного та міжнародного права (яке може бути субординаційним, координаційним, колізійним, контраверсійним тощо) [4].

Важливе значення має інформаційний підхід. Сутність цього підходу полягає в тому, що при вивченні будь-якого об'єкта, процесу або явища в природі і суспільстві у першу чергу виявляються й аналізуються найбільш характерні для них інформаційні аспекти, які істотним чином визначають їхній стан і розвиток. Інформаційний підхід у цьому дослідженні полягає у сприйнятті міжнародного права та національного права як систем суспільнозначущої інформації, а співвідношення між ними як виробленої на науковому рівні системи правил орієнтації у цих системах, зважаючи на дію норм цих систем в одному правовому та інформаційному просторі.

У сучасній юриспруденції дослідницькі підходи та методи тісно взаємопов'язані і навіть можуть мінятися місцями, займаючи різні шаблі методологічних сходинок (прикладом тому можуть бути історичний підхід та методи історичної науки — історико-генетичний, історико-типологічний, історико-системний, герменевтичний підхід та герменевтичний метод тощо).

Як відомо, теорія методу, навіть зважаючи на її визначальну роль, сама по собі ще не дозволяє здійснити достовірне дослідження. Метод

працює лише тоді, коли на практиці реалізуються прийоми та логічні операції, обґрунтовані в теорії методу.

Дослідження норм, які самі по собі є логічними вербальними судженнями, не може не ґрунтуватися на законах та прийомах логіки, які включають такі пари протилежних мисленевих дій як аналіз та синтез, індукція та дедукція, аналогія та порівняння, логічне моделювання та узагальнення. За допомогою прийомів аналізу та синтезу можливе дослідження спільного та відмінного у структурі норм національного та міжнародного права.

Дедуктивний прийом дозволяє систематизувати та теоретично осмислити накопичений за допомогою індукції емпіричний матеріал (норми універсальних міжнародних актів, міжнародних договорів України, норми чинного законодавства).

Прийом дескриптивної формалізації як складової формально-логічного методу є необхідним у будь-якому дослідженні і для виявлення цілей та формування поняттєво-категорійного апарату.

Норма права є модальним висловом, і визначати її буде не категорія істинності-хибності, а модальні поняття, що є її змістом. За логікою деонтичних модельностей виокремлюються такі структурні елементи норми права, як припис (веління правотворчого суб'єкта); зміст (дозвіл виконати певну дію, зобов'язування виконати певну дію, заборону виконувати певну дію); умови прикладення норми до реальної життєвої ситуації; суб'єкт — особа, група осіб, колективна особа, яким адресована норма.

Історико-генетичний метод (у класичному вигляді описаний І. Д. Ковальченком), який включає такі прийоми, як ретроспекція, історична аналогія, історичне порівняння, дозволив виявити причинно-наслідкові зв'язки та закономірності появи, становлення та буття співвідношення норм міжнародного та національного права. Він полягає у послідовному зверненні до історико-правової реальності з метою виявлення генезису нормативних фактів у національних та міжнародній правових системах. За своєю природою історико-генетичний метод належить до аналітично-індуктивних, а за формою вираження інформації є описовим.

Термін «герменевтика» охоплює декілька понять: мистецтво інтерпретації (тлумачення) текстів; теорія пізнання смислів; шлях пізнання чужої індивідуальності; учення про принципи/методологію гуманітарних наук (В. Дільтей). Ця багатозначність терміна породжує великі і, нерідко невинуваті, сподівання щодо безмежних можливостей застосування герменевтики для вирішення проблем юриспруденції. Для цілей цього дослідження герменевтичний метод був застосований як методика опрацювання текстуальних виражень норм міжнародного та національного права. У контексті герменевтики норми міжнародного та національного права перебувають у стані зіткнення, яке інколи має не тільки юридично-колізійний та контроверсійний, але й цивілізаційно-культурний характер. До цього приєднується конфлікт інтерпретатора та дослі-

джуваного нормативного матеріалу. За висловом А. М. Бернюкова, герменевтична діяльність передбачає собою зустріч і контакт двох чужих горизонтів, в якому відбувається максимальне наближення предмета пізнання та інтерпретатора. При їх перехрещенні спостерігається точка спільності, тобто єдиного значення для обох суб'єктів, що дозволяє знаходити порозуміння [5]. Специфіка досліджуваної проблеми полягає в тому, що об'єктом герменевтичного аналізу є одночасно два текстуальні зрізи, які можуть мати як аналогічний або подібний, так і абсолютно протилежний зміст. Як приклад: поняття «арешт», яке має однакове вербальне і подібне (зважаючи на відмінність кириличного та латинського шрифтів) текстуальне вираження, в міжнародному та національному праві трактується по-різному. У національному кримінальному праві воно означає короткотермінове позбавлення волі, відбування якого здійснюється в арештних домах. У міжнародних стандартах кримінально-правових санкцій воно є лише видом запобіжного заходу, а не покаранням.

Саме герменевтичне розуміння смислів дозволяє «зняти» зайві контраверзи між нормами міжнародного та національного права, побачити спільність смислів при можливій різній текстуальності і, навпаки, протилежність смислів при однаковій термінології, що, у свою чергу, спонукає до вироблення рекомендацій щодо її гармонізації та уніфікації.

Юридіко-лінгвістичний метод застосовується для тлумачення норм міжнародного та норм національного права. За Л. І. Чуліндою, він розуміється як сукупність розумових операцій, що дозволяють шляхом лінгвістичного аналізу тексту документа, що містить норми права зі сформульованою волею правотворця, усунути можливі протиріччя у розумінні норми або між нормами, з'ясувати значення окремих слів і всього тексту [6].

Формально-юридичний метод є спеціально-науковою модифікацією формально-логічного методу.

Специфічний для юриспруденції порівняльно-правовий метод є модифікацією загальнонаукового порівняльного методу. Сутність порівняльного-правового методу у цьому дослідженні полягає у зіставленні формальних та змістовних характеристик нормативної реальності національного та міжнародного рівнів з метою виявлення подібних та відмінних рис між її складовими, а також термінами, що їх позначають. Як відомо, порівняльно-правовий метод має історичний та логічний компоненти. Для цілей цієї роботи застосовувався в основному другий із компонентів порівняльно-правового методу.

У підсумку слід зазначити, що всі методологічні засоби слід використовувати комплексно, у системі, яка виключає їх суперечливість.



### Л і т е р а т у р а

1. Пархоменко Н. М. Джерела права: проблеми теорії та методології / Н. М. Пархоменко. — К.: Юрид. думка, 2008. — С. 157.
2. Рабінович П. М. Сутність праворозуміння / П. М. Рабінович // Право України. — 2007. — № 9. — С. 4–7.
3. Буткевич В. Г. Міжнародне право. Основи теорії: підручник / В. Г. Буткевич, В. В. Мицик, О. В. Задорожній; за ред. В. Г. Буткевича. — К.: Либідь, 2002. — С. 163–164.
4. Кельзен Г. Чисте правознавство / Г. Кельзен; пер. з нім. О. Мокровольського. — К.: Юніверс, 2004. — 496 с.
5. Акчурин Т. Ф. Соотношение международного и внутригосударственного права: вопросы общей теории: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Т. Ф. Акчурин. — Казань, 2001. — 27 с.
6. Чулінда Л. І. Юридико-лінгвістичне тлумачення текстів нормативно-правових актів: монографія / Л. І. Чулінда. — К.: Атіка, 2006. — 152 с.

### А н о т а ц і я

**Іванченко О. М. Співвідношення норм національного і міжнародного права: методологія дослідження.** — Стаття.

У статті проаналізовано методологічний плюралізм, що дозволяє повною мірою охарактеризувати співвідношення норм національного і міжнародного права, виявити загальне та особливе.

*Ключові слова:* норма національного права, норма міжнародного права, методи, принципи, концепції, системність, герменевтика, підходи.

### А н н о т а ц и я

**Иванченко О. Н. Соотношение норм национального и международного права: методология исследования.** — Статья.

В статье проанализирован методологический плюрализм, что позволяет в полной мере охарактеризовать соотношение норм национального и международного права, выявить общее и особенное.

*Ключевые слова:* норма национального права, норма международного права, методы, принципы, концепции, системность, герменевтика, подходы.

### S u m m a r y

**Ivanchenko O. M. Relationship of national and international law: research methodology.** — Article.

In this paper the methodological pluralism that allows you to fully characterize the relationship of national and international law, there is a general and special.

*Keywords:* national law, international law, methods, principles, concepts, system, hermeneutics, approaches.



**Розділ 3**

**ТЕОРЕТИЧНІ ТА ПРАКТИЧНІ  
ПРОБЛЕМИ УДОСКОНАЛЕННЯ СИСТЕМИ  
КРИМІНАЛЬНОЇ ЮСТИЦІЇ**



УДК 343.2/7(477).001.76

*Є. Л. Стрельцов*

## **СУЧАСНІСТЬ ТА ПЕРСПЕКТИВИ РОЗВИТКУ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА УКРАЇНИ: 20 РОКІВ ПОТОМУ**

### **Замість вступу**

В державі та суспільстві можуть розроблятися будь-які концепції і програми подальшого розвитку, але всі вони для своєї реалізації потребують обов'язкових важелів, які будь-якій теоретичній моделі надають можливості практичного виконання. Саме право, як відомо, є одним з головних таких соціальних важелів, бо надання правової форми теоретичним розробкам надає їм обов'язкового характеру, який забезпечує держава.

У зв'язку з цим право має як загальні завдання, які багато в чому безпосередньо пов'язані з розумінням загальних положень теорії держави і права, так і спеціальні завдання, котрі вже визначаються галузевими правовими особливостями. У свою чергу, галузь права — це такий елемент системи права, який об'єднує сукупність норм права, регулюючи якісно однорідну групу суспільних відносин. Кожна галузь права має свій предмет і метод правового регулювання.

Традиційно ми вважаємо, що кримінальне право є такою правовою галуззю, котра визначає підстави, принципи і умови кримінальної відповідальності; цілі покарання; види злочинів і покарання, які призначаються за їх вчинення; інші умови застосування положень кримінального законодавства. Охоронна функція є основною функцією цієї галузі права і полягає у визначенні відповідальності за порушення найбільш значних для особи, суспільства або держави встановлених правил поведінки в суспільстві [1, с. 5].

При цьому потрібно враховувати, що кримінальне право, як один з найскладніших соціальних інститутів, має не тільки такі, умовно кажучи, «вузькі» правові завдання. Кримінальне право, при фаховому розумінні сутності процесів криміналізації та декриміналізації, пеналізації та депеналізації, є відображенням існуючого політичного устрою держа-

ви, моделі економічного функціонування, системи соціального розвитку та захисту, державної ідеології, громадської моральності, особистої моралі, менталітету людини і т.ін. Кримінальне право почало існувати практично з початку виникнення людства. І зараз, враховуючи складну соціальну сутність людини та непрості шляхи суспільного розвитку, кримінальне право і сьогодні, і ще багато років буде необхідним соціальним інструментом владного реагування держави на негативну людську поведінку. Тому відображення в приписах кримінального права найсуттєвіших положень державного та суспільного розвитку підкреслює публічно-правовий характер кримінального права.

Тому, аналізуючи положення кримінального права в їх статичному та динамічному положенні, потрібно звертати увагу не тільки на нормативну його частину, а і на більш широку, так звану соціально-правову частину, яка, на нашу думку, є не менш важливою, ніж нормативна. Саме з урахуванням цих положень проаналізуємо проблеми, які визначені як предмет цієї публікації.

### **Етапи розвитку**

На початку 90-х років минулого століття Україна «зустріла» свою незалежність з основними законодавчими актами, які відображали іншу, у всякому разі на проголошеному рівні, суспільну систему. Це було достатньо складне, але об'єктивне становище і основне завдання полягало в тому, щоб найбільш скоріше «зрівняти» між собою змістовні зміни в нашому розвитку та формальні правові засоби, які повинні були надати цьому розвитку необхідну обов'язкову форму.

Таке «зрівняння» змістовних та формально-правових ознак нашого еволюційного розвитку поступово почало відбуватися. Так, як відомо, в 1996 році була прийнята Конституція України, в 2001 році — Кримінальний кодекс України, в 2003 році — Цивільний кодекс України і т.д., хоча, по зрозумілих причинах, Цивільний кодекс, наприклад, повинен прийматися раніше Кримінального кодексу, тому що Конституція — це основний закон держави, а Цивільний кодекс — це основний закон суспільства і саме ці два основних законодавчих акти повинні визначати основні державно-економічні положення соціального розвитку, а вже потім кримінально-правові норми повинні охороняти найбільш важливі з цих положень.

Таким чином, за 20 років нашої незалежності половину з них ми існували з «минулим» Кримінальним кодексом, наступну половину — з новим. На нашу думку, це нормальне, у всякому разі по формальних ознаках, становище. У всякому разі, новий кодекс має суттєві зміни в положеннях Загальної частини, іншу структуру в Особливій частині, збережені кримінально-правові норми, які передбачають відповідальність за «звичайні» для нас злочини, встановлена відповідальність за «нові» злочини, враховані міжнародно-правові тенденції розвитку кримінального законодавства. В усякому разі, потрібно враховувати, що

значні, а тим більш принципові зміни в суспільному житті ніколи не відбуваються спокійно і «заплановано» і тому «підгадати» під такі зміни відповідне законодавство дуже складно, якщо взагалі це можливо. Сутність таких процесів полягає в іншому. Вони дійсно повинні бути достатньо швидкими, але головніше, що вони повинні найточніше враховувати у правових приписах зміст та характер соціальних подій, що відбуваються.

Тому, враховуючи, що складні події суспільного реформування в нашій країні ще далекі від завершення, то і процес подальшого вдосконалення кримінального права в Україні є об'єктивно необхідним і заслуговує спеціальної уваги. Однак певний соціальний досвід нашого розвитку, надбання у вітчизняному державному будівництві потребують на початку аналізу цієї складної проблеми звернення до більш загальних положень.

### **Загальні положення**

Удосконалення кримінального законодавства потребує обов'язкового дотримання при цьому загальних положень, які багато в чому визначають основні формалізовані положення галузевого законодавства, в тому числі і аналізованого. Безумовно, сутність будь-якого галузевого законодавства багато в чому визначають обставини, які характеризують стан суспільних відносин, напрямки та динаміку їх розвитку, необхідність правового закріплення їх тенденцій, в тому числі і охорони тих, які держава вважає за необхідне. Потрібно враховувати, що поряд з цими, важливими, але, так званими, внутрішніми відзнаками існують і відзнаки, які формують зовнішні показники відповідного законодавства. Потрібно спеціально підкреслити, що ці групи ознак (внутрішні та зовнішні) повинні бути пов'язані між собою.

До цього потрібно додати, що розробка та прийняття відповідного законодавства багато в чому визначається типом правової системи, до якої належить та чи інша країна. Правова система — це різновид соціальної системи, яка виступає як внутрішнє узгоджена, взаємопов'язана, соціально однорідна сукупність юридичних явищ і засобів, за допомогою яких здійснюється необхідний регулюючий і стабілізуючий вплив на суспільні відносини. Структура правової системи складається з низки обов'язкових складових, в тому числі: правосвідомості; правової культури; правової ідеології; права; законодавства; правовідносин; правопорядку; юридичної практики та ін. [2, с. 572—573]. Таким чином, національна правова система — це конкретна історична сукупність права, юридичної практики і домінуючої правової ідеології окремої держави. Національна правова система повинна обслуговувати потреби відповідної держави та її населення. Зміст національної правової системи може в кожному конкретному випадку визначать або правова ідеологія, або юридична практика, або законодавство і т.ін. Потрібно додати, що це необхідно не тільки для розвитку та вдосконалення національного законодавства,

процеси правової інтеграції потребують чіткого уявлення про свою систему, її тип, ознаки і т.ін., для інтегрування в міжнародне співтовариство на такому рівні.

У свою чергу, правова сім'я — це, як відомо, сукупність декількох споріднених правових систем, яка основана на спільності джерел права, його структури, історичного шляху формування та ін. Виділяють такі види правових сімей: англосаксонська (система загального права); романо-германська (система континентального права); традиційна (система звичайного права); релігійна система та ін. Традиційно вважається, що і раніше і зараз ми належимо до романо-германської правової сім'ї, що, у свою чергу, накладає відповідні традиційні «обов'язки» при проведенні правових досліджень та роботі з законодавством. Але зараз фахівці ставлять під сумнів такі твердження і висловлюється точка зору, що, незважаючи на 20-річчя існування вітчизняної правової системи, сказати точно, до якої правової сім'ї ми належимо, достатньо складно. Можливо, скоріше мова йде про європейсько-євразійську правову систему, яка, в певній мірі, «своєрідно» входить в романо-германську правову сім'ю [3, с. 19–20]. Це важливе положення, яке теж потрібно враховувати. Таким чином, звернення до загальних положень, їх аналіз підкреслюють необхідність більш чіткого врахування основних ознак, які характеризують національну правову систему, уточнення правової сім'ї, до складу якої ми сьогодні входимо.

### **Спеціальні положення**

Існує відоме правило, згідно з яким ефективність протидії злочинності залежить від низки факторів, які обов'язково повинні бути пов'язані з наявністю необхідного законодавства, яке створює необхідну правову базу для розслідування і кваліфікації злочинів та продуктивної юридичної практики, яка в змозі реально застосовувати положення відповідного законодавства. Тому завжди потрібно враховувати, що удосконалення будь-якого галузевого законодавства, в тому числі і кримінального, це тільки частина в загальному комплексі заходів, які мають на меті якісне правове регулювання (охорони) суспільних відносин та протидію суспільно-небезпечним діям. Тому кожен з таких напрямків заслуговує, як вже вказувалось, постійної уваги.

Отже, кримінальне законодавство обов'язкова необхідна складова в загальній програмі протидії злочинності. Тут також можливо виділити два основних напрямки, які пов'язані з розвитком та вдосконаленням такої програми на внутрішньому та міжнародному рівні. І кожен з таких напрямків заслуговує свого аналізу. При цьому потрібно враховувати, що загальні процеси глобалізації, які зараз відбуваються, набувають не тільки постійного, а, на нашу думку, і невідворотного характеру, що потребує розглядати міжнародний рівень протидії злочинності з усіма відомими наслідками, який нітрохи вже не поступається внутрішньому рівню. Взагалі, на нашу думку, майбутні еволюційні



процеси соціального розвитку будуть все більш і більш зближати ці напрямки.

До цього є і об'єктивні аргументи. Якщо ми вважаємо за необхідне здійснювати сумісну продуману протидію злочинності, причому не тільки в одній державі, а у низці держав, а мабуть, і ще на більш значному рівні, то потрібно хоча б на загальному рівні погодити загальні положення щодо достатньо однакового визначення загальних кримінально-правових положень, видів та ознак конкретних видів злочинів, найбільш ефективних видів покарання, інших кримінально-правових можливостей впливу на людину, яка вчинила відповідні соціально небезпечні дії, достатньо однакові процедурні дії.

Це складне завдання, тому що виділити якийсь один напрямок, який можливо вважати основним, достатньо складно. Наприклад, гуманізація кримінальної відповідальності — це не «просто» пом'якшення відповідальності. Це складне концептуальне завдання, яке може мати не тільки певну «м'якість», а і певну «жорсткість» і тоді гуманізація буде мати більш предметне відношення як до особи злочинця, так і до потерпілої особи.

Але якщо гуманізацію кримінально-правової політики розглядати все ж в більш спрощеному варіанті, то потрібно звернути увагу на такі положення, які будуть мати необхідне відображення в кримінально-правових приписах. Це: відмова від смертної кари, від каторжних робіт, від тілесних покарань, від загальної конфіскації майна; поява нових видів покарання, альтернативних позбавленню волі; розширення можливостей для звільнення від кримінальної відповідальності; особливе ставлення до неповнолітніх; продумані процеси криміналізації та декриміналізації та ін.

Проголосити ці напрямки гуманізації не так складно, а ось реалізувати це на практиці не так просто. Наприклад, положення зі смертною карою. В кінці минулого — на початку нинішнього сторіччя можливо сказати, що кількість країн, які відмовились від цього виду покарання, має вже не кількісний, а якісний показник. Але, як відомо, ще є країни, де цей вид покарання не тільки не зменшується, а, навпаки, збільшується. Це — США, Китай та ін. Наприклад, у вересні 1994 року в США був прийнятий Закон о контролі за насильницькою злочинністю, який розширив можливість застосування цього виду покарання до 60 злочинів.

Або відповідальність за економічні злочини. Наприклад, Україна та Росія нещодавно пом'якшили відповідальність за економічні злочини, а, наприклад, у Фінляндії планують посилити відповідальність за такі злочини. Теж складна ситуація, Фінляндія — країна з розвинутою економікою має намір посилити відповідальність за злочини в економіці, а ми і з сусідами, маючи більш складну економіку, вважаємо необхідним пом'якшити відповідальність за дії у цій сфері.

Все це підкреслює, що процеси удосконалення кримінального права, в тому числі, з урахуванням загальних процесів гуманізації, потребують

чіткого визначення мети та цілей таких процесів, розробки, особливо коли мова йде про значні, суттєві зміни концептуальних, програмних положень, з необхідним обґрунтуванням таких змін. В інших випадках, коли такі зміни носять «швидкий» характер, вони достатньо часто порушують існуючі правила вдосконалення галузевого законодавства, коли, наприклад, зміни в матеріальне законодавство вносить процесуальне законодавство.

### **«М'яке» право, або Дещо про міжнародну інтеграцію**

Потрібно сказати, що як би ми не «розділяли» напрямки розвитку та вдосконалення кримінального права, всі сучасні тенденції соціального розвитку показують, що комплексне правове співробітництво набуває все більшої і більшої ваги. Але, на нашу думку, при всій користі правової інтеграції, вона заслуговує більш виваженого відношення, яке повинно виключити механічне «копіювання» правових положень між країнами. Це стосується багатьох можливих аспектів такої інтеграції. Тому виберемо для більш детального аналізу одне з основних таких положень, яке стосується необхідності здійснення різного підходу до організації таких процесів залежно від сутності конкретної галузі права.

В загальному плані інтеграція може мати місце як в рамках системи, яка вже існує, що веде до підвищення її цілісності та організованості, так і при створенні нової системи. Розуміння цього дає змогу правникам при застосуванні правової інтеграції завжди враховувати, про що йде мова в кожному конкретному випадку: удосконалення існуючої системи, створення нової системи або інше. Однозначної відповіді тут бути не може.

При цьому ми наполягаємо, що конкретний напрямок правової інтеграції багато в чому визначається сутністю тих галузей, які планується інтегрувати. Для цього є свої аргументи. Взагалі, щоб не деталізувати, правова інтеграція, як відомо, має два основні напрямки. Це — уніфікація та гармонізація. Так, це два різних напрямки, але єдиного процесу міжнародної правової співпраці, які все ж мають суттєві відмінності.

Правова уніфікація припускає, по суті, «копіювання» правових актів інших країн або міжнародно-правових актів в національне законодавство. Такий підхід, з нашої точки зору, має найбільшу ефективність при вирішенні, в першу чергу, приватноправових «суперечок». В цивілізованих країнах, де, з одного боку, права особи вважаються однією з найважливіших цінностей, а з іншого, держава не втручається в приватні справи конкретної особи, таке, в певній мірі, «єдине» законодавство в різних країнах дає змогу більш зрозуміло і чітко захистити приватні права та інтереси конкретної фізичної або юридичної особи при вирішенні приватноправових конфліктів.

Але, як показує практика, такі можливості зберігаються тільки при умові, що держава не втручається в такі процеси або не вважає, що при вирішенні конкретних приватних питань зачіпаються її інтереси. На-

приклад, коли претензії Єврокомісії до російського «Газпрому» щодо порушення цим товариством антимонопольного законодавства при поставках природного газу в країни Центральної та Східної Європи, президент Росії у вересні ц.р. підписав Указ о заходах по захисту інтересів Росії при здійсненні російськими стратегічними юридичними особами зовнішньоекономічної діяльності. В цьому Указі, наприклад, визначається, що інформацію стосовно своєї діяльності, вносити зміни в угоди і т.ін., такі юридичні особи зможуть здійснювати тільки за згодою влади. Таким чином, спроба виявити приватноправові порушення стає, в певній мірі, неможливою, що ставить під сумнів загальні процеси уніфікації такого законодавства.

Враховуючи це, потребує свого, іншого, підходу регулювання відносин, яке здійснюють публічні галузі права. Багато в чому це пов'язано з тим, що публічна влада дуже «поважно» оцінює свій суверенітет і «ділити» його з будь-ким, в тому числі і на міжнародному рівні, бажання не має. Це можливо добре побачити не стільки на аналізі матеріального права, скільки при аналізі процедурного законодавства, коли певні рішення повинні не тільки декларуватися, а й виконуватися. Наприклад, визнання повноважень Міжнародного кримінального суду, який діє з 2002 року. Сьогодні його правові повноваження визнали понад 100 країн, але є країни, наприклад, США, Китай, Ізраїль, Іран, які, незважаючи на те, що є різними за багатьма основними соціально-політичними, економічними та іншими основними показниками, заперечують проти визнання діяльності цього суду, тому що він, на їх думку, своїми рішеннями обмежує їх суверенітет [4, с. 7].

Така ж приблизно картина складається і при аналізі процесів екстрадиції, причому навіть між країнами, які входять в єдине міждержавне об'єднання. Розуміючи всі ці складності, Рада Європи, наприклад, 13 червня 2002 року приймає Рамкову угоду Ради про європейський ордер на арешт та процедуру такої передачі особи між державами-членами. В цій угоді прямо підкреслюється, що згідно з цим документом на території Ради повинна бути скасована довга, часто політизована та малоефективна процедура екстрадиції злочинців. Такі приклади покажуть, як вказується у цьому документі, що політична мотивація дуже часто є основною ознакою при прийнятті міжнародних рішень, в тому числі і пов'язаних з кримінально-правовим напрямком.

З урахуванням цього, застосовувати уніфікацію у випадках, коли це може мати прямі виходи на суверенні права відповідної держави, не потрібно. В таких випадках мова в основному повинна йти про процеси гармонізації. Гармонізація визначає основні положення, які можуть стосуватися основних, якщо бажаєте, принципів положень кримінально-правової теорії та кримінального законодавства, і які можуть втілюватися в декількох або низках країн. Причому це можуть бути загальні положення, які не мають відповідного практичного виходу на законодавство або, якщо це стосуються більш конкретних положень, вони мають

так званий рекомендує характер. Саме тому в останній час процеси правової гармонізації в галузях публічного права, в тому числі і в кримінальному праві, почали мати назву — застосування «м'якого» права. Положення «м'якого» права дають змогу не копіювати «інше» законодавство, а «зближати» існуючі приписи, які диктуються потребами міжнародного співробітництва і визначаються прихильністю до загальних гуманітарних цінностей. В той же час вважати, що процеси гармонізації в найближчі часи зможуть повністю зблизити існуючі правові сім'ї в напрямку боротьби зі злочинністю, навряд чи можливо і в цьому, вірогідно, немає особливого сенсу. Тому здійснення загальних процесів правової гармонізації повинне мати виважений і перспективний характер.

**Висновки.** Сучасне існування та розвиток українського кримінального права потребують обліку низки суттєвих положень, які враховують національні та міжнародні аспекти суспільно-політичного та соціально-економічного розвитку. Національні — надавати необхідного визначення ознакам, які підкреслюють особливості розвитку нашої держави в різних сферах державного будівництва. Міжнародні — враховувати східні риси, які мають держави у своєму розвитку і наявність яких дає змогу застосувати єдині можливості в подоланні соціальних складностей, в тому числі і в протидії злочинності.

#### Л і т е р а т у р а

1. Уголовное право Украины: Общая часть : учебник / отв. ред. Е. Л. Стрельцов. — Х. : Одиссей, 2009. — 344 с.
2. Теорія держави і права. Академічний курс : підручник / за ред. О. В. Зайчука, Н. М. Оніщенко. — К. : Юрінком Інтер, 2006. — 688 с.
3. Горбатенко В. П. Визначальні характеристики розвитку правової системи України / В. П. Горбатенко // Матеріали круглого столу «Зближення національних правових систем та їхня взаємодія з міжнародним правом». — О. : Астропринт, 2012. — С. 19–20.
4. Стрельцов Е. Л. Противодействие преступности в Европе: необходимость правовой интеграции / Е. Л. Стрельцов // Юридический вестник Украины. — 2011. — 1-7 окт. — С. 6–7.

#### А н о т а ц і я

**Стрельцов Є. Л.** Сучасність та перспективи розвитку кримінального права України: 20 років потому. — Стаття.

У статті аналізуються проблеми сучасного кримінального права України та вірогідні перспективи його розвитку. Звертається увага на необхідність обґрунтованого та виваженого поєднання низки напрямів розвитку цього права.

*Ключові слова:* публічне право, кримінальне право, правова інтеграція, уніфікація, гармонізація.

А н н о т а ц и я

*Стрельцов Е. Л.* Современность и перспективы развития уголовного права Украины: 20 лет спустя. — Статья.

В статье анализируются проблемы современного уголовного права Украины и возможные перспективы его развития. Обращается внимание на необходимость обоснованного и взвешенного объединения ряда направлений развития этого права.

*Ключевые слова:* публичное право, уголовное право, правовая интеграция, унификация, гармонизация.

S u m m a r y

*Streltsov I. L.* Present and Prospects of the Development of the Criminal Law of Ukraine: 20 Years Later. — Article.

The paper analyzes problems of the modern criminal law of Ukraine and the possible prospects of its development. Attention is drawn to the need for a reasoned and balanced unification of a number of directions in the development of the law.

*Keywords:* Public Law, Criminal Law, Legal Integration, Unification, Harmonization.

УДК 343.9.01

*В. Н. Дрёмин***СТАНОВЛЕНИЕ И РАЗВИТИЕ  
КРИМИНОЛОГИЧЕСКОГО ИНСТИТУЦИОНАЛИЗМА**

Тесная связь преступных проявлений с социальными факторами показывает, что преступность следует рассматривать как особого рода социальную активность, разновидность массовой социальной практики, проявляющейся в преступном поведении в определенной социокультурной среде. Общеизвестно, что социальные практики являются базой, на которой строится общество. На их основе формируются социальные институты как взаимосвязанные наборы социальных практик с особым предметным характером деятельности, новым социальным статусом [1].

Разновидностью социальной практики, специфического социального опыта, проявляющегося в поведении, запрещенном уголовным законом, является криминальная практика. Криминальная практика, являющаяся одним из видов противоправных (по терминологии социологов — неправовых) практик, в своей основе приобрела черты конкретной предметной деятельности, проявляющейся в совершении таких деяний, которые в данное время и в данном социокультурном пространстве запрещены уголовным законом. Ведущие российские социологи Т. И. Заславская и М. А. Шабанова пишут, что «неправовые взаимодействия не просто широко распространены в современном трансформационном процессе в России: идет активный процесс их институционализации, т.е. превращения в устойчивый, постоянно воспроизводящийся феномен, который, интегрируясь в формирующуюся систему общественных отношений (экономических и неэкономических), становится нормой (привычным образцом) поведения акторов самых разных уровней и постепенно интернализуется ими. Противоречия и несоответствия в институциональной системе реформируемого общества, выступая важным источником неправовых практик, постепенно втягивают неправовые практики в свою орбиту, делая элементом институциональной системы. В свою очередь, неправовые практики сегодня выступают мощным ба-

рьером для институционализации провозглашенных в ходе реформ либерально-демократических прав» [2].

Глобализация преступности, возрастание её организованности, высокий уровень латентности дают основание говорить о том, что в настоящее время происходит формирование отдельных видов криминальных практик как социальных институтов. О том, что криминальные практики приобретают характер самостоятельного, выполняющего специфические функции социального института, свидетельствует не только уголовно-правовая статистика, подтверждающая наличие таких практик, но и формирование особых субкультурных норм, правил поведения, традиций и специфических коллективных отношений. В теоретическом и практическом плане важно как осознание происходящих процессов в криминальной среде, так и их системное изучение в целях сдерживания влияния преступности на общество. Решение данной задачи, на наш взгляд, связано с формированием и развитием относительно нового направления в криминологии, которое мы называем криминологическим институционализмом.

Термин «институт» имеет много значений. В европейские языки он пришел из латинского (от *institutum* — установление, устройство). Как научное направление институционализм возник в начале XX в. в США. Методология институционалистов предусматривала не только широкое использование описательно-статистического и историко-генетического методов, но и категорию института, понимаемого как совокупность правовых норм, обычаев, привычек [3].

В советской социологической литературе до начала 70-х годов XX столетия термин «социальный институт» практически отсутствовал, а институциональный анализ относили к прерогативам буржуазной методологии. Во второй половине двадцатого века советские ученые стали использовать институциональный анализ при изучении экономики, науки, культуры. Но лишь в 90-е годы российские и отечественные социологи стали широко обсуждать проблемы формирования неправовых практик и их трансформацию в устойчивые социальные институты [4].

В советской криминологии институциональный подход в изучении преступности в его современной интерпретации не применялся, хотя определенный интерес к социальным институтам присутствовал всегда. Известный российский криминолог профессор А. М. Яковлев уже в 1985 г. уделил социальным институтам серьезное внимание в книге «Теория криминологии и социальная практика» [5], развил концепцию в монографиях «Социология экономической преступности» (1988) [6], «Социология преступности (криминология): Основы общей теории» (2001) [7] и других трудах. А. М. Яковлев рассматривает социальный институт как определенную организацию социальной деятельности и социальных отношений, осуществляемую посредством взаимосогласованной системы целесообразно ориентированных стандартов поведения, возникновение и группировка которых в систему предопределены

содержанием решаемой социальным институтом определенной задачи [7, с. 58–59].

В Украине институциональная теория в криминологических исследованиях фактически не используется. Термин «институционализация» чаще всего применяется в контексте определенного научного направления. Необходимость институционализации специально-криминологических теорий на основе изучения теневой экономики обосновывал профессор В. М. Попович [8, с. 47–48]. Об экономической преступности как социальной аномалии, исследование которой наиболее результативно может быть осуществлено методологией институциональной теории, пишет также украинский ученый С. А. Гриценко [9]. Проблеме социальных институтов уделяет внимание украинский социолог И. П. Рущенко в рамках «социологии преступности» [10].

Более широкий контекст этой проблемы отражает взгляд профессора В. А. Тулякова, который писал, что преступное поведение в условиях «аномического» общества воспринимается не просто как нормальное явление, но и способствует становлению преступности как самостоятельного социального института, имеющего свои функции, тенденции, характеристики, свойства [11]. Весьма дискуссионная точка зрения, с которой трудно согласиться, так как преступность в целом, во всем своем качественном многообразии, не может быть охарактеризована как единый социальный институт и фактически не является таковым. Причиной этого является не только разнохарактерность криминальных практик (убийства, компьютерные преступления, воинские преступления т.п.), но и существенные различия в законодательной регламентации противоправного поведения.

О процессах институционализации криминологической науки в контексте криминализации общества и расширения сферы влияния преступности писали также О. М. Джужа, В. В. Василевич, А. В. Кирилюк [12]. С позиций системного анализа механизм институционализации преступности исследовал автор данной статьи [13].

В последние годы институциональная методология изучения преступности получает все большее распространение [14]. В России институциональный подход к изучению преступности, в первую очередь, экономической, применяют Ю. В. Андриенко, П. А. Бараева, С. Ю. Барсукова, В. В. Волков, Л. В. Гевелинг, Г. И. Гилинский, С. П. Глинкина, А. И. Гуров, Т. Г. Долгопятова, В. М. Есипов, В. О. Исправников, В. В. Колесников, А. А. Крылов, Т. И. Корягина, И. М. Клямкин, Л. Я. Косалс, В. Д. Ларичев, Ю. В. Латов, В. С. Овчинский, А. Н. Олейник, О. В. Осипенко, В. В. Радаев, Р. И. Рывкина, Г. А. Сатаров, Л. М. Тимофеев, В. М. Полтерович, В. Л. Тамбовцев и многие другие известные ученые.

«Преступления причиняют вред, но они порождаются и всей рутинной практикой, социальными институтами, такими как труд, бюрократия, правительство, право и семья», — замечает Я. И. Гилинский [15, с. 110]. Преступность Я. И. Гилинский рассматривает как «соци-



альный конструкт, институционализированный в уголовном законе, создаваемый властью в целях защиты, прежде всего, своих интересов от возможных покушений на них; объективно этот конструкт в некоторой степени служит и защите интересов общества» [16].

Известный российский криминолог-экономист В. В. Колесников, который одним из первых применил институциональный подход в изучении теневой экономики, пишет: «Отечественные криминологи давно озабочены поиском новых, «свежих» подходов к противодействию преступности. Преодолеть узость рамок традиционных концепций может, видимо, позволить использование научного инструментария институциональной теории» [17].

В. В. Колесников убедительно доказывает, что изучение явлений, сложно и многообразно связанных с организованной и экономической преступностью, преступным миром и экономикой, криминализацией экономической системы и иными феноменами, постепенно начинает выходить и на более интегрированный уровень, когда объектом криминологического анализа становится криминальная экономика как определенное системно-институциональное образование [18]. Интенсивный процесс сращивания экономики и преступности, распространение криминального экономического поведения и его превращение в доминирующую модель взаимоотношений экономических агентов в границах формируемого рынка, утверждение коррупционной модели взаимоотношений власти и бизнеса, «теневых» норм экономической деятельности и морали, криминальной психологии и иные сопутствующие обстоятельства привели к формированию специфического институционального образования, называемого криминальной экономикой [18]. Поскольку криминальная экономика обладает многими признаками рыночной системы (системы функциональной и институциональной), то в отношении нее, полагает В. В. Колесников, вполне закономерным будет использование известных методов изучения экономических процессов и явлений, а также институциональных образований, характерных для легального национального хозяйства рыночного типа [18].

Предпринятое Ю. В. Латовым исследование теневой экономики также основано на трактовке ее как института (комплекса институтов), являющегося органическим компонентом хозяйственной жизни [19; 20]. Ю. В. Латов в качестве цели своих исследований назвал «раскрытие функций теневых экономических отношений в институциональном развитии общества — как деструктивных (негативных), так и конструктивных (позитивных), — а также в формулировании принципов эффективного противодействия теневой экономике, которое становится возможным только на основе полного учета этих обеих функций теневой хозяйственной деятельности [21, с. 9]. Теневая экономика рассматривается им как функционально значимый структурный элемент системы экономических институтов. Ю. В. Латов подчеркивает, что в своих исследованиях он широко использовал «институциональную парадигму, которая рас-

смаатривает социально-экономическое развитие как поиск более эффективных «правил игры». По мнению Ю. В. Латова, все сегменты теневой экономики независимы от того, насколько сильно или слабо они связаны с легальной экономикой, являются органическими элементами институциональной системы, образуя одну из ее подсистем. В развитии общества теневая экономика играет тройную роль — она является одновременно механизмом «нащупывания» институциональных инноваций, дубликатом господствующих институтов и механизмом «отбраковки» старых институтов (их утилизации). В каждой из этих ипостасей теневая экономика выполняет в отношении к легальной экономике как конструктивные, так и деструктивные функции [21, с. 13–14]. В монографии «Экономика вне закона» Ю. В. Латов рассматривает институциональную природу организованной преступности [20, с. 38–42]. Институциональный подход применялся в весьма дискуссионных работах И. М. Клямкина и Л. М. Тимофеева [22].

Особое место в становлении институционального подхода в исследовании преступности принадлежит трудам А. Н. Олейника — экономиста и социолога, который исследовал тюремную субкультуру и ее влияние на постсоветское общество. А. Н. Олейник обращает внимание на то, что институциональная теория, возникшая на стыке экономики, социологии, права и истории, ориентирована на изучение формальных и неформальных норм, структурирующих взаимодействия между индивидами в разных сферах повседневной активности. Согласно его подходу, специфика национальной культуры производна от следующих элементов институциональной структуры общества: от характера властных отношений и норм, регулирующих рутинные социальные практики, от конфигурации сфер повседневной деятельности, от процедуры разрешения конфликтов и регулирования насилия. Интерес к нормам, особенно неформальным, в сочетании со строгим экономическим анализом делает такой подход исключительно ценным [17]. Институтом А. Н. Олейник считает совокупность норм и поведенческих образцов, которые спонтанно воспроизводятся членами социальной группы и которые таким образом приобретают стабильный характер вне всякой связи с юридическими обязанностями, сформулированными эксплицитным образом [23]. Основная функция институтов, согласно концепции А. Н. Олейника, заключается в координации действий свободных и не подчиненных никакой абсолютной власти людей. Более того, люди заинтересованы в том, чтобы самим создавать институты в тех случаях, когда последние по тем или иным причинам отсутствуют. «Многие эксперименты показывают, что индивиды, изолированные от влияния привычной институциональной среды, начинают конструировать свою собственную институциональную среду. Акцент на координации особенно характерен для теории соглашений — направления в институциональной теории, возникшего во Франции во второй половине 80-х годов... Подчинение нормам превращается парадоксальным образом в важное условие свободы действий» [24, с. 10].

Серьезным вкладом в развитие институционального подхода к изучению преступности стала защищенная в 2002 г. Н. Б. Бараевой диссертация на соискание ученой степени доктора юридических наук на тему: «Организованная преступность как социальный институт» [24, с. 12].

Можно сделать вывод, что обращение к институциональной теории в изучении преступности вполне закономерно и обусловлено сложившейся социальной реальностью. К сожалению, институциональная методология относительно мало востребована в современных криминологических исследованиях в Украине. Трудно не согласиться с В. В. Колесниковым в том, что в «постсоветских государствах юридическая наука пока стоит лишь на подступах к осознанию степени важности применения институционального подхода к анализу правовых явлений и поэтому она еще крайне слабо интернализирует (усваивает) и применяет институциональные постулаты» [25].

**Формирование теоретических основ криминологического институционализма.** Рассматривая преступность сквозь призму экономического, социологического, политологического институционализма, ученые формируют различающиеся между собой (иногда — весьма существенно) научные направления. Рассмотрим некоторые из них.

В 60-х гг. прошлого века в русле экономического неoinституционализма была обоснована научная концепция, получившая название «экономика преступлений и наказаний». Одним из основоположников экономического анализа преступности с полным основанием можно считать американского экономиста-криминолога Т. Шеллинга, который в 1967 г. писал, что «многие принципы изучения экономики и бизнеса... официального мира (upperworld) могут быть пригодны с соответствующей модификацией... и для изучения преступного мира (underworld) [26, p. 114].

Концептуализацию «экономики преступлений и наказаний» как направления неoinституциональных исследований традиционно связывают с выходом в свет в 1968 г. статьи «Преступление и наказание: экономический подход» американского экономиста Г. С. Беккера [27]. В своем анализе он исходил из того, что преступники — не психопатологические типы и не жертвы социального угнетения, а рациональные агенты, предсказуемым образом реагирующие на имеющиеся возможности и ограничения. Выбор преступной профессии следует понимать как нормальное инвестиционное решение в условиях риска и неопределенности. Отсюда вытекает, что уровень преступности должен зависеть от соотношения сопряженных с нею выгод и издержек (как денежных, так и неденежных). Он будет определяться разностью доходов от легальной и нелегальной деятельности, вероятностью поимки и осуждения, тяжестью наказания и т.д. В 1992 г. Г. С. Беккер был удостоен Нобелевской премии по экономике за «распространение сферы микроэкономического анализа на целый ряд аспектов человеческого поведения и взаимодействия, включая нерыночное поведение». «Модель рационального выбора

обеспечивает наиболее перспективную основу, имеющуюся в нашем распоряжении, для унифицированного подхода представителей общественных наук к изучению социального мира», — заявил Г. Беккер в своей нобелевской лекции [28].

Экономическая концепция преступности предполагает изучение влияния на уровень преступности не только правовых, но и иных институтов. Как подчеркивал Г. Беккер, более основательным способом сдерживания преступности, нежели ассигнования на полицию и тюрьмы, является увеличение затрат на улучшение возможностей легальной занятости для подростков, бедных и других социальных групп, наиболее склонных к совершению преступлений. Это предполагает, в частности, повышение качества школьного обучения, уменьшение безработицы, политику укрепления семьи. Таким образом, по мнению Г. Беккера, преступность во многом зависит от общественной политики — политики не только в правоохранительной сфере, но и в области образования и многих иных сфер жизни общества. Совершенствование этой политики может оказать существенное воздействие на преступность [29].

Дж. Бьюкенен вывел формулу, в соответствии с которой для обеспечения воспроизводства такого общественного блага, как законопослушание, должно быть произведено такое общественное «антиблаго», как наказание [30]. Дж. Бьюкенен исходил из того, что «институциональные структуры следует изменять, используя их как инструмент для достижения социальных целей, в данном случае для сокращения уровня преступности одновременно со снижением затрат на правоохранительную деятельность» [31, р. 407].

Со временем институционализм как экономическая концепция активно проникает в криминологическую науку, позволяет найти интересные ракурсы исследования преступности и получить ценные результаты [32]. Вместе с тем очевидно, что одномерный подход к преступности с позиции экономического институционализма далеко не исчерпывает все возможности этой междисциплинарной методологической теории.

В 90-х гг. прошлого века в США сформировались институциональные теории преступности, базирующиеся на социологическом институционализме и ставшие значительным шагом вперед по направлению к формированию собственно криминологического институционализма. В 2006 г. под редакцией Р. Розенфельда была опубликована фундаментальная монография «Преступность и социальные институты» [33] (среди ее авторов — известные ученые Г. Бернберг, Б. Симс, Э. Керри, Ф. Т. Каллен, Ю. Саволайнен, Т. В. Годсей, Дж. Б. Каллен).

Широко распространена в США теория институциональной легитимности. В книге «Теряя легитимность: уличная преступность и понижение социальных институтов в Америке», которую написал руководитель Национального консорциума по изучению терроризма и средств противодействия терроризму (START) профессор криминологии и уголовного судопроизводства Гэри Лаффри, рассматриваются традиционные теории

преступности и их способность объяснить изменения в уровне уличной преступности в США в послевоенный период. Три основных послевоенных временных этапа и тенденции преступности определены автором следующим образом: 1) ранний период (1946—1960) со стабильным низким уровнем преступности, 2) средний период (1961—1973), характеризующийся резким повышением уровня преступности и 3) поздний период (после 1973 г.) со стабильно высоким уровнем преступности. Исследовав уникальные данные, охватывающие более чем полувековой период, Г. Лаффри пришел к выводу, что социальные институты являются ключом для понимания периодически поднимающихся волн преступности в США. Преступность возрастала одновременно с наступлением политических кризисов и нестабильности, экономических стрессов и семейной дезинтеграции. Подобные изменения особенно касались расовых меньшинств. Американское общество реагировало на это инвестициями в уголовную юстицию, образование и институты социального обеспечения. По мнению Лаффри, стабилизация традиционных социальных институтов и влияние на них новой финансовой политики отразилось на некотором снижении уровня преступности в 90-х [34].

Г. Лаффри констатировал, что существующие криминологические теории не объясняют в полной мере эти тенденции, и высказал мнение, что биологические и психологические концепции преступности, основанные на медленно развивающихся биологических характеристиках или глубоких психологических особенностях личности, не в состоянии объяснить внезапный всплеск уличной преступности в столь непродолжительный промежуток времени (дважды в период с 1960 г. по 1970 г.).

Аномическая теория Мертсона, по мнению Г. Лаффри, также не способна объяснить всплески преступности в определенное время, так как предполагает, что институциональная аномия — это постоянная и стабильная черта американского общества. Экономические теории представляются несостоятельными из-за необъяснимого парадокса «преступления посреди изобилия», характерного для всплесков преступности в периоды экономического роста. Культурологические теории девиантности также не могут дать исчерпывающий ответ на вопрос о том, почему количество преступлений варьируется и почему время от времени повышался уровень преступности, особенно среди молодых афроамериканцев мужского пола, и потом стабилизировался, если предположить, что существует постоянный «низший класс» в обществе. Г. Лаффри пришел к выводу, что наиболее четкое теоретическое объяснение может дать концепция утраты институциональной легитимности. С его точки зрения, политические, экономические и семейные институты регулируют преступность путем уменьшения мотивации отдельных лиц и усиления формальных и неформальных социальных контрольных механизмов. Социальные изменения, которые привели к утрате доверия к политическим институтам, коллективные действия и протесты, экономическое неравенство и инфляция, экономические и идеологические проблемы

в американской семье являются серьезной угрозой для институциональной легитимности и, следовательно, могут объяснять изменения в уровне преступности на протяжении определенных периодов времени.

Г. Лаффри полагает, что три основных вида институтов ответственны за обеспечение стабильности в обществе — политические институты (принимая законы и осуществляя уголовное правосудие), экономические институты (давая людям возможность удовлетворять их материальные нужды) и, главным образом, семейные институты. Констатируя кризис легитимности во всех вышеуказанных институтах, Лаффри объясняет именно им всплеск преступности, отмечая, тем не менее, что изменения в одном спектре институтов неминуемо влечет за собой изменения в других [35, р. 39–40].

Теория Лаффри воспринята многими учеными. Она была применена, в частности, для исследования внешних факторов, влияющих на природу убийств. Отмечается, что, по сравнению с социальными условиями в 1970-х и 1980-х гг., в настоящее время увеличилась опасность, исходящая от утраты легитимности семейных институтов (разводы, одиночное воспитание, повышенная трудовая занятость женщин) [36, р. 32–33].

Следует заметить, что ещё в 80-е годы прошлого века, анализируя «функциональную роль преступности» А. М. Яковлев писал: «Неудовлетворенная социальная потребность (как результат дисфункции социального института) может вызвать к жизни стихийное появление нормативно неурегулированных видов деятельности, стремящихся восполнить дисфункцию законных институтов, однако за счет нарушения существующих норм и правил (в том числе правового характера). В своих крайних проявлениях подобного рода активность может выражаться в противоправной деятельности, совершении преступлений. Так, дисфункции политических социальных институтов определяют картину политической преступности, дисфункции экономических социальных институтов могут оказать влияние на возникновение преступлений в сфере экономики. Преступность, возникающая в связи с дисфункцией социальных институтов, носит, по преимуществу, инструментальный, структурированный характер» [36, р. 58–59].

Теория легитимности, предложенная американским профессором Т. Тайлером в развитие концепции Г. Лаффри, предполагает, что восприятие легитимности играет главную роль в убеждении добровольно соблюдать нормы права. Люди следуют нормам права потому, что считают это легитимным, а не потому, что боятся наказания. Творцы права и его исполнители достигали гораздо большего при создании правовых систем, заслуживающих уважения, чем при усилении санкций. Т. Тайлер считает, что люди исполняют положения закона потому, что они верят в легитимность соответствующей власти [37].

Относительно институциональной легитимности Б. Харкорт пишет, что люди реагируют на справедливость институтов и процедур: поведение отдельного лица отражает, как каждый человек воспринимает ин-

ституты социального контроля. Когда такие институты и процедуры считаются справедливыми, люди более вероятно будут исполнять правила, ими предусмотренные [38, р. 205—206].

Важные аспекты легитимности и ее влияния на уровень преступности проанализировал Б. Каперс. Он пришел к выводу, что контроль над исполнением полицией своих функций, в частности, привлечение к ответственности работников правоохранительных органов, совершивших правонарушения, может повлиять на снижение уровня преступности. Исследуя восприятие тех, кто испытывал дискриминацию (с акцентом на меньшинства и другие незащищенные группы), Б. Каперс объясняет, как действия полиции, которые воспринимаются как злоупотребление властью, влияют на снижение легитимности этого социального института [39].

Б. Форт указывает на то, что преступность сигнализирует об ослабшей легитимности государственных норм — об утрате чувства долга и законности, неспособности соотнести общественную мораль и личные интересы. Интересно, что, как отмечает Б. Форт применительно к ситуации в США, это не относится к утрате важнейших ценностей общества. В основном, преступления совершаются для того, чтобы добиться материального успеха или избежать финансовых проблем, преследуя цель не быть бедным — цель всего американского общества. Преступники достигают ее официально запрещенным, но широко используемым способом. Легитимность формальных правовых норм поведения ослабляется именно потому, что они препятствуют достижению цели «не быть бедным». Такое восприятие, безусловно, ослабляет сдерживающий эффект увеличения санкций [40]. В подобной интерпретации теория институциональной легитимности, в целом, не противоречит теории институциональной аномии, но затрагивает иной пласт существования и функционирования социальных институтов.

Криминологический институционализм, таким образом, формируется как методологическая концепция, а институциональные теории, касающиеся преступности, неизбежно отражают не только общие закономерности, но специфику места и времени социального бытия, наполняясь самым разнообразным содержанием. Слепое заимствование концепций, адаптированных к условиям разных стран и времен, безусловно, контрпродуктивно, однако освоение методологического подхода способно дать ценный инструментарий для научного поиска и важных практических решений в противостоянии с преступностью. Особенно важно это в условиях постсоветских стран, которые, по исторически меркам, за один миг оказались на «руинах» не только своего социального строя, но многих научных, в том числе криминологических догматов.

**Выводы.** Консолидация криминального мира и расширение сферы влияния преступности, её институционализация требуют адекватного реагирования. Криминальная ситуация в экономике, и других социальных сферах выдвигает перед криминологической наукой ответные

задачи по институционализации отдельных криминологических теорий. В настоящее время активно разрабатываются такие направления, как политическая криминология (Д. А. Шестаков, П. А. Кабанов, Н. А. Зелинская), экономическая криминология (В. В. Колесников, В. М. Попович, Е. Л. Стрельцов), криминология закона, семейная криминология, (Д. А. Шестаков), криминология средств массовой информации (Г. Н. Горшенков), криминология (О. В. Старков), криминология (О. В. Старков, Л. Д. Башкатов, Г. Л. Касторский) и другие научные подотрасли криминологии. По существу, речь идёт о становлении криминологического институционализма. Не все ученые разделяют подобное «дробление» предмета криминологии. На наш взгляд, никакого дробления, «размывания» предмета криминологии не происходит. Поскольку в основе данного научного подхода лежит осознание того, что происходит фрагментация и институционализация криминального социума, адекватным ответом будет обоснование соответствующих криминологических теорий, отражающих специфику институционализированных форм преступности. Общеизвестно, что институционализация научных знаний является естественной формой существования и развития науки в целом.

Теоретической основой разработки криминологического институционализма может стать институциональная криминология как самостоятельная концепция. Предметом институциональной криминологии являются институционализированные формы преступности и социальная среда, её формирующая. Объектом криминологических исследований в рамках институциональной криминологии должны стать криминальные практики, составляющие ядро современной преступности, обеспечивающие сохранение и расширенное воспроизводство преступности, разрушающие социум «изнутри», приводящие к утрате легитимности ранее устойчивых социальных институтов.

Институциональная криминология позволит применить иную методологию криминологического изучения общества и преступности по сравнению с нынешним подходом, в основе которого лежит изучение «корыстной преступности», «должностной», «рецидивной» и т.д. и для которого не принципиально, в какой социальной сфере совершается то или иное однотипное преступление.

Институциональная криминология объективно предполагает развитие другого нового направления — институциональной профилактики преступности. Институциональная профилактика преступности должна базироваться на концепции изменения деятельности человека в тех или иных социальных условиях путём изменения мотивации его поведения. Институциональная концепция сдерживания преступности предполагает анализ общества как системы социальных институтов, с которыми люди себя отождествляют и в рамках которых осуществляют различные виды социально значимой деятельности в целях удовлетворения своих потребностей.



Разработка механизма вытеснения криминальных практик посредством стимулирования социально-позитивной деятельности в рамках тех или иных институтов является наиболее перспективным направлением институциональной профилактики преступлений. Преступная деятельность, криминальные практики должны стать невыгодным экономическим предприятием.

#### Л и т е р а т у р а

1. Дрёмин В. Н. Преступность как социальная практика: институциональная теория криминализации общества / *В. Н. Дрёмин*. — О. : Юрид. л-ра, 2009. — 616 с. ; Tuomela R. Collective Acceptance, Social Institutions, and Social Reality / *R. Tuomela* // *American Journal of Economics and Sociology*. — 2003. — Vol. 62, N 1. — P. 123–165.
2. Заславская Т. И. Социальные механизмы трансформации неправовых практик / *Т. И. Заславская, М. А. Шабанова* // *Общественные науки и современность*. — 2001. — № 5. — С. 7.
3. Титова Н. Е. История экономических учений : курс лекций / *Н. Е. Титова*. — М. : Изд. центр ВЛАДОС, 1997. — 257 с.
4. Кох И. А. Институциональность социального управления / *И. А. Кох* // *Известия Уральского государственного университета*. — 2005. — № 37. — С. 167–175 ; Заславская Т. И. К проблеме институционализации неправовых социальных практик в России: сфера труда / *Т. И. Заславская, М. А. Шабанова* // *Мир России*. — 2002. — Т. 11, № 2. — С. 3–38 ; Митракова Е. Н. Институционализация неформальных политико-правовых практик в современной России как угроза национальной безопасности : дис. ... канд. юрид. наук / *Е. Н. Митракова*. — Ростов н/Д, 2005. — С. 151 ; Заславская Т. И. Неправовые трудовые практики и социальные трансформации в России / *Т. И. Заславская, М. А. Шабанова* // *Социологические исследования*. — 2002. — № 6. — С. 3–17.
5. Яковлев А. М. Теория криминологии и социальная практика / *А. М. Яковлев* ; отв. ред. В. Н. Кудрявцев. — М. : Наука, 1985. — 247 с.
6. Яковлев А. М. Социология экономической преступности / *А. М. Яковлев* ; под ред. В. Н. Кудрявцева ; Ин-т государства и права АН СССР. — М. : Наука, 1988. — 256 с.
7. Яковлев А. М. Социология преступности (криминология): Основы общей теории / *А. М. Яковлев*. — М. : Содействие новый век, 2001. — 239 с.
8. Попович В. М. Економіко-кримінологічна теорія детінізації економіки : монографія / *В. М. Попович*. — Ірпінь : Акад. держ. податкової служби України, 2001.
9. Гриценко С. А. Экономические преступления как институциональные девиации [Электронный ресурс] / *С. А. Гриценко* // *Научные труды ДонНТУ*. — [Серия: экономическая ; вып. 31–3]. — Режим доступа : <http://www.donntu.edu.ua> «Библиотека»/ «Информационные ресурсы».
10. Рущенко І. П. Соціологія злочинності : монографія / *І. П. Рущенко*. — Х. : Вид-во Нац. ун-ту внутр. справ, 2001. — 370 с.
11. Туляков В. А. Криминология современности / *В. А. Туляков* // *Криминологія в Україні та протидія злочинності* : [зб. наук. ст. / за ред. М. П. Орзіха, В. М. Дрьоміна]. — О. : Фенікс, 2008. — С. 71–79.
12. Джужа О. М. Теоретичні проблеми сучасного погляду на розвиток криминології / *О. М. Джужа, В. В. Василевич, А. В. Кирилюк* // *Боротьба з організованою злочинністю і корупцією (теорія і практика)*. — 2002. — № 6.
13. Дрёмин В. Н. Социальная стратификация и преступность (к вопросу о криминализации общества) / *В. Н. Дрёмин* // *Проблемы политики*. — 2000. — № 8. — С. 299–305 ; Дрёмин В. Н. Преступность и её организованные формы как социальная прак-

- тика / В. Н. Дремин // Информационное обеспечение противодействия организованной преступности: сб. науч. ст. / под ред. М. Ф. Орзиха, В. Н. Дрёмина. — О.: Феникс, 2003. — С. 12–25; Dryomin V. Organized Crime and Corruption in Ukraine as a System Phenomenon / V. Dryomin // Organized Crime, Trafficking, Drugs. — Helsinki: HEUNI, 2004. — Р. 49–60; Дремин В. Н. Институционализация преступности и институциональная криминология: концептуальные подходы / В. Н. Дремин // Сучасна криминологія та проблеми протидії злочинності / под ред. М. Ф. Орзиха, В. Н. Дрёмина. — О.: Феникс, 2008. — С. 54–70; Дремин В. Н. Правопорядок и преступность: механизмы институциональной взаимодетерминации / В. Н. Дремин // Сучасний правопорядок: національний, інтегративний та міжнародний виміри: тези Міжнар. наук.-практ. конф. / за заг. ред. Ю. М. Оборотова. — О.: Фенікс, 2008. — С. 192–195, и другие.
14. Zuckerman E. Peer Capitalism: Parallel Relationships in the U.S. Economy / E. Zuckerman, S. V. Sgourev // American Journal of Sociology. — 2006. — Vol. 111, N 5. — P. 1327–1367; Verhoef G. Informal Financial Service Institutions for Survival: African Women and Stokvels in Urban South Africa, 1930–1998 / G. Verhoef // Enterprise and Society. — 2001. — Vol. 2, N 2. — P. 259–296; Олейник А. Н. «Жизнь по понятиям»: институциональный анализ повседневной жизни «российского простого человека» / А. Н. Олейник // Политические исследования. — 2001. — № 2. — С. 40–51; Косалс Л. Я. Становление институтов теневой экономики в постсоветской России / Л. Я. Косалс, Р. В. Рывкина // Социологические исследования. — 2002. — № 4. — С. 13–21; Волков В. В. Ценности и нормы нелегальных силовых структур / В. В. Волков // Журнал социологии и социальной антропологии. — 1999. — Т. 2, № 3. — С. 78–86; Латов Ю. Экономическая теория преступлений и наказаний («экономические империалисты» в гостях у криминологов) / Ю. Латов // Вопросы экономики. — 1999. — № 10. — С. 60–75; Рывкина Р. Российское общество как теневая социально-экономическая система / Р. Рывкина // Мировая экономика и международные отношения. — 2001. — № 4. — С. 44–51; Шабанова М. А. Институциональные изменения и неправовые практики / М. А. Шабанова // Кто и куда стремится вести Россию? Акторы макро-, мезо- и микроуровней современного трансформационного процесса / под общ. ред. Т. И. Заславской. — М.: МВШСЭН, 2001. — С. 319–327; Заславская Т. И. Социальные механизмы трансформации неправовых практик / Т. И. Заславская, М. А. Шабанова // Общественные науки и современность. — 2001. — № 5. — С. 5–24; Радаев В. Теневая экономика в России: изменение контуров / В. Радаев // Pro et Contra. — 1999. — Т. 4, № 1. — С. 5–24; Хохряков Г. Организованная преступность в России: 60-е — первая половина 90-х годов / Г. Хохряков // Общественные науки и современность. — 2000. — № 6. — С. 62–74; Клямкин И. Теневой образ жизни (Социологический автопортрет постсоветского общества) / И. Клямкин, Л. Тимофеев // Политические исследования. — 2000. — № 4. — С. 19–37; Козлов Ю. Теневая экономика и преступность / Ю. Козлов // Вопросы экономики. — 1990. — № 3. — С. 120–127.
15. Гилинский Я. И. Девиантология: социология преступности, наркотизма, проституции, самоубийств и других «отклонений» / Я. И. Гилинский. — СПб.: Юрид. центр Пресс, 2004. — 520 с.
16. Гилинский Я. И. Криминология: Теория, история, эмпирическая база, социальный контроль / Я. И. Гилинский. — СПб., 2002. — С. 30–39; Гилинский Я. И. Девиантология: Социология преступности, наркотизма, проституции, самоубийств и других «отклонений» / Я. И. Гилинский. — 2-е изд. — СПб., 2007. — С. 191–199; Гилинский Я. И. Генезис преступности. Проблема причинности в криминологии / Я. И. Гилинский // Российский ежегодник уголовного права. 2007. — СПб., 2008. — С. 382–389.
17. Колесников В. В. Криминология и институциональный подход: методологические возможности нового инструментария [Электронный ресурс] / В. В. Колесников // Саратовский Центр по исследованию проблем организованной преступности и коррупции. — Режим доступа: <http://sartraccc.sgap.ru>.

18. 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.-Петерб. гос. ун-та, Изд-во юрид. фак. С.-Петерб. гос. ун-та, 2005. — С. 267–350.
19. 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.
20. Латов Ю. В. Экономика вне закона : очерки по теории и истории теневой экономики / *Ю. В. Латов*. — М.: Моск. общ. науч. фонд, 2001. — 281 с.
21. Латов Ю. В. Социальные функции теневой экономики в институциональном развитии постсоветской России : автореф. дис. ... д-ра социол. наук / *Ю. В. Латов*. — Тюмень, 2008.
22. 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.
23. Олейник А. Н. «Жизнь по понятиям»: институциональный анализ повседневной жизни российского простого человека / *А. Н. Олейник* // ПОЛИС: политические исследования. — 2001. — № 2. — С. 40–52.
24. Олейник А. Н. Тюремная субкультура в России: от повседневной жизни до государственной власти / *А. Н. Олейник*. — М.: ИНФРА-М, 2001. — XIV, 418 с. — С. 10.
25. Бараева Н. Б. Организованная преступность как социальный институт : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук / *Н. Б. Бараева*. — СПб., 2002.
26. Schelling T. C. Economic Analysis and Organized Crime / *T. C. Schelling* // U.S. The president's commission on law enforcement and administration of justice. Task force report: organized crime. Annotations and consultants paper. — Washington, 1967. — P. 114–126.
27. Becker G. S. Crime and punishment: an economic approach / *G. S. Becker* // Journal of Political Economy. — 1968. — Vol. 76, N 2. — P. 169–217.
28. Becker G. The Economic Way of Looking at Life / *G. Becker*. — Nobel Lecture, December 1992. — P. 27.
29. Беккер Г. Преступление и наказание: экономический подход / *Г. Беккер* // Истоки. — М.: ГУ-ВШЭ, 2000. — Вып. 4. — С. 28–90.
30. Бьюкенен Дж. М. Границы свободы. Между анархией и Левиафаном // Сочинения. Серия: «Нобелевские лауреаты по экономике» / *Дж. М. Бьюкенен*. — М., 1997. — Т. 1. — С. 380.
31. Buchanan J. M. A Defence of Organized Crime? / *J. M. Buchanan* // The Economics of Crime. — Cambr., Mass., 1980. — P. 395–410.
32. Энторф Х. Преступность с экономической точки зрения: факты, теория и статистика / *Х. Энторф* // Политэконом = Politeconom. — 1997. — № 1. — С. 56–63.
33. Crime and Social Institutions / ed. by Richard Rosenfeld. — Ashgate Publishing Co., 2006. — 549 p.
34. Lafree G. Losing Legitimacy: Street Crime and the Decline of Social Institutions in America / *G. Lafree*. — Westview Press, 1998. — 240 p.
35. Sacco V. When crime waves / *V. Sacco*. — SAGE Publications, 2005. — 210 p.
36. Miethe T. D. Rethinking homicide: exploring the structure and process underlying deadly situations / *T. D. Miethe, W. C. Regoeczi, K. A. Drass*. — Cambridge University Press, 2004. — 320 p.

37. Tyler T. R. *Why People Obey the Law* / *T. R. Tyler*. — Edit. 2. — Princeton University Press, 2006. — 299 p.
38. Bernard E. Harcourt. *Language of the gun: youth, crime, and public policy* / *Bernard E. Harcourt*. — University of Chicago Press, 2006. — 278 p.
39. Bernard E. Harcourt. Capers B. *Crime, Legitimacy, and Testifying Paper* presented at the annual meeting of the Law and Society Association / *Bernard E. Harcourt*. — 2007-07-25. — TBA, Berlin, Germany. — Режим доступа: [http://www.allacademic.com/meta/p177422\\_index.html](http://www.allacademic.com/meta/p177422_index.html)
40. Forst B. *The Socio-economics of Crime and Justice* / *B. Forst*. — M.E. Sharpe, 1993. — P. 57–58.

#### А н н о т а ц и я

**Дрёмин В. Н.** Становление и развитие криминологического институционализма. — Статья.

В статье анализируется преступность с позиций институциональной методологии. Рассматривается формирование и развитие нового направления в криминологии, которое автор называет «криминологический институционализм». Обосновывается предмет институциональной криминологии.

*Ключевые слова:* преступность, социальные институты, институциональная криминология, криминологический институционализм.

#### А н о т а ц і я

**Дрьомін В. М.** Становлення та розвиток криминологічного інституціоналізму. — Стаття.

У статті аналізується злочинність з позицій інституціональної методології. Розглядається формування та розвиток нового напрямку в криминології, яке автор називає криминологічний інституціоналізм. Обґрунтовується предмет інституціональної криминології.

*Ключові слова:* злочинність, соціальні інститути, інституційна криминологія, криминологічний інституціоналізм.

#### S u m m a r y

**Dryomin V. N.** *The formation and development of the criminological institutionalism.* — Article.

The paper analyzes the crime from the standpoint of the institutional methodology. The formation and development of a new school in criminology is approached, which the author calls «criminological institutionalism». The subject of the institutional criminology is grounded.

*Keywords:* crime, social institutions, institutional criminology, criminological institutionalism.

УДК 343.21

*В. О. Туляков*

## ДІЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА: ДИНАМІЧНІ АСПЕКТИ

У більшості досліджень дія права розглядається як сукупність форм реалізації його юридичних властивостей як у статиці, що визначається його юридичним змістом, так і в динаміці, яка пов'язана із процесом виникнення, формування та реалізації відповідного правила поведінки.

Загалом динамічні аспекти дії кримінально-правової заборони розглядаються виключно у сенсі аналізу правореалізації: питань кваліфікації злочинів, призначення покарання тощо.

Поруч з цим характеристики динаміки кримінального права набагато ширші. «Динаміка, тобто реалізація і розвиток кримінального права, — писав А. Е. Жалинський, — охоплює усі процеси його функціонування — криміналізації та декриміналізації, розробку кримінально-правових позицій, які пов'язані або безпосередньо не пов'язані із використанням кримінального закону, виключно професійну діяльність по його застосуванню, забезпечення виконання кримінально-правових рішень, та ін.» [1, с. 111].

Раніше ми вже наголошували на тому, що структурно-функціональний аналіз кримінального права вимагає від дослідників зосередження не тільки на проблематиці догматичного аналізу норми (суто кримінально-правовий підхід) чи аксіологічної оцінки існування та буття норми (кримінологічний або соціологічний підхід), але й інтегративного динамічного аналізу сутності та буття норми загалом як самоорганізованого правового явища [2].

З цього боку кримінальне право повинно бути розглянутим як відкрита складна система, що знаходиться у постійному динамічному розвитку, взаємодії із суспільством, відтворюючись в процесі правореалізації. Неможливість виключно раціональної трактовки стабільності соціальних відносин та процесів обумовлює розгляд образу права як динамічної структури, що послідовно відтворює старі та формує нові правила поведінки. При цьому становлення права «забезпечується трансляційною

та селективною функціями культури (правової культури)» [3], де перша обумовлює інтерпретацію норми, а друга інновацію, формулювання нових кримінально-правових заборон, які відповідають існуючим реаліям сучасного буття. Проте те, що суперечило буттю права в епоху модерну та класицизму, з'явилося сутністю взаємодії права (в тому числі і кримінального) і суспільства в постмодерністський період.

Реалізація охоронних та профілактичних кримінально-правових відносин наполягає на необхідності *постійної диференціації обсягу державного примусу* залежно від характеристик суб'єктів такого впливу (особи, соціальні спільноти, держава), відповідності ступеня впливу характеристикам особи винного; її кримінальності; ступеня тяжкості скоєного злочину; потребам потерпілого, третіх осіб, держави, міжнародної спільноти.

Це можливо як шляхом аналізу використання старих кримінально-правових заборон до нових ситуацій (*інтерпретація кримінально-правової норми*), так і шляхом розробки пропозицій та прецедентів щодо послідовних змін правової системи, інноваційного відтворення права (*прийняття нової редакції, криміналізація діяння, пеналізація заборони*). Причому порівняння різних режимів кримінально правового впливу, попередження злочинності та суспільної інтеграції в їхньому динамічному взаємозв'язку надають можливість з'ясувати найбільш ефективні утилітарні практики обмеження злочинності. Відома позиція про те, що кримінальна заборона сьогодення, яка реалізується у правозастосуванні, знаходиться в постійному розвитку, стабільна заборона минулого, що пов'язана із позитивним кримінальним правом, також знаходиться у розвитку.

У першому випадку мова йде про необхідність постійної корекції законодавства та практики його застосування відносно нових заборон (комп'ютерні злочини, наприклад), нових колізійних ситуацій, які обумовлено політичними процесами, прийняттям та ратифікацією відповідних міжнародних договорів та конвенцій, рішеннями Європейського суду з прав людини тощо.

У другому, — про інтерпретаційні процеси у достатньо інерційному кримінальному законодавстві, які дозволяють, використовуючи аналогію права *suī generis* (призначення заходів безпеки та соціального захисту в КК, звужене чи поширене тлумачення кримінально-правової норми Верховним Судом України чи Вищим касаційним судом з розгляду цивільних та кримінальних справ), розповсюджувати дію старих норм на нові види відносин.

В такому сенсі динаміка кримінального права виступає не тільки і не стільки як процес правореалізації шляхом примусового чи вільного використання, виконання, не порушення, застосування правової заборони, але й (можливо, по-перше) як процес формування та інтерпретації кримінально-правових норм у відповідності із потребами суспільного розвитку.

Тобто у сучасних умовах динаміка кримінального права визначає характеристику *постійного становлення та розвитку, відтворення кримінально-правових заборон на законодавчому та індивідуальному рівнях*.

Причому вже зазначалося раніше, що цей процес знаходиться у розвитку відповідно двом концептам: формування кримінально-правового хаосу та нейтралізації останнього шляхом кардинальних (чи інтерпретаційних) змін у правовому регулюванні.

З цього боку формування кримінально-правового хаосу є невід'ємною частиною розвитку взаємодії між кримінальним правом та суспільством за умов динамічних та не завжди послідовних змін у системі кримінально-правового реагування, що відображують очікування керуючої еліти та потреби суспільства.

Саме розуміння злочину та злочинного є певною передтечею девіантної поведінки, оскільки частота розповсюдженості правопорушення та його моральна дозволенисть для громадян роблять неефективною будь-яку кримінальну заборону. Саме це протиріччя є основою, наприклад, масової готовності до несплати податків та зборів та безлічі інших, насамперед економічних правопорушень.

Зростання девіантної поведінки поруч із зловживаннями правом є, на жаль, нормою у сучасному суспільстві. Патологічним становиться послідовне виконання правових заборон. В остаточному вигляді справа буде йти про розповсюдженість злочинної поведінки, як такої, що дозволяється більшістю суспільства, що призводить до тотального колапсу інститутів влади та громадянського суспільства (криміналізації суспільства — В. Дрьомін, А. Костенко).

Доказом такої динамічності кримінальної політики, що забезпечує хаос правової регуляції кримінально-правових відносин, є тенденції неузгодженого з потребами практики внесення змін та доповнень до діючого КК (категоризація злочинів), введення інституту кримінальних проступків передусім до нового КПК України, без відповідного вирішення питання у матеріальному праві, що нівелює принцип стабільності кримінально-правових відносин та послідовності законотворчої діяльності.

У такому контексті кримінально-правове забезпечення соціального та економічного сталого розвитку держави, суспільства, особистості насправді уявляється соціополітичною фікцією, а не принципом кримінальної політики держави.

З другого боку, просте арифметичне збільшення кількості заборон веде до дестабілізації правового буття, а отже, до необхідності майбутнього прийняття нової редакції кримінально-правової норми в цілому.

У такому контексті нами було розглянуто процеси самоорганізації кримінально-правових відносин у сучасному бутті.

До них було віднесено таке [4].

1. Система кримінально-правових заборон має тенденцію до поширення та ускладнення. Водночас спрощення структури веде до зниження

якості правового регулювання. З цього боку прийняття закону про кримінальні проступки не понизить тиск кримінальності, а навпаки, може зробити поле для погіршення криміногенної ситуації у державі.

2. Девіації акумулюються до моменту їхньої нейтралізації. Кримінально-правові заборони кореспондують із поширеністю дозволу на злочинну поведінку чи на зловживання правом серед населення. Але культурна чи правова нейтралізація заборони та акультурація девіації веде до зниження тиску кримінальності у суспільстві.

3. Інтерпретація норми у динаміці покриває сенс норми у статистиці. Розповсюдженість доктринального тлумачення однієї норми представниками різних шкіл приводить до розбіжностей у правозастосуванні, що неприпустимо при доволі динамічному розвитку законодавства.

Зрозуміло, що наведені закономірності носять операціональний характер та потребують подальшого розвитку та наукового дослідження в сенсі опрацювання моделі динаміки кримінально-правових відносин, формування та реалізації заборон поруч із розвитком доктрини кримінального права.

Це вимагає від дослідників у майбутньому вирішення цілої низки питань, до яких можуть бути віднесені:

1. Питання співвідношення міжнародного кримінального законодавства із супранаціональним та національним кримінальним законодавством. Мова йде про викликані процесами глобалізації та транскордонними міграційними потоками злочинності релятивістські характеристики розуміння злочинів та злочинності на світовому рівні у порівнянні із характеристиками та нормативним визначенням злочинів на рівні міждержавних угруповань, співдружності окремих держав, які залежать від соціокультурних, етнополітичних, економіко-географічних та інших процесів. Отже потрібне теоретичне обґрунтування не техніки апроксимації міжнародно-правових норм, а форм та методів узгодження визначення складів загальнокримінальних злочинів та у майбутньому й санкцій за них у міждержавних угрупованнях (СНД, ЄС), формування єдиного підходу до правил кваліфікації злочинів транснаціонального характеру (незаконний обіг наркотиків, зброї, людських ресурсів, природних ресурсів, предметів історичної спадщини, відмивання злочинних коштів, комп'ютерні злочини).

2. Вивчення закономірностей впливу транснаціональних правил корпоративної поведінки (*lex mercatori*, *lex medici*, *lex sportive*) на динаміку криміналізації у національних юрисдикціях. Транскордонний характер дій МВФ, ВОЗ, ФІФА забезпечує системний вплив означених норм цих угруповань на законодавство окремих держав, не потребує доказів. Але саме процеси інтерпретації кримінальних заборон згідно з вимогами транснаціональних угруповань потребують ретельного аналізу з точки зору відповідності останніх юрисдикційним процесам. Перспективним напрямком є також проведення наукового аналізу економічних вимог та зловживань правом окремих корпорацій та їх впливу на формування



кримінальної політики окремих держав. Відома новела О'Генрі «Королі та капуста», але кількість бананових республік у світі не зменшується та взаємозв'язки поміж правом розвитку, корпоративною етикою транснаціональних корпорацій, субкультурою транснаціональних злочинних угруповань та суверенітетами кримінально-правового регулювання повинні бути більш ретельно розглянуті.

3. Визначення закономірностей теорії криміналізації та декриміналізації у різних правових сім'ях, формування загальних правил криміналізації та декриміналізації діянь у якості орієнтирів для наукового пошуку. Мова йде не просто про визначення напрямків кримінальної політики, а саме визначення інструментальних правил аналізу соціально негативної поведінки для послідовного динамічного використання при проведенні змін кримінального законодавства.

4. Уніфікація законодавчої техніки та процедур та процесів прийняття кримінально-правових актів з точки зору обов'язкової кримінологічної та правової експертизи, визначення правил інтерпретації норми, формування кримінально-правових тезаурусів для відповідних культур.

5. Доктринальне обґрунтування новелізації кримінального закону, розробка типових модельних кодексів чи відповідних розділів кримінального закону, спеціальних кримінальних законів. Обґрунтування існування декількох підстав кримінальної відповідальності (загальних, та особливо роду) та їх нормативне визначення поруч із розробкою єдиних стандартів непритягнення, звільнення та пом'якшення кримінальної відповідальності.

6. Вивчення процесів уніфікації та розвитку теорії покарань, диференціації та індивідуалізації кримінальної відповідальності, кримінально-правових заходів безпеки, заходів соціального захисту, компенсації та реституції, профілактичних заходів, правил призначення покарань та інших кримінально-правових заходів, розробка стандартизованих алгоритмів правил призначення покарань.

7. Продовження доктринальної розробки правил тлумачення та кваліфікації злочинів та проблемних питань кваліфікації окремих видів злочинів.

Наприкінці, проблема динаміки кримінального права пов'язана із формуванням окремої кримінально-правової доктрини, що розглядає право реалізації, процес інтерпретації норми саме як її нормативне буття, вивчає патології та закономірності інтерпретаційних процесів на національному (закон та законодавець), груповому (правозастосовувачі) та індивідуальному рівнях, надає орієнтири виходу із правового хаосу та формування кримінально-правового законодавства сталого типу, для якого ідея сталого розвитку є головною правотворчою ідеєю, ідеєю сучасного регулювання найбільш важливих процесів динаміки взаємодії правової та злочинної поведінки та зловживань правом з боку всіх суб'єктів кримінальних правовідносин.

## Л і т е р а т у р а

1. Жалинский А. Э. Работа с уголовным правом в структуре профессиональной юридической деятельности [Электронный ресурс] / А. Э. Жалинский // Право. — 2008. — № 1. — С. 108–120. — Режим доступа: <http://ecsocman.hse.ru/text/35864958.html>
2. Туляков В. О. Динаміка кримінального права: основні закономірності / В. О. Туляков, М. А. Тулякова // Актуальні проблеми держави і права: зб. наук. пр. — О., 2005. — Вип. 25. — С. 488–491; Бачинин В. А. Социально-правовая реальность как предмет макросоциологического анализа / В. А. Бачинин // Журнал социологии и социальной антропологии. — 2002. — № 2. — С. 65.
3. Честнов И. Л. Синергетика права как один из возможных ответов на вызов постмодерна / И. Л. Честнов // Синергетика и право: тр. теоретического семинара юрид. фак. СПбИВЭСЭП. — СПб., 2001. — Вып. 5. — С. 33.
4. [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://ccat.sas.upenn.edu/rs/2/dynamics.html>

## А н о т а ц і я

**Туляков В. О. Дія кримінального права: динамічні аспекти.** — Стаття.

Стаття присвячена опису характеристик динаміки кримінального права як форми дії права на різних рівнях соціальної регуляції. Зроблено висновок про необхідність подальшого формування теоретичної моделі динаміки кримінально-правових відносин.

*Ключові слова:* кримінальне право, динаміка права, буття права.

## А н н о т а ц и я

**Tulyakov V. A. Действие уголовного права: динамические аспекты.** — Статья.

Статья посвящена описанию характеристик динамики уголовного права как элемента развития правовой формы на разных уровнях социальной регуляции. Сделан вывод о необходимости дальнейшего формирования теоретической модели динамики уголовно-правовых отношений.

*Ключевые слова:* уголовное право, динамика права, бытие права.

## S u m m a r y

**Tulyakov V. A. Criminal law impace: dynamical aspects.** — Article.

The article is devoted to criminal law dynamic model on different levels of social interaction. It is stressed that criminal law dynamics should be analyzed as one of the primary characteristics of modern criminal law theory.

*Keywords:* criminal law, law dynamics, law existence.

УДК 343.123.1(477)

*Ю. П. Аленін*

## **ОСОБЛИВОСТІ ПОЧАТКУ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ ЗА НОВИМ КПК УКРАЇНИ (ПОЗИТИВНІ І НЕГАТИВНІ АСПЕКТИ)**

У діяльності правоохоронних органів України одною з найбільш складних була і є проблема диференційного підходу до вирішення заяв і повідомлень про злочини. Складність цього питання полягає в тому, що загальна кількість відповідних звернень з боку громадян та юридичних осіб щороку збільшується, а механізм їх перевірки так досі належним чином не врегульований. Проте чітка правова регламентація процесуальної діяльності саме на першому етапі досудового провадження є передумовою законності і обґрунтованості подальшого розслідування та судового розгляду справи, тобто є однією з гарантій ефективного виконання завдань кримінального судочинства (ст. 2 КПК).

В концепції реформування кримінальної юстиції України, затвердженій Указом Президента України від 8 квітня 2008 р. № 311, наголошено на необхідності запровадження спрощеної процедури початку досудового розслідування, яким має вважатися момент отримання уповноваженими законом органами інформації про кримінальний проступок або злочин. Як наслідок, в КПК України з'явилася ст. 214, згідно з якою у кримінальному судочинстві України відмовилися від прийняття процесуального рішення про порушення кримінальної справи.

Відповідно до ч. 1–4 цієї статті, основні положення їх зводяться до такого.

Слідчий, прокурор невідкладно, але не пізніше 24 годин після подання заяви, повідомлення про вчинене кримінальне правопорушення або самостійного виявлення ним з будь-якого джерела обставин, що можуть свідчити про вчинене кримінальне правопорушення, зобов'язаний внести відповідні відомості до Єдиного реєстру досудових розслідувань та розпочати розслідування, тобто розслідування починається з моменту внесення інформації до реєстру. До внесення такої інформації здійснен-

ня досудового розслідування не допускається, за винятком проведення у невідкладних випадках огляду місця події. Слідчий, прокурор, інша службова особа, уповноважена на прийняття заяв і повідомлень про кримінальні правопорушення, зобов'язані прийняти та зареєструвати таку заяву чи повідомлення. Відмова у прийнятті їх не допускається.

Аналізуючи зміст цих частин ст. 214 КПК, можна зробити декілька висновків як позитивного, так і негативного характеру.

Так, інформація про вчинене діяння, передбачене Законом України про кримінальну відповідальність або підготовку до нього, приймається від громадян, службових осіб, підприємств, організацій, установ в усній, письмовій чи в іншій формі. Завідомо неправдиві заяви, повідомлення про вчинення кримінального правопорушення повинні тягнути передбачену законом відповідальність (ст. 383 КК).

Слідчий, прокурор не вправі відмовити в прийнятті заяви, повідомлення чи іншої інформації про діяння, передбачене законом України про кримінальну відповідальність, у тому числі з посиланням на неповноту викладених у них відомостей, неналежність заяви чи повідомлення, закінчення строку давності притягнення до кримінальної відповідальності, віку, стану здоров'я особи та будь-яких інших обставин.

Очевидно, що одночасно з прийняттям заяви, повідомлення чи іншої інформації про кримінальне правопорушення слідчим, прокурором повинні вживатися всі можливі заходи, щоб запобігти такому діянню або припинити його. За наявності відповідних підстав, що свідчать про реальну загрозу життю та здоров'ю особи, яка повідомила про діяння, передбачене законом України про кримінальну відповідальність, вживаються необхідні заходи забезпечення безпеки заявника, а також членів його сім'ї та близьких родичів, якщо шляхом погроз або інших протиправних дій щодо них робляться спроби вплинути на заявника. Але в ст. 214 КПК таке положення не передбачене і взагалі право на забезпечення безпеки заявника та інших осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві, в КПК подані досить стисло і лише в окремих нормах, а не в концентрованому вигляді, як це мало місце в Кодексі 1960 р. (див. ст. ст. 52<sup>1</sup>–53<sup>2</sup>), де докладно були виписані права осіб та регламентована процедура забезпечення безпеки суб'єктів кримінального провадження. Наведене свідчить про певний недолік нового КПК.

Джерелами інформації про вчинені або підготовлювані діяння, передбачені законом України про кримінальну відповідальність, яка надійшла до слідчого, прокурора, судді, тобто приводами, є: заяви та повідомлення громадян; повідомлення уповноваженої особи, яка затримала особу, підозрювану у вчиненні злочину (ст. 208 КПК); повідомлення службових осіб державних органів, установ, підприємств та організацій; засобів масової інформації; з'яви із зізнанням; безпосереднє виявлення оперативним підрозділом, слідчим, прокурором, судом відомостей про ознаки діяння, передбаченого законом України про кримінальну відповідальність, при здійсненні своїх повноважень.

Автори заяв і повідомлень мають право надати документи та інші матеріали, які є в них і підтверджують зроблені заяви чи повідомлення, за винятком випадків, коли конфіденційність чи таємність цих матеріалів гарантується законом.

Заяви громадян про вчинені кримінальні правопорушення або підготовку до них можуть бути усними або письмовими. У зв'язку з цим треба відзначити, що наявність спрощеного порядку ще не означає огульного, без розбору підходу до прийняття та реєстрації всіх без винятку заяв та повідомлень про кримінальні правопорушення (дійсні та надумані). Очевидно, що повинна існувати і певна, хоч і проста, але ефективна процедура прийняття й фіксації надаваної інформації з метою запобігання безпідставному початку досудового розслідування. На жаль, цього ст. 214 КПК не передбачає, а тому, на наш погляд, слід дотримуватися таких правил, які не суперечать решті процесуальних норм. Зокрема, письмова заява повинна бути підписана особою, від якої вона подається. До внесення відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань та початку досудового розслідування слід пересвідчитися в особі заявника. Якщо заявник не може пред'явити документи, повинні бути вжиті інші заходи для термінової перевірки відомостей про його особу. Вважаємо, що не підписана або підписана підробленим підписом чи написана від імені вигаданої особи заява, лист чи інше повідомлення про діяння, передбачене законом про кримінальну відповідальність, не може служити приводом до занесення в Єдиний реєстр та початку досудового розслідування. Вважаємо також за доцільне, щоб усна заява про кримінальне правопорушення заносилась до протоколу, який підписують заявник та службова особа органу досудового розслідування чи прокуратури, яка прийняла заяву. Протокол повинен містити відомості про заявника або особу, яка затримала підозрюваного на місці злочину, місце його проживання, а також про його особисті документи, які посвідчують його особу. До протоколу заносяться від першої особи повідомлення про обставини вчиненого чи підготовлюваного діяння, передбаченого законом України про кримінальну відповідальність.

При прийнятті усної заяви чи повідомлення про кримінальне правопорушення заявник у протоколі під розписку попереджається про кримінальну відповідальність за завідомо неправдиве повідомлення про вчинення злочину (ст. 383 КК). У разі надходження письмової заяви чи повідомлення про діяння, передбачене законом України про кримінальну відповідальність, бажано, щоб у заявника окремо відбиралася підписка про його попередження про кримінальну відповідальність за завідомо неправдиве повідомлення про злочин, яка долучається до матеріалів кримінального провадження. Якщо особа відмовилася підписати такий протокол чи дати таку підписку, в яких вона попереджена про кримінальну відповідальність за завідомо неправдиве повідомлення про злочин або підготовку до нього, така заява, на наш погляд, не повинна прийматися, розглядатися, не може бути підставою для внесення відомостей до Єди-

ного реєстру та початку досудового розслідування. З цих причин не підлягають розгляду та реєстрації анонімні заяви та повідомлення про злочин. Мета таких вимог до заяв та повідомлень про кримінальні правопорушення або підготовку до них полягає в тому, щоб запобігти появі доносів та зловживань з боку недобросовісних заявників.

У ст. 214 КПК залишається без відповіді питання, яким чином можна пересвідчитися в особі заявника, якщо повідомлення про кримінальне правопорушення зроблено ним по телефону. Очевидно, що тут підставою для внесення до Єдиного реєстру і початку досудового розслідування буде не інформація з телефонного дзвінка, а результати її негайної перевірки уповноваженими на те особами, оскільки пересвідчитися в особі заявника по телефону не завжди уявляється можливим.

Особливо ретельно треба відноситися до фіксації факту з'явлення особи із зізнанням, оскільки достовірно засвідчена така подія породжує в майбутньому важливі правові наслідки для заявника, мається на увазі, що в п. 1 ч. 1 ст. 66 КК явка з повинною розглядається як обставина, що пом'якшує покарання.

Відповідно до ч. 5 ст. 214 КПК до Єдиного реєстру досудових розслідувань повинні вноситися такі відомості, як: дата надходження інформації про вчинення кримінального правопорушення; дані щодо потерпілого або заявника; короткий виклад обставин, що можуть свідчити про вчинення кримінального правопорушення і його попередня правова кваліфікація з зазначенням статті (частини статті) Закону України про кримінальну відповідальність; дані щодо службової особи, яка внесла відомості до реєстру та/або розпочала досудове розслідування, після чого у Єдиному реєстрі автоматично фіксується дата внесення інформації та присвоюється номер кримінального провадження.

Аналізуючи в цілому положення ст. 214 КПК, ми не повністю підтримуємо надто оптимістичну думку деяких авторів [1, с. 4; 2] про те, що запропонований КПК процесуальний порядок прийняття, реєстрації заяв та повідомлень про вчинене кримінальне правопорушення та початок досудового розслідування є надійною і ефективною гарантією забезпечення дотримання законності й обґрунтованості розгляду такої інформації на першому етапі стадії досудового розслідування.

Зокрема, слід зазначити, що ст. 214 КПК не є еквівалентом стадії з перевірки заяв та повідомлень про злочини, яка зараз ще існує як стадія порушення кримінальної справи. Незважаючи на певні недоліки в правозастосуванні, які пов'язані в більшій мірі не з процесуальною формою, а з позапроцесуальними чинниками, вказана стадія все ж таки дозволяла досить ефективно фільтрувати повідомлення і заяви про злочини і відділяти некримінальні події.

Кримінальна статистика переконливо ілюструє, що кримінальні справи відкривалися за 15 % заяв та повідомлень про вчинені злочини, що навіть з врахуванням зловживань, які допускаються правоохоронними органами, доводить ефективність та нагальну необхідність такої стадії.

Нагадаємо, що відповідно до ч. 1 ст. 214 КПК слідчий, прокурор невідкладно, але не пізніше одного дня після подання заяви, повідомлення про кримінальне правопорушення або після самостійного виявлення ним з будь-якого джерела обставин, що можуть свідчити про вчинення кримінального правопорушення, обов'язково повинен вносити відомості до Єдиного реєстру досудових розслідувань та розпочати розслідування. Слід чекати, що реалізація вказаного правила потребує, по-перше, значного збільшення складу органів досудового розслідування, а по-друге, до необґрунтованого розширення процесуальних засобів, які будуть використовуватися виключно у перевірочних цілях, а також може призвести до зловживань процесуальними повноваженнями вже під час досудового провадження.

Таким чином можна припустити, що в разі реалізації положень ст. 214 КПК тільки міліція буде зобов'язана провести повне розслідування понад 3 млн матеріалів кримінальних проваджень. Більша частина цих матеріалів не матимуть судові перспективи, але їх розслідування призводитиме до обмежень прав і свобод громадян, дії яких (можливо, фактично й не вчинені ними) стануть предметом розслідування [3, с. 184].

Запропонований КПК порядок початку досудового розслідування фактично скасовує так звану дослідчу перевірку за заявами та повідомленнями про вчинення кримінального правопорушення. Відтак усе процесуальне навантаження щодо перевірки таких заяв і повідомлень автоматично покладається на слідчого, а не на відповідні підрозділи, які здійснюють оперативно-розшукову діяльність. Отже, може скластися ситуація, за якої слідчі будуть вимушені перевіряти найабсурдніші заяви під час досудового слідства, у той час, коли відповідного слідчого реагування вимагатиме розслідування тяжких та особливо тяжких злочинів. Навряд чи це сприятиме підвищенню якості досудового розслідування і ефективності захисту прав громадян правоохоронними органами. На наш погляд, подібна ситуація може призвести лише до того, що значна кількість заяв та повідомлень про злочини взагалі не будуть прийматися та, відповідно, вноситися до зазначеного вище реєстру.

Слід звернути увагу і на те, що КПК не враховує особливості початку провадження щодо окремих категорій громадян, які користуються імунітетом (наприклад, народних депутатів України, суддів). Відповідно, слідчий, отримавши інформацію про вчинення кримінального правопорушення народним депутатом України та іншими особами, повинен буде розпочати розслідування.

Загалом, процесуальний порядок, запропонований ст. 214 КПК, не враховує загальні положення процесуальної діяльності та національні правові традиції. Будь-яка процесуальна галузь процесуального права повинна передбачати попередній, перевірочний, фільтраційний етап перед основним провадженням. Специфікою кримінального судочинства є й те, що в ньому декілька основних проваджень: досудове розслідуван-

ня, судовий розгляд, перегляд судових рішень повинні мати відповідний фільтраційний механізм.

Запропонований порядок розпочинання досудового розслідування також не передбачає прийняття відповідного процесуального рішення у формі постанови слідчого або прокурора, що не узгоджується з ч. 3 ст. 110 КПК, згідно з якою рішення слідчого приймаються саме у формі мотивованої постанови. Окрім того, відсутність формального початку кримінального провадження у формі постанови також робить неможливим оскарження факту його порушення. Зазначений механізм розпочинання досудового розслідування не передбачає і здійснення за ним судового контролю, що не узгоджується з Рішенням Конституційного Суду України у справі про розгляд судом окремих постанов слідчого і прокурора від 30 січня 2003 р. У вказаному рішенні Конституційний Суд України зазначив:

Постанова про порушення кримінальної справи щодо певної особи винесена з недодержанням вимог КПК України (1960 р.), зокрема передбачених ст. ст. 94–98, може породити наслідки, які виходять за межі кримінально-процесуальних відносин і завдати такої шкоди конституційним правам і свободам внаслідок несвоєчасного судового контролю, що поновити їх буде нездійсненним.

Унеможливлення розгляду судом скарги на постанову про порушення кримінальної справи щодо певної особи на стадії досудового слідства, відкладення її перевірки судом на стадію попереднього розгляду кримінальної справи або на стадію розгляду її по суті, відстрочка судового контролю обмежують конституційне право людини на судовий захист, який є гарантією всіх прав і свобод людини і громадянина.

Правосуддя за своєю суттю визнається таким лише за умови, що воно відповідає вимогам справедливості і забезпечує ефективне поновлення в правах. Загальною декларацією прав людини 1948 року передбачено, що кожна людина має право на ефективне поновлення в правах компетентними національними судами у випадках порушення її основних прав, наданих їй конституцією або законом (ст. 8). Право на ефективний засіб захисту закріплено також у Міжнародному пакті про громадянські та політичні права (ст. 2) і в Конвенції про захист прав людини та основних свобод (ст. 13).

Право на судовий захист прав людини є одним з конституційних прав. А тому положення ч. 6 ст. 234, ч. 3 ст. 236 КПК України, які унеможливають розгляд судом на стадії судового слідства скарг на постанови слідчого та прокурора про порушення кримінальної справи щодо певної особи, обмежуючи право людини на судовий захист, закріплене ч. 3 ст. 8, ч. 1, 2 ст. 35 Конституції України, порушують вимоги ст. 3, 21, ч. 2 ст. 22, ч. 1 ст. 64 Конституції України, тобто є неконституційними.

Скарги до суду на постанови слідчого та прокурора про порушення кримінальної справи щодо певної особи повинні розглядатися судом за чинним законодавством у порядку кримінального судочинства. При цьо-



му суд, розглядаючи такі скарги на стадії досудового слідства, перевіряє наявність приводів і підстав для винесення зазначених постанов і не повинен розглядати та вирішувати заздалегідь ті питання, які повинен вирішувати суд при розгляді кримінальної справи по суті, оскільки це буде порушенням конституційних засад правосуддя.

Таким чином, унеможливлення (внаслідок відсутності постанови) розгляду судом скарги на відкриття кримінального провадження на стадії досудового розслідування, відкладення її перевірки судом на стадію попереднього (підготовчого) провадження або на стадію розгляду її по суті, відстрочка судового контролю обмежують конституційне право людини на судовий захист, який є гарантією всіх прав і свобод людини і громадянина. Про те, що право на оскарження відкриття кримінального провадження є суттєвою гарантією захисту прав і законних інтересів громадянина та юридичних осіб, свідчить і судова практика, адже наявність положення, передбаченого п. 1 ч. 1 ст. 303 КПК, згідно з яким на досудовому провадженні можуть бути оскаржені до слідчого судді бездіяльність слідчого, прокурора, яка полягає у невнесенні відомостей про кримінальне правопорушення до Єдиного реєстру досудових розслідувань після отримання заяви або повідомлення про кримінальне правопорушення, ні в якій мірі не замінюють того, що існував раніше, повноцінного інституту оскарження дій (бездіяльності) слідчого, прокурора на стадії порушення кримінальної справи.

Підкреслимо також, що ст. 214 КПК ініціювання кримінально-процесуальної діяльності покладається на особу, яка звертається із заявою чи повідомленням. Вбачається, що такий порядок є надто спрощеним і може призвести до зловживань, як з боку органів досудового розслідування, так і осіб, які звертаються із заявами чи повідомленнями. Досудовому розслідуванню має передувати перевірна діяльність компетентних органів та осіб, результати якої повинні бути формалізовані у відповідному процесуальному документі: постановою про початок або про відмову в початку досудового розслідування, який в чинному законодавстві має лінгвістично некоректну назву, проте по суті і функціонально означає порушення кримінального провадження. А відтак вважаємо, що на етапі ініціювання досудового розслідування необхідно запровадити своєрідний процесуальний фільтр, завдяки якому кримінальне провадження буде розпочинатися за діями, які дійсно мають ознаки злочину чи кримінального проступку.

З огляду на висловлене щодо ст. 214 КПК слід в майбутньому при подальшому вдосконаленні цього кримінального процесуального закону:

- 1) передбачити більш детальну регламентацію порядку прийняття, реєстрації заяв, повідомлень та іншої інформації про діяння, передбачені законом України про кримінальну відповідальність;
- 2) встановити строки розгляду їх (але не менше 10 діб);
- 3) передбачити можливість перевірки заяв і повідомлень і визначити процесуальні засоби такої перевірки;

4) передбачити обов'язок службових осіб приймати процесуальне рішення шляхом винесення постанови слідчим або прокурором про початок досудового розслідування або у відмові його;

5) визначити обставини, що виключають досудове розслідування;

6) передбачити право на оскарження до прокурора і слідчого судді рішень про початок досудового розслідування або про відмову в ньому.

### Л і т е р а т у р а

1. Фаринник В. І. Початок досудового розслідування за Кримінальним процесуальним кодексом України / *В. І. Фаринник* // Юридичний вісник України. — 2012. — 16–22 черв. — С. 4.
2. Татаров О. Ю. Початок досудового розслідування за Кримінальним процесуальним кодексом України [Електронний ресурс] / *О. Ю. Татаров*. — Режим доступу : <http://www.dduvs.dp.ua/assets/files/news3/КПК/material.doc>
3. Татаров О. Ю. Досудове провадження в кримінальному процесі України: теоретико-правові та організаційні засади (за матеріалами МВС) : монографія / *О. Ю. Татаров*. — Донецьк : ТОВ «ВПП Промінь», 2012.

### А н о т а ц і я

**Аленін Ю. П. Особливості початку досудового розслідування за новим КПК (позитивні і негативні аспекти).** — Стаття.

Стаття присвячена дослідженню проблем початкового етапу стадії досудового розслідування — нового процесуального інституту, який введений замість існуючої процедури порушення кримінальної справи. Об'єктом дослідження є прогнозовані позитивні та негативні аспекти появи пропонованого новим КПК України процесуального порядку початку досудових розслідувань кримінальних правопорушень.

*Ключові слова:* стадія досудового розслідування, початок розслідування, заяви і повідомлення про правопорушення, Єдиний реєстр досудових розслідувань.

### А н н о т а ц и я

**Аленин Ю. П. Особенности начала досудебного расследования по новому УПК (положительные и отрицательные аспекты).** — Статья.

Статья посвящена исследованию проблем начального этапа стадии досудебного расследования — нового процессуального института, который введен вместо существовавшей процедуры возбуждения уголовного дела. Объектом исследования являются прогнозируемые позитивные и негативные аспекты появления предлагаемого новым УПК Украины процессуального порядка начала досудебных расследований уголовных правонарушений.

*Ключевые слова:* стадия досудебного расследования, начало расследования, заявления и сообщения о правонарушениях, Единый реестр досудебных расследований.

S u m m a r y

***Alenin Y. P. Features of initial stage of pre-trial investigation on a new Criminal Procedure Code (positive and negative aspects).*** — Article.

The article is devoted to research the problems of the initial stage of pre-trial investigation Phase, a new proceeding Institute, that was introduced instead of existed criminal proceedings. The object of research is predicted positive and negative aspects of appearance offered by a new Criminal Procedure Code order of initial stage of pre-trial investigation phase of criminal offenses.

*Keywords:* pre-trial stage, initial stage of investigation, indictment, the Single register of pre-trial investigations.

УДК 343.98

*В. В. Тищенко, А. А. Барцицька***СУЧАСНІ ТЕНДЕНЦІЇ РОЗВИТКУ ПОНЯТІЙНО-КАТЕГОРІАЛЬНОГО АПАРАТУ КРИМІНАЛІСТИКИ**

Інформаційним відображенням рівня розвитку криміналістичної науки є процес постійного вдосконалення її понятійно-категоріального апарату, що відбувається шляхом уточнення існуючих та запровадження нових криміналістично інтерпретованих понять. Науковою проблемою є визначення їх змісту, теоретичного та практичного значення, а головне — місця в термінологічному апараті криміналістичної науки шляхом встановлення зв'язків між ними. Адже з позицій системного підходу мову науки необхідно розглядати не тільки як сукупність мовних знаків, але й сукупність структурних зв'язків між ними, що утворюють їх цілісну систему [1, с. 41].

Результатом досліджень історичного шляху розвитку науки є встановлення особливостей формування її понятійного апарату, що відбувається шляхом асиміляції понять із інших сфер наукових знань [2, с. 48; 3, с. 12]. Визначена тенденція знайшла своє відображення і в криміналістиці. Одним із напрямків розвитку понятійно-категоріального апарату криміналістичної науки є запозичення понять із інших сфер наукових знань. Зокрема, із технічних наук, результатом чого стало становлення категорії «криміналістична техніка». Похідними з військової науки є поняття «тактика», що вже стало традиційним для криміналістичної науки, та поняття «стратегія», що останнім часом досить поширене в криміналістичній літературі та поступово входить у науковий обіг [4, с. 11–18]. Первісний зміст наведених понять становить особливий інтерес, оскільки найбільш вдало відображає сутність процесів, що входять до предмета дослідження криміналістичної науки. Застосування понять із інших сфер наукових знань привносять в криміналістику власний зміст, проте не є механічним їх пристосуванням. Вирішальне значення має експлікація понять відповідно до нового об'єкта дослідження [2, с. 48].

Важливим методологічним завданням на шляху визначення наукового поняття є не тільки з'ясування його змісту, але й співвідношення із суміжними поняттями, виявивши його місце в їх ієрархічній системі. Адже кожне наукове поняття існує в мові науки не ізольовано, само по собі, а лише в системі пов'язаних із ними понять, що належать до одного й того самого предмета вивчення, і лише в цій системі вони набувають свого смислу і значення [5, с. 30–31]. Вихідним положенням у дослідженні понятійно-категоріального апарату будь-якої науки є традиційний поділ його складових елементів за обсягом та ступенем наукової значимості: на терміни, поняття та категорії науки. Останні мають особливе значення як такі, що виявляють внутрішню сутність досліджуваних предметів та носять загальний характер.

Під терміном зазвичай розуміють слово або словосполучення, що достеменно визначає поняття в певній сфері наукового знання [6, с. 4]. Під криміналістичним поняттям розуміють образ, що відображає суттєві ознаки предмета чи явища, що входить у предмет дослідження криміналістичної науки. Найбільш широкі, найбільш значимі для науки і практики поняття криміналістики визначають криміналістичними категоріями [7, с. 42]. Розгалужений понятійно-категоріальний апарат криміналістики не є довершеним, про що свідчить досить високий рівень розвитку науки. На шляху його формування спостерігаються тенденції поступової зміни понятійної форми, зокрема «криміналістичної тактики», що первісно визначалася як «кримінальна тактика», а згодом «слідча тактика», поступово набувши сучасного визначення. Ще одним напрямом розвитку понятійного апарату криміналістики є впровадження нових понять, що зазвичай визначаються через вже існуючу термінологію, у деякому вигляді змінюючи первісний зміст та їх понятійну форму. Вказана тенденція стосується і запровадження в криміналістику поняття «технологія».

Первісно термін «технологія» з'явився в інженерно-технічній сфері. За його допомогою надавався опис процесу переробки сировини, матеріалів, способів виготовлення продукції, що відповідає певним характеристикам (стандартам) за своїм призначенням, функціями, якістю тощо. В подальшому зміст цього поняття поширився на сфери не тільки виробничої, але й суспільної, інтелектуальної діяльності і досліджувався в політології, соціології, праві та інших сферах наукових знань. Взагалі там, де необхідний поетапний і послідовний опис певних дій, застосування відповідних методів, засобів, ресурсів для вирішення складних завдань та отримання відповідного результату.

Необхідним є з'ясування наукового значення, що поступово набуває поняття «технологія» в системі криміналістичної науки на сучасному етапі. Зокрема, В. О. Образцов, визначаючи предмет науки, вказує на пошукові та пізнавальні технології та засоби збирання, перевірки та реалізації суб'єктами кримінального переслідування доказової та орієнтуючої кримінально-релевантної інформації [8, с. 9]. Досить спірним

є віднесення засобів та технологій до предмета науки, що є результатом окремих проявів загальних закономірностей, проте така спроба вказує на підкреслену наукову значимість, що поступово набуває технологія.

О. О. Ексархопуло пропонує розглядати криміналістичну технологію як узагальнюючу категорію для визначення вчення про розслідування та розкриття злочинів: «Криміналістичне вчення про засоби та способи пізнання події злочину (Криміналістична технологія)», що об'єднує традиційні розділи криміналістики [9, с. 108]. Відомі спроби деяких авторів виокремити криміналістично-технологічний підхід у криміналістиці [10, с. 17]. Проникнення технологічного елемента в предметно-об'єктну сферу криміналістичної науки та її узагальнюючий характер свідчать про набуття вказаним питанням методологічного значення, що створює основу для зведення «технології» до категорії криміналістичної науки.

Так, В. О. Образцов наводить структуровану систему криміналістичних категорій: загального, особливого та окремого рівнів. Найбільш загальний рівень для криміналістичної науки поданий категоріями, які мають загальне наукове значення, відображають явища, процеси, предмети, формуючи загальну характеристику феномена, що визначається предметом науки. Криміналістичну технологію автор відносить до категорій «загального рівня», що відіграє особливу роль та має значення для всіх розділів та напрямів криміналістики [8, с. 74]. На нашу думку, позиція автора заслуговує на увагу, адже має такі передумови: по-перше, саме виникнення поняття «технологія» в криміналістиці не є випадковим «віянням часу», про що свідчить його фактичне існування в інших понятійних формах та складний шлях його поступового формування, що є скоріше приведенням у відповідність наявного змісту до сучасної форми вираження; по-друге, значний науковий інтерес дослідників до криміналістичної технології, що зумовлений не тільки насправді перспективним напрямом наукових досліджень, але й практичною необхідністю запровадження нових механізмів управління та організації, пошуку оптимальних форм інформаційного дослідження в різних сферах криміналістичної діяльності. Все це спонукало до виокремлення категорії «криміналістична технологія», що має особливе теоретичне та практичне значення для окремих напрямів криміналістичних досліджень та науки в цілому.

З'ясовуючи наукову значимість криміналістичної технології та її статус в системі понять криміналістики, необхідно також враховувати загальний критерій категоріальності наукових понять, яким виступає детермінована потребами практики необхідність їх використання для розвитку наукового знання, фундаментальність їх логіко-гносеологічної і методологічної ролі в пізнанні, що пов'язана з високим рівнем узагальнення в них явищ дійсності, їх властивостей та відносин [11, с. 88]. Криміналістична технологія як категорія криміналістичної науки має загальне наукове значення для всіх розділів криміналістики, про що свідчить виокремлення самостійних напрямків наукового дослідження

технологій відповідно до традиційної системи криміналістики: у системі загальнотеоретичних положень, криміналістичної техніки, криміналістичної тактики та криміналістичної методики.

Не менш важливим є те, що проникнення криміналістичної технології у всі розділи криміналістики не обмежується загальними теоретичними положеннями, а виявляється й у суто прикладних аспектах. Закономірним наслідком такого виявлення є виділення криміналістичної технології в системі експертної діяльності, вирішення окремих завдань та діяльності з розслідування злочинів у цілому. Разом із тим неоднозначність розуміння поняття «криміналістична технологія» є значною перешкодою на шляху систематизації наукових знань та їх подальшого практичного застосування.

Поняття «технологія» носить міждисциплінарний характер, адже знаходить своє місце не тільки в технічній сфері, але й в системі суспільних наук. Використання поняття «технологія» досить влучно відображає сутність та провадження чітко регламентованих процесів шляхом поступової їх реалізації. Разом із тим необхідно враховувати і сферу його практичного застосування, що неминуче привносить специфічний зміст, тим самим корегуючи традиційне розуміння деяких понять. Отже, завдання полягає в тому, щоб правильно сформулювати поняття, яке адекватно виражає сутність предмета дослідження конкретної науки [12, с. 407–408].

У сучасній літературі подані різні підходи до розуміння змісту поняття «технологія» в системі криміналістики, що обмежуються визначенням лише певних орієнтирів. Зокрема, у криміналістичному розумінні технологія визначається як найбільш доцільний та ефективний спосіб здійснення деяких трудових операцій у певній послідовності [13, с. 84–85], вказується на опис технології (програми) виконання слідчих дій та прийняття процесуальних рішень [14, с. 140]. Також поширеним є визначення сутності технології в різних криміналістичних аспектах. Так, А. В. Шмонін, вирішуючи методологічні проблеми криміналістичної методики, наголошує на технології розслідування злочинів як функціонально обумовленої впорядкованої сукупності дій (діяльності), забезпечених необхідними ресурсами, що реалізуються відповідним суб'єктом у процесі розслідування злочинів [15, с. 365]. В. О. Юматов, досліджуючи технологічні та організаційні аспекти оптимізації діяльності спеціалістів та експертів у кримінальному судочинстві, здійснив спробу визначити зміст криміналістичної технології як нерозривно пов'язаного комплексу послідовних процедур, які виконуються нормативно зафіксованими способами дій з метою досягнення запланованої ефективності в діяльності з виявлення та розслідування злочинів [10, с. 28].

Попри значну увагу окремих науковців до криміналістичної технології, питання щодо її сутності, а головне — місця в системі криміналістики не можна вважати вирішеними. Зрештою, специфікою наукового пізнання є цілеспрямований характер, що обумовлено його предметом,

а отже, певним аспектом дослідження. Отже, будь-яка спроба охопити неосяжне неминуче призводить до деякої неповноти дослідження, зокрема щодо визначення криміналістичної технології, цього багатогранного та складного явища. Так, існує ціла низка проблем, що постають на шляху з'ясування сутності та значення поняття «технологія» на сучасному етапі розвитку науки. Пов'язане це як із об'єктивними чинниками, так і суто суб'єктивним сприйняттям окремими дослідниками нової для криміналістики дефініції. Особливо гостро зазначена проблема постає у світлі сучасних тенденцій щодо надмірної теоретизації окремих положень криміналістики, що супроводжується необгрунтованою підміною понять, у зв'язку з чим цілком вірно наголошується, що технічна заміна одного поняття на інше із збереженням того самого змісту не вирішує проблеми по суті, адже криміналістичним завданням є не технічна заміна поняття, а вирішення наукових проблем [15, с. 162]. Водночас варто погодитись із тим, що цілком виправданим є впровадження нових термінів у мову науки, що виражають новий зміст, для того щоб виключити небажані асоціації, неминучі при вживанні навіть уточнених слів повсякденної мови [1, с. 66].

Запровадження в понятійний апарат науки нового терміна завжди супроводжується неоднозначністю його розуміння та застосування в науковій літературі. Характерною ознакою цих процесів є ототожнення нововведених термінів, що дозволяє дослідникам виявити нові смислові грані вже відомих, традиційних понять. Разом із тим, однак, це вносить деяку плутанину та врешті призводить до їх невизначеності. Так, слід погодитись із думкою Д. В. Зотова щодо недоцільної підміни вже існуючих у науці категорій методу, методики, прийому, способу терміном «технологія», «довільне застосування якого не має під собою змістовної основи, а також не враховує історичної спадковості виникнення визначеної дефініції» [16, с. 85]. Нерідко технологію в криміналістиці ототожнюють із криміналістичною методикою процесу розслідування і тактикою слідчих дій, що здійснюються за умов відсутності протидії [13, с. 84–85], підкреслюючи тим самим операційний аспект виконання певних процедур.

На шляху з'ясування природи криміналістичної технології були зроблені спроби її відокремлення та визначення, що знову ж таки зводилось до утворення так званого замкненого кола, яке передбачає формулювання поняття через суміжні терміни та визначення, без належного їх розмежування та наукового обґрунтування [17, с. 225]. Отже, основні умови логічної правильності визначення поняття дотримуються не завжди, про що свідчить наступне формулювання. Так, Н. А. Замараєва визначає інформаційні технології як сукупність методів та засобів реалізації інформаційних процесів у різних сферах діяльності людини на базі електронно-обчислювальної техніки, засобів телекомунікації та систем зв'язку [18, с. 15]. Наведене визначення, звісно, не сприяє з'ясуванню сутності технології, значно обмежуючи її зміст навіть у суто про-



цедурному аспекті щодо застосування певних технічних засобів. Взагалі, визначення наукового поняття завжди є важким завданням, оскільки воно повинно в лаконічному вигляді виразити основну сутність та зміст досліджуваного об'єкта, дати формулювання критеріїв відмінності його від інших об'єктів [19, с. 445]. Також необхідно враховувати загальне визначення понять «метод», «спосіб», «прийом», що найчастіше застосовуються для визначення технології, підкреслюючи таким чином її функціональне призначення.

Попри усвідомлення практичної значимості поняття «технологія» та досить широке його застосування в науково-теоретичній літературі, до цього часу відсутнє його визначення, єдиний підхід до розуміння, а як наслідок — неозначене місце в системі криміналістичної науки. Зазначена проблема поглиблюється і тим, що більшість авторів застосовують поняття «технологія» в загальному семантичному значенні для визначення певного процесу, процедури виконання послідовних дій тощо. Зокрема, використання поняття «технологія» в навчальному посібнику за редакцією М. І. Єнікеева, В. О. Образцова, В. Є. Емінова обмежується лише змістовною назвою: «Слідчі дії: психологія, тактика, технологія» [20], що вказує вочевидь на технологічний характер слідчої діяльності, проте жодних пояснень щодо змісту та сфери застосування даного поняття автори не надають.

Окрім цього, технологія в більшості робіт носить очевидно допоміжний характер для опису операційного аспекту виконання окремих дій. Дещо звужений підхід перешкоджає з'ясуванню його криміналістичного змісту, адже сфера застосування будь-якого поняття впливає на його розуміння в залежності від конкретного предмета дослідження. Так, визначення технології вже не обмежується сукупністю виробничих процедур, що, однак, у загальному вигляді знаходить своє місце й нині.

Виникнення технологічного підходу в криміналістиці обумовлено всім ходом розвитку криміналістики та відповідає загальним закономірностям перетворення науки на певних історичних етапах. Основоположними законами розвитку криміналістики є: зв'язок та спадкоємність між існуючими та виникаючими криміналістичними концепціями; активне творче пристосування для цілей судочинства досягнень інших наук; обумовленість криміналістичних рекомендацій потребами практики боротьби із злочинністю та її вдосконалення на основі криміналістичних досягнень та прискорення темпів розвитку криміналістичної науки в умовах науково-технічного прогресу [21, с. 248–263].

Безперервний процес накопичення наукових знань криміналістики забезпечує її подальший розвиток, у процесі якого виникнення кожної «нової» наукової ідеї є логічним наслідком розвитку існуючих положень та науки в цілому. Підхід до розуміння тих чи інших положень, здавалось би традиційних для криміналістики, зазнає поступових змін, доповнюється, уточнюється та згодом приводиться у відповідність до рівня розвитку науки на певному її етапі.

Шлях становлення технологічної концепції в криміналістиці досить довготривалий, про що свідчить існування її зав'язок ще на ранніх етапах розвитку науки. Формування сучасного уявлення про криміналістичну технологію як новітній напрям наукових досліджень, разом із тим, засновується на масиві традиційних положень криміналістики. Так, розвиток концепції алгоритмізації та програмування, широке застосування моделювання в криміналістиці стало поштовхом до появи технологічного підходу, що на сучасному етапі зазнає поступового поширення у всіх напрямках криміналістичних досліджень. І все ж технологічний підхід — це якісно нова форма наукового пізнання та функціонування складних систем — злочинної діяльності та діяльності з розслідування злочинів. Саме якісними перетвореннями їх структур на сучасному етапі зумовлена необхідність створення нового підходу щодо їх дослідження. Зазначене положення відповідає основним положенням закону розвитку криміналістики, що полягає в обумовленості криміналістичних рекомендацій потребами практики боротьби із злочинністю та удосконаленні практики на основі криміналістики [22, с. 58–61]. Перспективи розвитку і застосування технологічного підходу в криміналістиці можуть бути відображені як в теоретичному, так і в практичному аспектах. В теорії криміналістики технологічний підхід використовується для вдосконалення й уточнення предмета криміналістичної науки, змісту її розділів — криміналістичної техніки, криміналістичної тактики та криміналістичної методики розслідування. У сфері практичної діяльності слід виходити з фактичної технологізації як криміналістичної (слідчої, експертної), так і злочинної діяльності. Застосування технологічного підходу дає змогу системно підійти до вдосконалення процесу вирішення криміналістичних завдань з виявлення, розслідування злочинів та викриття всіх винних осіб.

Розвиток технологічної концепції зумовлений потребами практики та відповідає основним напрямам наукових досліджень у криміналістиці, досягнення яких покликані оптимізувати боротьбу із злочинністю [23, с. 103–119]. Спостерігається зворотний зв'язок науки та практики, що полягає в їх двосторонньому впливі та взаємному вдосконаленні, а як наслідок — процес постійного вдосконалення понятійно-категоріального апарату криміналістичної науки шляхом уточнення понятійної форми деяких категорій та появи нових понять. Проникненню «технології» в криміналістичну науку передувало початкове формування її понятійної форми у виробничій сфері та подальше поширення щодо соціальних процесів у педагогіці, соціології, психології тощо. Зазначена тенденція є проявом загального закону інтеграції та диференціації наукових знань, що забезпечує постійний розвиток криміналістики та її поповнення новим знанням як відкритої системи, що активно розвивається. Закономірним наслідком цього є активний процес пристосування досягнень різних наук, що відповідає основній функції криміналістики — забезпеченню практики ефективним комплексом засобів, методів та прийомів боротьби із злочинністю.

Л і т е р а т у р а

1. Штофф В. А. Проблемы методологии научного познания : монография / *В. А. Штофф*. — М. : Высш. шк., 1978. — 269 с.
2. Стефанов Н. Общественные науки и социальная технология / *Н. Стефанов*; под общ. ред. В. Г. Шорина. — М. : Прогресс, 1976. — 252 с.
3. Лазарев Ф. В. Структура познания и научная революция / *Ф. В. Лазарев, М. К. Трифонова*. — М. : Высш. шк., 1980. — 127 с.
4. Зорин Г. А. Криминалистическая методология / *Г. А. Зорин*. — Минск : Амадея, 2000. — 608 с.
5. Блауберг В. В. Системный подход: предпосылки, трудности, проблемы / *В. В. Блауберг, В. Н. Садовский, Э. Н. Юдин*. — М., 1969. — 48 с.
6. Гаврилин Ю. В. Криминалистика в понятиях и терминах : учеб. пособие / *Ю. В. Гаврилин, А. Ю. Головин, И. В. Тишутина*; под ред. А. Ю. Головина. — М. : Книжный мир, 2006. — 384 с.
7. Криминалистика. В 3 т. Т. 1. История, общая и частные теории / под ред. Р. С. Белкина, В. Г. Коломацкого, И. М. Лузгина. — М. : Акад. МВД России, 1995. — 280 с.
8. Образцов В. А. Криминалистика : парные категории / *В. А. Образцов*. — М. : Юрлитинформ, 2007. — 296 с.
9. Эксархопуло А. А. Предмет и система криминалистики: проблемы развития на рубеже XX—XXI веков / *А. А. Эксархопуло*. — СПб. : Изд-во СПбГУ, 2004. — 112 с.
10. Юматов В. А. Технологические и организационные аспекты оптимизации деятельности специалистов и экспертов в уголовном судопроизводстве : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / *В. А. Юматов*. — Н. Новгород, 2006. — 190 с.
11. Готт В. С. Категории современной науки (становление и развитие) / *В. С. Готт, Э. П. Семенюк, А. Д. Урсул*. — М. : Мысль, 1984. — 268 с.
12. Глушков В. М. О гносеологических основах математизации наук / *В. М. Глушков*. — М., 1966. — 446 с.
13. Белкин Р. С. Криминалистика: проблемы сегодняшнего дня (злободневные проблемы российской криминалистики) / *Р. С. Белкин*. — М. : НОРМА-ИНФРА-М, 2001. — 240 с.
14. Винберг А. И. Криминалистическая экспертиза в советском уголовном процессе / *А. И. Винберг*. — М., 1956. — 220 с.
15. Шмонин А. В. Методология криминалистической методики : монография / *А. В. Шмонин*. — М. : Юрлитинформ, 2010. — 416 с.
16. Зотов Д. В. Уголовно-процессуальное доказывание и научно-технические достижения: теоретические проблемы : монография / *Д. В. Зотов*. — Воронеж : Изд-во Воронеж. гос. ун-та, 2005. — 200 с.
17. Войшвилло Е. К. Понятие как форма мышления: логико-гносеологический анализ / *Е. К. Войшвилло*. — М. : Изд-во МГУ, 1989. — 239 с.
18. Замараева Н. А. Правовые и организационно-методические проблемы использования компьютерных технологий при производстве судебных экспертиз : дис. ... канд. юрид. наук / *Н. А. Замараева*. — М., 2001. — 205 с.
19. Философский энциклопедический словарь. — М. : Сов. энцикл., 1989. — 815 с.
20. Еникеев М. И. Следственные действия: психология, тактика, технология : учеб. пособие / *М. И. Еникеев, В. А. Образцов, В. Е. Эминов*. — М., 2007. — 216 с.
21. Белкин Р. С. Курс криминалистики. В 3 т. Т. 1. Общая теория криминалистики / *Р. С. Белкин*. — М., 1997. — 408 с.
22. Криминалистика : учеб. для вузов / *Т. В. Аверьянова, Р. С. Белкин, Ю. Г. Корухов* [и др.]; под ред. Р. С. Белкина. — М. : НОРМА-ИНФРА-М, 2000. — 990 с.
23. Іщенко А. В. Методологічні проблеми криміналістичних наукових досліджень / *А. В. Іщенко*; за ред. І. П. Красюка. — К., 2003. — 359 с.

**А н о т а ц і я**

**Тищенко В. В., Барцицька А. А.** Сучасні тенденції розвитку понятійно-категоріального апарату криміналістики. — Стаття.

У статті досліджено основні напрямки розвитку понятійно-категоріального апарату криміналістики на сучасному етапі. Розглянуто тенденцію технологізації та визначено місце категорії «криміналістична технологія» в понятійному апараті криміналістики. Обґрунтовано історичну обумовленість технологічного підходу в криміналістиці, виникнення якого відповідає загальним законам та пріоритетним напрямкам розвитку науки.

*Ключові слова:* понятійно-категоріальний апарат, криміналістична технологія, технологічний підхід.

**А н н о т а ц и я**

**Тищенко В. В., Барцицкая А. А.** Современные тенденции развития понятийно-категориального аппарата криминалистики. — Статья.

В статье исследованы основные направления развития понятийно-категориального аппарата криминалистики на современном этапе. Рассмотрена тенденция технологизации и определено место категории «криминалистическая технология» в понятийном аппарате криминалистики. Обоснована историческая обусловленность технологического подхода в криминалистике, возникновение которого соответствует общим законам и приоритетным направлениям развития науки.

*Ключевые слова:* понятийно-категориальный аппарат, криминалистическая технология, технологический подход.

**S u m m a r y**

**Tishchenko V. V., Bartsitskaya A. A.** Current trends of development in the conceptual-categorical system of criminalistics. — Article.

In article the main directions of development of the conceptual and categorial device of criminalistics at the present stage are investigated. The tendency of technology is considered and the category place «criminalistic technology» in the conceptual device of criminalistics is defined. It is proved historical conditionality of a technological approach in the criminalistics which emergence corresponds to the general laws and the priority directions of development of a science.

*Keywords:* conceptual-categorical apparatus, criminalistic technology, technological approach.

УДК 343.222:340.134(477)

*О. В. Козаченко*

## **КУЛЬТУРО-АНТРОПОЛОГІЧНА КОНЦЕПЦІЯ ЗАХОДІВ ЗДІЙСНЕННЯ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОГО ВПЛИВУ**

Сучасний стан розвитку кримінального права визначається пошуком ефективних форм впливу на поведінку особи, яка вчинила як злочинне, так і об'єктивно неправомірне діяння. В умовах сьогодення кримінальне законодавство характеризується певним різноманіттям правових прийомів і способів впливу з метою кари, виправлення, попередження злочинної діяльності. У той же час подальшого дослідження вимагають заходи впливу, орієнтовані на перевиховання, надання медичної допомоги і лікування особи, здійснення реституційно-компенсаційного впливу, підвищення ефективності превентивно-профілактичної діяльності, умовленості здійснення реабілітаційно-заохочувального впливу. За таких умов існує необхідність комплексного теоретичного дослідження системи кримінально-правових заходів на засадах культурологічної методології.

Кримінально-правова наука робить перші кроки у напрямку розбудови теоретично обґрунтованої системи кримінально-правових заходів, яка, з одного боку, здатна забезпечити необхідний і достатній вплив на кримінальні практики в різноманітних формах їх прояву, а з іншого — відповідає принципам функціонування правової та соціальної держави.

Ступінь розробленості проблеми визначення змісту системи кримінально-правових заходів визначають праці вітчизняних і зарубіжних науковців, а саме: Л. В. Багрій-Шахматова [1], Б. Т. Базилева [2], Ю. В. Бауліна [3], В. О. Глушкова [4], В. В. Голіні [5], В. К. Грищука [6], Т. А. Денисової [7], О. М. Костенка [8], М. І. Панова [9], А. А. Піонтовського [10], С. В. Познишева [11], О. Л. Ременсона [12], Є. Л. Стрельцова [13], М. О. Стручкова [14], К. А. Сича [15], В. Я. Тація [16], В. О. Тулякова [17], П. Л. Фріса [18], М. І. Хавронюка [19], Н. М. Ярмиш [20] та багатьох інших, які досліджували кримінально-правові властивості заходів впливу на особу, що вчинила злочинне діяння.

Формування нової концептуальної моделі системи кримінально-правових заходів вимагає розширення методологічних засад кримінально-правових досліджень, що віддзеркалюють об'єктивні закономірності сучасного наукового пошуку. Відомо, що позитивізм як підґрунтя наукових досліджень поступається місцем гуманітарній методології. Значного поширення набувають культуро-антропологічні підходи до дослідження правових реалій, відповідно до яких антропологічний вимір дає можливість пояснити феномен правових установлень, а культурологічний вимір дозволяє звернутися до особистості та діяльності людини як учасника суспільних процесів. Представляється, що перспективи розвитку кримінального права пов'язані з поширенням культуро-антропологічної концепції, яка, у контексті застосування кримінально-правових заходів, вимагає зосередження на правах і свободах усіх учасників суспільних відносин, незалежно від їх кримінально-правового статусу — правопорушник, потерпіла особа або треті особи — та мають особистий інтерес в умовах здійснення кримінально-правового впливу.

Культуро-антропологічна методологія забезпечує підґрунтя для визначення кримінально-правових заходів як системи прийомів і способів примусового та реабілітаційно-заохочувального впливу держави на кримінальні практики, правомірну поведінку, детерміновані культурним середовищем, яке склалося в конкретно-історичних умовах.

Формування сучасної системи кримінально-правових заходів в Україні має здійснюватися на умовах забезпечення балансу між публічними і приватними засадами регулювання кримінально-правового конфлікту з метою застосування такого впливу, який є необхідною і достатньою реакцією з боку держави, що спрямована на відновлення соціальної справедливості і характеризується гуманним ставленням до особи, яка вчинила злочин або допустила об'єктивно неправомірну поведінку, враховує зацікавленість потерпілої сторони в усуненні заподіяної шкоди, відшкодуванні завданих збитків і відновленні порушених прав, урахуове інтереси інших осіб, суспільства, держави.

Визначення соціальної справедливості як мети застосування системи кримінально-правових заходів вимагає звернення до характеристики цього поняття в контексті здійснення кримінально-правового впливу. Загальновідомо, що соціальна справедливість представляє собою основний елемент соціальних відносин, який є похідним від рівних і справедливих можливостей кожної людини по реалізації власного потенціалу. З юридичної точки зору, соціальна справедливість розглядається як відповідність між правами та обов'язками, між діями та відданням, між працею та винагородою.

З кримінально-правової точки зору соціальна справедливість характеризується відповідністю між протиправними діями і примусовими заходами кримінально-правового впливу, між правомірною постзлочинною поведінкою і реабілітаційно-заохочувальними заходами, між заподіяними збитками та заходами по їх відшкодуванню.

Соціальна справедливість в контексті культуро-антропологічного виміру є більш складним явищем, ніж у традиційному розумінні відповідності між злочином і покаранням. Культуро-антропологічна концепція кримінально-правових заходів вимагає зосередження уваги на трьох напрямках забезпечення відповідності. По-перше, відповідність між суспільно небезпечним діянням і примусовими кримінально-правовими заходами, які застосовуються до особи, що його вчинила. По-друге, відповідність між шкодою, завданими збитками і заходами реституційно-компенсаційного характеру. По-третє, відповідність між інтересами людини, суспільства і держави.

У зв'язку з необхідністю застосування різнорівневого і різноспрямованого впливу з метою забезпечення (відновлення) стану соціальної справедливості і повинна йти мова про визначення сукупності кримінально-правових заходів як узгодженої системи прийомів і способів впливу.

Представляється, що кримінально-правові заходи утворюють багатоколіїну (в сучасних умовах розвитку кримінального права може йти мова про чотири напрямки або «колії»: покарання, безпека, реституція, заохочення) систему заходів кримінально-правового впливу, до якої можуть бути включені: система покарання і судимість, система інших заходів (позбавлених ознак кари) як примусових: примусові заходи медичного характеру, примусові заходи виховного характеру, примусове лікування; спеціальні кримінально-правові заходи, реституційно-компенсаційні кримінально-правові заходи; превентивний та профілактичний нагляд, так і позбавлених ознак державного примусу: заходи реабілітаційно-заохочувального впливу.

Культуро-антропологічний підхід до аналізу покарання поряд із нормативно-доктринальним підходом до його визначення, який орієнтує на дослідження змістовних характеристик покарання у їх статичному стані, та поглядом на кримінальне покарання у його соціологічному значенні, який дає можливість акцентувати увагу на динамічному процесі впливу на осередки соціальної структури, акцентує увагу на відповідності покарання цивілізаційному розвитку суспільства із визнанням людини, її прав та фундаментальних свобод як єдиної міри оцінки ефективності покарання.

Примусові заходи медичного характеру являють собою примусовий вплив на особу, яка вчинила суспільно небезпечне діяння, передбачене Особливою частиною КК України, у стані неосудності, обмеженої осудності, та особу, яка вчинила злочин у стані осудності, але захворіла на психічну хворобу до постановлення вироку або під час відбування покарання, який здійснюється у формі надання психіатричної допомоги амбулаторно або поміщення особи до психіатричної установи виключно за рішенням суду, винесеного на дискреційних засадах. З позиції культуро-антропологічного виміру це є актом гуманного ставлення до особи з відмовою від застосування кримінального покарання та лікування особи за рахунок держави.

Примусові заходи виховного характеру в культуро-антропологічному вимірі являють собою застосовувані на альтернативних засадах примусові прийоми і способи впливу, що призначаються судом особі, яка не досягла повноліття, з метою здійснення її юридичного перевиховання й попередження можливості вчинення злочинного діяння у майбутньому. Уявляється, що застосування примусових заходів виховного характеру до осіб, які вчинили суспільно небезпечне діяння у віці від одинадцяти років до досягнення віку кримінальної відповідальності, не повинно мати кримінально-правового характеру і тому відповідні заходи підлягають виключенню із системи заходів кримінально-правового впливу.

Примусове лікування є особливим видом додаткового кримінально-правового заходу примусового характеру, який застосовується судом на дискреційних засадах до особи, що вчинила злочин або об'єктивно неправомірне діяння і має хворобу, яка становить небезпеку для інших осіб, шляхом надання медичної допомоги, необхідної і достатньої в конкретних умовах, що є актом гуманного ставлення як до особи, яка вчинила злочин, так і до інших осіб, захист інтересів яких є завданням кримінального закону.

Спеціальними кримінально-правовими заходами слід визнавати окремі прийоми і способи здійснення кримінально-правового впливу, які застосовуються судом як разом, так і окремо від покарання, до особи, що вчинила злочин або об'єктивно неправомірне діяння з метою попередження можливості вчинення діяння у майбутньому. До спеціальних кримінально-правових заходів може бути віднесено: спеціальну конфіскацію: 1) гроші, цінності та майно, які були здобуті злочинним шляхом у процесі вчинення злочинів або об'єктивно неправомірних діянь, або їх грошовий еквівалент; 2) предмети, які використовувалися як знаряддя, обладнання та інші засоби вчинення злочину або об'єктивно неправомірних діянь; позбавлення спеціального права з використанням якого або із зловживанням яким було вчинено злочин або об'єктивно неправомірне діяння.

Під реституційно-компенсаційними кримінально-правовими заходами слід розуміти примусові заходи індивідуального характеру, які застосовуються в судовому порядку з метою усунення заподіяної шкоди, відшкодування завданих збитків або відновлення порушених прав, тобто подолання тих суспільно небезпечних наслідків, які утворилися в результаті вчинення злочинного або об'єктивно неправомірного діяння.

Кримінально-правові заходи з превентивно-профілактичним змістом являють собою різновид соціально-профілактичної примусової діяльності, яка має індивідуальний характер і здійснюється щодо осіб, які відбули покарання до зняття або погашення судимості, з метою попередження вчинення вказаними особами злочинів.

Реабілітаційно-заохочувальні заходи являють собою систему прийомів і способів впливу на поведінку особи, яка вчинила злочин, з метою спонукання особи до соціально позитивної поведінки шляхом по-



м'якшення або відмови від застосування примусового кримінально-правового впливу, за виключенням заходів, які мають реституційно-компенсаційний характер.

Системоутворюючими ознаками вказаних кримінально-правових заходів слід визнати такі їх характеристики. По-перше, їх нормативна визначеність у спільному для них акті — Кримінальному кодексі України. По-друге, підставами застосування виступає доведеність факту вчинення особою суспільно небезпечного діяння, передбаченого кримінальним законом як злочину. Такі діяння характеризуються протиправним і одночасно аморальним характером, тобто посягають на охоронювану законом систему соціальних цінностей, яка склалася як результат генезису культури суспільства, підтвердила свою соціальну та етнокультурну цінність і за своєю природою допускає застосування охоронної функції кримінального права. При цьому система кримінально-правових заходів визначається не тільки особливостями об'єктів захисту, але й сама формується на засадах апробованої доцільності, відповідності ментальним, у тому числі і культурним, особливостям розвитку українського суспільства.

По-третє, їм притаманні загальні для них властивості об'єктивного і суб'єктивного характеру. Суттєвою характеристикою кримінально-правових заходів є обумовлена рівнем національної культури і встановлена кримінальним правом міра соціальної справедливості, яка реалізується в досягненні цілей застосування кримінально-правових заходів. Змістовні властивості кримінально-правових заходів визначаються як об'єктивними, так і суб'єктивними ознаками. Зокрема, слід враховувати, що суб'єктний склад кримінально-правових заходів відрізняється від суб'єктного складу кримінальної відповідальності на підставі можливості застосування інших кримінально-правових заходів до осіб, у яких є відсутніми необхідні ознаки суб'єкта злочину. Об'єктивна характеристика кримінально-правових заходів визначається соціальною обґрунтованістю включення окремого кримінально-правового заходу до системи правових заходів впливу на поведінку особи, яка визначається соціальною доцільністю та необхідністю. Суб'єктивна складова змісту кримінально-правових заходів визначається обов'язком особи, до якої вони застосовуються, зазнати функціонального впливу кримінально-правових заходів і виконати усі вимоги закону, які належать до порядку їх застосування.

По-четверте, специфічною є система цілей застосування кримінально-правових заходів. Зокрема, страждання в цивілізованому суспільстві не можуть бути способом регулювання соціальних практик, навіть за умови, що така мета, як кара, є нормативно визначеною і щодо її існування проголошується соціальна доцільність. Поряд із карою до загальних цілей кримінально-правових заходів належать виправлення та перевиховання, які знаходяться між собою в органічній єдності, оскільки для досягнення цілей виправлення використовується перевиховний вплив як

у процесі безпосереднього застосування кримінально-правових заходів виховного призначення (примусові заходи виховного характеру), так і в процесі застосування покарання. Особливою метою кримінально-правових заходів слід визнати надання медичної допомоги як способу зменшення деструктивного потенціалу злочинних проявів, яка полягає в застосуванні до особи, яка вчинила діяння, передбачене Особливою частиною КК України, і має ознаки психіатричного або іншого захворювання, що становить небезпеку для оточуючого середовища, системи примусових заходів лікувального або відновлювального характеру, пов'язаних з наданням психіатричної, венерологічної, наркологічної, терапевтичної допомоги, які не мають характеру покарання і застосування яких здійснюється виключно на підставі судового рішення у формі вироку, постанови або ухвали, за наявності медичного показання для надання такої допомоги. Дослідження реституційних цілей здійснення кримінально-правового впливу свідчить, що існує два кардинально протилежних підходи, перший з яких характеризується визнанням єдиної форми реституції в межах кримінального права — відшкодування заподіяної шкоди потерпілій стороні (цивільний позов у кримінальному процесі), другий — відшкодування заподіяної шкоди шляхом призначення покарання. Запропоновано поєднання двох вказаних підходів шляхом нормативного визначення можливості застосування інших кримінально-правових заходів примусового й одночасно реституційно-компенсаційного характеру із збереженням можливості застосування позовного порядку усунення заподіяної шкоди, відшкодування завданого збитку та відновлення порушених прав.

По-п'яте, здатність реалізовувати різні види функцій з метою досягнення поставлених позитивних, соціально значущих цілей.

Таким чином, культуро-антропологічна концепція формує підґрунтя для визнання кримінально-правових заходів як узгодженої системи прийомів і способів здійснення кримінально-правового впливу, необхідного і достатнього в умовах забезпечення балансу інтересів людини, суспільства і держави.

#### Л і т е р а т у р а

1. Багрий-Шахматов Л. В. Социально-правовые проблемы уголовной ответственности и форм ее реализации / Л. В. Багрий-Шахматов. — О.: ООО «Дизайн и полиграфия», 2000. — 566 с.
2. Базылев Б. Т. Ответственность в советском праве / Б. Т. Базылев. — Красноярск: Изд-во Краснояр. ун-та, 1985. — 110 с.
3. Баулін Ю. Кримінальна відповідальність: сутність, зміст та правова форма / Ю. Баулін // Вісник академії правових наук України. — 2003. — № 2–3. — С. 626–633.
4. Глушков В. О. Актуалізація проблеми вдосконалення законодавства України про оперативно-розшукову діяльність / В. О. Глушков // Вісник Вищої ради юстиції. — 2011. — № 2. — С. 42–56.

5. Голина В. В. Криминологическая профилактика, предотвращение и пресечение преступлений : учеб. пособие / В. В. Голина. — К. : УЖ ВО при Минвузе УССР, 1989. — 72 с.
6. Гришук В. К. Кодифікація кримінального законодавства України: проблеми історії і методології / В. К. Гришук. — Л. : Світ, 1992. — 165 с.
7. Денисова Т. А. Покарання: кримінально-правовий, кримінологічний та кримінально-виконавчий аналіз : монографія / Т. А. Денисова ; Ін-т права ім. В. Сташиса Класич. приват. ун-ту. — Запоріжжя, 2007. — 287 с.
8. Костенко О. Злочин і відповідальність за нього у світлі соціального натуралізму (щодо соціально-натуралістичної доктрини кримінального правознавства) / О. Костенко // Право України. — 2010. — № 9. — С. 31–39.
9. Панов М. Безпека як фундаментальна ознака категорія в методології правознавства (до постановки проблеми) / М. Панов, В. Тихий // Вісник Академії правових наук України. — 2000. — № 3. — С. 10–16.
10. Пионтковский А. А. Учение о преступлении по советскому уголовному праву / А. А. Пионтковский. — М. : Госюриздат, 1963. — 668 с.
11. Познышев С. В. Учение о карательных мерах и мере наказания / С. В. Познышев. — М., 1906. — 181 с.
12. Ременсон А. Л. Некоторые вопросы теории советского исправительно-трудового законодательства / А. Л. Ременсон // Советское государство и право. — 1964. — № 1. — С. 93–94.
13. Стрельцов Є. Деякі роздуми про правову сутність та соціальні завдання кримінального права / Є. Стрельцов // Право України. — 2010. — № 9. — С. 102–109.
14. Стручков Н. А. Уголовная ответственность и ее реализация в борьбе с преступностью / Н. А. Стручков. — Саратов : Изд-во Саратов. ун-та, 1978. — 288 с.
15. Сыч К. А. Уголовное наказание: теоретико-методологические проблемы / К. А. Сыч. — Рязань, 2001. — 210 с.
16. Тацій В. Людина і права держава: проблеми взаємовідносин і взаємодії / В. Тацій // Вісник Академії правових наук України. — 2008. — № 2. — С. 3–12.
17. Туляков В. А. Виктимология: социальные и криминологические проблемы : монография / В. А. Туляков. — О. : Юрид. л-ра, 2000. — 336 с.
18. Фріс П. Л. Кримінально-правова політика Української держави: теоретичні, історичні та правові проблеми / П. Л. Фріс. — К. : Атіка, 2005. — 332 с.
19. Хавронюк М. Види кримінальних покарань: досвід європейських держав / М. Хавронюк // Прокуратура. Людина. Держава. — 2005. — № 3. — С. 95–102.
20. Ярмиш Н. Характеристика проявів волі у необережній бездіяльності при скоєнні злочину / Н. Ярмиш // Вісник національної академії прокуратури України. — 2009. — № 1. — С. 55–61.

#### А н о т а ц і я

**Козаченко О. В.** Культуро-антропологічна концепція заходів здійснення кримінально-правового впливу. — Стаття.

Досліджуються питання визначення змісту і структури системи заходів кримінально-правового впливу, який застосовується за умови вчинення кримінального правопорушення з позиції виділення культуро-антропологічних властивостей. З метою забезпечення балансу інтересів людини, суспільства і держави обґрунтовується необхідність збільшення кількості як примусових, так і заохочувальних кримінально-правових заходів.

*Ключові слова:* система кримінально-правових заходів, культуро-антропологічна методологія, кримінальне покарання, спеціальні кримінально-правові заходи.

**А н н о т а ц и я**

***Козаченко А. В.* Культуро-антропологическая концепция мер осуществления уголовно-правового воздействия. — Статья.**

Исследуются вопросы определения содержания и структуры системы мер уголовно-правового воздействия, которые применяются при условии совершения уголовного правонарушения с позиции выделения культуро-антропологических свойств. С целью обеспечения баланса интересов личности, общества и государства обосновывается необходимость увеличения количества как принудительных, так и поощрительных уголовно-правовых мер.

*Ключевые слова:* система уголовно-правовых мер, культуро-антропологическая методология, уголовное наказание, специальные уголовно-правовые меры.

**S u m m a r y**

***Kozachenko O. V.* Culture-anthropological concept of criminal legal measures execution. — Article.**

The problems of determining the content and structure of measure system of criminal legal action are being researched, that are applied if a criminal offense took place from the position of culture-anthropological characteristics allocation. To balance the interests of human, society and the state the necessity of increasing the number of enforcement of both general and specific criminal activities is argued.

*Keywords:* system of criminal-legal measures, cultural-anthropological methodology, criminal penalty, special criminal-legal measures.

УДК 340.6:17.023.6

*О. Ю. Нетудихатка*

## ЕТИКА І КАЗУЇСТИКА В СУДОВО-МЕДИЧНІЙ ЕКСПЕРТИЗІ

Судова медицина завжди була нероздільною з юриспруденцією тому, що судово-медичні дослідження визначаються потребами правової практики і всі експертизи виконуються в межах процесуальних вимог на основі методичних, методологічних принципів як спеціальної наукової дисципліни. Тому кожний випадок експертизи несхожий на будь-який інший і представляє собою кожний раз «terra incognita» і виступає як казуїстичний варіант.

Процес судово-медичної експертизи і сам предмет, який є не звичайним однонаправленим, а комплексним, інтегральним, представляє собою діяльність постійного творчого пошуку з метою проведення експертних досліджень і виявлення того, що глибоко заховано і ніяк не представлено неозброєному оку. Достатня кількість робіт присвячена цій проблемі [Закон України «О судебной экспертизе»; Авдеев М. И., 1959 [1]; Винберг А. И., 1979 [6]; Джалалов Д. Д., 1984 [8]; Рубежанський А. Ф., 1976 [13]; Нетудихатка О. Ю., Мавед О. О., 2007 [10].

Судово-медична експертиза — неоднозначна. Певна частина її носить простий, ординарний характер. Але це може сказати тільки неосвічена, не знайома зі специфікою роботи експерта людина. Але досвід і великий об'єм багатогранної інформації, якою володіє професійний експерт, дають змогу йому в простих, незначних дрібницях побачити те, що не бачать інші, а саме загальні риси явища, а також знайти і сформулювати переконливі докази встановлених фактів. Крім того, в судово-медичній експертній практиці зустрічаються казуїстичні випадки, які не мали попередніх аналогів. У прагненні показати всю складність, творчість і інтегральність діяльності судово-медичного експерта складається мета дослідження.

*Задачі:*

- надати характеристику судової медицини і її складових;
- показати складності і проблеми, які вирішує судова медицина;

— навести характерні приклади складних криміналістичних ситуацій і показати роль судово-медичної експертизи у розв'язанні проблем;

— надати читачеві змогу оцінити роботу судово-медичного експерта і вирішити питання: звичайна чи казуїстична ця робота.

Судова медицина — галузь науки, яка займається виявленням та розглядом питань, які виникають у цивільному та кримінальному процесі. Розвиток її нерозривно пов'язаний із зародженням і формуванням державності, історією розвитку правовідносин і правових норм, які змінюються у зв'язку із зміною соціального ладу. Предметом судової медицини є застосування медичних знань у судовій практиці. Причому вся ця робота представляє собою велику витрату творчої енергії висококваліфікованих спеціалістів. Саме такі випадки відносяться до категорії судово-медичної казуїстики [12]. Про складність і проблемність поставлених питань перед експертом можуть свідчити наведені приклади.

Труп молодої жінки знайдено біля стіни будинку, під відкритим вікном її квартири на 7-му поверсі. При дослідженні трупа виявлені ушкодження від падіння з висоти. Крім цього на шиї жінки виявлені сліди странгуляційної борозни у вигляді садин і крапкових крововиливів з загальним рельєфом, який повторював поверхню білизняної вірвовки. Висновок слідчого — смерть в результаті падіння з висоти.

Знайдено у товарному вагоні, який використовувався для житла студентів будівельного загону, труп студента, який висів у ковзній петлі з брезентового ременя військового зразка. Свободний кінець ременя був перехлещнутий в один оберт на горизонтальній стельній балці вагону. Дистанція від пряжки до балки була настільки коротка, що голова студента торкалась балки. Відстань від стоп до підлоги 75 см. Будь-якого предмета, який міг би бути використаний як «підставка», при огляді місця пригоди не виявлено. Висновок слідчого — самогубство.

В обох випадках слідчими зроблені попередні помилкові висновки. В результаті тривалих судово-медичних (гістологічних, рентгенологічних, морфологічних, антропологічних, ергономічних) досліджень вдалось знайти істинні причини, механізм загибелі постраждалих і притягнути винуватців до відповідальності.

Безумовно, трапляються випадкові знахідки при дослідженні трупа: знайдення голки або кулі в серці при аутопсії, зробленої через 10–15 років після поранення голкою або кульового поранення. Все це розглядається як атипові випадки. Незважаючи на різноманіття, атипові спостереження можуть бути об'єднані в певні групи незвичайними умовами виникнення ушкоджень або захворювання; незвичайними властивостями пошкоджуючого агента або іншого етіологічного фактора; з незвичайним механізмом виникнення ушкоджень; з незвичайним патогенезом нозологічної форми; з незвичайним варіантом клінічного розвитку, ушкодження або захворювання; з незвичайним завершенням ушкодження.

Навіть кожний випадок комбінованої травми можна віднести до казуїстичних випадків тому, що невідомо, чим закінчиться цей складний

випадок, коли пошкоджені череп, грудна та черевна порожнини з внутрішніми органами, кінцівки, причому є складний загальний шоківий стан людини і втрата крові.

Восени вночі нетверезий чоловік угнав легковий автомобіль, не справився з керуванням, машина впала з мосту у мілку річку. Вибрався з машини. В мокрій одежі при температурі +2 градуси пройшов більше 1,5 км. Зайшов у підвал нежилого будинку. Спробував розвести вогонь. На ньому загорілась хоч мокра, але просмоктана бензином одежа. Ранком знайдено його працівниками міліції у непритомному стані. Госпіталізований. В крові карбоксігемоглобіну 40 %, 1,8 % етилового спирту, температура в прямій кишці +29 градусів. Помер через 8 годин. На розтині: ознаки отруєння чадним газом, опіки 2–3-го ступеня 18 % поверхні тіла, ураження дихальних шляхів продуктами горіння. Загальне переохолодження організму, перелом 6-го шийного хребця, тотальний крововилив під павутинну оболонку спинного мозку. Така кількість різних ушкоджень в одній людини ставить перед судово-медичним експертом дуже багато питань, на які він повинен відповісти. Яка основна причина смерті?!

Професійна діяльність судово-медичного експерта стає усе більше публічною: зростає кількість консультацій, надаваних адвокатам, слідчим, суддям з сугубо специфічних питань; нерідко фахівцям даної професії доводиться виступати в суді, ще частіше спілкуватися з родичами померлих, а також у випадках огляду живих осіб і із самими потерпілими, зустрічатися із представниками правозахисних організацій і засобів масової інформації. Все це накладає свій відбиток на психологію спілкування з перерахованими категоріями осіб.

На думку Я. М. Яковлева, у будь-якій професійній діяльності проявляється три види психологічних особливостей: по-перше, властиві будь-якій діяльності людини й професіях, що проявляються в усіх без винятку; по-друге, характерні для конкретного роду діяльності, що включає в себе ряд охоплених їм професій, і, нарешті, особливості властивого певного виду професії. Деякі автори додають четверту психологічну особливість професійної діяльності — психофізіологічні особливості суб'єкта діяльності. Специфіку професійної діяльності фахівця, зокрема в області судової медицини, можна умовно розділити на ряд підструктур із властивими ним ознаками: інтелектуальна (спостережливість, певний стиль мислення, професійна інтуїція та ін.), комунікативна (спілкування, емоційна стійкість, можливість по зовнішніх ознаках інтерпретувати невербальні сигнали й т.і.), організаторська (відповідальність, особиста зрілість, авторитет, здатність брати на себе рішення будь-яких виникаючих проблем, принциповість, цілеспрямованість і ін. [7]).

У зв'язку зі збільшенням комунікативної діяльності працівника значну роль відіграє психологія ділового спілкування. Саме вона останнім часом вносить значний вклад у рішення складних, багатопрофільних

завдань поглиблення професійної компетентності соціологів (фахівців системи людина — людина), до яких і відносяться лікарі, юристи, експерти, тощо. Для них психологія ділового спілкування не відвернена наука, а важлива й необхідна ланка їхньої психологічної культури [3].

Наприклад, професія судово-медичного експерта припускає високий рівень психологічної компетентності, що має на увазі під собою знання індивідуально-психологічних особливостей особистості, уміння експерта ефективно спілкуватися, дотримуватись культури розумової діяльності фахівця. Все це є частиною його професійної майстерності.

Знання в самих різних областях, ємна пам'ять, інтелектуальна активність, культура мислення. При всьому різноманітті спостережень в судовій медицині і незвичайності окремого випадку можна виділити декілька узагальнюючих, об'єднуючих положень, які підкреслюють значення цих випадків: публікація рідкого факту є прецедентом, з яким в майбутньому будуть порівнюватися схожі процеси, явища, ситуації; проведення будь-якої нестандартної експертизи потребує активізації творчості, інтелекту спеціаліста і приведе до збагачення наукової думки, до появи нової наукової інформації, винаходів. Такими винаходами з'явилися в нашій практиці винаходи: Спосіб експертизи віку людини, Патент Нетудихатка О. Ю., Мавед О. О. на корисну модель № 47669 від 25.02.2010 р; Спосіб визначення віку трупа, Патент Нетудихатка О. Ю., Мавед О. О. на корисну модель № 33432 від 25.06.2008 р., Спосіб визначення віку дитини. Патент Нетудихатка О. Ю., Мавед О. О. на корисну модель № 64762 від 25.11.2011 р., Спосіб визначення фізичної активності. Патент Нетудихатка О. Ю., Мавед О. О. на винахід № 89670 від 25.02.2010 р.; вирішення екстраординарної задачі стає можливим лише при слідуванні загальній методології пізнання стосовно судово-медичної теорії і практики.

Це все стає дійсним завдяки особистості експерта, його знанням, навичкам, здібностям, відношенню до своєї спеціальності, усвідомленню свого соціального обов'язку, тобто кваліфікації судово-медичного експерта. Всі необхідні якості експерта формуються і вдосконалюються протягом всієї активної експертної діяльності. При цьому можуть бути в роботі експерта і недоліки: складання плану, який не охоплює всього комплексу необхідних досліджень, методик і потреби в додаткових матеріалах, реактивах, обладнанні; неповноцінність при проведенні, підготовці і виконанні будь-якої окремої методики може призвести до різних недоліків: використання неповного набору досліджених об'єктів (предмети травмуючі, одяг постраждалого, медичні документи т.ін.); неповне дослідження кожного об'єкта, не виконання обов'язкових технічних прийомів, порушення послідовності проведення лабораторних методів; недостатнє число спроб, експериментів для підтвердження стійкості ознак, явищ, процесів, заміна об'єктивних методів суб'єктивними; невідповідність методик задачам, які стоять перед дослідженням, поставленим судом або слідством.



Друга група недоліків складається з порушень у самих методах дослідження: неточна постановка задач або неправильний вибір об'єкта для лабораторного дослідження, в результаті чого не будуть виявлені істотні ознаки або отримають неточні результати; неправильні умови витягнення, транспортування і зберігання речових доказів, що призведе до втрати істотних фактів злочину.

Професійна діяльність експерта чітко регламентована. Законодавчо визначені службові обов'язки, й відступ від них є ознакою його недостатньої професійної компетенції. Важливо, щоб дотримання правових норм було пов'язане з моральними мотивами, з розвинутою правосвідомістю. Професійні повноваження, найменший відступ від яких може викликати важкі наслідки, носять обов'язковий характер. Зазначимо при цьому вміння приймати рішення відповідно до закону й з урахуванням аналізу всіх обставин [14]. Професійна діяльність в області судової медицини визначає й особливий тип поведінки, носить яскраво виражений соціальний характер. У першу чергу це: високий особистісний професіоналізм, відповідальність, обов'язковість, вміння будувати ефективні взаємини з різними людьми. Специфіка професійного спілкування судово-медичного експерта очевидна. У контакт нерідко доводиться вступати з різними людьми: співробітниками правоохоронних органів, потерпілими й злочинцями, чоловіками й жінками, представниками різних соціальних шарів, націй, з молодими й людьми похилого віку, особами, що перебувають в особливому емоційному стані, і т.ін. Щоб організувати на належному рівні спілкування з цими людьми, необхідно мати високу комунікативну компетенцію — знання в області психології спілкування, вміння й навички організації ділових контактів.

Для більше ефективної комунікації судово-медичний експерт повинен мати певні якості в області емоційної й вольової сфер: увагою, сприйняттям, пам'яттю, мисленням і уявою. Уміння розподіляти великий обсяг уваги і його стійкість необхідні експертові для успішного спілкування, зокрема зі співробітниками правоохоронних органів, у судах. Для ефективного ділового спілкування до обов'язкових умов відносяться грамотність, логічність і відсутність емоційного фарбування мови. Нерідко особливістю професійного спілкування експерта є конфліктний характер ситуації. У таких випадках розвинутий самоконтроль своїх емоцій, стеничний тип реагування в екстремальних ситуаціях — обов'язкові складові успішного спілкування в умовах активного психологічного протистояння сторін. При цьому надзвичайно важливо використовувати адекватну ситуації стратегію спілкування; не менш важлива гнучкість професійного поведінки судово-медичного експерта, його здатність до знаходження компромісів. Важливо швидко й точно оцінити індивідуально-психологічні особливості особистості співрозмовника, щоб потім вибрати найбільш підходящу для ситуації тактику спілкування. Психологи встановили істотні розходження в психічному складі чоловіків і жінок, тому бесіда із чоловіком відрізняється від аналогічної з жінкою. Жінки,

як правило, більше навіювані, більше вразливі й емоційні. У той же час жінки більше стійкі до стресів. Відомо, що стану афекту частіше піддані чоловіки. Значимих розходжень у рівні інтелекту чоловіків і жінок дослідники не виявили, хоча якісні розходження мають місце. Наприклад, більшість жінок правослухняні, тобто переважним у них є образне мислення, більшість чоловіків — лівопівкульні, в них переважає абстрактно-логічне мислення, тому чоловіки частіше живуть абстрактними поняттями, а жінок, навпроти, цікавлять конкретні речі. Жінки більше схильні до аналізу, чоловіки — до узагальнень. Виявлено, що міжпівкульні зв'язки в жінок більш численні, ніж у чоловіків [7], у зв'язку з чим у них краще відбувається об'єднання інформації, наявної в обох півкулях. Цим можна, наприклад, пояснити те, що жінкам, як правило, легше словами виразити свої почуття й відчуття, описати свої переживання. Жінки здібніше до запам'ятовування, їхній словниковий запас найчастіше багаче. Чоловіки перевершують жінок в умінні організовувати, управляти, співвідносити й використовувати зорову інформацію [14].

Однак у наші дні одні лише професійні вміння й навички не забезпечують людині досягнення вершин майстерності в обраній спеціальності. Професійна діяльність має на увазі й уміння розташовувати до себе людей, піклуватися у своєму іміджі всім, чия професійна діяльність пов'язана зі спілкуванням, у тому числі й судово-медичний експерт.

Практика закордонного досвіду [4] підтверджує таке положення: імідж ділової людини — потужний психологічний засіб, що робить ефективний вплив на його опонентів і на нього самого.

**Висновки.** Роботу судово-медичного експерта і експертне мислення слід розглядати як інструмент пізнання. Уміння володіти цим інструментом є надійним фундаментом для самоосвічення спеціаліста. Не можна переоцінювати і значення казуїстичних випадків. Якщо якесь незвичайне ушкодження виникло в певних умовах, це не означає, що ушкодження із східною картиною не може виникнути в інших умовах. З іншої сторони, при повторних умовах не завжди виникають однакові явища, однакові наслідки. Тому не слід обмежуватися простим запам'ятовуванням казуїстики — важливо досліджувати і знаходити закономірності виникнення як окремих рідких явищ, так і їх сукупності. Уважний і допитливий спеціаліст, який взяв на себе правило всебічно і повно підходити до дослідження кожного об'єкта, кожної поставленої задачі, в кожному одиничному дослідженні знаходить тільки йому надані індивідуальні риси. Як нема однакових людей, так і нема однакових експертних спостережень. Кожний випадок є неповторним. Знання і мистецтво і складається в тому, щоб спробувати і знаходити цю неповторність. Випадки можуть бути східними, але ніколи не будуть ідентичними. Вміння в рядовому спостереженні побачити і продемонструвати їх особливості — це необхідна якість лікаря, який присвятив себе судовій медицині. Передумовами до вміння знаходити атипичне у звичайному на перший

погляд служать не тільки спеціальні експертні знання, не тільки фундаментальна лікарська підготовка, але й широкий світогляд, здібність інтелектуально і емоційно відчувати гармонію оточуючого світу. Ці якості закладаються в дитинстві і формуються протягом всього життя при спілкуванні з близькими, співпрацівниками, вчителями, учнями. Все це дає людині, лікарю, експерту найважливіший з всіх необхідних інструмент пізнання. Цей інструмент відкриває широкі можливості і володіє великою силою, але потребує до себе постійної уваги, постійного вдосконалення.

### Л і т е р а т у р а

1. Авдеев М. И. Курс судебной медицины / М. И. Авдеев. — М., 1959.
2. Авер'янова Т. В. Судова експертиза. Курс загальної теорії / Т. В. Авер'янова. — 2008. — 141 с.
3. Аминов И. И. Психология делового общения : учеб. пособие / И. И. Аминов. — М., 2007.
4. Браун Л. Имидж — путь к успеху / Л. Браун. — СПб., 2001.
5. Вещественные доказательства. Информационные технологии процессуального доказывания / под ред. В. Я. Колдина. — М., 2002.
6. Винберг А. И. Судебная экспертология / А. И. Винберг. — Волгоград, 1979.
7. Годфруа Ж. Что такое психология. Т. 1—2 / Ж. Годфруа. — М., 2002.
8. Джалалов Д. Д. Установление крови и спермы в следах при экспертизе вещественных доказательств / Д. Д. Джалалов. — М., 1984.
9. Экспертизы у судовій практиці / за ред. В. Г. Гончаренка. — К., 2005.
10. Нетудихатка О. Ю. Судова медицина / О. Ю. Нетудихатка, О. О. Мавед. — О., 2007. — 220 с.
11. Осмотр трупа на месте его обнаружения : руководство для врачей / под ред. А. А. Матышева. — Л., 1989.
12. Попов В. Л. Судебно-медицинская казуистика / В. Л. Попов. — Л. : Медицина, 1991. — 304 с.
13. Рубежанский А. Ф. Судебно-медицинская экспертиза / А. Ф. Рубежанский. — К., 1976.
14. Скобелина Л. А. Психология професійної діяльності адвоката : навч. посіб. / Л. А. Скобелина. — 2001.
15. Судебная медицина : учебник / под ред. М. И. Райского. — М., 1953.
16. Шахматов Я. Ф. Психическое старение: счастливое и болезненное / Я. Ф. Шахматов. — М., 1996.
17. Шепель В. М. Имиджология. Секреты личной привлекательности / В. М. Шепель. — М., 1997.

### А н о т а ц і я

**Нетудихатка О. Ю.** Етика і казуїстика в судово-медичній експертизі. — Стаття. Кожний випадок експертизи не схожий на будь-який інший, представляє собою «terra incognita» і виступає як казуїстичний варіант. Вміння в рядовому спостереженні побачити і продемонструвати їх особливості — це необхідна якість лікаря, який став експертом. Передумовами до вміння знаходити атипичне у звичайному на перший погляд явищі служать не тільки спеціальні експертні знання, не тільки фундаментальна лікарська підготовка, але й широкий світогляд. Таким чином, кожному професіоналові, а фахів-

цеві в області судової медицини особливо, необхідне знання мистецтва спілкування й психологічних особливостей опонента. При цьому однаково важливі й природні здатності, і утворення вміння будувати відносини з людьми, знаходити підхід до них, розташувати до себе, оскільки це становить основу життєвого й професійного успіху.

*Ключові слова:* судова медицина, казуїстика, експертиза, етика, співвідносини.

#### А н н о т а ц и я

***Нетудыхатка О. Ю.* Этика и казуистика в судебно- медицинской экспертизе.** —  
Статья.

Каждый случай экспертизы не похож на какой-либо другой, представляет собой «terra incognita» и выступает как казуистический вариант. Умение в рядовом наблюдении увидеть и продемонстрировать его особенности — это необходимое качество врача, который стал экспертом. Предпосылками к умению находить атипичное в обычном на первый взгляд явлении служат не только специальные экспертные знания, не только фундаментальная лечебная подготовка, но и широкий кругозор. Таким образом, каждому профессионалу, а специалисту в области судебной медицины особенно, необходимы знания искусства общения и психологических особенностей опонента. При этом одинаково важны и природные способности, и формирование умения построения отношений с людьми, находить подход к ним, располагать к себе, поскольку это создает основу жизненного и профессионального успеха.

*Ключевые слова:* судебная медицина, казуистика, экспертиза, этика, взаимоотношения.

#### S u m m a r y

***Netudykhatka O. Yu.* Ethics and casuistry in forensic medical examination.** —  
Article.

Each case of examination isn't similar on any another, represents «terra incognita» and acts as casuistic option. Ability in ordinary supervision to see and show it to feature is a necessary quality of the doctor which became an expert. As preconditions to ability to find atypical in usual, at first sight the phenomenon serve not only special expert knowledge, not only fundamental medical preparation, but also a broad outlook. Thus, in the field of forensic medicine, knowledge of art of communication and psychological features of the opponent are necessary for each professional and the expert. Natural abilities and formation of ability of creation of the relations with people are thus equally important, to find an approach to them, to gain, as it creates a basis of vital and professional success.

*Keywords:* forensic medicine, casuistry, examination, ethics, relationship.

УДК 343.1

*В. Д. Басай, С. О. Ковальчук***ПОНЯТТЯ І ВИДИ ПРОЦЕСУАЛЬНИХ СТРОКІВ ЗА НОВИМ  
КРИМІНАЛЬНИМ ПРОЦЕСУАЛЬНИМ КОДЕКСОМ УКРАЇНИ**

Процесуальні строки виступають як дієвим засобом, що сприяє забезпеченню швидкого розслідування і судового розгляду (як одного із завдань кримінального провадження, визначених ст. 2 нового КПК України), так і гарантією захисту конституційних прав і свобод учасників кримінального провадження. Процесуальні строки закріплюються щодо усіх стадій кримінального провадження, визначаючи їх тривалість та порядок проведення у них процесуальних дій і прийняття процесуальних рішень. При цьому процесуальні строки є невід'ємним складовим елементом кримінально-процесуальної форми і механізму кримінально-процесуального регулювання, оскільки виступають юридичними засобами регулювання кримінально-процесуальних відносин.

Дослідженню проблемних питань, пов'язаних із визначенням поняття та видів процесуальних строків, порядку їх обчислення, додержання та поновлення, присвячена значна увага вчених. Зокрема, вони розглядаються у працях В. А. Дуніна, С. О. Заїки, В. Т. Маляренка, О. Р. Михайленка, Г. Б. Петрової, М. С. Строговича, В. Т. Томіна, С. Б. Фоміна, Р. Х. Якупова та інших науковців. Водночас у зв'язку з прийняттям нового КПК України вказані проблемні питання підлягають науковому аналізу з урахуванням закріплених у ньому положень. Викладене зумовлює необхідність постановки в якості мети статті дослідження поняття і видів процесуальних строків за новим КПК України.

Відповідно до ч. 1 ст. 113 нового КПК України, процесуальні строки — це встановлені законом, прокурором, слідчим суддею або судом проміжки часу, у межах яких учасники кримінального провадження зобов'язані (мають право) приймати процесуальні рішення чи вчиняти процесуальні дії. Процесуальні строки виступають в якості юридичних засобів нормативного характеру та здійснюють цілеспрямований правовий вплив на кримінально-процесуальні відносини. У зв'язку з цим вони

виступають юридичними фактами, які тягнуть за собою настання визначених правових наслідків: виникнення, зміни або припинення суб'єктивних процесуальних прав та обов'язків учасників кримінального провадження. Процесуальним строкам як юридичним фактам належить активна роль у механізмі кримінально-процесуального регулювання, оскільки вони приводять у дію його основні елементи: норми кримінально-процесуального права та кримінально-процесуальні відносини.

В окремих випадках підставою для настання правових наслідків виступає вплив процесуальних строків. Наприклад, відповідно до ч. 6 ст. 194 нового КПК України, після закінчення строку, в тому числі продовженого, на який на підозрюваного, обвинуваченого були покладені обов'язки, передбачені ч. 5 цієї статті, ухвала про застосування запобіжного заходу у цій частині припиняє свою дію і обов'язки скасовуються. У таких випадках процесуальні строки виступають не самостійними юридичними фактами, а елементом фактичного складу.

Хоча ч. 1 ст. 113 нового КПК України встановлює, що у межах процесуальних строків учасники кримінального провадження зобов'язані (мають право) приймати процесуальні рішення чи вчиняти процесуальні дії, проте в окремих випадках кримінально-процесуальний закон закріплює строки, протягом яких вони зобов'язані утриматися від вчинення процесуальних дій. Так, ч. 8 ст. 223 нового КПК України передбачає, що слідчі (розшукові) дії не можуть проводитися після закінчення строків досудового розслідування, крім їх проведення за дорученням суду у випадках, передбачених ч. 3 ст. 333 цього Кодексу.

Частина 2 ст. 113 нового КПК України передбачає, що будь-яка процесуальна дія або сукупність дій під час кримінального провадження мають бути виконані без невинуваченої затримки і в будь-якому разі не пізніше граничного строку, визначеного відповідним положенням цього Кодексу. Кримінальний процесуальний закон встановлює граничні строки провадження процесуальних дій або їх сукупності під час кримінального провадження, покладаючи при цьому визначення моменту їх проведення на розсуд прокурора, слідчого судді, суду у залежності від обставин кримінального провадження.

Граничним строком є максимально допустима тривалість відповідного процесуального строку, встановлена КПК України або відомчим підзаконним нормативно-правовим актом. Наприклад, відповідно до ч. 6 ст. 194 нового КПК України обов'язки, які складають зміст особистого зобов'язання як запобіжного заходу, можуть бути покладені на підозрюваного, обвинуваченого на строк не більше двох місяців. Згідно з п. 1.13 Інструкції про призначення та проведення судових експертиз та експертних досліджень, затвердженої Наказом Міністерства юстиції України від 8 жовтня 1998 р. № 53/5, встановлюються такі граничні строки проведення експертизи: а) 10 днів — щодо матеріалів з невеликою кількістю об'єктів і нескладних за характером досліджень; б) 1 місяць — щодо матеріалів із середньою кількістю об'єктів або середньої склад-

ності за характером досліджень; в) 2 місяці — щодо матеріалів з великою кількістю об'єктів або складних за характером досліджень; г) 3 місяці — щодо матеріалів з особливо великою кількістю об'єктів або найскладніших за характером досліджень (використання криміналістичного обладнання (лазерного, оптичного, електронного), проведення експериментальних досліджень, застосування декількох методів) [1].

При цьому процесуальні дії або їх сукупність підлягає виконанню в межах граничного строку без невиправданої затримки. Закріплення у ч. 2 ст. 113 нового КПК України обов'язку проведення процесуальних дій або їх сукупності без невиправданої затримки перешкоджають довольному обчисленню процесуальних строків та зумовлюють необхідність проведення процесуальних дій у найбільш короткі строки.

У низці норм закону міститься вимога негайного вчинення процесуальних дій, що впливає зі змісту ч. 2 ст. 113 нового КПК України. Даючи тлумачення поняття негайності проведення процесуальної дії, судді Європейського суду з прав людини вказали, що «негайно не означає, що це має відбутися миттєво, але означає, що це має відбутися якомога скоріше, з урахуванням місця, часу та обставин у кожній справі» [2, с. 100].

В окремих випадках вимога негайності законодавцем чітко конкретизована. Наприклад, ч. 1 ст. 366 нового КПК України передбачає, що після останнього слова обвинуваченого суд негайно виходить до нарадчої кімнати для ухвалення вироку, про що головуєчий оголошує присутнім у залі судового засідання. Проте у більшості випадків кримінальний процесуальний закон граничну межу негайного виконання процесуальної дії чітко не визначає, покладаючи вирішення цього питання на розсуд прокурора, слідчого судді, суду. Так, ч. 2 ст. 189 нового КПК України закріплює, що клопотання про дозвіл на затримання підозрюваного, обвинуваченого з метою приводу розглядається слідчим суддею, судом негайно після одержання цього клопотання.

Процесуальні строки являють собою певні процесуальні гарантії як прав і законних інтересів учасників кримінального провадження, так і своєчасного прийняття процесуальних рішень і вчинення процесуальних дій. З однієї сторони, застосування процесуальних строків виступає одним із засобів охорони конституційних прав і свобод учасників кримінального провадження. Наприклад, ч. 3 ст. 278 нового КПК України передбачає, що у разі, якщо особі не вручено повідомлення про підозру після спливу двадцяти чотирьох годин з моменту затримання, така особа підлягає негайному звільненню. З іншої сторони, процесуальні строки покликані забезпечити оперативність кримінального провадження, оскільки чітко встановлюють час існування конкретних кримінально-процесуальних відносин і нерідко прискорюють перехід одних відносин в інші.

Хоча процесуальні строки у ч. 1 ст. 113 нового КПК України визначаються як проміжки часу, у нормативному визначенні їх поняття за-

кладена доктринальна класифікація за критерієм часового прояву на дві групи: строки-періоди і строки-моменти [3, с. 23–24].

Строки-періоди встановлюються у випадках, якщо учасникам кримінального провадження надається свобода у виборі конкретного моменту прийняття процесуального рішення чи вчинення процесуальної дії. Останні можуть бути прийняті або вчинені у будь-який момент кримінального провадження залежно від тактичних міркувань і обставин конкретного кримінального провадження. Строки-періоди визначаються шляхом: 1) встановлення законом проміжку часу, у межах якого учасники кримінального провадження зобов'язані (мають право) прийняти процесуальне рішення чи вчинити процесуальну дію (наприклад, досудове розслідування повинно бути закінчено протягом двох місяців з дня повідомлення особі про підозру у вчиненні злочину — п. 2 ч. 1 ст. 219 нового КПК України); 2) визначення прокурором, слідчим суддею або судом точної календарної дати (так, привід полягає у примусовому супроводженні особи, до якої він застосовується, особою, яка виконує ухвалу про здійснення приводу, до місця її виклику в зазначений в ухвалі час — ч. 1 ст. 140 нового КПК України); 3) визначення події, з настанням якої пов'язується прийняття процесуального рішення чи вчинення процесуальної дії (наприклад, особа, якій кримінальним правопорушенням або іншим суспільно небезпечним діянням завдано майнової та/або моральної шкоди, має право під час кримінального провадження до початку судового розгляду пред'явити цивільний позов — ч. 1 ст. 128 нового КПК України).

Строки-моменти встановлюються у випадках, якщо з метою виконання завдань кримінального провадження, визначених ст. 2 нового КПК України, необхідно максимально швидко прийняти процесуальне рішення чи вчинити процесуальну дію або сукупність процесуальних дій із додержанням визначеної законом послідовності їх вчинення. Строки-моменти визначаються шляхом вказівки на необхідність вчинення процесуальної дії: 1) перед виконанням іншої процесуальної дії (наприклад, до початку допиту законному представнику малолітньої або неповнолітньої особи, педагогу, психологу, лікарю роз'яснюється їхнє право за дозволом ставити уточнюючі питання малолітній або неповнолітній особі — ч. 2 ст. 227 нового КПК України); 2) одночасно з виконанням іншої процесуальної дії (так, прокурор одночасно з винесенням постанови про закриття кримінального провадження скасовує арешт майна — ч. 3 ст. 174 нового КПК України); 3) після вчинення іншої процесуальної дії або після настання вказаної у законі події (наприклад, ухвала слідчого судді, суду щодо застосування запобіжного заходу підлягає негайному виконанню після її оголошення — ч. 1 ст. 205 нового КПК України).

Крім класифікації за критерієм часового прояву, ч. 1 ст. 113 нового КПК України поділяє процесуальні строки за суб'єктами, які встановлюють тривалість строків, на дві групи: 1) процесуальні строки, встановлені законодавцем; 2) процесуальні строки, встановлені прокурором,



слідчим суддею або судом. Відмінність наведених видів процесуальних строків полягає у тому, що перша група розрахована на всі випадки виникнення однорідних правовідносин, а друга — на конкретні правовідносини. Водночас обидва види процесуальних строків мають однакове юридичне значення та є однаково обов'язковими для учасників кримінального провадження.

До числа законів, якими можуть встановлюватися процесуальні строки, відносяться: Конституція України, КПК України, інші закони України. Так, ч. 3 ст. 29 Конституції України закріплює, що затримана особа негайно звільняється, якщо протягом сімдесяти двох годин з моменту затримання їй не вручено вмотивованого рішення суду про тримання під вартою. Частина 14 ст. 9 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» від 18 лютого 1992 р. № 2135-ХІІ встановлює, що у разі оперативної необхідності невідкладного здійснення оперативно-розшукових заходів, пов'язаних з тимчасовим обмеженням прав людини, оперативно-розшукові підрозділи зобов'язані протягом 24 годин повідомити суд або прокурора про їх застосування та підстави для їх проведення [4].

При цьому потрібно враховувати, що в окремих випадках процесуальні строки можуть встановлюватися не лише законом, але й відомчими підзаконними нормативними актами. Наприклад, п. 1.13 Інструкції про призначення та проведення судових експертиз та експертних досліджень, затвердженої Наказом Міністерства юстиції України від 8 жовтня 1998 р. № 53/5, закріплює строки проведення експертизи [1].

Відповідно до ч. 1 ст. 114 нового КПК України, для забезпечення виконання сторонами кримінального провадження вимог розумного строку слідчий суддя, суд має право встановлювати процесуальні строки у межах граничного строку, передбаченого цим Кодексом, з урахуванням обставин, встановлених під час відповідного кримінального провадження. Положення нового КПК України містять низку норм, які чітко закріплюють прямі вказівки на строки, протягом яких учасники кримінального провадження зобов'язані (мають право) приймати процесуальні рішення або вчиняти процесуальні дії. У випадках, якщо норми нового КПК України не містять прямих вказівок на строки їх проведення або вчинення чи закріплюють відповідні граничні строки, прокурор, слідчий суддя, суд з урахуванням обставин, встановлених під час відповідного кримінального провадження, мають право встановлювати конкретні процесуальні строки.

Хоча ч. 1 ст. 114 нового КПК України передбачає, що процесуальні строки у межах граничного строку, передбаченого цим Кодексом, мають право встановлювати прокурор, слідчий суддя та суд, але в окремих випадках процесуальні строки можуть встановлюватися й іншими суб'єктами. Зокрема, п. 5 ч. 2 ст. 39 нового КПК України передбачає, що керівник органу досудового розслідування вправі погоджувати проведення слідчих (розшукових) дій та продовжувати строк їх проведення у випадках, передбачених цим Кодексом. Пункт 1.13 Інструкції про при-

значення та проведення судових експертиз та експертних досліджень, затвердженої Наказом Міністерства юстиції України від 8 жовтня 1998 р. № 53/5, закріплює, що строк проведення експертизи встановлюється, у залежності від складності дослідження, з урахуванням експертного навантаження фахівців, керівником експертної установи (або заступником керівника чи керівником структурного підрозділу) у межах встановлених цією Інструкцією граничних строків проведення експертизи [1].

Частина 2 ст. 114 нового КПК України закріплює, що будь-які строки, що встановлюються прокурором, слідчим суддею або судом, не можуть перевищувати меж граничного строку, передбаченого цим Кодексом, та мають бути такими, що дають достатньо часу для вчинення відповідних процесуальних дій або прийняття процесуальних рішень та не перешкоджають реалізації права на захист. Таким чином, при встановленні процесуальних строків прокурор, слідчий суддя, суд повинні враховувати: 1) граничні строки вчинення відповідних процесуальних дій або прийняття процесуальних рішень, передбачені положеннями КПК України; 2) обставини, встановлені під час відповідного кримінального провадження; 3) достатність часу для вчинення учасником кримінального провадження відповідних процесуальних дій або прийняття ним процесуальних рішень; 4) відсутність перешкод для реалізації права на захист.

Як впливає з ч. 2 ст. 114 нового КПК України, процесуальні строки встановлюються прокурором, слідчим суддею, судом у межах граничного строку та не можуть їх перевищувати. Проте встановлення прокурором, слідчим суддею, судом процесуальних строків положеннями нового КПК України не у всіх випадках пов'язується із граничним строком вчинення відповідних процесуальних дій або прийняття процесуальних рішень. Так, п. 4 ч. 2 ст. 36 нового КПК України покладає на прокурора повноваження доручати слідчому, органу досудового розслідування проведення у встановлений прокурором строк слідчих (розшукових) дій, інших процесуальних дій. При цьому прокурор самостійно визначає строки їх проведення з урахуванням обставин відповідного кримінального провадження та доцільності невідкладного проведення слідчих (розшукових) або інших процесуальних дій.

Частина 2 ст. 114 нового КПК України закріплює гарантії забезпечення прав учасників кримінального провадження при встановленні прокурором, слідчим суддею, судом процесуальних строків: 1) процесуальні строки повинні бути достатніми для вчинення відповідних процесуальних дій або прийняття процесуальних рішень; 2) процесуальні строки не повинні перешкоджати реалізації права на захист. Водночас закон зобов'язує прокурора, слідчого суддю, суд при встановленні процесуальних строків забезпечувати не лише приватні, але й публічні інтереси. Наприклад, закріплюючи граничні строки повідомлення прокурором або за його дорученням слідчим осіб, щодо яких проводилися негласні слідчі

(розшукові) дії, про факт і результати їх проведення, ч. 2 ст. 253 нового КПК України передбачає, що конкретний час повідомлення визначається з урахуванням наявності чи відсутності загроз для досягнення мети досудового розслідування, суспільної безпеки, життя або здоров'я осіб, які причетні до проведення негласних слідчих (розшукових) дій.

Процесуальні строки встановлюються процесуальними рішеннями прокурора, слідчого судді, суду. У теорії кримінального процесу види процесуальних рішень, якими визначаються процесуальні строки, обґрунтовано пов'язуються з порядком реалізації правових норм (у частині реалізації її диспозиції або санкції) [5, с. 27]. Так, при визначенні процесуального строку у порядку реалізації диспозиції правової норми він встановлюється у повістці, повідомленні, письмовому дорученні прокурора слідчому, органу досудового розслідування тощо. При визначенні процесуального строку у порядку реалізації санкції правової норми він встановлюється у постанові прокурора, ухвалі слідчого судді або суду.

Процесуальні строки, встановлені прокурором, слідчим суддею, судом, є обов'язковими за умови законності процесуального рішення, якими вони визначені. Процесуальне рішення визнається законним, якщо: 1) його прийняття передбачене КПК України; 2) воно постановлене компетентним органом чи особою; 3) воно прийняте з додержанням підстав та умов, визначених КПК України; 4) його постановлення відповідає процесуальній формі; 5) його прийняття зумовлене послідовністю постановлення процесуальних рішень.

Підсумовуючи викладене, потрібно відзначити, що процесуальними строками виступають встановлені законом (а в окремих випадках — підзаконними нормативно-правовими актами), прокурором, слідчим суддею, судом або іншими уповноваженими суб'єктами проміжки часу, у межах яких учасники кримінального провадження зобов'язані (мають право) приймати процесуальні рішення або утриматися від їх вчинення чи вчиняти процесуальні дії та які обчислюються годинами, днями і місяцями або визначаються вказівкою на подію.

Процесуальні строки виступають юридичними фактами, які тягнуть за собою настання визначених правових наслідків: виникнення, зміни або припинення суб'єктивних процесуальних прав та обов'язків учасників кримінального провадження. В окремих випадках підставою для настання правових наслідків виступає вплив процесуальних строків, у зв'язку з чим вони виступають не самостійними юридичними фактами, а елементом фактичного складу. Одночасно процесуальні строки являють собою певні процесуальні гарантії як прав і законних інтересів учасників кримінального провадження, так і своєчасного прийняття процесуальних рішень і вчинення процесуальних дій.

Виходячи з положень нового КПК України, процесуальні строки можуть бути класифіковані за двома критеріями: 1) за критерієм часового прояву (строки-періоди і строки-моменти); 2) за суб'єктами, які встановлюють тривалість процесуальних строків (строки, встановлені

законодавцем, і строки, встановлені прокурором, слідчим суддею або судом). Вказані види процесуальних строків мають однакове юридичне значення та є однаково обов'язковими для учасників кримінального провадження.

У подальшому досліджувана у статті проблематика щодо поняття та видів процесуальних строків повинна знайти свій подальший розвиток за такими напрямками: 1) наукове обґрунтування доцільності уточнення нормативного поняття процесуальних строків; 2) дослідження позиції практичних працівників з цього питання; 3) дослідження видів процесуальних строків за іншими класифікаційними критеріями.

### Л і т е р а т у р а

1. Про призначення та проведення судових експертиз та експертних досліджень: Інструкція, затв. Наказом Міністерства юстиції України від 08.10.1998 р. № 53/5 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z0705-98>
2. Спільна окрема думка суддів Тора Вільямссона, Біндшедлер-Роберт, Гьольчюкю, Матчера та Валтікоса, яка не збігається з позицією більшості (справа «Броуган та інші проти Сполученого Королівства») // Практика Європейського суду з прав людини. Рішення. Коментарі. — 2001. — № 4. — С. 100–102.
3. Томин В. Т. Процессуальные документы, сроки и судебные издержки в уголовном судопроизводстве / В. Т. Томин, Р. Х. Якупов, В. А. Дунин. — Омск: Науч.-исслед. и ред.-изд. группа Омской высш. шк. МВД СССР, 1973. — 50 с.
4. Про оперативно-розшукову діяльність: Закон України від 18 лют. 1992 р. № 2135-XII [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/2135-12>
5. Фомін С. Б. Строки у кримінальному судочинстві: поняття, класифікація та функціональне призначення: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09 / С. Б. Фомін. — Х., 2002. — С. 27.

### А н о т а ц і я

**Басай В. Д., Ковальчук С. О.** Поняття і види процесуальних строків за новим Кримінальним процесуальним кодексом України. — Стаття.

У статті аналізується поняття процесуальних строків, закріплене положеннями нового КПК України. Здійснюється класифікація процесуальних строків за двома критеріями: за критерієм часового прояву та за суб'єктами, які встановлюють їх тривалість. На підставі проведеного аналізу норм нового КПК України і підзаконних нормативно-правових актів пропонується уточнити поняття процесуальних строків.

*Ключові слова:* процесуальні строки, строки-періоди, строки-моменти, граничні строки.

### А н н о т а ц и я

**Басай В. Д., Ковальчук С. А.** Понятие и виды процессуальных сроков по новому Уголовному процессуальному кодексу Украины. — Статья.

В статье анализируется понятие процессуальных сроков, закрепленное положениями нового УПК Украины. Осуществляется классификация процессуальных сроков по двум

критериям: по критерию проявления во времени и по субъектам, которые устанавливают их длительность. На основании проведенного анализа норм нового УПК Украины и подзаконных нормативно-правовых актов предлагается уточнить понятие процессуальных сроков.

*Ключевые слова:* процессуальные сроки, сроки-периоды, сроки-моменты, предельные сроки.

### S u m m a r y

***Basay V. D., Kovalchuk S. O. Concept and types of procedural terms by the new Criminal Procedure Code of Ukraine. — Article.***

The article is dedicated to the concept of procedural terms, fixed by provisions of the new Criminal Procedure Code of Ukraine. The classification of procedure terms divides on two criteria: the criterion of time display and entities that establish their duration. Based on the analysis of the provisions of the new Code of Ukraine and by regulations proposed to clarify the concept of procedural terms.

*Keywords:* procedural terms, terms-periods, terms-moments, deadline terms.

УДК 343.137

*А. Б. Романюк***ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ  
ВІДНОВЛЕННЯ ВТРАЧЕНИХ МАТЕРІАЛІВ  
КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ В УКРАЇНІ**

Інститут відновлення втрачених матеріалів кримінального провадження є законодавчою новелою Кримінального процесуального кодексу України 2012 року. До набрання чинності цим Кодексом питання відновлення втрачених матеріалів проваджень у кримінальному судочинстві законом не було врегульоване.

Якщо у цивільному процесі порядок відновлення втрачених матеріалів був врегульований додатком № 3 до Цивільного процесуального кодексу України 1963 року, пізніше — окремим розділом Цивільного процесуального кодексу України 2004 року, відповідний розділ у Кодексі адміністративного судочинства України з'явився у 2011 році, то кримінально-процесуальний закон взагалі не торкався цього питання.

При цьому слід зазначити, що проблеми відновлення втрачених матеріалів кримінальних проваджень рідко ставали предметом наукових досліджень в українській юридичній літературі. Єдиною комплексною працею, яка безпосередньо стосувалася цього питання, була кандидатська дисертація В. Ю. Кузьмінової, захищена ще у 2002 році. Окремі аспекти проблеми відновлення втрачених кримінальних справ розглядалися в роботах радянських та українських вчених С. П. Єфімічева, В. С. Зеленецького, Л. М. Карнеєвої, О. М. Ларіна, Я. О. Мотовиловкера, М. С. Строговича, Я. М. Яковлева.

Брак досліджень був викликаний повною відсутністю правового регулювання процесу реконструкції матеріалів кримінальних справ у радянському, а потім і українському законодавстві.

Неврегульованість у законі порядку відновлення втрачених матеріалів, недостатність теоретичного обґрунтування такого процесу були причиною того, що на практиці таке відновлення відбувалося, фактично, неофіційно і, як правило, в позапроцесуальному порядку. Інколи суди

проводили таке відновлення матеріалів у кримінальних справах у рамках судових засідань, проте при цьому не спираючись на жодні норми кримінального процесуального законодавства, очевидно, керуючись аналогією з цивільним судочинством [1].

З огляду на вищенаведене, сам факт законодавчого врегулювання даного питання у новому КПК України, безумовно, заслуговує на виключно позитивне ставлення. Тим не менше, аналізуючи зміст розділу VII КПК України 2012 року, зіставляючи та порівнюючи зі схожими положеннями ЦПК та КАС України, не можна не відзначити і певні недоліки у вирішенні окремих питань, пов'язаних з відновленням втрачених матеріалів у кримінальному судочинстві.

Завданням провадження з відновлення втрачених матеріалів кримінального провадження (кримінальної справи), або, іншими словами, відновлювального провадження, є захист процесуальних прав суб'єктів кримінального судочинства, здійснення яких ускладнюється або унеможливується внаслідок відсутності певних матеріалів кримінального провадження. До таких процесуальних прав належать, зокрема, право на ознайомлення з матеріалами кримінального провадження, право на отримання копій документів, право на оскарження судових рішень і т.д.

Під втратою матеріалів кримінального провадження слід розуміти зникнення (загублення, знищення, викрадення) частини матеріалів провадження (справи) або всього провадження. Втратою матеріалів провадження потрібно вважати і втрату окремими документами ознак документів (наприклад, знебарвлення тексту внаслідок довготривалого зберігання та дії природних факторів, яке не дає можливості однозначно встановити зміст документа). Матеріали судових проваджень можуть бути втрачені внаслідок стихійних лих (землетрус, повінь, ураган і т.д.), дії природних факторів (ультрафіолетового світла, надмірної вологості, тварин тощо), аварій техногенного характеру (пожеж, затоплення приміщень тощо), протиправних дій певних осіб (умисне знищення, викрадення матеріалів), недбалості працівників, відповідальних за їх зберігання. Матеріали проваджень можуть бути знищені і у відповідності до закону — внаслідок закінчення строку їх зберігання, визначеного у законодавстві. Судові провадження зберігаються в архівах від 3 до 75 років або постійно в залежності від категорії кримінального провадження на підставі Переліку судових справ і документів, що утворюються в діяльності суду, із зазначенням строків зберігання, затвердженим наказом Державної судової адміністрації України від 11 лютого 2010 року № 22, зареєстрованим в Міністерстві юстиції України 3 березня 2010 року за № 201/17496 [2].

Тим не менше, явище втрати матеріалів проваджень (справ) для кримінального судочинства не є чимось надзвичайним, більше того, вона є не менш, а то і більш поширеним явищем, ніж у інших видах судочинства. На відміну від, наприклад, цивільного чи адміністративного судочинства, де зазвичай справа від моменту відкриття провадження до

моменту винесення остаточного рішення перебуває у межах одного суду, матеріали кримінальної справи в силу специфіки кримінального судочинства, викликані наявністю досудової та судових стадій процесу, прокурорського та судового контролю за діями органів досудового розслідування, можуть неодноразово передаватися від одного органу до іншого — від слідчого до прокурора, від прокурора до суду, від суду — назад прокурору, а потім знову до суду і т.д. Природно, враховуючи такий рух справи, збільшується ймовірність втрати матеріалів при її передачі. У літературі відзначається і така додаткова можлива причина втрати матеріалів проваджень у кримінальному судочинстві, яка рідко зустрічається в інших видах судочинства, як умисне знищення матеріалів справи під час ознайомлення з ними учасників процесу (зазвичай обвинувачених) [3, с. 165]. Так само, як свідчить практика, викрадення матеріалів з судів стосується найчастіше саме кримінальних проваджень. Можна пригадати резонансні випадки викрадення матеріалів кримінальних справ з судів, пошкодження приміщень в судах, що ставило під загрозу матеріали справ [4; 5]. Все вищевикладене приводить до висновку, що діяльності з відновлення матеріалів втрачених кримінальних проваджень необхідно надати певної процесуальної форми, як це зроблено в інших видах судочинства.

У ст. 524 нового КПК України визначено предмет можливого відновлення: відновленню підлягають лише матеріали у тому кримінальному провадженні, яке завершилося ухваленням вироку. Відразу кидається в очі, що така редакція статті невиправдано звужує коло проваджень, матеріали з яких можуть бути відновлені у процесуальному порядку. Так, закон не надає можливості відновити матеріали кримінальних проваджень, які завершилися винесенням постанов про застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру. Проте як провадження, які закінчені ухваленням вироку, так і провадження, завершені винесенням вищезгаданих постанов, вважаються такими, що розглянуті та вирішені по суті. За великим рахунком, відмінність між цими двома видами проваджень полягає не стільки у процесуальних особливостях, скільки у підставах їх проведення та юридичних наслідках винесених за їх результатами судових рішень. Підставою виникнення провадження, яке завершується винесенням вироку, є вчинення злочину (кримінального правопорушення), а підставою виникнення провадження, яке завершується винесенням постанови про застосування примусових заходів виховного чи медичного характеру, — вчинення суспільно небезпечного діяння, передбаченого Кримінальним кодексом України, особою, яка не визнається суб'єктом злочину. Інколи примусові заходи медичного та виховного характеру застосовуються і у справах про злочини (кримінальні правопорушення), якщо в силу тих чи інших причин особи, які їх вчинили, не можуть бути притягнуті до кримінальної відповідальності або притягнення їх до кримінальної відповідальності буде визнано недоцільним. Тому не може бути відмінність у назві судового рішення, яким



завершується розгляд справи по суті (вирок чи постанова), причиною відмови у праві учасника провадження про застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру на відновлення втрачених матеріалів цього провадження. Очевидно, в даному випадку має місце недолік юридичної техніки при підготовці нового Кримінального процесуального кодексу. А тому вважаємо, заяви про відновлення втрачених матеріалів у справах, які завершилися винесенням згаданих вище постанов, до усунення зазначеного недоліку у законодавчому порядку допустимо розглядати за правилами розділу VII КПК України за аналогією. Такий підхід буде відповідати завданням кримінального судочинства та принципу верховенства права.

Не дає ст. 524 КПК України можливості відновлювати також і втрачені провадження, які завершилися постановленням судом ухвали про закриття кримінального провадження, наприклад, у зв'язку зі звільненням підозрюваного чи обвинуваченого від кримінальної відповідальності, відмовою прокурора від державного обвинувачення чи у зв'язку зі смертю обвинуваченого. У даному випадку провадження у справі закривається без винесення вироку. Тим не менше, особа, яку було звільнено від кримінальної відповідальності або щодо якої провадження було закрито через відмову від обвинувачення, у випадку втрати матеріалів такого провадження може цілком обґрунтовано бути зацікавленою у їх відновленні. Справедливим буде і намагання потерпілого у провадженні, яке було закрито у зв'язку зі смертю обвинуваченого, відновити матеріали цього провадження у випадку його втрати. У всіх попередніх проектах КПК, які вносилися на розгляд Верховної Ради України, коло проваджень, матеріали яких могли бути відновлені, визначалося так: «втрачені кримінальні справи, в яких було ухвалено вирок, винесено ухвалу суду чи постанову судді про закриття провадження в кримінальній справі...» [6–9]. Тим не менше, законодавець при роботі над останнім проектом кодексу чомусь відмовився від такого (досить вдалого, хоча й неповного) формулювання предмета відновлювального провадження, пропонуваного розробниками попередніх проектів КПК.

Вважаємо, що законодавець не повинен ставити можливість відновлення втраченого провадження у залежність від того, яким судовим актом було закінчено провадження, а тому слід внести зміни до ст. 524 КПК України 2012 року, передбачивши можливість відновлення втрачених матеріалів не тільки у тих провадженнях, що завершилися ухваленням вироку суду, а у всіх провадженнях, які були розглянуті судом, незалежно від судового рішення, яким було закінчено провадження у справі.

Як і у випадку проваджень, завершених ухвалами чи постановами суду, кримінальні провадження, закриті на стадії досудового розслідування, у випадку їх втрати не можуть бути відновлені у порядку розділу VII КПК України. Усунути цю проблему без внесення доповнень до КПК неможливо. Весь розділ VII КПК орієнтований на регламентацію саме судового провадження з відновлення матеріалів втрачених кри-

мінальних проваджень, а тому аналогія закону тут не може застосовуватися. Окремі автори вважають, що відновлення таких матеріалів повинно здійснюватися у процесуальному порядку [10, с. 104], з чим потрібно погодитися. Втрата матеріалів провадження, яке було закрито на стадії досудового розслідування у зв'язку з, наприклад, відсутністю у діянні складу кримінального правопорушення, може суттєво вплинути на реалізацію процесуальних прав учасників процесу. Так, потерпілий, який не згодний із закриттям провадження, хоче оскаржити постанову про це, але через втрату матеріалів цього провадження таке його право може залишитися нереалізованим.

Очевидно, що процесуальні права учасників цих проваджень, які не розглядалися судом і матеріали яких були втрачені, теж повинні бути законодавчо захищені в аналогічному порядку. Знову ж таки попередні проекти КПК України «одногосно» передбачали такий порядок відновлення втрачених матеріалів: «втрачені кримінальні справи, які не розглядалися судом ... відновлюються шляхом їх нового розслідування» [6–9]. Втім процедури ініціювання нового розслідування проекти не передбачали. Найбільш доцільним у такому випадку було б відновлення матеріалів втраченого провадження на підставі заяв зацікавлених учасників провадження за постановою прокурора, який здійснював нагляд за розслідуванням даної справи. У випадку відмови прокурора ініціювати відновлювальне провадження, заявнику мало бути надано право на її оскарження до суду.

Особливо слід відзначити, що поза правовим регулюванням залишилися і ситуації, коли матеріали справ втрачаються у незавершених провадженнях — до винесення остаточного судового рішення (вироку, постанови), або навіть на досудовому розслідуванні. Закон не дає відповіді на запитання, яким чином слід діяти у таких випадках. Якщо звернутися до цивільного судочинства, то у ч. 3 ст. 406 Цивільного процесуального кодексу України передбачено, що судові провадження, втрачене до закінчення судового розгляду, не підлягає відновленню у встановленому цим розділом ЦПК порядку. Заявник у цьому разі може пред'явити новий позов. У кримінальному процесі у зв'язку з його специфікою порівняно з цивільним судочинством таку аналогію застосувати неможливо, а тому всі подібні випадки вирішуються в індивідуальному порядку, найбільш доцільному, на думку відповідальної за це особи, в конкретній ситуації, наприклад, шляхом проведення повторних і додаткових слідчих дій, повторних судових засідань, повторного витребування документів і т.д. Найчастіше ж відновлення матеріалів відбувається взагалі у позапроцесуальному порядку, без повідомлення про це учасників процесу та їх залучення. Як відзначає Н. П. Єфремова, такі неофіційні (стихійні) підходи до відновлення справ нерідко межують з фальсифікацією доказів [11, с. 4–5].

Як вже згадувалося, у попередніх проектах КПК України пропонувалося вирішувати проблему відновлення втрачених справ, які не розгля-

далися судом (у тому числі у незавершених провадженнях), шляхом їх нового розслідування, про що прокурор мав виносити постанову. Але така досить скупа регламентація відновлювального провадження на досудовому слідстві є недостатньою для вирішення проблеми втрати незакінчених проваджень. Не зовсім зрозуміло, чи зв'язані будуть органи розслідування при новому розслідуванні раніше прийнятими рішеннями, копії яких збереглися? Що робити з обвинуваченими, які знаходяться під арештом? Чи може бути змінене обвинувачення, пред'явлене у втраченій справі? Виникає цілий ряд практичних питань, на які ні тодішній проект КПК, ні теорія кримінального процесу не дає відповіді.

Взагалі не давали відповіді попередні проекти КПК України на запитання, що робити у випадку втрати незавершеного судового провадження.

Вважаємо, що у даній ситуації слушною є позиція російського законодавця, котрий передбачив можливість відновлення втраченого провадження незалежно від того, на якій стадії кримінального судочинства воно трапилося і чи було закінчене провадження у справі (ст. 158-1 КПК РФ) [12].

Цілком очевидно, що, взявши за зразок для правового регулювання відновлення втрачених матеріалів кримінального провадження відповідний розділ Цивільного процесуального кодексу України, законодавець не врахував особливостей кримінального судочинства з його специфічними стадіями, особливими підставами для припинення провадження у справі, а також важливості прав та інтересів, що охороняються кримінальним процесом.

При цьому розробники нового Кримінального процесуального кодексу України, очевидно, виходячи з концепції змагальності сторін та невтручання судів у спір сторін, не надали можливості ініціювати відновлювальне провадження самому судові, як це передбачено у цивільному та адміністративному судочинстві. Вважаємо, що сама правова природа відновлювального провадження ближча не до провадження у кримінальній справі, а до окремого провадження у цивільному процесі, оскільки його предметом є встановлення юридичних фактів. Окреме провадження, на відміну від позовного чи наказного провадження, допускає вияв ініціативи суду у доказуванні певних обставин справ, оскільки в такому процесі немає сторін, а заінтересовані особи протягом процесу можуть не виявляти жодної ініціативи щодо доказування важливих для прийняття рішення у справі обставин. А враховуючи відсутність можливості у суду ініціювати процес відновлення втрачених матеріалів, стає не зовсім зрозуміло, як буде відкрито відновлювальне провадження у кримінальному процесі, якщо суду першої інстанції доведеться відправляти справу до апеляційного (касаційного) суду у зв'язку з прийняттям останнім апеляції (касації) на вирок суду, а з'ясується, що матеріали цієї справи були повністю чи частково втрачені. Виходячи зі змісту ст. 525 нового КПК України, відновлення втрачених матеріалів можливе

лише з ініціативи учасників судового провадження, перелік яких даний у п. 26 ч. 1 ст. 3 КПК, до яких суд, природно, не належить. Отже, в цьому разі суд 1-ї інстанції повинен «дочекатися», поки до нього звернеться хтось з учасників процесу із заявою про відновлення втраченого провадження, щоб розпочати відновлення матеріалів. Вважаємо, що з метою усунення таких ситуацій суду слід надати право розпочинати провадження з відновлення втрачених матеріалів з власної ініціативи.

Ще одним недоліком правового регулювання відновлення втрачених матеріалів потрібно назвати неможливість оскаржити в апеляційному порядку ухвали суду про залишення заяви про відновлення втрачених матеріалів без руху, повернення такої заяви заявнику, відмову у відкритті відновлювального провадження, залишення заяви без розгляду чи закриття розгляду заяви про відновлення матеріалів втраченого кримінального провадження. Розділ VII нового КПК України не передбачає такого права у заявника, якщо він заперечує законність таких ухвал. А враховуючи, що відповідно до п. 3 ч. 1 ст. 392 КПК України в апеляційному порядку можуть бути оскаржені лише ухвали у випадках, передбачених КПК, то такі ухвали взагалі не підлягають оскарженню.

Однозначно, що такий підхід законодавця порушує право особи на справедливий судовий розгляд, оскільки будь-яка з вищенаведених ухвал, перешкоджаючи провадженню з відновлення втрачених матеріалів, у той же час не може бути оскаржена навіть у випадку очевидної її незаконності та необґрунтованості. Вважаємо, що і у даному випадку мав місце брак юридичної техніки при розробці проекту КПК, коли при запозиченні концепції відновлювального провадження з ЦПК України не було враховано, що у ЦПК є спеціальна норма — ст. 293, в якій міститься перелік всіх ухвал суду, на які можуть бути подані скарги окремо від рішення суду. Серед цих ухвал, зокрема, названі ухвала про повернення заяви заявникові (п. 3), про відмову у відкритті провадження у справі (п. 4), про закриття провадження у справі (п. 14), залишення заяви без розгляду (п. 15), про відмову в поновленні втраченого судового провадження (п. 29). У Кримінальному процесуальному кодексі України подібної статті немає, а тому можливість оскарження ухвал судів повинна бути прямо передбачена у розділі VII КПК.

Незважаючи на цілий ряд недоліків у правовому регулюванні такого специфічного виду провадження, як відновлення втрачених матеріалів, все ж потрібно розцінювати появу розділу VII у новому КПК як позитивний крок, спрямований на удосконалення кримінального судочинства. До прийняття нового КПК дане питання взагалі залишалося поза правовим регулюванням. Критерієм істини, як відомо, є практика, а тому після набрання чинності новим Кримінальним процесуальним кодексом України застосування розглянутих положень в реальному житті допоможе виявити всі недоліки законодавчого забезпечення відновлення втрачених матеріалів кримінального провадження та вжити заходів до удосконалення процесуальної форми.

## Л і т е р а т у р а

1. Постанова Печерського районного суду м. Києва від 12.09.2011 р. [Електронний ресурс] // Кримінальна справа №4-3913/11. — Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/17803814>.
2. Про затвердження Переліку судових справ і документів, що утворюються в діяльності суду, із зазначенням строків зберігання : наказ Державної судової адміністрації України від 11 лют. 2010 р. № 22, зареєстрований в Міністерстві юстиції України 3 берез. 2010 р. за № 201/17496 // Офіційний вісник України. — 2010. — № 18. — Ст. 810.
3. Жовненко Д. С. Відновлення втрачених доказів у кримінальному процесі / Д. С. Жовненко // Держава і регіони. Серія «Право». — 2011. — № 1. — С. 162–166.
4. Вибух у приміщенні Дарницького суду // Хрещатик. — 2004. — № 18.
5. Суд відкритий. Для злодіїв... // Дзеркало тижня. Україна. — 2011. — № 37.
6. Проект Кримінально-процесуального кодексу України № 1233 від 13.12.2007 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb\\_n/webproc4\\_1?pf3511=31115](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?pf3511=31115).
7. Проект Кримінально-процесуального кодексу України № 3456д від 18.11.2005 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=26190](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=26190).
8. Проект Кримінально-процесуального кодексу України № 3456 від 29.04.2003 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=14901](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=14901).
9. Проект Кримінально-процесуального кодексу України № 7431 від 23.06.2001 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=10616](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=10616).
10. Кузьміна В. Ю. Правові та наукові основи відновлення (реконструкції) втрачених кримінальних справ : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / В. Ю. Кузьміна. — Х., 2001. — 226 с.
11. Ефремова Н. П. Восстановление утраченных уголовных дел : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / Н. П. Ефремова. — Омск, 2001. — 26 с.
12. Калиновский К. Б. Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации. Постатейный / К. Б. Калиновский ; под общ. ред. А. В. Смирнова. — СПб. : Питер, 2004. — 848 с.

## А н о т а ц і я

**Романюк А. Б. Проблемні питання правового регулювання відновлення втрачених матеріалів кримінального провадження в Україні.** — Стаття.

У цій статті автор аналізує проблемні питання правового регулювання нового для вітчизняного кримінального судочинства інституту — відновлення втрачених матеріалів кримінальних проваджень (справ). Основними проблемами, які підлягають вирішенню, є надмірне звуження кола проваджень, які можуть бути відновлені у випадку їх втрати, та відсутність в учасників процесу права на оскарження ухвал суду, прийнятих за результатами розгляду заяв про відновлення втрачених матеріалів.

*Ключові слова:* матеріали кримінального провадження, втрата матеріалів, відновлення втрачених матеріалів, відновлювальне провадження.

**А н н о т а ц и я**

***Романюк А. Б.* Проблемные вопросы правового регулирования возобновления утраченных материалов уголовного производства в Украине. — Статья.**

В данной статье автор рассматривает проблемные вопросы правового регулирования нового для отечественного уголовного судопроизводства института — возобновления утраченных материалов уголовных производств (дел). Главными проблемами, подлежащими разрешению, являются чрезмерное сужение круга производств, которые могут быть возобновлены в случае их утраты, и отсутствие у участников процесса права на обжалование определений суда, принятых по итогам рассмотрения заявлений о возобновлении утраченных материалов.

*Ключевые слова:* материалы уголовного производства, утрата материалов, возобновление утраченных материалов, возобновляющее производство.

**S u m m a r y**

***Romanyuk A. B.* Problems of legal regulation of reconstruction of the lost criminal cases in Ukraine. — Article.**

In this article the author analyses the problem issues of legal regulation of a new for the national criminal process institute — reconstruction of the lost materials of criminal cases. The main problems, to be solved, are too short list of cases that may be reconstructed when lost, and the lack of a right to appeal from decisions passed by court after hearing of the applications on reconstruction of lost materials.

*Keywords:* materials of a criminal case, loss of materials, reconstruction of lost materials, reconstructional proceeding.

УДК 343.985(477)

*В. Ю. Шепитько*

## **МОДЕЛЬ РАССЛЕДОВАНИЯ ПРЕСТУПЛЕНИЙ И СРЕДСТВА КРИМИНАЛИСТИЧЕСКОЙ ТАКТИКИ**

Современный этап демократических преобразований в Украине характеризуется принятием новых законодательных актов. Историческим событием является принятие и нового Уголовного процессуального кодекса Украины (подписан Президентом Украины 14 мая 2012 года и вступает в силу через шесть месяцев с даты опубликования). Ознакомление с нормами нового УПК Украины свидетельствует о стремлении существенно преобразовать уголовно-процессуальный закон, реконструировать процессуальную форму. Кардинальные изменения, прежде всего, направлены на внедрение состязательных начал в уголовное судопроизводство, построение состязательной модели всего уголовного процесса. Безусловно, такое реформирование коснулось и органов досудебного расследования.

В связи с демократизацией уголовного процесса, стремлением внедрить состязательный процесс в стадию досудебного производства предлагается пересмотреть функциональное предназначение следователя и ограничить его только обвинительной функцией, создать формулу «следователь является обвинителем», он выполняет деятельность стороны обвинения. В новом УПК Украины (гл. 3, § 2) органы досудебного расследования отнесены к стороне обвинения. В соответствии со ст. 22 нового УПК Украины «уголовное производство осуществляется на основе состязательности, предполагающей самостоятельное отстаивание стороной обвинения и стороной защиты их правовых позиций, прав, свобод и законных интересов, предусмотренных этим Кодексом».

В состязательном процессе важным является размежевание функций участников на: функции обвинения, защиты и разрешения дела по сути. На досудебном следствии такую схему или конструкцию нельзя признать идеальной. Необходимо отметить наличие также и такой функции, как функция расследования преступлений. И. Ю. Панькина справедливо

указывает, что состязательность в «идеальной» конструкции не может существовать в уголовном процессе... правомерно вернуться к вопросу об отделении обвинения от следствия. В связи с этим необходимо признание наличия еще одной функции — расследования уголовного дела, поскольку в процессе доказывания стороной обвинения могут быть получены оправдательные доказательства или принято решение о прекращении уголовного дела. А с учетом невозможности реализации функции защиты в полном объеме в доказывании в досудебном производстве, расследование уголовного дела как функция стороны обвинения становится основной [9, с. 134, 135]. В ином случае следователи всегда будут проявлять обвинительный уклон. С другой стороны, сложно предстать равность сторон на досудебной стадии производства по делу. Так, например, каким образом будут осуществляться первоначальные следственные действия — осмотр места происшествия, осмотр трупа, освидетельствование, допрос свидетелей и др. или то, что следователь будет собирать только доказательства обвинения, а защитник доказательства защиты — путем так называемого «параллельного расследования». А. Р. Белкин по этому поводу ставит резонный вопрос: «могут ли вообще на досудебных этапах движения уголовного дела быть обеспечены равноправие и состязательность сторон?». И дает ответ, что «без радикального изменения существующей модели досудебного следствия равноправие и состязательность сторон на этих этапах уголовного дела — фактически лишь юридические фикции» [2, с. 39].

К чему должно стремиться расследование преступлений? Каковы его конечные цели? В философском понимании процесс расследования должен быть направлен на отыскание и восстановление справедливости.

Справедливость расследования не может быть обеспечена без установления (доказывания) фактов, отражающих объективные обстоятельства события, что является предметом расследования. Поиск истины является антиподом так называемого «обвинительного уклона» [16, с. 357]. З. Д. Еникеев отмечает, что принцип всесторонности, полноты и объективности исследования обстоятельств уголовного дела имеет значение для установления истины по делу, для правильного расследования и разрешения его, защиты прав и законных интересов участвующих в деле лиц [5, с. 69]. Новый УПК Украины не содержит данного принципа, а формулирует основы уголовного производства (гл. 2). Причем к таким основам отнесены: «верховенство права», «законность», «равенство перед законом и судом», «уважение к человеческому достоинству», «тайна общения», «доступ к правосудию и обязательность судебных решений», «диспозитивность», «гласность и открытость судебного производства», «разумные сроки» и др.

В новом УПК Украины в ст. 2 речь идет лишь о задачах уголовного производства [15]. В данной норме указано, что задачами уголовного судопроизводства являются защита личности, общества и государства от уголовных правонарушений, охрана прав, свобод и законных интере-



сов участников уголовного производства, а также обеспечение *быстро-го, полного и беспристрастного расследования и судебного разбирательства* (выделено нами. — В. Ш.) с тем, чтобы каждый, кто совершил уголовное правонарушение был привлечен к ответственности в меру своей вины, ни один невиновный не был обвинен или осужден, ни одно лицо не было подвергнуто необоснованному процессуальному принуждению и чтобы к каждому участнику уголовного производства была применена надлежащая правовая процедура. Необходимо подчеркнуть, что задачи уголовного производства и цели расследования не есть одно и то же.

Дискуссионной в настоящее время остается проблема определения цели и конечного результата расследования, стремление к установлению истины по делу. Существуют позиции, которые вообще отрицают возможность установления объективной истины в уголовном судопроизводстве или предлагают заменить ее иной категорией — истина формальная (процессуальная, судебная, следственная) [11, с. 22, 23].

Такие позиции являются ошибочными с методологической точки зрения. С философских позиций истина определяется как знание, соответствующее своему предмету, совпадающее с ним; адекватное отражение действительности [13, с. 266]. Общество объективно заинтересовано в установлении истины по делу — с тем, чтобы права и интересы как общества, так и отдельной личности были адекватно защищены [2, с. 16]. Истина в уголовном процессе не может быть вероятностной или ограничиваться видом или субъектом деятельности. В результате расследования и судебного разбирательства должна устанавливаться объективная истина, при ином подходе следственная деятельность становится беспредметной. При этом результаты деятельности следователя, дознавателя, прокурора относительно установления истины имеют предварительный характер [6, с. 191]. Они должны проверяться судом в состязательном процессе. Вопрос об объективной истине — это и вопрос об уровне правосознания следователей, дознавателей, прокуроров и судей. Их правосознание и практика борьбы с преступностью должны опираться на объективную истину, в противном случае успехов в этом направлении ожидать не приходится [6, с. 197]. Истина — это путь, процесс движения от незнания к знанию. Зачастую в самом начале расследования следователь не располагает достаточными данными для принятия истинных решений. И только в процессе накопления таких данных можно сделать выводы об истинности или ложности, о правильности или неправильности принятых решений [8, с. 122].

Исключение истины из целей уголовного процесса, безусловно, скажется и на сущности самой науки криминалистики. Речь идет о том, какие закономерности тогда будет изучать криминалистика? И. А. Архипова справедливо указывает, что поскольку криминалистика возникла и развивается как наука, способствующая своими положениями деятельности правоприменительных органов по установлению истины в суде-

производстве, отправлению правосудия и предупреждению преступлений. Соответственно этому криминалистика изучает именно те закономерности действительности, которые проявляются в сфере деятельности дознавателя, следователя, суда, эксперта-криминалиста *по установлению истины* (курсив. — В.Ш.) в судопроизводстве [1, с. 148].

Уголовно-процессуальный закон определяет средства, с помощью которых собираются и исследуются доказательства по уголовному делу. В новом УПК Украины предусмотрена глава 20 «Следственные (розыскные) действия» и глава 21 «Негласные следственные (розыскные) действия». К следственным (розыскным) действиям отнесены: допрос, предъявление лица для опознания, предъявление вещей для опознания, предъявление трупа для опознания, проникновение в жилище или иное владение лица, обыск, осмотр, осмотр трупа, следственный эксперимент, освидетельствование лица, привлечение эксперта, получение образцов для экспертизы. При этом ряд традиционных следственных действий остались за рамками процесса. Законодатель по неизвестным причинам отказался от таких действий, как проверка показаний на месте, очная ставка, выемка, назначение судебных экспертиз. Отсутствуют аргументы о том, каким образом эти действия «скомпрометировали» себя, чтобы от них отказаться: низкая эффективность, неразработанность тактики, отсутствие тактических приемов. В этом плане как раз все наоборот.

Еще более сложным является вопрос о введении института негласных следственных (розыскных) действий. В новом УПК Украины предложен достаточно широкий их перечень: аудио-, и видеоконтроль лица, наложение ареста на корреспонденцию, осмотр и выемка корреспонденции, снятие информации с транспортных телекоммуникационных сетей, снятие информации с электронных информационных систем, обследование публично недоступных мест, жилища или иного владения лица, установление местонахождения радиоэлектронного средства, наблюдение за лицом, вещью или местом, аудио-, видеоконтроль места, контроль за совершением преступления, выполнение специального задания по раскрытию преступной деятельности организованной группы или преступной организации, негласное получение образцов, необходимых для сравнительного исследования, использование конфиденциального сотрудничества. Фактически вся оперативно-розыскная деятельность перенесена в уголовный процесс. При этом в ст. 46 УПК Украины указано, что негласные следственные (розыскные) действия — это разновидность следственных (розыскных) действий, сведения о фактах и методах которых не подлежат разглашению. Думается, что тайна досудебного следствия распространяется и на «гласные» следственные действия. Однако должны ли быть эти факты и методы доведены до обвиняемого (подсудимого)?

В уголовно-процессуальных законах иных государств использован термин «специальные следственные действия». А. Н. Соколов пишет,

что новый институт — специальные следственные действия — нуждается в научном осмыслении. Нововведение в УПК направлено не против мелкого ворюшки, а против организованных мощных преступных синдикатов, всеохватывающей коррупции, против международного терроризма, развязывающего широкомасштабную войну против России [12, с. 84—93]. Еще более категоричны в своих суждениях латвийские криминалисты В. Н. Терехович и Э. В. Ниманде. По мнению ученых, «терминология «специальных следственных действий» ограничивается словами контроль, наблюдение, слежка, провокация и т. п. Только полицейское миропонимание допускает подчинение всех неограниченной власти небольшой кучки людей и осуществление полного контроля всех сторон жизни общества и отдельного человека с помощью наблюдения, слежки и провокаций. Если Латвия не стремится быть полицейским государством, а желает строить правовое демократическое государство, то политикам и юристам следует избрать другое решение повышения уголовного правоприменения и демонстративно отмежеваться от идей, имеющих полицейские корни [14, с. 62, 63].

Внесение изменений в уголовно-процессуальный закон, трансформация формы влияют на развитие криминалистики, разработку криминалистических рекомендаций. Процессуальные предписания и криминалистические рекомендации взаимообусловлены. Уголовный процесс определяет пределы применения тактических приемов, научно-технических средств, методических рекомендаций, устанавливает порядок проведения следственных и судебных действий и др. [17, с. 13]. Р. С. Белкин подчеркивает, что, устанавливая процедуру следственных и судебных действий, уголовно-процессуальный закон не может ответить на вопрос, ответ на который целиком зависит от складывающейся ситуации: как, каким способом, с помощью каких средств и методов надлежит в данных условиях провести следственное действие. Этот ответ дает криминалистика, предлагая следователю, дознавателю и суду арсенал средств, приемов, способов производства следственных действий, наполняя, таким образом, процессуальную форму реальным деятельностью содержанием [3, с. 23, 24]. Взаимопроникновение норм уголовно-процессуального права и средств криминалистической тактики достаточно четко отражается в следственной практике. В. И. Комиссаров указывает, что криминалистика анализирует закон, но не в целях разработки рекомендаций по его совершенствованию (хотя в отдельных случаях такие рекомендации могут обосновываться с позиции криминалистики), а в целях уяснения сущности, направленности закона, чтобы своими средствами, приемами и методами способствовать более эффективной его реализации. Без механизма реализации норм УПК закон бездействует [7, с. 15]. Т. С. Волчецкая отмечает, что изменение отдельных целеполагающих установок уголовного процесса несомненно затронет и отдельные методологические основы криминалистики, которая обеспечивает техническую, тактическую и методическую функции в процессе осуще-

ствления уголовно-процессуальной деятельности и разрешения специфического правового конфликта. Содержание такого конфликта описано нормами материального (в данном случае уголовного) права, а процедура его разрешения предусмотрена нормами уголовно-процессуального права. Тактические же особенности осмысления и оптимального разрешения возникшей конфликтной ситуации составляют прерогативу криминалистики [4, с. 61]. В частности, необоснованное (или преждевременное) внесение изменений в уголовно-процессуальное законодательство влияет на возможности использования тактического арсенала следователем, ограничивает его свободный выбор или приводит к произволу.

Под демократическими лозунгами был введен так называемый институт «судебного контроля», который в определенных случаях существенно ограничил следственную деятельность и повлиял на процессуальную самостоятельность следователя. Новый УПК Украины предусмотрел и специфическую фигуру — «следственного судью», к полномочиям которого отнесено осуществление судебного контроля за соблюдением прав, свобод и интересов личности в уголовном производстве.

Тенденцией криминалистики является ее выход за пределы расследования преступлений, формирование криминалистических рекомендаций для иных сфер. Интенсивно развивается «судебная криминалистика», «криминалистическая адвокатология» или «криминалистика профессиональной защиты», «криминалистика обвинения» и др. Криминалистические знания все шире начали использоваться не только в уголовном процессе, но и в гражданском, хозяйственном, административном. В этом плане, Н. П. Яблоков и А. Ю. Головин пишут, что дискуссии об объектно-предметной области криминалистики вновь начались, фактически поделив ученых-криминалистов на сторонников уже сложившихся традиций с учетом истинного предназначения криминалистики и приверженцев новых воззрений на ее предмет, предполагающих его изменение, и, как следствие, изменение предназначения, задач и системы криминалистической науки. При этом изменение предмета криминалистической науки рассматривается сторонниками новых воззрений как закономерный и, более того, необходимый этап смены криминалистической парадигмы (в том числе и системной) в целом [18, с. 29]. Н. П. Яблоков подчеркивает, что отдельные криминалистические знания и рекомендации уже нашли и находят свое применение в гражданском и арбитражном процессах и в основном по инициативе специалистов в данных видах деятельности и без какой-либо трансформации. Ознакомление с этим якобы новым тактическим инструментарием показывает, что он сводится к использованию уже давно разработанных и широко применяемых в криминалистической практике рекомендаций по тактике установления психологического контакта при допросе свидетелей с использованием процессуальных и психологических средств; тактике назначения экспертиз и использования знаний специалистов; тактике взаимодействия в арбитражном процессе с экспертами и специалистами при подготовке

материалов, необходимых им для дачи заключений; тактике работы с доказательствами в виде аудиовизуальных, фотографических и компьютерных материалов, а также по использованию компьютерной реконструкции обстановки изучаемых событий и др. [19, с. 341, 342].

Расширение пределов криминалистики является объективным процессом. Вместе с тем нельзя механически переносить криминалистические рекомендации, приемы и методы, предложенные для расследования (для досудебного следствия) в иные сферы. В частности, сложно согласиться с отдельными авторами, которые рекомендуют те же тактические приемы для использования в суде, что и на досудебном следствии, предпринимают попытки перенесения трафарета «криминалистической методики» на «методику рассмотрения отдельных категорий уголовных дел в суде» или замены категории «криминалистическая характеристика преступлений» на «криминалистическую характеристику преступлений в судебном разбирательстве» [10]. Данный подход является механистическим и не отражает объективного положения вещей, а предложенные рекомендации имеют надуманный характер.

Таким образом, стремление перестроить следственную деятельность предполагает получение ответов на такие вопросы: кто является субъектом этой деятельности, какие органы могут ее осуществлять, какие средства возможно задействовать и на каком этапе? Постановка данных вопросов особенно важна на современном этапе трансформации уголовно-процессуальной деятельности. Необходимо помнить, что уголовно-процессуальное законодательство должно предусматривать такой порядок, который позволит объективно и своевременно собрать доказательственную информацию, установить виновных лиц, восстановить справедливость.

#### Л и т е р а т у р а и п р и м е ч а н и я

1. Архипова И. А. Р. С. Белкин о предмете криминалистики / И. А. Архипова // Ученые-криминалисты и их роль в совершенствовании научных основ уголовного судопроизводства : материалы вуз. юбил. науч.-практ. конф. (к 85-летию со дня рождения Р. С. Белкина) : в 2 ч. — М. : Акад. управления МВД России, 2007. — Ч. 1. — С. 148.
2. Белкин А. Р. УПК РФ: конструктивная критика и возможные улучшения. Ч. 1. Общие положения и принципы уголовного судопроизводства / А. Р. Белкин. — Изд. 2-е, доп. — М. : МГУПИ, 2010.
3. Белкин Р. С. Уголовный процесс. Криминалистика. Судебная экспертиза / Р. С. Белкин // Ученые-криминалисты и их роль в совершенствовании научных основ уголовного судопроизводства : материалы вуз. юбил. науч.-практ. конф. (к 85-летию со дня рождения Р. С. Белкина) : в 2 ч. — М. : Акад. управления МВД России, 2007. — Ч. 1. — С. 23, 24.
4. Волчецкая Т. С. Развитие криминалистической науки и предмет криминалистики / Т. С. Волчецкая // 50 лет в криминалистике. К 80-летию со дня рождения Р. С. Белкина : материалы междунар. науч. конф. — Воронеж : Воронеж. гос. ун-т, 2002. — С. 61.

5. Еникеев З. Д. Пробелы нового УПК Российской Федерации / З. Д. Еникеев // Уголовно-процессуальные и криминалистические чтения на Алтае: материалы регион. ежегод. науч.-практ. конф. 21–22 марта 2002 г. / под ред. В. К. Гавло. — Барнаул: Изд-во Алт. ун-та, 2003. — С. 69.
6. Ищенко Е. П. Об истине в уголовном процессе / Е. П. Ищенко // Воронежские криминалистические чтения: сб. науч. тр. / под ред. О. Я. Баева. — Воронеж: Изд-во Воронеж. гос. ун-та, 2008. — Вып. 10. — С. 191.
7. Комиссаров В. И. Криминалистическая тактика: история, современное состояние и перспективы развития / В. И. Комиссаров. — М.: Юрлитинформ, 2009.
8. Кузнецов А. Н. «Объективная» и «формальная» истина в уголовном судопроизводстве / А. Н. Кузнецов // Воронежские криминалистические чтения: сб. науч. тр. / под ред. О. Я. Баева. — Воронеж: Изд-во Воронеж. гос. ун-та, 2005. — Вып. 6. — С. 122.
9. Панькина И. Ю. К вопросу об уголовно-процессуальных функциях / И. Ю. Панькина // Южно-уральские криминалистические чтения: сб. материалов междунар. науч.-практ. конф., посвящ. 80-летию со дня рождения проф. Л. Л. Каневского / под ред. И. А. Макаренко. — Уфа: РИО БашГУ, 2004. — С. 134, 135.
10. Когутич І. І. Використання знань та засобів криміналістичної тактики і методики під час розгляду кримінальних справ у суді: монографія / І. І. Когутич. — Л.: Тріада плюс, 2009. — 448 с.
11. Печников Г. А. Проблемы истины на предварительном следствии / Г. А. Печников. — Волгоград, 2001.
12. Соколов А. Н. Устранить дублиаж следователем результатов работы розыска при расследовании возбужденного уголовного дела / А. Н. Соколов // Криминалист первопечатный. — 2012. — № 4. — С. 84–93.
13. Стародубова Г. В. Об определении истины в уголовном судопроизводстве / Г. В. Стародубова // Воронежские криминалистические чтения: сб. науч. тр. / под ред. О. Я. Баева. — Воронеж: Изд-во Воронеж. гос. ун-та, 2008. — Вып. 9. — С. 266.
14. Терехович В. Н. Ценностные ориентации основ современного уголовного правоприменения Латвии / В. Н. Терехович, Э. В. Ниманде // Криминалист первопечатный. — 2012. — № 5. — С. 62, 63.
15. Термин «уголовное производство» представляется неудачным. Более точно говорить об «уголовном судопроизводстве».
16. Трухачев В. В. Объективное и полное исследование обстоятельств дела как принцип уголовного судопроизводства / В. В. Трухачев, В. Е. Федорин // Юридические записки. — Воронеж: Изд-во Воронеж. гос. ун-та, 2005. — Вып. 18: Современный этап развития российского государства: на пути к «сильному» или правовому государству. — С. 357.
17. Шепитько В. Ю. Криминалистика: курс лекций / В. Ю. Шепитько. — Изд. 3-е. — Х.: Одиссей, 2009.
18. Яблоков Н. П. Криминалистика: природа и система / Н. П. Яблоков, А. Ю. Головин. — М.: Юрист, 2005.
19. Яблоков Н. П. Роль криминалистики в правоприменительной деятельности и практике подготовки юристов широкого профиля / Н. П. Яблоков // Уголовно-процессуальные и криминалистические чтения на Алтае: материалы ежегод. межрегион. науч.-практ. конф., посвящ. памяти засл. юриста РФ, д-ра юрид. наук Е. Н. Тихонова / под ред. В. К. Гавло. — Барнаул: Изд-во Алт. ун-та, 2008. — Вып. 7–8. — С. 341, 342.

**А н н о т а ц и я**

**Шепитко В. Ю. Модель расследования преступлений и средства криминалистической тактики.** — Статья.

Статья посвящена рассмотрению порядка расследования преступлений и некоторым изменениям уголовного процесса в связи с принятием нового УПК Украины. Определена взаимосвязь процессуальных предписаний и криминалистических рекомендаций. Обращено внимание на отдельные тенденции криминалистической тактики на современном этапе.

*Ключевые слова:* расследование преступлений, криминалистическая тактика, досудебное расследование, состязательные начала, следователь, установление истины, тактические приемы, криминалистические рекомендации.

**А н о т а ц і я**

**Шепитко В. Ю. Модель розслідування злочинів та засоби криміналістичної тактики.** — Стаття.

Стаття присвячена розгляду порядку розслідування злочинів та деяким змінам у кримінальному процесі у зв'язку із прийняттям нового КПК України. Визначено взаємозв'язки процесуальних приписів та криміналістичних рекомендацій. Звернено увагу на окремі тенденції криміналістичної тактики на сучасному етапі.

*Ключові слова:* розслідування злочинів, криміналістична тактика, досудове розслідування, змагальні засади, слідчий, встановлення істини, слідчі дії, тактичні прийоми, криміналістичні рекомендації.

**S u m m a r y**

**Shepitko V. Yu. The model of crimes investigation and means of criminalistic tactics.** — Article.

The article is devoted to the procedure for the criminal offence investigation and some changes in the criminal procedure in became of the adoption a new Criminal Procedure Code of Ukraine. The intercommunication between procedure orders and criminalistic recommendations her been determined. Special attention is payied to certain criminalistic tactical tendencies in modern conditions.

*Keywords:* investigation of crimes, criminalistic tactics, preliminary investigation, controversial basis, investigator, ascertainment of the truth, investigating actions, tactical methods, criminalistic recommendations.

УДК 343.81:061.2(470)“18”

*В. В. Щукин***ОБЩЕСТВЕННАЯ БЛАГОТВОРИТЕЛЬНОСТЬ  
И ПОПЕЧИТЕЛЬСТВО В ПЕНИТЕНЦИАРНЫХ  
УЧРЕЖДЕНИЯХ РОССИЙСКОЙ ИМПЕРИИ**

История благотворительности стала предметом исследования в российской историографии к концу XIX в. Всплеск интереса исследователей к данному явлению относится к началу XX в., к этому периоду относятся работы В. Ф. Дерюжинского, Е. Д. Максимова, А. Ф. Селиванова и др. Одной из первых работ по проблемам благотворительности в тюремных учреждениях была работа Д. В. Краинского (1912 г.) [1]. В советский период эта тематика не считалась актуальной, в силу чего на протяжении 30–80-х гг. благотворительность была фигурой умолчания в советской историографии. Исключение составила лишь работа А. Д. Степанского, в которой нашли отражение отдельные проблемы дореволюционной благотворительности, исследовавшиеся в общем контексте истории отечественного либерального общественного движения [2]. Ситуация начала изменяться в 90-х гг., различным аспектам истории развития благотворительности посвящены работы Л. В. Бадя, Т. Е. Покотиловой, Е. И. Холостовой, Б. И. Нещеретного, Б. Ш. Нувахова, Я. П. Щапова и др.

В современной украинской историографии фундаментальные работы по истории благотворительности пока отсутствуют. В силу этого, особое место занимает монография Ю. И. Гузенко, представляющая особый интерес в силу того, что его научные изыскания лежат в области становления благотворительности в южном регионе Украины [3].

С учетом всего сказанного, следует отметить, что история развития благотворительности в пенитенциарных учреждениях традиционно оказывается на периферии интересов большинства исследователей. Единственным фундаментальным исследованием по данному вопросу на протяжении более 80 лет остается фундаментальное исследование М. Н. Гернета «История царской тюрьмы» [4]. Впрочем, и для этого исследовате-



ля проблемы благотворительности являлись второстепенными, поскольку он исследовал их в общем контексте истории российских тюремных учреждений [подробнее об этом см: 5]. Таким образом, указная проблема еще ожидает своих исследователей.

Зарождение идеи о необходимости организации во всероссийском масштабе общественной опеки над пенициарными учреждениями и благотворительной помощи по отношению к заключенным относится к временам правления императора Александра I. Этот император считал себя продолжателем либеральной политики своей бабушки Екатерины II, предполагавшей реформировать все тюремные учреждения Российской империи и активно общавшейся с известным английским филантропом Ч. Беккариа и даже разрабатывавшая под его руководством проекты реформирования тюремных учреждений. Впрочем, когда дело дошло до реального их воплощения, оказалось, что в бюджете нет для этого денег, кроме того сама императрица постепенно отказывалась от модных идей и затей периода «просвещенного абсолютизма». В результате система государственного управления тюремными учреждениями оказалась крайне запутанной и неэффективной, именно в таком виде ее унаследовал вступивший на престол внук.

В начале XIX в. среди образованной части общества получают распространение европейские идеи о причинах и условиях преступности, о наказании, его задачах и сущности, об условиях содержания и способах воздействия на арестантов, о новых тюремных системах и т. д. Это подготовило благоприятную почву для возникновения общественной организации, ориентированной на тюремные проблемы. Такая организация в России создавалась при содействии состоятельного английского коммерсанта и филантропа В. Веннинга.

В 1816 г. по инициативе министра духовных дел и просвещения князя А. Н. Голицына в Россию прибыли члены Лондонского тюремного общества для оказания помощи в создании «Попечительного о тюрьмах общества». Создание его растянулось на долгие пять лет. Началось с того, что в 1816 г. А. Н. Голицын и его лондонские коллеги обследовали два десятка российских тюрем. Окончательно общество сформировалось в 1821 г. под эгидой императора Александра I, высочайшим указом которого был утвержден устав общества и образованы руководящие органы.

Первая статья устава определяла его задачу как нравственное исправление преступников и как «улучшение состояния заключенных за долги и по другим делам людей».

Вторая статья перечисляла пять средств исправления: «1) ближайший и постоянный надзор над заключенными; 2) размещение их по роду преступлений или обвинений; 3) наставление их в правилах благочестия и в доброй нравственности, на оном основанной; 4) занятие их приличными упражнениями и 5) заключение провинившегося или буйствующих из них в уединенное место» [4, 1, с. 141]. Попечение распространялось на тюрьмы, рабочие и смирительные дома, съезжие дворы.

По замыслу В. Венинга, Общество должно постепенно взять в свои руки все вопросы управления и содержания мест заключения. Уже в 1820 г. Общество начало добиваться передачи тюремного хозяйства в свое ведение. В том же году в его распоряжение переданы кружечные деньги, собранные на попечение о заключенных. В 1825 г. оно получает право контроля над суммами из городских и земских сборов, выделявшимися на отопление и освещение тюрем. В 1827—1829 гг. и 1837 г. в распоряжение общества переданы из казны суммы, ассигновавшиеся на продовольствие, одежду и лечение арестантов. С 1827 г. в С.-Петербурге общество получило в свои руки не только денежные суммы, но и контроль за пищей, выдававшейся заключенным, включая покупку продуктов и приготовление еды. В 1844 г. указом Сената эта практика распространена на все губернии России, где действовали комитеты общества. Таким образом, постепенно все тюремное хозяйство было изъято из ведения полиции [7].

В момент создания Попечительного о тюрьмах общества перед властями стояли примерно те же самые проблемы, что и сегодня: нехватка специальных помещений, переполнение, антисанитария, жестокость тюремщиков, отсутствие школ, изношенность оборудования, крайняя жестокость применяемых спецсредств. Перед инициаторами создания Общества встал вопрос о гуманизации тюремной системы.

Хотя во главе попечительских обществ стояли официальные лица, их членами были лица частные — крупные предприниматели, священнослужители, писатели, общественные деятели и т.п. Со временем попечительские о тюрьмах общества приобретали достаточно мощную и разветвленную общероссийскую структуру.

Структура попечительских обществ в XIX веке была такой: председатель (или несколько сопредседателей), директор и члены общества. Директоров обычно было от 20 до 30 человек. Система их назначения была достаточно сложной. Часть директоров назначалась председателем, часть — императором (в губерниях — местным градоначальником или губернатором), часть назначалась местными думами, часть избиралась от сословий. Фактически, в директорате были представлены все слои общества.

Членами же Общества становились только те люди, которые вносили деньги. Статус пожизненного почетного члена мог присваиваться лицам, внесшим не менее тысячи рублей. Те, кто вносил более 500 рублей, становились почетными членами, лица, имевшие возможность внести более 10 рублей, записывались рядовыми членами. При этом через три года следовало внести следующий взнос, иначе членство в Обществе прекращалось [6]. Для врачей и адвокатов могло делаться исключение. Вместо денежных взносов они бесплатно оказывали профессиональную помощь в лечении и юридической защите заключенных.

К 1829 г. в Петербурге и Москве Попечительные о тюрьмах общества имели две автономные структуры. Было Общество как таковое,

и был еще Дамский комитет общества, который занимался женщинами-заключенными. Дамский комитет имел совершенно отдельную структуру, и если покровителем Общества являлся император, то покровителем петербургского Дамского комитета, например, в 20-е годы XIX века была императрица. Со временем Дамские комитеты создаются и в провинции. О высоком авторитете Дамского комитета свидетельствует то, что на местах его возглавляла, как правило, супруга одного из высших местных администраторов. К примеру, в Николаеве в 60-е гг. эту миссию взяла на себя супруга военного губернатора Эмилия Антоновна Глазенап.

В структуре тюремного управления в России существовала должность смотрителя, в 1813 г. его сменил директор, который фактически выполнял функции начальника тюрьмы. Он руководил всей режимной и оперативной деятельностью. Кроме того, были общественные попечители — люди, на которых лежали воспитательные, духовные, культурно-просветительские и отчасти финансово-хозяйственные функции. В 1835 г. функции попечительских обществ были расширены. Один из попечителей назначался главой местной власти (как правило, губернатором), второго попечителя назначало Попечительное о тюрьмах общество.

С первых дней своего существования основным направлением деятельности Общества было посещение тюрем (члены Общества имели право беспрепятственного посещения тюрем в любое время). Именно после первого отчета о посещении тюрем в 1819 г. Александр I запретил сбор денег на содержание заключенных на городских площадях. Результатом отчета о посещении тюрем 1825 г. стало запрещение передачи спиртных напитков (до этого в тюрьмы можно было передавать спиртное — вино и водку). Также по результатам посещений в 1829 г. принято решение о том, что вся гуманитарная помощь, предназначенная не для конкретного заключенного, а также для помощи всем в целом, будет распределяться только через Попечительное о тюрьмах общество, а не через администрацию. Теперь частные лица обязаны передавать свои пожертвования в тюрьму только через Общество. Именно Попечительные о тюрьмах общества создавали школы в тюрьмах. Это был несомненный успех, за 80 лет деятельности обществ школы удалось создать повсеместно.

В 1844 г. по распоряжению Правительствующего Сената произошла полная передача содержания заключенных из ведения полиции в распоряжение комитетов Общества по всей территории Российской империи. Тем самым государство снимало с себя ответственность за содержание заключенных и обеспечение их всем необходимым, переложив это нелегкое бремя на плечи Общества.

География деятельности общества расширилась достаточно динамично. К 1826 г. создано 7 губернских комитетов, с 1826 по 1837 г. начали свою деятельность еще 38 губернских комитетов. В 1834 г. открыты

первые уездные комитеты в С.-Петербургской и Вологодской губ. К 1840 г. в обществе попечения о тюрьмах действовало 42 губернских и 115 уездных комитетов, в 1844 — 49 и 217 соответственно [7]. Впрочем, по мере продвижения от центра к окраинам динамика развития общества существенно замедлялась. К примеру, в Николаеве, с учетом его особого статуса (военное губернаторство), местный комитет Общества создан лишь в начале 60-х гг. Инициатором его создания был настоятель Николаевского Адмиралтейского собора протоиерей Л. М. Михайловский. Разрешения из Петербурга пришлось ожидать почти год. О полученном разрешении николаевский военный губернатор Б. А. Глазенап сообщал: «Государь император в 15 день прошлого марта всемилостивейше соизволил [дать согласие] на открытие в г. Николаеве Попечительного о тюрьмах комитета, высочайше утвердил Ваше привелебие в звании директора оного» [8].

Губернские комитеты во всем подчинялись петербургскому, получая от него указания и разъяснения. Состав губернских комитетов утверждался императором. Необходимым условием для открытия действий было составление капитала из добровольных пожертвований, требуемых для первоначальной работы соответствующего комитета. Одним из главных объектов заботы комитетов в первой половине XIX в. были тюремные здания, совершенно не соответствовавшие требованиям нормального содержания арестантов.

К 1863 г. в России действовало 64 мужских комитета в столицах, губернских, областных и портовых городах, 2 женских в столицах, 25 женских отделений в губернских городах и 431 мужское отделение в уездных городах. Совокупный доход общества на 1862 г. составил 4 445 798 руб. (из них остаток от 1861 г. — 1 807 694 руб., получено из казны — 1 798 565 руб., от частных благотворителей — 839 539 руб.). Годовой расход составил 1 778 546 руб. До 10 % от расходной суммы приходилось на долю петербургских мужского и дамского комитетов и семи уездных отделений Петербургской губ. Динамика призываемых Обществом по России на 1862 г. была такова: остаток числа арестантов от 1861 г. — 32 380 чел., в 1862 г. поступило 140 201 чел., выбыло 108 509 чел. Кроме того, при полицейских частях в столицах, областных, губернских и портовых городах содержалось 183 398 чел. — все за счет общества. Смертность в заведениях, подведомственных обществу, составляла чуть более 2 % [7].

Государство осуществляло достаточно жесткий контроль за деятельностью Общества. Вслед за Голицыным президентом общества стал В. С. Трубецкой, а его преемником в 1841 г. — начальник III отделения Канцелярии Его императорского величества А. Х. Бенкендорф. Он приступил к реформированию Общества, целью которой было усиление государственного контроля над ним. Устав общества, утвержденный 7 ноября 1851 г, официально закрепил нововведения А. Х. Бенкендорфа. В 1855 г. Общество отнесено к ведению Министерства внутренних дел,

а его президентом по должности становился министр внутренних дел. При президенте создавался Совет из вице-президентов (до пяти), находившихся в Петербурге. В губернских комитетах, возглавляемых также вице-президентами (женских — председательницами) состояли директора и члены. Вице-президентами губернских комитетов назначались по должности: главный начальник губернии или епархиальный архиерей; в директора — губернский предводитель дворянства, вице-губернатор, совестный судья, председатели губернских присутственных мест, губернский прокурор, инспектор врачебной управы, городской голова. Члены комитетов и отделений избирались вице-президентами и председательницами из особ «благородного, духовного, купеческого званий». Не могли входить в состав комитетов смотрители тюрем и тюремные священники. Директор, избранный из купечества, считался «в службе по выборам общества». Составы всех комитетов и отделений утверждались императором по докладу президента. Таким образом, вводилась не выборная, а кооптационная система формирования состава общества и характер его деятельности существенно бюрократизировался.

Новый устав главными предметами деятельности комитетов определял: внутреннее устройство мест заключения, наблюдение за правильным размещением и питанием арестантов, наблюдение за содержанием мест заключения в исправном состоянии, попечение о больницах и исцелении больных арестантов, попечение об одежде, белье, обуви и других потребностях арестантов, исправление их нравственности, попечение о скорейшем разрешении участи заключенных, попечение о пересылаемых по этапу, выкуп заключенных за долги [9].

Деятельность Общества оказала большое позитивное влияние на развитие тюремной системы России. Этому способствовал ряд условий. Во-первых, благодаря членам Общества эта система стала более открытой и обрела общественную значимость. Ее проблемы обсуждались на самом высоком уровне. Во-вторых, проблемами тюремной системы занялись активные и обладавшие высоким общественным положением люди, с мнением которых не могли не считаться даже самые консервативные тюремные и полицейские чины. В-третьих, Общество вносило в поддержание и развитие тюремной системы огромные деньги (за 60 лет более 21 млн рублей).

Тем не менее деятельность Обществ была оценена негативно, и в 1893 г. они преобразованы в Тюремные благотворительные комитеты. Точнее, попечительные общества формально сохранились, но лишились большинства своих полномочий.

Изначально мыслившееся как филантропическое, ориентированное на благотворительность, Общество фактически превратилось в полуофициальную, наделенную определенными властными полномочиями организацию. Высочайшее покровительство, влиятельный состав и довольно широкие полномочия способствовали тому, что постепенно в руках Общества концентрировалось управление всем тюремным хозяйством.

Изучение исторического опыта деятельности Попечительного о тюрьмах общества в Российской империи приобретает особую актуальность в контексте реформирования пенитенциарной системы в современном Украинском государстве, в ходе которого активно обсуждаются вопросы о необходимости общественного контроля над деятельностью пенитенциарных учреждений и обеспечения прозрачности их деятельности.

### Л и т е р а т у р а

1. Краинский Д. В. Материалы к исследованию истории русских тюрем в связи с историей учреждения Общества попечительного о тюрьмах / Д. В. Краинский. — Чернигов, 1912.
2. Степанский А. Д. История общественных организаций дореволюционной России / А. Д. Степанский. — М., 1979.
3. Гузенко Ю. І. Становлення і діяльність громадських благодійних об'єднань на Півдні України в другій половині XIX — на початку XX ст. (на матеріалах Херсонської губернії) / Ю. І. Гузенко. — Миколаїв : Іліон, 2006. — 232 с.
4. Гернет М. Н. История царской тюрьмы : в 5 т. / М. Н. Гернет. — М. : Гос. изд-во юрид. лит., 1960—1965.
5. Шукин В. Михаил Григорьевич Гернет как историк российской пенитенциарной системы / В. Шукин // Держава і право: De lege praeterita, instante, futura : тези міжнар. наук.-практ. конф. 27—28 листоп. 2009 р. — Миколаїв, 2009. — С. 36—38.
6. Бабушкин А. Попечительство о тюрьмах — российская историческая традиция / А. Бабушкин // Преступление и наказание. — 1994. — № 7. — С. 38—43.
7. Керзум А. П. Общество попечительное о тюрьмах [Электронный ресурс] / А. П. Керзум // Энциклопедия благотворительности. Санкт-Петербург. — Режим доступа : <http://encblago.lfond.spb.ru/>
8. Государственный архив Николаевской области. — Ф. 68, оп. 1, д. 117, л. 10.
9. Устав Общества попечительного о тюрьмах. — СПб., 1851.

### А н н о т а ц и я

**Шукин В. В. Общественная благотворительность и попечительство в пенитенциарных учреждениях Российской империи.** — Стаття.

В статье раскрывается деятельность Попечительного о тюрьмах общества, действовавшего в Российской империи в XIX в. на протяжении 80 лет и заботившегося об улучшении условий содержания заключенных в пенитенциарных учреждениях.

*Ключевые слова:* благотворительность, попечительство, пенитенциарные учреждения, Российская империя.

### А н о т а ц і я

**Шукин В. В. Громадська благодійність і піклування в пенітенціарних установах Російської імперії.** — Стаття.

У статті йдеться про діяльність Піклувального про тюрми товариства, яке діяло в Російській імперії впродовж 80 років у XIX ст. Товариство опікувалося щодо покращення утримання ув'язнених в пенітенціарних закладах.

*Ключові слова:* благодійність, піклування, пенітенціарні заклади, Російська імперія.

S u m m a r y

***Shchukin V. V. Public charity and welfare in prisons of the Russian empire.*** — Article.

The article is devoted about the activities of the Trusteeship of the Prison Society which forced in the Russian Empire in the nineteenth century for 80 years and cares about improving the conditions of detention in prisons.

*Keywords:* charity, welfare, prisons, Russian Empire.

УДК 343.222.4:343.618(73)

Є. Ю. Полянський

### ДОКТРИНА ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА НЕЗАПЛАНОВАНЕ ВБИВСТВО ПІД ЧАС ВЧИНЕННЯ ЗЛОЧИНУ В АМЕРИКАНСЬКІЙ НАУКОВІЙ ЛІТЕРАТУРІ ТА СУДОВІЙ ПРАКТИЦІ

В теорії кримінального права США чимало уваги приділяється концепції *felony murder rule* (у дослівному перекладі — правило тяжкого вбивства під час вчинення злочину; *фелонія* (felony) — тяжкий злочин), відповідно до якої будь-яка смерть евентуально спричинена під час реалізації злочинного наміру кваліфікується як вбивство першого ступеня (особливо тяжке вбивство), навіть за відсутності вини (*Mens rea*) стосовно позбавлення життя іншої особи. Дана концепція є надто дискусійною, що відмічають самі американські автори. Але її зміст не позбавлений раціональних ідей, що разом обумовлює актуальність дослідження, адже в українському кримінальному праві не існує аналогічного інституту.

Правило тяжкого вбивства під час вчинення злочину має глибоке теоретичне обґрунтування. Вагома сукупність підходів та авторських позицій дозволяє говорити про наявність доктрини відповідальності за вбивство під час вчинення іншого злочину.

*Метою* дослідження є визначення аргументів *pro et contra* стосовно застосування правила тяжкого вбивства під час вчинення злочину з позицій американських теоретиків та практиків. При цьому *об'єктом* дослідження виступає сама доктрина як сукупність наукових позицій та підходів, а *предметом* — окремі факти практичного застосування правила тяжкого вбивства під час вчинення злочину.

Становлення доктрини відповідальності за тяжке вбивство під час вчинення злочину відбулося в XVIII—XIX століттях як в англійському, так і в американському праві, при цьому даний процес в системах кримінального права цих країн відбувався паралельно, але відокремлено. Ідеологами та творцями доктрини виступили англійські науковці, зокре-



ма Коук, але її реалізація в англійському праві була більш обачною в порівнянні з реаліями права США. В американському праві застосування правила тяжкого вбивства під час вчинення злочину в деяких випадках дійшло до абсурду, що легко доводять приклади із судової практики.

В ХХ столітті доктрина відповідальності за вчинення тяжкого вбивства почала втрачати свої надбання. В англійському праві її застосування поступово обмежувалося. Класичною юридичною формулою стала промова судді Дж. Стівена перед журі присяжних: «Я не вважаю, що слід говорити про те, що будь-яке намагання вчинити фелонію, яке призвело до смерті, слід називати тяжким вбивством. Більш розважливо було би сказати, що будь-який акт, небезпечний для життя, такий що зазвичай призводить до загибелі, вчинений злочинцем для забезпечення чи полегшення своїх злочинних дій, має називатися тяжким вбивством» [1, с. 311]. Таке формулювання правила про тяжке вбивство уособлювало в собі практично всі зауваження, які стосувалися обмеження так званого «широкого підходу» до його визначення. В цілому ж доктрина відповідальності за тяжке вбивство в англійському праві відійшла в історію в 1957 році, коли парламентом був прийнятий закон «Про відповідальність за вбивство», який ліквідував таку категорію злочинів [2].

В американському праві доктрина продовжувала піддаватися сумнівам та критиці. Модельний кримінальний кодекс 1962 року не передбачав можливості застосування такої конструкції, вже на підставах ігнорування суб'єктивного елемента *Mens rea* [3]. Як відомо, чимало штатів прийняли Модельний кримінальний кодекс за основу свого оновленого кримінального законодавства. Разом з тим майже усі вони зберегли законодавчі положення, які стосувалися відповідальності за спричинення смерті під час вчинення іншого злочину. В результаті реформа, запланована творцями Модельного кодексу, була реалізована лише частково: майже єдиним її набутком стало перекладування тягаря доказування на сторону обвинувачення. Домінуючою підставою застосування правила про тяжке вбивство під час злочину залишався факт вчинення небезпечного для оточуючих посягання, спрямованість умислу злочинця не мала вирішального значення.

Судова практика, в цілому, підтримала зміни (а точніше — незмінність) у відношенні формули тяжкого вбивства під час вчинення злочину. Так серія судових рішень додатково підтвердила гарантії правильного застосування цього правила — в частині запезпечення доведеності факту небезпечної поведінки особи під час вчинення злочинних дій, але не більше того. Так, Верховний Суд США у справі *Sandstorm v. Montana* заборонив судам встановлювати презумпцію наявності елементів *mens rea* злочинної поведінки, ґрунтуючись на інших фактах [4, с. 510]. Але це рішення жодним чином не підіймало питання конституційності правила про тяжке вбивство під час вчинення злочину. Більш того, наступні рішення вищих судових інстанцій штатів повністю роз-

сіяли сумніви відносно можливості застосування згаданого правила. Наприклад, Верховний Суд штату Монтана у справі *State v. Cox* взагалі вирішив, що правило про тяжке вбивство під час вчинення злочину органічно не пов'язане з необхідністю доведення умислу на вчинення вбивства. Рішення по аналогічних справах також підтвердили об'єктивні підстави для притягнення злочинців до відповідальності за даним правилом [5, с. 130].

Генезис доктрини тяжкого вбивства під час вчинення злочину відбувся в американському праві протягом двох століть. За цей час основні ідеї, положені у сутність доктрини, не зазнали радикальних змін. Можна дійти обґрунтованого висновку, що правило тяжкого вбивства під час вчинення злочину стало *однією із форм реалізації так званої суворой відповідальності* — найбільш розповсюдженого прикладу об'єктивного ставлення у вину в американському праві (*у випадках суворой відповідальності суд не зобов'язаний встановлювати наявність вини в діях особи, достатньо лише факту протиправної поведінки*). На користь даної позиції можна навести чимало аргументів. По-перше, в будь-якому випадку відповідальність пов'язана з фактом вчинення іншого злочину та фактом спричинення смерті іншій особі, під яким мається на увазі або випадкове спричинення смерті (казус), необережне або умисне афектоване її заподіяння (наприклад, особі, яка намагалася протидіяти вчиненню злочину), чи позбавлення життя, вчинене одним із спілників. Так чи інакше, *mens rea* таких протиправних дій не охоплює суб'єктивні ознаки, притаманні «реальному» вбивству за обтяжуючих обставин в американському праві. В контексті доктрини відповідальності за тяжке вбивство під час вчинення злочину ступень вини злочинця у спричиненні смерті *завжди є нижчим*, ніж йому ставиться у вину. По-друге, концепції «трансформації або перенесення умислу» з одного злочинного діяння (яке було заплановане та вчинилося особою) на інше (випадкове вбивство під час вчинення предикатного злочину) також мають безперечний суттєвий недолік. Ступень небезпеки предикатних злочинів (визначені види злочинів, вчинення яких є підставою для застосування правила тяжкого вбивства під час вчинення злочину, наприклад, згвалтування) завжди нижчий, ніж ступень небезпеки тяжкого вбивства, що у свою чергу знову стосується також і ступеня вини особи. В результаті умисел на вчинення згвалтування не може бути «перенесений» на скоєння тяжкого вбивства, що ставить під сумнів концепцію Хокінса в цілому. По-третє, до середини ХХ століття суди взагалі ігнорували необхідність встановлення *mens rea* у відношенні до заподіяння смерті. Таким чином, підставою для притягнення до відповідальності за правилом тяжкого вбивства під час вчинення злочину завжди *був факт заподіяння смерті* за таких обставин.

Як вже було згадано, проблемою залишається ігнорування причинного зв'язку між діями, що складають *actus reus* предикатного злочину, та наслідками у виді позбавлення життя. В результаті практиці відомі

непоодинокі випадки надзвичайно нерозважливого застосування доктрини відповідальності за тяжке вбивство під час вчинення злочину. В них дійсно мали місце необхідні юридичні факти (вчинення предикатного злочину, а також смерть третьої особи, яка так чи інакше була пов'язана з цим злочином), але як такого причинного зв'язку не було. Наприклад, через сім місяців після викрадення автомобіля Дж. Коленбург слідував на ньому по вулиці, де він постійно мешкав. В цей час бездоглядна маленька дитина вибігла на дорогу прямо перед його автомобілем, в результаті наїзду дитина загинула на місці [6]. Коленбург був засуджений за вбивство та викрадення автомобіля, звинувачення у заподіянні смерті ґрунтувалося на правилі тяжкого вбивства під час вчинення злочину та відповідному законодавстві штату Місурі. При цьому суд жодним чином не взяв до уваги, що з моменту вчинення крадіжки минув великий проміжок часу, а також той факт, що дорожня пригода сама собою ніяк не була пов'язана з вчиненням предикатного злочину. Єдиним таким зв'язком виступав крадений автомобіль. Не має сумнівів щодо відсутності причинного зв'язку в наведеному прикладі. Звичайно, якщо би Коленбург потрапив в дорожню пригоду, намагаючись втекти від переслідування поліцією після вчинення злочину, то в такому випадку притягнення його до відповідальності за спричинення смерті було би справедливим та обґрунтованим. Як ми бачимо, суд також проігнорував і таку вимогу доктрини відповідальності за тяжке вбивство під час злочину, як небезпечний характер дій злочинця. Бо в розглянутому випадку дії Коленбурга під час керування автомобілем не містили взагалі жодної небезпеки, тим більше, що правил безпеки дорожнього руху він не порушував, а в дорожній пригоді, яка трапилася, він взагалі не був винний. Як ми бачимо, принципи відповідальності за вбивство під час вчинення злочину, розроблені теоретиками [7, с. 167] ще за століття до справи Коленбурга, були повністю проігноровані судом. Якщо між злочинним діянням та його наслідком має існувати причинний зв'язок, «існуючий внаслідок звичайних та добре відомих законів фізики», то закони якої фізики мали на увазі судді, які були творцями вироку Коленбургу? Отже, така судова помилка є проявом цілеспрямованої, але цілком неправильної політики, яка культивується практиками в результаті некоректного розуміння доктрини відповідальності за вбивство під час вчинення злочину.

Проте справа Коленбурга не була єдиною, що демонструвала повне ігнорування американськими судами причинності настання тяжких наслідків. Практиці відомі і інші, не менш «яскраві випадки». Так, Е. Дженкінс був затриманий поліцейським патрулем за підозрою у володінні наркотичними засобами. Офіцер націлив зброю на підозрюваного та схопив його за рукав. Дженкінс спробував звільнитися, в результаті впав на землю разом з поліцейським. Під час падіння останній рефлексивно натиснув на спусковий гачок пістолета та випадково застрелив свого напарника. Наркотичних засобів у підозрюваного знайдено не

було [8]. В результаті Дженкінс був визнаний судом винним у нападі на офіцера поліції, а також у вбивстві, яке слідувало із вчиненого нападу. Ставити питання про наявність причинного зв'язку між діями Дженкінса та смертю поліцейського було би навіть незручно. Але не з точки зору американського правосуддя. На жаль, американські судді не вважають за потрібне аргументувати наявність причинності. Це знову-таки свідчить на користь того факту, що правило тяжкого вбивства під час вчинення злочину є одним із проявлень суворої відповідальності.

В цілому ж можна навести чимало справ, за якими особи були цілком безпідставно засуджені за вбивства, пов'язані із попередніми незаконними діями [9–12].

Наведені приклади демонструють цілком неправильну реалізацію доктрини відповідальності за тяжке вбивство під час вчинення іншого злочину. Викликає запитання і логіка суддів, які приймали відповідні рішення щодо визнання звинувачених винними також у вбивствах. Адже за загальною думкою, суддя має бути юристом вищої кваліфікації, особою із життєвим досвідом та має приймати гнучкі рішення, які відповідатимуть конкретним особливостям справи. Але американські судді часто не здатні приймати самостійні рішення та діють наче комп'ютер — за заздалегідь створеною програмою, в результаті чого вирок, зокрема про вбивство під час вчинення злочину, є необґрунтованими, несправедливими та засновуються на неправильному застосуванні доктринальних джерел. Як бачимо, практичні помилки часто пов'язані саме із ігноруванням суддями причинно-наслідкових зв'язків між протиправою поведінкою та її результатами.

Отже чи має докрина відповідальності за тяжке вбивство під час вчинення злочину право на існування в умовах сучасного права громадянського суспільства? В американській науковій літературі думки з цього приводу розділилися. Так Г. Уекслер і С. Кадіш негативно відповідають на таке запитання, вважаючи цю доктрину «раціонально необґрунтованою» [13, с. 679]. На їхню думку, такий аргумент є цілком достатнім, оскільки позиції творців та захисників доктрини залишаються надто слабкими. Також С. Кадіш висловився проти будь-якої конструкції, за якої відповідальність наставала би виходячи із результату вчиненого злочинного діяння — тобто залежно від його наслідків.

Цілком зрозумілим є суто міфологічний характер кримінально-правової протидії злочинності такими заходами. Адже разом із небезпечними злочинцями «жертвами» доктрини відповідальності за тяжке вбивство під час злочину стають і так звані «випадкові» злочинці. Виникає доречне питання — чи не надто високу ціну платить американське суспільство за поодинокі випадки виправданого застосування суворих покарань у відношенні тих осіб, які дійсно на це заслуговують. Висновок вбачається лише один — найбільш суттєвими недоліками практичного застосування цієї доктрини є її недостатня вибірковість та ригідність.

Американські дослідники більш за все фокусують свою увагу на суб'єктивних аспектах — на винності особи або точніше: на пошуках обґрунтування для визнання такої особи винуватою у вбивстві. На наш погляд, науковці припускаються помилки. По-перше, відповідальність за тяжке вбивство під час вчинення злочину можлива як за відсутності вини особи як такої, так і при необережному або навіть умисному ставленні злочинця до позбавлення життя третьої особи. Навіть не має сенсу наголошувати на тому, що наведені варіанти суб'єктивного ставлення до злочинного результату не можуть бути поєднані у певному узагальненому підході. Проте американські науковці проводять яскраві дискусії на сторінках своїх робіт, результатом яких є, зазвичай, надто теоретизовані аргументи без реальних пропозицій щодо вирішення проблемних питань. Наприклад, Г. Байндер у своїй монументальній роботі *The culpability of felony murder* (Винність у правилі про тяжке вбивство під час вчинення злочину. — Є. П.) так і не відповідає на основне запитання про юридичне значення психічного ставлення особи до можливого спричинення смерті третій особі під час вчинення злочину [14, с. 32]. В результаті ми не знаходимо і вирішення проблеми диференціації відповідальності залежно від характеристики суб'єктивного ставлення особи до результатів своїх дій.

По-друге, як вже було зазначено раніше, правило тяжкого вбивства під час вчинення злочину є формою реалізації суворої відповідальності. В такому разі необхідність дослідження суб'єктивних складових злочинної поведінки цілком нівелюється. На думку К. Сіммонс, слід виділяти два види суворої відповідальності: суттєвий та формальний [15, с. 1075]. Суттєва суворота відповідальності виключає вину як свою передумову, тобто завжди засновується лише на юридичному факті — наслідках. Формальна ж відповідальність завжди потребує наявності певних елементів вини — передбачення, обізнаності чи інших. На наш погляд, використана К. Сіммонс термінологія не зовсім вдала, але сама думка має рацію. Правило тяжкого вбивства під час вчинення злочину має розглядатися саме як різновид *формальної* суворої відповідальності. Інакше американське право повертатиметься до ідей XVIII століття та конструкцій Коука та інших юристів того часу, що в умовах сучасного громадянського суспільства просто неприпустимо.

Доктрина відповідальності за тяжке вбивство під час вчинення злочину, безперечно, є цікавим проявом об'єктивного ставлення у вину в кримінальному праві США. Її оригінальна ідея є справедливою, адже злочинець має відповідати за ті наслідки, які були *безпосередньо* зумовлені його кримінальною поведінкою. На жаль, американські правники вбачають в доктрині лише засіб боротьби з насильницькою злочинністю, забуваючи про всі інші фактори. Використовуваний ними підхід не приносить очікуваних плодів, окрім неприпустимих та сміхотворних судових помилок.

На наш погляд, декілька новацій змогли би виправити негаразди, пов'язані із застосуванням правила тяжкого вбивства під час вчинення

злочину. По-перше, необхідно відмовитися від зв'язку застосування правила із предикатними злочинами. В будь-якому випадку визначаючим фактором має бути *ступінь суспільної небезпеки конкретного прояву злочинної поведінки*.

По-друге, наявність певного психічного ставлення до можливості настання смерті іншої особи слід вважати цілком необхідною. Мінімальним змістом вини в такому випадку має бути обізнаність особи про небезпечність своєї поведінки до оточуючих та готовність до імовірного розвитку подій (про що свідчить вчинення особою небезпечних дій всупереч обізнаності про можливість настання наслідків). Не має підстав вважати, що така злочинна поведінка має подвійну вину, або іншим чином ускладнена з суб'єктивних позицій. Фактично має місце певний різновид необережності чи в деяких випадках — непрямий умисел. В цьому сенсі можна не погодитися з Г. Єсаковим, який в своїх дослідженнях відносить правило тяжкого вбивства під час вчинення злочину до «конструктивної відповідальності» саме за суб'єктивними ознаками. Нарешті, по-третє, суттєвою прогалиною доктрини є ігнорування причинного зв'язку, саме в результаті якого трапляються прикрі судові помилки, у випадках яких підсудним інкримінуються факти, взагалі нерелевантні до злочинної поведінки.

На наш погляд, вдосконалення доктрини тяжкого вбивства під час вчинення злочину забезпечило би її належне функціонування в системі кримінального права США. Крім того, сама ідея відповідальності за позбавлення життя під час вчинення іншого злочину (за наявності причинного зв'язку з діями особи) заслуговує на увагу з позицій справедливості та запобігання злочинній поведінці і при необхідному доопрацюванні може бути запозичена в кримінально-правовій системі інших країн.

#### Л і т е р а т у р а

1. R v. Seme (1887). 16 Cox's Crim. Law Case 311 (Cent. Crim. Ct.) 313 (Eng).
2. Homicide act, 1957. C. 11, §1. (England & Wales).
3. Model Penal Code. § 210.2 (1) (Proposed official draft, 1962).
4. Sandstorm v. Montana, 422 U.S. 510 (1979).
5. People v Washington, 402 P.2d, 130,133 (Cal. 1965).
6. State v. Colenburg, 773 S.W.2d 184 (Mo. Ct. App. 1989).
7. Wharton F. A treatise on the Law of homicide in the United States (2nd edition, 1875).
8. People v. Jenkins, 545 N.E. 2d. 986, 990-91 (III App. Ct. 1989).
9. Miller v. State, 571 S.E. 2d. 788 (Ga. 2002).
10. People v. Stramp, 82 Cal. Rptr. 589 (Cal. Ct. App. 1969).
11. People v. Ingram, 492 N.E. 2d. 1220 (N.Y. 1986).
12. People v. Matos, 83 N.Y. 2d 509 (N.Y. 1994).
13. Sanford H. Kadish. Foreword: Criminal and the luck of the draw, 84 J. Crim. Law & Criminology 679 (1994).
14. Guyora Binder, The culpability of felony murder, 83 Notre Dame L. Rev. (2008).
15. Kenneth W. Simmons. When is strict liability just? 87 L. Crim. Law & Criminology 1075 (1997).

#### А н о т а ц і я

**Полянський Є. Ю.** Доктрина відповідальності за незаплановане вбивство під час вчинення злочину в американській науковій літературі та судовій практиці. — Стаття.

Досліджується концепція відповідальності за вбивство під час вчинення злочину: аналізуються судові прецеденти, доктринальні джерела, законодавство. Надається оцінка позитивних та негативних наслідків практичного застосування цієї концепції.

*Ключові слова:* кримінальне право США, кримінально-правова доктрина, об'єктивне ставлення у вину, вбивство під час вчинення злочину, відповідальність за позбавлення життя.

#### А н н о т а ц и я

**Полянський Е. Ю.** Доктрина ответственности за незапланированное убийство во время совершения преступления в американской научной литературе и судебной практике. — Статья.

Исследуется концепция ответственности за лишение жизни во время совершения преступления: анализируются судебные прецеденты, доктринальные источники, законодательство. Дается оценка позитивным и негативным результатам практического применения данной концепции.

*Ключевые слова:* уголовное право США, уголовно-правовая доктрина, объективное вменение, убийство во время совершения преступления; ответственность за лишение жизни.

#### S u m m a r y

**Polyansky E.** Liability for involuntary deprivation of life during commission of a crime in U.S. scientific literature and judicial practice. — Article.

The concept of felony murder rule is researched: judicial cases, doctrinal sources, legislation are analyzed. Positive and negative results of the concept's application are estimated.

*Keywords:* U.S. criminal law, criminal law doctrines; objective imputation, felony murder rule; liability for murder.

УДК 343.985:343.611

*О. С. Саїнчин***КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНЕ  
ТА КРИМІНАЛІСТИЧНЕ ВИЗНАЧЕННЯ СТАДІЙ  
ТА ЕТАПІВ РОЗСЛІДУВАННЯ УМИСНИХ ВБИВСТВ**

Розкриття злочину (умисного вбивства) пов'язано з етапами розслідування. Так, на думку одних авторів, злочин вважається розкритим, якщо досліджені всі обставини, що входять у предмет доказування, достатні для пред'явлення обвинувачення (О. М. Васильєв, А. К. Гаврилов, І. Ф. Герасимов, С. П. Мітричев, О. І. Михайлов, Л. О. Сергєєв, В. Е. Сидоров). Другі — коли доказаність вчинення злочину певними особами відображена в обвинувальному висновку та рішенні прокурора щодо направлення справи до суду (Г. О. Олександров, О. М. Донцов, С. П. Остроумов, С. І. Панченко, В. Г. Танасевич). Деякі вчені момент розкриття переносять на закінчення судового розгляду, вважаючи розкритим злочин тільки після виголошення судом вироку й вступу його в законну силу (І. Ф. Головченко, П. П. Михайленко). Загалом остання позиція нам вважається більш правильною, оскільки тільки суд остаточно вирішує, чи винна людина, що залучена як обвинувачений на попередньому слідстві. Окреслені три погляди на поняття розкриття називають *кримінально-процесуальним*. Загальне, що їх об'єднує — це факт установлення особи злочинця й події злочину. Відмінність — у рівні доказаності цих обставин [1].

Тому існує й *криміналістичне поняття розкриття злочину* [2]. Воно не пов'язане зі стадіями кримінального процесу. Розкриття злочину являє собою слідчу ситуацію, що виникає, наприклад, під час затримання злочинця на місці пригоди (з речовими доказами), у разі з'явлення злочинця з каяттям, коли особа затримана, але не всі обставини справи ще досліджені. Тому в криміналістичному значенні розкриття злочину може бути здійснене на різних етапах розслідування, оскільки воно досягається на попередньому (досудовому) слідстві, є попереднім



рішенням завдання розкриття злочину й викриття винного органом попереднього (досудового) слідства (І. Ф. Герасимов, В. Г. Танасевич).

Таким чином, криміналістичне поняття розкриття (розслідування) злочину як певного виду (різновиду) юридичної діяльності визначається як комплекс слідчих дій, оперативних і організаційних заходів, здійснюваних із метою повного розкриття злочинів, викриття винних та забезпечення умов правильного застосування закону (ст. 2 КПК України) [3, с. 9].

Зміст діяльності з розкриття злочинів включає такі відмінні елементи: 1) невідкладне провадження слідчих дій і оперативно-розшукових заходів; 2) широке використання в цій діяльності інформації, що отримуюється на місці пригоди від людей і речей; 3) концентрування і координування сил і засобів для швидкого розкриття злочинів за «гарячими слідами»; 4) широке використання сил і засобів підрозділів карного розшуку, патрульно-постової служби і ДАІ; 5) централізація управління силами і засобами в одних руках; 6) широке використання допомоги державних установ, організацій і громадськості.

Розкриття за «гарячими слідами» — це умовне поняття в слідчій і оперативно-розшуковій діяльності, пов'язане з обов'язковим використанням так званих «гарячих слідів». В іншому випадку, коли не використовуються такі сліди, розслідування й розкриття злочину будуть звичайними. «Гарячі сліди» — це часова (минуца) характеристика, вона означає якийсь відрізок часу, протягом якого можна використати сліди і отримувати ефективні результати. Саме в цей період сліди мають найбільшу інформативність, а отже, і значущість для розкриття злочинів. Після закінчення такого часу сліди «остигають (холонуть)», кількість інформації, що ними відображується, зменшується або втрачаються її якісні властивості, а іноді вона зникає взагалі. Хоч такі сліди в подальшому й використовуються для отримання доказової інформації, але процес розслідування в цьому випадку вже не носить назви розкриття за «гарячими слідами» [4, с. 10].

Поняття «гарячі сліди» характеризує принаймні дві обставини: а) час, що пройшов із моменту утворення слідів до моменту їхнього виявлення з метою розкриття злочину; б) відрізок часу, протягом якого можна найбільш ефективно використати «гарячі сліди» в розслідуванні.

За змістом поняття «гарячі сліди» включає матеріальні й ідеальні відображення, що містяться в матеріальних джерелах (речах) і у свідомості (пам'яті) людьми. У першому випадку — це сліди-відображення, сліди-предмети й сліди-речовини (засоби вчинення злочину, сліди рук, ніг, знарядь зламу, мікросліди, сліди запаху). У другому — уявні образи, збережені в пам'яті обвинуваченого, потерпілого й свідка-очевидця.

Розкриття злочину за «гарячими слідами» — це діяльність органу дізнання або попереднього слідства на початковій стадії розслідування, відразу після виявлення ознак події злочину. Вона протікає в особливих кримінально-процесуальних умовах, для неї характерне широке викори-

стання оперативних-розшукових засобів виявлення, закріплення й збереження джерел доказової інформації. Ця діяльність носить яскраво виражений пошуково-розшуковий напрям. Перш ніж установити ознаки злочину, їх необхідно розшукати.

Розкриття злочину за «гарячими слідами» характеризує особливий рівень організації роботи на початковому етапі розслідування, тому його припустимо розглядати як самостійну організаційну форму діяльності, яка характеризується таким. *Фактором часу*, який означає швидкість реагування, починаючи від моменту отримання повідомлення щодо злочину. Швидкість реагування, оперативність (невідкладність) означає: а) виявлення такої інформації, негайне використання якої дозволить активно вести роботу з виявлення осіб, що скоїли злочин; б) своєчасно вибрати та використати відповідні засоби і методи. *Належною організацією роботи* різних служб органів внутрішніх справ (чергової частини, кримінального розшуку, дільничних, слідчих). *Високим рівнем професійної грамотності* (майстерності) працівників цих служб, сумлінним виконанням ними своїх службових обов'язків. *Безперервністю роботи* по збору та використанню інформації. *Наступальністю* — ініціативністю та інтенсивністю провадження слідчих дій і оперативних-розшукових заходів. *Комплексністю* — використанням усіх наявних можливостей. *Маневреністю* — використанням сил і засобів, ефективних у конкретній ситуації, та негайна їхня заміна іншими в разі змін умов [5, с. 7].

Діяльність, у межах якої відбувається розкриття злочинів за «гарячими слідами», являє собою узгоджену систему слідчих дій, оперативних-розшукових і організаційних заходів, здійснюваних протягом певного часу для «виявлення ознак злочину та осіб, що його здійснили» (ст. 103 КПК України), а також інших обставин, що мають значення для розслідування.

Залишається неясним, протягом якого часу злочин слід уважати розкритим за «гарячими слідами». Іноді цей термін визначають в 3–4 дні з моменту початку виробництва у справі. Якщо злочин у цей час не буде розкрито, то подальша робота по ньому не вважатиметься розкриттям за «гарячими слідами».

Відповідно до іншої точки зору, усі розкриті протягом 7–8 днів злочини слід уважати такими, що розкриті за «гарячими слідами», причому нерідко такі терміни зумовлені не науковими міркуваннями, а вимогами обліку й характером показників статистичної звітності, що не може бути визнано обґрунтованим.

Період діяльності органу попереднього слідства, що називається нами розкриттям за «гарячими слідами», відносно визначений ст. 104 кримінально-процесуального закону України. У ній зазначається, що за наявності ознак злочину, по якому провадження попереднього слідства обов'язкове, орган дізнання порушує кримінальну справу і виконує невідкладні слідчі дії з установлення та закріплення слідів злочину.

Саме в цей період слідчий (дізнавач) зобов'язаний виявити ознаки злочину й осіб, що його скоїли (ст. 103 КПК України), тобто розкрити злочин за «гарячими слідами».

Коли кримінальну справу порушує слідчий, то початкові невідкладні слідчі дії також носять активний пошуковий характер і спрямовані на розкриття злочину за «гарячими слідами». Свою діяльність він координує з органами дізнання, дає їм «доручення й вказівки щодо провадження розшукових і слідчих дій» (ст. 114 КПК України). Слідчий також широко використовує допомогу установ, підприємств, посадових осіб і громадян, для яких законні вимоги слідства обов'язкові (ст. 114 КПК України). Розкриття злочинів за «гарячими слідами» входить до початкової стадії розслідування будь-якого злочину, коли відбувається встановлення ознак злочину й осіб, що його вчинили.

Діяльність слідчого в цій стадії носить яскраво виражений розшуковий характер. Проведення невідкладних слідчих дій і оперативно-розшукових заходів підпорядковане: а) збору інформації відносно події, що сталася; б) виявленню, фіксації й збереженню джерел доказової інформації; в) розшуку і затриманню осіб, що скоїли злочин.

У методичному плані діяльність слідчого з розслідування (розкриття) умисних вбивств за «гарячими слідами» можна розділити на три етапи: 1) заходи, що проводяться до провадження невідкладних слідчих дій; 2) дії під час провадження невідкладних слідчих дій, головним чином, під час огляду місця події; 3) заходи, що проводяться після огляду місця події під час провадження інших невідкладних слідчих дій [6, с. 9].

**Перший етап розслідування вбивств за «гарячими слідами»** починається відразу після того, як тільки стає відомо про його здійснення.

Відповідні заходи приймаються негайно, до провадження невідкладних слідчих дій, і носять не процесуальний оперативно-розшуковий характер.

Вони, звичайно, включають: а) припинення дій злочинця, якщо вони продовжуються; б) фізичне затримання злочинця на місці злочину (із речовими доказами); в) вживання заходів по ліквідації тяжких наслідків, пов'язаних з спричиненням шкоди життю людини або знищенням майна; г) збереження джерел інформації про подію злочину.

Особливе місце в розслідуванні злочинів за «гарячими слідами» на цьому етапі належить черговій частині органу міліції. Отримавши повідомлення про пригоду, черговий організує роботу з її розкриття, для чого: а) інструктує заявника щодо його подальших дій; б) направляє наряд патрульно-постової служби на місце пригоди; в) повідомляє про випадок дільничного інспектора; г) висилає на місце пригоди слідчо-оперативну групу, наряд міліції; д) повідомляє про випадок начальника міськрайвідділу; е) за узгодженням із начальником міськрайвідділу інформує місцеві органи влади; ж) забезпечує постійний зв'язок з місцем пригоди та слідчо-оперативною групою.

*Другий етап розслідування вбивства за «гарячими слідами»* настає після прибуття на місце пригоди слідчо-оперативної групи. Він характеризується узгодженою (координованою) організаційною, слідчою й оперативно-розшуковою діяльністю. Збір орієнтуючої інформації про подію злочину досягається передусім оглядом місця пригоди й проведенням інших невідкладних заходів: допиту (опитуванню), обшуку (огляду), затриманню особи, що підозрюється тощо. У цей час виготовляють фотознімки, замальовки, схеми, складають орієнтовки для розшуку речей, суб'єктивні портрети для розшуку людей; здійснюють виявлення, фіксацію й попереднє дослідження матеріальних (речових) джерел інформації; здійснюють фіксацію ідеальної інформації за допомогою звукозапису, відеозапису, кінозйомки, забезпечуючи тим самим успіх розкриття злочину.

Незважаючи на те, що кожна слідча дія в широкому плані є пошуковою, тобто спрямованою на встановлення злочинця і його викриття, головним на даному етапі є розшук, який являє собою тактичну операцію, що вживається для вирішення слідчої ситуації, що склалася. *Реалізація тактичної операції* з розшуку починається з огляду місця події. Оперативно-розшукові заходи на цьому етапі включають: а) переслідування і затримання злочинця за допомогою службово-розшукового собаки по слідах запаху або по предметах, загублених злочинцем, розсипаному зерну, краплям крові, тютюну, яким злочинець посипав сліди, тощо; б) організація загороджувальних заходів і блокування шляхів відходу злочинця; в) організація пошукового патрулювання з участю потерпілого або свідків-очевидців; г) організація засідок в місцях вірогідної появи злочинця (горища, підвали, покинуті (занедбані) будови); д) спостереження за місцями великого скупчення людей (ринки, вокзали, кафе, дискотеки тощо); е) прочісування території, прилеглої до місця пригоди; організація обходу подвір'я (помешкання) і опитування осіб, що мешкають поблизу місця пригоди.

*Третій етап розслідування вбивства за «гарячими слідами»* починається після огляду місця події й завершення певних оперативних заходів, що проводяться паралельно. До цього часу вже буває зібрано досить інформації, здійснено виявлення й закріплення всіх джерел доказів, що були на місці пригоди, у деяких випадках затримано особу, що підозрюється.

Цей етап — час посиленої аналітичної діяльності слідчого. Нарівні з оперативно-розшуковими заходами, що продовжуються, і невідкладними слідчими діями слідчий продовжує роботу з матеріальними джерелами доказів у своєму кабінеті: а) він оглядає і проводить їх попереднє дослідження шляхом застосування технічних заходів; б) вирішує питання щодо їх відносності та придатності; в) проводить макро- і мікрофіксацію раніше не відмічених ознак; г) у деяких випадках для попереднього дослідження залучає фахівця; д) перевіряє свідчення свідків-очевидців, потерпілих; е) проводить порівняння (узгодження) їх із механізмом здійснення злочину, що відображено в протоколі огляду події.

На основі аналізу всієї зібраної інформації слідчий будує слідчі й розшукові версії. Оскільки цей період вимагає діяльності в різних напрямках, наприклад, для паралельної перевірки версій, слідчий координує всю роботу з розкриття й розслідування злочину за «гарячими слідами». Він клопочеться про створення оперативних і слідчих груп, здійснює загальне планування їхньої діяльності. Тут особливо важлива взаємодія з органами дізнання.

Можна назвати шість основних організаційно-тактичних форм взаємодії слідчого й органів дізнання: 1) участь слідчого в оцінці оперативних матеріалів під час вирішення питання щодо порушення кримінальної справи у справах, де попереднє слідство обов'язкове; 2) взаємне інформування про здобуті у справі факти, що відносяться до предмета розслідування; 3) спільне планування у кримінальній справі, насамперед в тому випадку, коли винні в скоєнні злочину не встановлені; 4) спільне провадження слідчих дій і розшукових заходів; 5) дача слідчим в порядку ст. 118 КПК України окремих доручень оперативним працівникам на провадження ними самостійно окремих слідчих дій і розшукових заходів; 6) надання слідчому організаційно-технічної допомоги.

Таким чином, методика розкриття умисних вбивств за «гарячими слідами» на останньому етапі включає: 1) активне продовження оперативно-розшукової роботи (розгортання розшуку в будь-який час доби, своєчасне інформування чергових частин і слідчих, масоване використання сил та засобів, централізація управління розшуком); 2) широке використання спеціальних знань, криміналістичних обліків й інформаційно-довідкових систем для збору інформації; 3) аналітичну діяльність з оцінки, перевірки й зіставлення зібраної інформації з елементами типової криміналістичної характеристики конкретного виду злочину; 4) централізацію управління діяльністю з розкриття злочинів (з особливо небезпечних (резонансних) злочинів нерідко все управління бере на себе начальник УВС, міськрайвідділу або начальник слідчого підрозділу); 5) побудову версій і планування дій з їхнього відпрацювання; 6) концентрацію сил і засобів для одночасного відпрацювання слідчих та розшукових версій; безперервну оцінку інформації, що надходить, її оцінку й використання для коректування слідчих версій і плану розслідування взагалі.

Дотримання основних викладених рекомендацій (алгоритму дій), на нашу думку, може допомогти практичним працівникам у розкритті злочинів за «гарячими слідами».

#### Л і т е р а т у р а

1. Бандурка О. М. Основи управління в органах внутрішніх справ України: теорія, досвід, шляхи удосконалення / О. М. Бандурка. — Х.: Основа, 1996.
2. Бахин В. П. Следственная практика: проблемы изучения и совершенствования / В. П. Бахин. — К.: Лыбидь, 1991.

3. Галаган В. И. Использование следователем информации на первоначальном этапе расследования : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / В. И. Галаган. — К., 1992.
4. Клименко Н. И. Криминалистические знания в структуре профессиональной подготовки следователя / Н. И. Клименко. — К. : Вища шк., 1990.
5. Коновалова В. Е. Убийство: искусство расследования : монография / В. Е. Коновалова. — Х. : Факт, 2001.
6. Криминалистика / под ред. В. Ю. Шепитько. — Х. : Одиссей, 2001.
7. Лукашевич В. Г. Проблеми оптимізації діяльності з розслідування злочинів / В. Г. Лукашевич // Теоретичні та практичні проблеми використання можливостей криміналістики і судової експертизи у розкритті й розслідуванні злочинів / Укр. акад. внутр. справ. — К., 1996. — С. 17–26.
8. Образцов В. А. Криминалистика : курс лекцій / В. А. Образцов. — М., 1996. — 48 с.
9. Салтєвський М. В. Криміналістика : підручник / М. В. Салтєвський. — К. : Кондор, 2005. — 588 с.
10. Тищенко В. В. Теоретичні і практичні основи методики розслідування злочинів : монографія / В. В. Тищенко. — О. : Фенікс. 2007. — 260 с.

#### А н о т а ц і я

**Sainchin O. S. Кримінально-процесуальне та криміналістичне визначення стадій та етапів розслідування умисних вбивств.** — Стаття.

У роботі запропоновано наукове осмислення співвідношення кримінально-процесуальних стадій розслідування та криміналістичних етапів розкриття умисних убивств. Автором виділені аспекти проблем, пов'язаних з першопочатковим етапом розкриття умисних вбивств та злочинів взагалі.

*Ключові слова:* вбивство, етапи розслідування, стадії розслідування, розкриття злочинів по «гарячих слідах».

#### А н н о т а ц и я

**Sainchin A. S. Уголовно-процессуальное и криминалистическое определение стадий и этапов расследования умышленных убийств.** — Статья.

В работе предложено научное осмысление соотношения уголовно-процессуальных стадий расследования и криминалистических этапов раскрытия умышленных убийств. Автором выделены аспекты проблем, связанных с первоначальным этапом раскрытия умышленных убийств и преступлений вообще.

*Ключевые слова:* убийство, этапы расследования, стадии расследования, раскрытие преступлений по «горячим следам».

#### S u m m a r y

**Sainchin A. S. Criminal procedural and forensic determination of phases and steps of intentional homicides inquest.** — Article.

The paper offers scientific comprehension of interrelation of criminal procedural stages of inquest and forensic phases of clearance of intentional homicides. The author distinguishes aspects of problems related to the initial phase of clearance of intentional homicides and crimes in general.

*Keywords:* homicide, investigatory steps, investigatory phases, «hot pursuit» crimes detection.

## НАШІ АВТОРИ

**Аленін Ю. П.**, завідувач кафедри кримінального процесу Національного університету «Одеська юридична академія», доктор юридичних наук, професор

**Анцупова Т. О.**, докторант кафедри права Європейського Союзу та порівняльного правознавства Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук, доцент

**Аракелян М. Р.**, перший проректор, проректор з навчально-методичної роботи, завідувач кафедри історії держави та права Національного університету «Одеська юридична академія», професор

**Афанасьєва М. В.**, професор кафедри конституційного права Національного університету «Одеська юридична академія», доцент, кандидат юридичних наук

**Барцицька А. А.**, доцент кафедри криміналістики Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

**Басай В. Д.**, декан Івано-Франківського факультету Національного університету «Одеська юридична академія», доктор юридичних наук, професор

**Басай О. В.**, докторант кафедри права інтелектуальної власності та корпоративного права Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

**Бехруз Х. 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

**Вітман К. М.**, професор кафедри історії держави і права Національного університету «Одеська юридична академія», доктор політичних наук

**Глушков В. О.**, професор, доктор юридичних наук, начальник Центру організації координації наукових дослідних робіт ВЗО та НДУ МВС України

**Долежан В. В.**, професор кафедри організації судових та правоохоронних органів Національного університету «Одеська юридична академія», доктор юридичних наук, професор

**Дрьомін В. М.**, проректор з наукової роботи, завідувач кафедри кримінології та кримінально-виконавчого права Національного університету «Одеська юридична академія», доктор юридичних наук, професор

**Дрьоміна-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

**Завальнюк В. В.**, ректор Національного університету «Одеська юридична академія», професор кафедри теорії держави та права, кандидат юридичних наук

**Заморська Л. І.**, завідувач кафедри теорії та історії держави і права Чернівецького факультету Національного університету «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

**Іванченко О. М.**, асистент кафедри теорії держави і права Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

**Ігонін Р. В.**, докторант Національного університету Державної податкової служби України, кандидат юридичних наук, доцент

**Ківалов С. В.**, народний депутат України, голова Комітету з питань правосуддя Верховної Ради України, президент Національного університету «Одеська юридична академія», доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України

**Ковальчук С. О.**, заступник декана Івано-Франківського факультету Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук, доцент

**Козаченко О. В.**, завідувач кафедри кримінально-правових дисциплін Відокремленого структурного підрозділу «Миколаївський комплекс Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук, доцент

**Козловський А. А.**, завідувач кафедри конституційного та адміністративного права Національного транспортного університету, доктор юридичних наук, професор

**Коломоєць Т. О.**, декан юридичного факультету Запорізького національного університету, доктор юридичних наук, професор

**Крусян А. Р.**, завідувач кафедри конституційного права Національного університету «Одеська юридична академія», доктор юридичних наук, професор

**Лічман Л. Г.** доцент кафедри цивільного процесу Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук, доцент, голова Малиновського районного суду м. Одеси

**Лютіков П. С.**, докторант кафедри адміністративного та господарського права Запорізького національного університету, кандидат юридичних наук

**Мельник М. Г.**, член Вищої кваліфікаційної комісії суддів України, кандидат юридичних наук, доцент



**Мішина Н. В.**, професор кафедри конституційного права Національного університету «Одеська юридична академія», доктор юридичних наук

**Нетудихатка О. Ю.**, професор кафедри криміналістики Національного університету «Одеська юридична академія», доктор медичних наук

**Оборогов І. Г.**, завідувач кафедри цивільно-правових дисциплін Миколаївського комплексу Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук, доцент

**Оборогов Ю. М.**, завідувач кафедри теорії держави і права Національного університету «Одеська юридична академія», доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент Національної академії правових наук України

**Овчиннікова А. П.**, професор кафедри теорії держави і права Національного університету «Одеська юридична академія», доктор мистецтвознавства

**Омельчук О. М.**, ректор Хмельницького університету управління та права, завідувач кафедри кримінального права та процесу, кандидат юридичних наук

**Поздняков В. П.**, доцент кафедри міжнародного права Російської правової академії міністерства юстиції Російської Федерації, кандидат юридичних наук

**Полянський Є. Ю.**, докторант 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

**Польовий М. А.**, професор кафедри соціальних теорій Національного університету «Одеська юридична академія», доктор політичних наук

**Приймаченко Д. В.**, професор кафедри адміністративного права і адміністративної діяльності ОВС Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ, доктор юридичних наук, професор

**Рабінович П. М.**, професор кафедри теорії та філософії права Львівського національного університету імені Івана Франка, академік НАПрН України, доктор юридичних наук

**Романюк А. Б.**, завідувач кафедри цивільного та господарського права і процесу Івано-Франківського факультету Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

**Саїнчин О. С.**, професор кафедри кримінального процесу та криміналістики Класичного приватного університету, доктор юридичних наук, доцент

**Свида Т. О.**, доцент кафедри теорії та історії держави і права, конституційного та адміністративного права Закарпатського державного університету, кандидат юридичних наук

**Сквірський І. О.**, докторант кафедри адміністративного та господарського права Запорізького національного університету, кандидат юридичних наук

**Словська І. Є.**, докторант кафедри конституційного права Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук

**Стрельцов Є. Л.**, професор, доктор юридичних наук, доктор теології, член-кореспондент НАПрН України, заслужений діяч науки і техніки України

**Тіщенко В. В.**, завідувач кафедри криміналістики Національного університету «Одеська юридична академія», доктор юридичних наук, професор

**Туляков В. О.**, проректор з міжнародних зв'язків Національного університету «Одеська юридична академія», завідувач кафедри кримінального права, доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України

**Шепітько В. Ю.**, завідувач кафедри криміналістики Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого», доктор юридичних наук, професор, заслужений діяч науки і техніки України, академік НАПрН України

**Щукін В. В.**, завідувач кафедри гуманітарних дисциплін Миколаївського комплексу Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат історичних наук, доцент

**Юрчишин В. Д.**, завідувач кафедри теорії та історії держави і права Івано-Франківського факультету Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук, доцент

## З М І С Т

Передмова .....	5
<b>Розділ 1</b>	
<b>ПРАВОВІ ТА ІНСТИТУЦІОНАЛЬНІ МЕХАНІЗМИ</b>	
<b>ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВ ЛЮДИНИ</b>	
<i>С. В. Кивалов</i>	
«Дисфункции» национальных правовых систем в контексте реформирования Европейского суда по правам человека .....	9
<i>В. В. Завальнюк</i>	
Принцип антропології права у теоретико-правових дослідженнях сучасності .....	19
<i>М. Р. Аракелян</i>	
Трансформація правозащитної функції сучасного Українського державства .....	30
<i>Т. А. Анцупова</i>	
Право Совета Европы: новая правовая система или подсистема международного права? .....	38
<i>В. Д. Юрчишин</i>	
Практика Європейського суду з прав людини як джерело права: колізії у національному законодавстві та шляхи їх вирішення .....	47
<i>В. В. Долежан</i>	
Юрисдикційна діяльність Вищої ради юстиції та шляхи її удосконалення .....	56
<i>Ю. Е. Полянский</i>	
Актуальные аспекты организационного устройства Высшего совета юстиции .....	67
<i>М. Г. Мельник</i>	
Гарантії належного кваліфікаційного рівня судді: європейський досвід та його імплементація у законодавство України .....	78
<i>І. Є. Словська</i>	
Теоретичні і практичні проблеми організації та діяльності Уповноваженого Верховної Ради з прав людини .....	85
<i>П. Рабінович</i>	
Основоположні права людини: сучасні позиції православних церков Росії та України .....	92

<i>Н. А. Зелинская</i>	Свобода совести и совесть свободы: к вопросу о диффамации религий и защите религиозных чувств верующих .....	101
<i>Н. В. Мишина</i>	Универсальная концепция прав человека: миф или реальность? .....	118
<i>Л. Р. Біла-Тіунова</i>	Службова кар'єра державного службовця: поняття та особливості .....	127
<i>Л. Г. Личман</i>	К вопросу о концепциях судебного правоприменения .....	140
<i>К. М. Вітман</i>	Антидискримінаційний закон у контексті формування етнонаціонального законодавства України .....	151
<i>Н. В. Дрьоміна-Волок</i>	Развиток идеалів рівності та апологетика расового рабства в працях Дж. Локка і Т. Гоббса .....	160
<i>Т. О. Свида</i>	Сучасний стан міжнародно-правового співробітництва у зміцненні демократії .....	170
<i>М. В. Афанасьєва</i>	Роль прохідного бар'єра в технології пропорційного розподілу представницьких мандатів .....	180

## **Розділ 2 ТЕОРЕТИЧНІ ТА ПРАКТИЧНІ ПРОБЛЕМИ РОЗВИТКУ СУЧАСНОЇ ЮРИСПРУДЕНЦІЇ**

<i>Ю. Н. Оборотов</i>	Многоаспектность содержания права .....	197
<i>А. А. Козловський</i>	Право і буття: феноменологічний аспект праворозуміння .....	203
<i>О. М. Омельчук</i>	Філософсько-правове розуміння поведінки людини в доктринах природного та позитивного права .....	216
<i>В. В. Дудченко</i>	Тенденції антиформалізму та цінностей у сучасній юриспруденції .....	225
<i>А. Р. Крусян</i>	Модернізація Конституції України: досвід, сучасність та перспективи .....	235
<i>В. О. Глушков</i>	Україна: конфліктогенні фактори в умовах сучасного світового порядку .....	248
<i>Х. Бехруз</i>	Конституціоналізм в ісламських державах: становлення, сучасне становище і напрямки трансформації .....	261
<i>И. Г. Оборотов</i>	Каноническое право как правовая система .....	272

<i>Л. І. Заморська</i>	
Дія та дійсність нормативності права (за Г. Кельзенем) .....	282
<i>В. П. Поздняков</i>	
Олег Емельянович Кутафин и его «Глава государства»: путь в историю .....	289
<i>І. О. Сквірський</i>	
Громадянське суспільство та громадський контроль: нотатки до наукової дискусії про взаємообумовленість понять .....	297
<i>А. П. Овчинникова</i>	
Книга как средство коммуникации .....	305
<i>М. А. Польовий</i>	
Зміст синергетичного параметра порядку, який визначає політичну динаміку пострадянських держав на шляху до демократії .....	314
<i>П. С. Лютіков</i>	
Трансформація предмета адміністративного права та його складових як сфери об'єктивізації участі юридичних осіб: аналіз адміністративно-правової літератури кін. ХІХ — 1917 р. ....	325
<i>Т. О. Коломоєць</i>	
Термінологія адміністративного процесу: проблеми визначеності суміжного термінологічного ряду .....	335
<i>Д. В. Приймаченко, Р. В. Ігонін</i>	
Функції адміністративно-правового забезпечення функціонування системи судів загальної юрисдикції .....	344
<i>О. М. Іванченко</i>	
Співвідношення норм національного і міжнародного права: методологія дослідження .....	355

### Розділ 3

### ТЕОРЕТИЧНІ ТА ПРАКТИЧНІ ПРОБЛЕМИ УДОСКОНАЛЕННЯ СИСТЕМИ КРИМІНАЛЬНОЇ ЮСТИЦІЇ

<i>Є. Л. Стрельцов</i>	
Сучасність та перспективи розвитку кримінального права України: 20 років потому .....	365
<i>В. Н. Дрёмин</i>	
Становление и развитие криминологического институционализма .....	374
<i>В. О. Туляков</i>	
Дія кримінального права: динамічні аспекти .....	389
<i>Ю. П. Аленін</i>	
Особливості початку досудового розслідування за новим КПК України (позитивні і негативні аспекти) .....	395
<i>В. В. Тищенко, А. А. Барцицька</i>	
Сучасні тенденції розвитку понятійно-категоріального апарату криміналістики .....	404
<i>О. В. Козаченко</i>	
Культуро-антропологічна концепція заходів здійснення кримінально-правового впливу .....	413

---

<i>О. Ю. Нетудихатка</i>	
Етика і казуїстика в судово-медичній експертизі .....	421
<i>В. Д. Басай, С. О. Ковальчук</i>	
Поняття і види процесуальних строків за новим Кримінальним процесуальним кодексом України .....	429
<i>А. Б. Романюк</i>	
Проблемні питання правового регулювання відновлення втрачених матеріалів кримінального провадження в Україні .....	438
<i>В. Ю. Шепитько</i>	
Модель расследования преступлений и средства криминалистической тактики .....	447
<i>В. В. Шукин</i>	
Общественная благотворительность и попечительство в пенитенциарных учреждениях Российской империи .....	456
<i>Є. Ю. Полянський</i>	
Доктрина відповідальності за незаплановане вбивство під час вчинення злочину в американській науковій літературі та судовій практиці .....	464
<i>О. С. Саїнчин</i>	
Кримінально-процесуальне та криміналістичне визначення стадій та етапів розслідування умисних вбивств .....	472
Наші автори .....	479

*Наукове видання*

## **НАУКОВІ ПРАЦІ**

Національного університету  
«Одеська юридична академія»

---

**Том XI**

---

*Українською та російською  
мовами*

Редактор-коректор *Н. І. Крилова*  
Технічний редактор *Т. В. Іванова*

---

Підписано до друку 10.09.2012. Формат 70×100<sup>1</sup>/<sub>16</sub>. Папір офсетний.  
Гарнітура «Літературна». Друк офсетний. Ум. друк. арк. 39,65.  
Тираж 300 прим. Зам. № 221.

Видавництво і друкарня «Юридична література»  
65009, м. Одеса, вул. Піонерська, 7. Тел. 777-48-79  
Свідоцтво суб'єкта видавничої справи  
ДК № 4284 від 23.03.2012 р.

**Наукові праці** Національного університету «Одеська юридична академія». Т. XI / редкол.: С. В. Ківалов (голов. ред.) [та ін.]; відп. за вип. В. М. Дрьомін. — Одеса : Юридична література, 2012. — 488 с.  
Укр. та рос. мовами.  
ISBN 978–966–419–136–1.

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)**