

МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ

Одеська національна юридична академія

НАУКОВІ ПРАЦІ

ОДЕСЬКОЇ НАЦІОНАЛЬНОЇ ЮРИДИЧНОЇ АКАДЕМІЇ

Том VIII



Одеса
«Юридична література»
2009

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

У збірнику наукових праць Одеської національної юридичної академії опубліковано статті провідних вчених ОНЮА, докторів та кандидатів наук, а також видних 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. АПН України (*головний редактор*);
Ю. М. Оборотов, д-р юрид. наук, проф. (*заступник головного редактора*);
Ю. П. Алєнін, д-р юрид. наук, проф.;
М. Р. Аракелян, канд. юрид. наук, проф.;
Л. Р. Біла-Тіунова, канд. юрид. наук, проф.;
О. К. Вишняков, д-р юрид. наук, проф.;
М. А. Дамірлі, д-р юрид. наук, проф.;
Є. В. Додін, д-р юрид. наук, проф.;
В. В. Завальнюк, канд. юрид. наук, проф.;
І. І. Каракаш, канд. юрид. наук, проф.;
М. П. Орзіх, д-р юрид. наук, проф., акад. АПрН України;
О. П. Подцерковний, д-р юрид. наук, проф.;
Ю. Є. Полянський, канд. юрид. наук, проф.;
В. В. Тіщенко, д-р юрид. наук, проф.;
В. О. Туляков, д-р юрид. наук, проф.;
Є. О. Харитонов, д-р юрид. наук, проф.;
О. І. Харитонова, д-р юрид. наук, проф.;
Г. І. Чанишева, д-р юрид. наук, проф.

Відповідальний за випуск

доктор юридичних наук, професор

Ю. М. Оборотов

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

ISBN 978—966—419—087—6

© Одеська національна
юридична академія, 2009



- 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



Міжнародні нагороди «Європейська якість» запроваджені Європейською бізнес асамблеєю (м. Оксфорд, Велика Британія) з метою стимулювання зусиль лідерів європейських держав на пропаганду світового досвіду та загальнолюдських цінностей, укріплення міжнародних економічних, наукових та культурних зв'язків, розвиток інтеграційних процесів у євразійському геополітичному просторі.

Нагороди виготовлені творчою майстернею відомого англійського ювеліра Альфреда Віньєцького у Лондоні (Велика Британія). Нагороди виготовлені із благородних металів, вкриті золотом 999,9 проби, інкрустовані кришталем (Swarowski crystals).

УДК 342.925:316.48(477)

C. V. Ківалов

ПРАВОВА ПРИРОДА СПОРІВ ЩОДО ПРОХОДЖЕННЯ ПУБЛІЧНОЇ СЛУЖБИ В УКРАЇНІ

Конституція України [1] визначає Україну як правову державу, в якій єдина державна влада здійснюється за принципом поділу її на законодавчу, виконавчу та судову. Важливим чинником, який представляє єдину державну владу, незалежно від її виду, є публічна служба як соціально-правова інституція, покликана забезпечувати реалізацію і захист прав, свобод та законних інтересів фізичних і юридичних осіб у взаєминах з державою. Від її професійності і компетентності, авторитетності і стабільності, забезпеченості і захищеності залежить функціонування як держави, так і громадянського суспільства. Згідно з норми ч. 2 ст. 124 Конституції України юрисдикція судів поширюється на всі правовідносини, що виникають у державі. Судова система України складається з Конституційного Суду України та судів загальної юрисдикції. Система судів загальної юрисдикції очолюється Верховним Судом України. В системі судів загальної юрисдикції діють загальні та спеціалізовані (господарські та адміністративні) суди.

Суди, у тому числі й адміністративні, наділено відповідною компетенцією для здійснення правосуддя. Комpetенція адміністративних судів не збігається із законодавчо відокремлена від компетенції судів, що реалізують конституційну, кримінальну, цивільну, господарську юрисдикції. Під компетенцією адміністративних судів у самому загальному вигляді розуміється сукупність їх повноважень. За своїм змістом такі повноваження поділяються на предметні та функціональні. Предметними є повноваження адміністративних судів розглядати певне коло (категорії) юридичних справ, що не розглядаються іншими судами. Справи, які уповноважені розглядати адміністративні суди, позначаються як справи адміністративної юрисдикції (адміністративні справи). Сукупність предметних повноважень адміністративних судів становить їх предметну компетенцію.

Функціональними є повноваження адміністративних судів вчинити

різноманітні процесуальні дії при здійсненні правосуддя. Іншими словами, це повноваження суду при вирішенні адміністративної справи. Функціональні повноваження можна поділяти на окремі групи, зокрема повноваження по забезпеченю участі в процесі зацікавлених осіб, збиранню, дослідженю та оцінці доказів, по винесенню рішень, перевірці їх законності та обґрутованості, зверненню судових рішень до виконання тощо. Сукупність функціональних повноважень — функціональна компетенція адміністративних судів — визначається з урахуванням їх предметної компетенції — особливостей юридичних справ, на які вона поширюється. Правосуддя, як діяльність адміністративних судів, здійснюється через реалізацію їх функціональних повноважень щодо вирішення справ, на які поширюється їхня предметна компетенція.

З поняттям компетенції тісно пов'язаний термін «юрисдикція». Під юрисдикцією розуміють «встановлену законом правомочність відповідних державних органів вирішувати правові спори та справи про право-порушення, оцінюючи дії суб'єктів з точки зору їх правомірності чи неправомірності, застосовувати юридичні санкції до правопорушників; територію у підвідомчості певного органу влади; здійснення правосуддя, а також іншу діяльність по розгляді правових спорів, справ про правопорушення і застосуванню санкцій» [2, с. 696]. Незважаючи на багатозначність терміна «юрисдикція», він позначає, у першу чергу, повноваження певних органів щодо вирішення правових спорів, застосування юридичних санкцій та здійснення інших примусових заходів.

Отже, юрисдикція є компетенцією (частиною компетенції), але не будь-якого органу, а тільки органу, який має повноваження по здійсненню правових спорів, застосуванню заходів правового примусу. Таким чином, поняття «юрисдикція» застосовується відносно до повноважень органів судової влади, інших органів, що здійснюють правоохранну функцію, замість поняття «компетенція». У більш вузькому значенні поняття «юрисдикція» застосовується для позначення тільки предметної компетенції судових або правоохранних органів. Саме у цьому сенсі застосовується поняття «адміністративна юрисдикція» у Кодексі адміністративного судочинства України.

Необхідно зазначити, що поняття «адміністративна юрисдикція» є давно відомим адміністративному праву і стосується не лише адміністративних судів [3–6]. Адміністративна юрисдикція розглядається також як частина компетенції певних органів виконавчої влади, органів місцевого самоврядування по розгляді справ по скаргах, застосуванню заходів адміністративного примусу, у тому числі й накладенню адміністративних стягнень. Відмінність між зазначеними видами адміністративної юрисдикції полягає у формі її реалізації. Юрисдикція адміністративних судів пов'язана із здійсненням правосуддя і реалізується у формі адміністративного судочинства, тоді як адміністративна юрисдикція інших органів є за своїм змістом проявом виконавчо-розпорядчої діяльності й реалізується в адміністративних процедурах. При цьому, зважуючи на поши-

рення судової юрисдикції на всі правовідносини, що виникають в Україні, вирішення зазначених справ органами виконавчої влади, органами місцевого самоврядування, їх посадовою чи службовою особою не включає можливості їхнього наступного судового розгляду у формі адміністративного судочинства.

Кодекс адміністративного судочинства України (далі — КАСУ) [7, ст. 4] визначає, що юрисдикція адміністративних судів поширюється на публічно-правові спори. Такі спори, передані на вирішення адміністративного суду, позначаються як справи адміністративної юрисдикції (далі — адміністративні справи) (п. 1 ч. 1 ст. 3 КАСУ). При цьому у ст. 17 КАСУ наведено вичерпний перелік категорій публічно-правових спорів, які віднесено до адміністративної юрисдикції [7]. Отже, в контексті адміністративного судочинства під адміністративною юрисдикцією розуміються повноваження адміністративних судів щодо розгляду певних категорій публічно-правових спорів.

Законодавець не розшифрує зміст категорії «публічно-правовий спір». При цьому без її правильного розуміння у деяких випадках неможливо чітко встановити поширення адміністративної юрисдикції на певну юридичну справу. Окрім цього, у довідниках та енциклопедичних словниках є відсутнім як сам термін «публічно-правовий спір», так і його пояснення. З метою з'ясування його сутності та особливостей необхідно звернутися до теоретичних напрацювань у сфері соціальних конфліктів, до яких він відноситься, а точніше до різновиду останніх — юридичного конфлікту. У самому загальному плані соціальний конфлікт можна позначити як прояв об'єктивних чи суб'єктивних суперечностей, які виражаються у протиборстві сторін [8, с. 31], іншими словами, це така ситуація, коли сторони взаємодії переслідують будь-які свої цілі, які суперечать чи взаємно виключають одна одну.

Діалектика розвитку суспільства пов'язана із постійним виникненням та розв'язанням конфліктів на різних рівнях та у різних сферах функціонування суспільства. Конфлікт служить способом виявлення та розв'язання суперечностей, що виникають у суспільстві. Як відомо, найбільш важливі суспільні відносини та поведінка людей регламентовані нормами права. Природно, що конфлікти виникають і у цій сфері. У найбільш широкому значенні під юридичним конфліктом розуміють будь-який соціальний конфлікт, в якому протиборство так чи інакше пов'язано з правовими відносинами сторін (їх юридично значущими діями чи станами) і, таким чином, суб'єкти або мотивація їх поведінки, або об'єкт конфлікту мають правові ознаки, а конфлікт тягне юридичні наслідки [9, с. 15]. Виходячи з такого визначення юридичного конфлікту, можна стверджувати, що більшість соціальних конфліктів може бути трансформована в юридичні конфлікти. Іншими словами, за допомогою юридичних норм та інститутів можна втрутитися у розвиток майже будь-яких подій (лише за деякими виключеннями, наприклад когнітивний конфлікт). Таким чином, конфлікт виникає поза і незалежно від правових

норм і відносин і тільки потім набуває юридичного характеру (так звані змішані чи перехідні форми юридичного конфлікту [10, с. 126]).

Власне юридичний конфлікт породжується юридичними ситуаціями і розв'язується юридичними засобами. Суперечності та інтереси сторін порівнюються відповідно до встановлених правових норм. Іншими словами, конфлікт тут пов'язано з реалізацією правових норм (їх диспозицій — закріплених у них суб'єктивних прав, юридичних обов'язків, повноважень чи їх санкцій) чи із самими правовими нормами (їх законністю чи тлумаченням). Такі юридичні конфлікти в юридичній літературі іменуються правовими спорами. Правовий спір являє собою обмін домаганнями і запереченнями, що мають юридичне значення, які висунуто й обґрунтовано відповідно до встановлених правових норм. Проходження юридичного конфлікту поза встановленим порядком розв'язання здатне призвести до негативних суспільних наслідків та не гарантує легітимності отриманих у такій спосіб результатів [11, с. 126]. Таким чином, можна визначити правовий спір як протиборство суб'єктів права у зв'язку з реалізацією норм права чи із самими нормами права, яке відбувається у юридичній формі.

Публічне право охоплює низку сфер життя суспільства, насамперед побудову держави і влади, сфери управління та організації самоврядування, тобто вираження публічного інтересу як сумарного, загального соціального інтересу у кожній із сфер суспільного життя. Специфіка публічно-правового спору базується на особливостях публічно-правової сфери, що обумовлюються, насамперед, впливом імперативного методу правового регулювання, який є визначальною, конститутивною ознакою публічного права [12, с. 230]. Цим, зокрема, визначаються особливості реалізації публічно-правових норм, специфіка суб'єктивних публічних прав та їх особливі правові засоби захисту тощо.

Отже, публічно-правовий спір пов'язаний з реалізацією норм публічного права (конституційного, адміністративного, фінансового тощо), а саме із суб'єктивними правами, законними інтересами, юридичними обов'язками, владними повноваженнями суб'єктів публічного права, застосуванням юридичних санкцій чи із самими публічно-правовими нормами. Публічно-правовий спір можна визначити як втілену в юридично значущих діях сторін суперечність з приводу реалізації норм публічного права чи із самими публічно-правовими нормами, що відбувається у юридичній формі.

Важливо зазначити, що публічно-правовий спір поєднує у своїй структурі такі елементи:

а) сторони. Специфікою суб'єктного складу публічно-правового спору є наявність у ньому, у більшості випадків, принаймні однієї сторони, що виконує публічно-владні функції. При цьому, якщо в регулятивному публічно-правовому відношенні сторони можуть бути нерівними, то при розгляді публічно-правового спору такі сторони виступають як рівні — суб'єкт владних повноважень не має можливості в однобічному порядку

ліквідувати публічно-правовий спір, оскільки він реалізує у спорі не своєї владні повноваження, натомість його наділено таким же обсягом прав і обов'язків для участі у розгляді конфлікту, як і іншу сторону;

б) предмет. Предметом публічно-правового спору є те, заради чого сторони вступають у протиборство. У залежності від предмета публічно-правові спори поділяються на різновиди, які розглянуто вище. Поряд із предметом, публічно-правовий спір іноді може мати також і об'єкт — ту чи іншу духовну чи матеріальну цінність, до володіння, розпорядження та до використання якої прагне сторона спору;

в) протиборство сторін. Протиборство сторін публічно-правового спору складатиметься із суб'єктивної оцінки спору сторонами та його об'єктивного зовнішнього вираження. Суб'єктивна оцінка сторонами публічно-правового спору пов'язана з оцінкою ними сутності самої суперечності, що виражається у їх вимогах, обґрунтованих відповідно до норм права. Може трапитися й так, що в дійсності причина спору (а часом і об'єкт) насправді не існують. Помилка в оцінці ситуації, з одного боку, не знижує гостроти конфлікту, а з іншого — усвідомлення і виправлення спору в юридичній формі припиняє його. Об'єктивного зовнішнього вираження публічно-правовий спір набуває у взаємодії сторін, відповідно до встановлених правових норм, щодо предмета спору. Публічно-правовий спір, як і будь-який конфлікт, є явищем динамічним. Виникненю конфліктної взаємодії сторін передує виникнення суперечності між ними (виникнення конфліктної ситуації) й усвідомлення цього сторонами. Безпосередньо початком публічно-правового спору буде вчинення сторонами юридично значущих дій задля реалізації своїх цілей щодо предмета спору, тобто це момент, з якого обидві сторони починають протидіяти одна одній. Протікання і розв'язання публічно-правових спорів відбувається в юридичній формі, що запобігає наданню такому конфлікту деструктивного характеру, спрямованого на порушення режиму законності при здійсненні публічної влади. Правова урегульованість розв'язання юридичних конфліктів може варіюватися. Вітчизняне і зарубіжне законодавство закріплює декілька форм вирішення публічно-правових спорів: а) узгоджувальні процедури; б) медіація; в) конституційна та адміністративна юрисдикція тощо. При цьому прийняття рішення по спору і його виконання ліквідує публічно-правовий спір.

Публічно-правовий спір безпосередньо пов'язаний з публічним правом, як ціле і частина. Тому для з'ясування сутності цього поняття необхідно звернутися до публічного права як системи правових норм, якими регулюються суспільні відносини у сфері публічної влади. Враховуючи зазначене та положення ст. ст. 17–21 ҚАСУ [7], стає зрозумілим, що для публічно-правового спору є характерним:

а) суб'єктний склад. Характеризуючи суб'єктів даних правовідносин, слід зазначити, що поняття «індивід», «людина», «особа», «особистість», «громадянин», які використовуються у різних правових актах, а також у юридичній літературі як синонімічні не є тотожними. Питання про

співвідношення зазначених понять висвітлювалося в юридичній літературі. Не вдаючись до докладного аналізу поглядів, що висловлювалися, необхідно все ж таки чітко розмежувати кожне із цих понять, щоб запобігти термінологічним неточностям при їхньому застосуванні. Застосовуючи у цій роботі категорію «громадянин», слід зазначити, що, крім громадян України, стороною адміністративно-правового спору може бути й іноземець чи особа без громадянства. Поряд із зазначеними категоріями вживаються й інші поняття, такі як «особа», «суб'єкт права» тощо. Стосовно цих понять необхідно зазначити, що вживаються вони у різноманітних аспектах та будь-якого разу потребують конкретного підходу. Так, наприклад, як особа, якій адміністративним правопорушенням завдано майнової чи фізичної шкоди (ст. 268 КУпАП), може бути душевнохворою людиною і тому її не можна визнати особистістю, а як особа, яка притягується до адміністративної відповідальності, можуть бути як іноземні громадяни, так і особи без громадянства; дитина є суб'єктом права, але ще не є особистістю, іноземці є суб'єктами права, але не є громадянами України. У публічно-правовому спорі хоча б одною із сторін є орган державної влади, орган місцевого самоврядування, їхні посадові чи службові особи, інші суб'єкти при здійсненні ними владних управлінських функцій (суб'єкт владних повноважень). У порівнянні з конфліктами, які виникають у приватноправовій сфері, саме наявність публічного органу як носія державно-владних повноважень, обумовлює специфіку публічно-правового спору. Характеризуючи суб'єкт владних повноважень при викремленні його видів важливо зазначити, що в основу такого поділу покладено поняття «здійснення владних управлінських функцій». Ключовим у цьому випадку є саме владні управлінські функції, які дозволяють відмежовувати їх від внутрішньоорганізаційних (внутрішньо апаратних) управлінських функцій. Із точки зору адміністративного судочинства можна виокремити такі види суб'єктів владних повноважень:

1) органи виконавчої влади: КМУ, центральні органи виконавчої влади, органи виконавчої влади в АРК, місцеві державні адміністрації, місцеві органи центральних органів виконавчої влади;

2) органи місцевого самоврядування (виборні та інші органи територіальних громад, які наділені повноваженнями вирішувати питання місцевого значення);

3) інші державні органи: Президент України, Національний банк України; Центральна виборча комісія; Рада національної безпеки і оборони України; Рахункова палата; комунальні підприємства, яким делеговані владні управлінські функції (МБТІ) та ін. Указану категорію об'єднує те, що їх не наділено чітко вираженими управлінськими функціями. Водночас, забезпечуючи реалізацію своїх безпосередніх повноважень, цим органам у ряді випадків необхідно здійснювати окремі владні управлінські функції, які тягнуть за собою правові наслідки і, як результат, можливість виникнення публічно-правового спору. Зокрема, відповідно до Конституції України Президент України не належить до вико-

навчої гілки влади і не здійснює державного управління. Водночас як глава держави він наділений повноваженнями щодо призначення на державні посади та звільнення з державних посад окремих категорій політичних і державних службовців. Таким чином, він здійснює державне керівництво відповідно до своїх конституційних повноважень;

б) підстави виникнення спору;

в) визначення меж повноважень адміністративного суду.

Категорія «публічно-правовий спір» не охоплюється повністю діяльністю адміністративних судів — юрисдикція адміністративних судів поширюється лише на частину публічно-правових спорів, що виникають у сфері управлінської діяльності з боку державних органів і органів місцевого самоврядування та інших суб'єктів при здійсненні ними владних управлінських функцій на основі законодавства, у тому числі на виконання делегованих повноважень (публічне управління). Публічно-правові спори, які віднесено до юрисдикції адміністративних судів, у науковій літературі іноді позначаються також як «адміністративно-правові спори». Спори, які передано на вирішення адміністративного суду (адміністративні справи), є предметом адміністративного судочинства.

Згідно з ч. 1 ст. 17 КАСУ [7] юрисдикція адміністративних судів поширюється на такі категорії публічно-правових спорів: 1) спори фізичних чи юридичних осіб із суб'єктом владних повноважень щодо оскарження його рішень (нормативно-правових актів чи правових актів індивідуальної дії), дій чи бездіяльності; 2) спори з приводу прийняття громадян на публічну службу, її проходження, звільнення з публічної служби; 3) спори між суб'єктами владних повноважень з приводу реалізації їхньої компетенції у сфері управління, у тому числі делегованих повноважень, а також спори, які виникають з приводу укладання та виконання адміністративних договорів; 4) спори за зверненням суб'єкта владних повноважень у випадках, встановлених законом; 5) спори щодо правовідносин, пов'язаних із виборчим процесом чи процесом референдуму.

Відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 17 КАСУ за правилами адміністративного судочинства суди розглядають справи за адміністративними позовами фізичних чи юридичних осіб щодо оскарження рішень (нормативно-правових актів чи правових актів індивідуальної дії), дій чи бездіяльності суб'єктів владних повноважень [7]. Зазначеною нормою до юрисдикції адміністративних судів віднесено у тому числі розгляд справ щодо оскарження рішень, дій чи бездіяльності судів, їхніх посадових та службових осіб, що не пов'язані із здійсненням судочинства (і, виходячи із цього, оскарження яких не віднесено до відповідних судових юрисдикцій).

Оскарження означає звернення за захистом прав, свобод та інтересів до вповноваженого органу (суду), якщо особа вважає, що їх порушені суб'єктом владних повноважень. Отже, рішення, дії чи бездіяльність суб'єкта владних повноважень у випадках, передбачених п. 1 ч. 1 ст. 17 КАСУ, перевіряються судом тільки у зв'язку з порушенням конкретного права, свободи чи інтересу особи [7].

Найчастіше права особи порушуються рішеннями суб'єкта владних повноважень. Під рішеннями суб'єкта владних повноважень, згідно з КАСУ, розуміються його нормативно-правові та індивідуальні акти. До нормативно-правових належать акти, що містять норми права (встановлюють, змінюють чи скасовують їх), не адресовані конкретним особам і розраховані на багаторазове застосування. Правові акти індивідуальної дії є результатом правозастосованої діяльності, містять приписи з конкретних питань щодо конкретних осіб (особи), їхня дія вичерпується, як правило, одноразовим виконанням. Такі акти є юридичними фактами, що встановлюють, змінюють чи припиняють правовідносини.

Права осіб можуть бути порушені і діями суб'єкта владних повноважень (посадової чи службової особи) виданням правового акта, а також у результаті його бездіяльності, у тому числі й у мовчазній відмові видати відповідний акт. Дією є активна форма поведінки, зовнішній прояв волевиявлення суб'єкта, що породжує, змінює або припиняє правовідносини, впливаючи таким чином на права й обов'язки суб'єктів правових відносин, які не оформлюються відповідними актами (наприклад, неправильне нарахування пенсії). Бездіяльністю є форма поведінки суб'єкта владних повноважень (його посадової чи службової особи), яка пов'язана з не вчиненням дій, які він повинен вчинити на підставі закону, що призводить до порушення прав, свобод чи інтересів особи. Йдеться про зволікання, часто свідоме, з вирішенням певного питання (індивідуальної справи), віднесеної до компетенції суб'єкта владних повноважень.

Відповідно до п. 2 ч. 1 ст. 17 за правилами адміністративного судочинства суди розглядають спори, що виникають з відносин публічної служби [7]. Згідно з п. 15 ч. 1 ст. 3 КАСУ під публічною службою розуміється діяльність на державних політичних посадах, професійна діяльність суддів, прокурорів, військова служба, альтернативна (невійськова) служба, дипломатична служба, інша державна служба, служба в органах влади Автономної Республіки Крим, органах місцевого самоврядування [7]. При цьому необхідно мати на увазі, що наведене визначення охоплює не тільки два основні різновиди публічної служби: державну службу та службу в органах місцевого самоврядування, як вони розуміються у Законі України «Про державну службу» [13] та Законі України «Про службу в органах місцевого самоврядування» [14].

Слід зазначити, що категорія «державні політичні посади» сьогодні не віднайшла свого легального тлумачення. Розмежування політичних та адміністративних посад (які обіймають особи, що є державними службовцями) відбувається з урахуванням відмінностей характеру повноважень і відповідальності осіб на таких посадах, порядку призначення на ці посади та звільнення з них тощо. Особи, які займають політичні посади, здійснюють визначення урядової політики, розв'язання стратегічних проблем економічного і соціального розвитку суспільства та відповідної сфери управління. На виконання вимог Конституції України, за якими органи державної влади та їх посадові особи зобов'язані діяти

лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України, вичерпний перелік посад, які належать до політичних, потребує визначення у законі. На даний час чинним законодавством до політичних віднесено посади Прем'єр-міністра України, Першого віце-прем'єр-міністра, віце-прем'єр-міністрів, міністрів [15].

Висловлювалася пропозиція вилучити з предмета адміністративної юрисдикції спори з приводу прийняття громадян на державну службу, службу в органах місцевого самоврядування, її проходження та звільнення. Обґрунтовувалася вона тим, що ця сфера трудових відносин охоплюється цивільною юрисдикцією. Однак ці відносини публічної служби (діяльність на державних політичних засадах, професійна діяльність суддів, прокурорів, військова, альтернативна (невійськова) служба, дипломатична, інша державна служба, служба в органах влади Автономної Республіки Крим) і трудове законодавство застосовується до них лише субсидіарно [3, с. 135–136].

Інша позиція зводиться до того, що хоч державний службовець і спрямовує свою діяльність на виконання функцій держави, однак державна служба є професійною оплачуваною діяльністю, яка здійснюється відповідно до встановлених трудовим договором прав та обов'язків і з додержанням правил внутрішнього трудового розпорядку. Тому правовідносини, що виникають під час здійснення державним службовцем трудових обов'язків і самим органом чи посадовими особами цього органу, не можна розглядати як публічні адміністративні правовідносини [16, с. 157–158].

При поглибленному аналізі публічно-правового спору можна виокремити такі його риси: 1) він тісно пов'язаний із владними управлінськими функціями, тобто державним управлінням у широкому розумінні. Разом із тим він пов'язаний із місцевим самоврядуванням, оскільки виникає у сфері управлінської діяльності органів місцевого самоврядування, яка є цариною публічно-правових відносин. Однак ці відносини мають управлінський, а не державний характер; 2) він є, переважно, адміністративноправовим (за виключенням спорів, пов'язаних з виборами і референдумом, та тих спорів, стороною яких є орган місцевого самоврядування при виконанні ним своїх власних, а не делегованих, повноважень). Однак слід зазначити, що публічно-правовими спорами є і кримінально-правові, і конституційно-правові спори. Зв'язок актів, дій, бездіяльності, які оскаржуються, з управлінською діяльністю указує на адміністративний елемент такого спору, який відрізняє адміністративний спір від інших публічно-правових спорів; 3) він спрямований, як правило, на захист особи (юридичної чи фізичної) від свавілля держави та на забезпечення законності саме у державному управлінні за винятком тих спорів, в яких сторонами є суб'екти владних повноважень щодо розмежування компетенції; 4) специфічний склад учасників публічно-правового спору. Обов'язковою стороною є орган, посадова особа, уповноважена здійснювати владні управлінські функції (державного управління чи місцевого само-

врядування) та приймати обов'язкові (тобто забезпечені примусовою силою держави) для об'єктів управління рішення, а іншою стороною, як правило, є юридична чи фізична особа.

Суттєве теоретичне і практичне значення для з'ясування сутності поняття «публічно-правовий спір» має розмежування цього поняття з поняттями: «адміністративно-правовий спір», «спір про право адміністративне», «адміністративний спір», «управлінський спір» [5, с. 46]. У контексті КАСУ слід зазначити, що перші три поняття можна вважати синонімами, оскільки основним їх змістом є суперечності з питань, які регулюються нормами адміністративного права [7]. Стосовно співвідношення понять «адміністративно-правовий спір» і «управлінський спір» слід зазначити, що їх слід розглядати з огляду на співвідношення понять «державне управління» і «управління». Безперечно, що останнє поняття є набагато ширшим, оскільки включає в себе всі види управління, у тому числі й державне управління. Водночас поняття «управлінський спір» не може бути застосоване щодо адміністративного судочинства, оскільки воно: по-перше, передбачає як зовнішнє управління, так і внутрішньо-організаційне (внутрішньоапаратне) управління, спори щодо якого не належать до юрисдикції адміністративних судів; по-друге, поняття «управлінський спір» може мати місце у громадських організаціях, політичних партіях, інших об'єднаннях громадян і тому не належить до юрисдикції адміністративних судів.

Особливe значення має розмежування понять «публічно-правовий спір» та «адміністративно-правовий спір». Як уже зазначалося, перше поняття є набагато ширшим, оскільки окрім адміністративно-правового спору включає в себе й інші види: конституційно-правовий спір, фінансово-правовий спір, криміально-правовий спір та ін. Зазначене підтверджується особливостями тих спорів, які належать до юрисдикції адміністративних судів:

спори фізичних чи юридичних осіб із суб'єктом владних повноважень щодо оскарження його рішень (нормативно-правових актів чи правових актів індивідуальної дії), дій чи бездіяльності — адміністративно-правовий спір;

спори із приводу прийняття громадян на публічну службу, її проходження, звільнення з публічної служби — адміністративно-правовий спір;

спори між суб'єктами владних повноважень з приводу реалізації їхньої компетенції у сфері управління, у тому числі делегованих повноважень, а також спори, які виникають з приводу укладання та виконання адміністративних договорів — адміністративно-правовий спір з особливостями конституційно-правового спору;

спори за зверненням суб'єкта владних повноважень у випадках, встановлених законом — як правило, адміністративно-правовий спір;

спори щодо правовідносин, пов'язаних з виборчим процесом чи процесом референдуму — конституційно-правовий спір.

Формула «спори з приводу прийняття громадянина на публічну службу, її проходження, звільнення з публічної служби» охоплює весь спектр спорів, що виникають у відносинах публічної служби. Водночас до цієї категорії не належать трудові спори: а) керівників та інших працівників державних та комунальних підприємств, установ та організацій; б) працівників, які працюють за трудовим договором у державних органах і органах місцевого самоврядування; в) працівників бюджетних установ та ін.

Література

1. Конституція України : прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28.06.1996 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 30. — Ст. 141.
2. Большой юридический словарь / под ред. А. Я. Сухарева, В. Е. Крутских. — М. : Инфра-М, 2001.
3. Куйбіда Р. О. Реформування правосуддя в Україні: стан і перспективи : монографія / Р. О. Куйбіда. — К. : Атіка, 2004.
4. Осадчий А. Ю. Публічно-правовий спір / А. Ю. Осадчий // Право України. — 2005. — № 3. — С. 22.
5. Осадчий А. Ю. Публічно-правовий спір як предмет адміністративного судочинства / А. Ю. Осадчий // Актуальні проблеми держави і права. — 2007. — Вип. 32. — С. 46.
6. Стефанюк В. Адміністративний процесуальний кодекс України. Яким йому бути? / В. Стефанюк // Право України. — 1999. — № 12. — С. 17.
7. Кодекс адміністративного судочинства України : наук.-практ. комент. / за ред. С. В. Ківалова, О. І. Харитонової. — Х., 2005.
8. Дмитриев Л. И. Введение в общую теорию конфликтов / Л. И. Дмитриев, В. Н. Кудрявцев, Н. В. Кудрявцев. — М., 1993.
9. Юридическая конфликтология / РАН, Центр конфликтол. исслед. — М., 1995.
10. Тихомиров Ю. А. Коллизионное право : учеб. пособие / Ю. А. Тихомиров. — М., 2000.
11. Кудрявцев С. В. Конфликт и насильтвенное преступление / С. В. Кудрявцев. — М. : Наука, 1991.
12. Харитонова О. І. Адміністративне право як прояв публічного права / О. І. Харитонова // Наукові праці Одеської національної юридичної академії. — О., 2002. — Т. 1.
13. Про державну службу : Закон України від 16.12.1993 р. — Режим доступу : //www.rada.gov.ua.
14. Про службу в органах місцевого самоврядування: Закон України від 07.06.2001 р. // Офіційний вісник України. — 2001. — № 26. — Ст. 1151.
15. Про чергові заходи щодо дальшого здійснення адміністративної реформи в Україні : указ Президента України від 29.05.2001 р. — Режим доступу : // www.rada.gov.ua.
16. Савенко М. Проблеми встановлення юрисдикції адміністративних судів / М. Савенко // Українське право. — 2003. — № 1. — С. 157–158.

Анотація

Ківалов С. В. Правова природа спорів щодо проходження публічної служби в Україні. — Стаття.

У статті проаналізовано основні погляди на категорію «публічна служба» та «публічно-правовий спір». Зроблено висновок, що важливим чинником, який представляє

єдину державну владу, незалежно від її виду, є публічна служба як соціально-правова інституція, покликана забезпечувати реалізацію і захист прав, свобод та законних інтересів фізичних і юридичних осіб у взаєминах з державою. Від її професійності і компетентності, авторитетності і стабільності, забезпеченості і захищеності залежить функціонування як держави, так і громадянського суспільства.

Ключові слова: адміністративний процес, адміністративне судочинство, публічно-правовий спір, публічна служба.

S u m m a r y

Kivalov S. V. Legal Nature of the Public Service Passing. — Article.

In the article basic looks are analysed to the category «public service» and in «public legal dispute». A conclusion is done, that an important factor which presents the unique state power regardless of its kind is public service as social-legal institution, called to provide realization and defence of rights, freedoms and legal interests of physical and legal persons, in mutual relations with the state. From its professionalness and competence, authoritativeness and stability, material well-being and protected, depends functioning of the legal state and civil society.

Keywords: administrative procedure, administrative justice, pulic legal dispute, public service.

УДК 130.2

A. П. Овчинникова

СУМЕРКИ КУЛЬТУРЫ И ГУМАНИТАРНОЕ ЗНАНИЕ

XXI век будет веком гуманитарных наук — или его не будет.
Клод Леви-Стросс

К. Леви-Стросс не был первым, кто полагал, что удаление культуры от гуманитарных наук для нее гибельно, как не был он первым и среди тех, кто, думая о судьбах цивилизации, видел в культуре, прежде всего, мир смыслов, знаков, символов, значений (достаточно вспомнить Э. Кассирера с его «Философией символических форм»). Уже не один десяток лет философы и культурологи бьют тревогу, отмечая, что технический прогресс и сопутствующая ему стандартизация в качестве одного из своих отрицательных следствий имеют снижение интереса к гуманитарным областям культуры. Это, как известно, предвидел и Ф. Ницше. Другой мыслитель — О. Шпенглер, говоря о «закате Европы», связывал это с неизбежным вырождением европейской культуры в цивилизацию.

И все же внезапное вторжение коммерции и рынка в художественное пространство и в сферу научных исследований, а также в средства массовой информации, в школы и университеты интеллигенцию постсоветских государств застало врасплох. Разумеется, мы сами соавторы этой трансформации, хотим мы этого или не хотим. Страны молодого капитализма бросились догонять Запад не в сфере гуманитарных идей, а в пространстве массовой культуры, образцов сексуальных отношений, образовательных стандартов. А стандарты эти нередко оказываются примитивными, подчиненными законам рекламы, эстрадным шоу, телевизионному натиску бесчисленных сериалов — лишь бы обеспечить коммерческий успех. То же с книгоиздательской деятельностью, где все рекорды бьют детективы и так называемые «женские» романы. Глямурные журналы с адресами и телефонами проституток, стрельба и насилие на телеэкране, игровые телевизионные шоу, слепленные по образцу зару-

бежных источников, — вот самые заметные знаки современного культурного пространства.

Не лучше обстоит дело и в кинопромышленности. Обратим внимание — это уже именно промышленность, обрядившаяся в одежды искусства, а не собственно искусство. Но разве все, что хорошо для промышленности, хорошо так же и для искусства? Взять хотя бы «раскрученные» российские фильмы (блокбастеры, говоря по-голливудски): «Ночной дозор», «Дневной дозор», «Статский советник», «Девятая рота», «Адмирал» и т.д. Это кассовые, то есть рейтинговые фильмы, в них — занимательная простота в изложении сложных исторических и психологических событий, броскость, «экшн». Учителем выступает американская массовая культура, которая ориентирована на идеологию консюмеризма, именно она отвоевывает себе устойчивые позиции во всем мире. Но великий польский кинорежиссер Анджей Вайда говорил: «Вам никогда не победить американцев, потому что они снимают истории, а вы — проблемы».

Казалось бы, теперь уже снимаются и фильмы исторической тематики («Богдан Хмельницкий» и проч.), но и здесь все строится по образцам боевиков, а драматическая социальная и нравственная проблематика отступает на второй план. Но зачем, вообще, стремиться побеждать американское кино? Надо бы профессионально играть на своем поле. Известно, что в каждой культуре есть две культуры — высокая и массовая, национальная и глобально-рыночная. Ведь и на Западе рядом с коммерческим искусством существует и многое другое. В Париже около 500 театров (для сравнения, в Одессе, миллионном городе, театров всего пять). Пятая кнопка государственного телевидения Франции — это культурная продукция высокого качества. А в Украине вообще нет аналогичного телевизионного канала. Российский же канал «Культура», который ряд лет ретранслировало кабельное телевидение, был решением сверху отключен от украинского зрителя — то ли по коммерческим соображениям, то ли в целях «охраны информационного пространства» (от кого и что охраняется?).

Превращение культуры в средство массового потребления (по Х. Ортеге-и-Гасету — как следствие пресловутого «восстания масс») имеет и еще один естественный результат — торжество посредственности, которая к сохранившимся островкам высокой культуры относится агрессивно и свысока. Общество потребления — это общество успешной посредственности, которая ищет легкого понимания и гарантии успеха в практическом (читай, экономическом) применении. Выбор позиции прост: «Мы — люди маленькие, но зато успешные, а если вы (это — в адрес высоколобых интеллектуалов) такие культурные и творческие, то отчего же вы такие бедные?».

Девальвировано и само слово «творчество». Теперь каждый шоумен, каждая безголосая певица, выходящая на сцену только под фонограмму, говорят о себе как о «творцах» в «цехе культуры» («цех» — это тоже

из лексикона промышленной экономики). Как это все далеко от того, что называет творчеством А. Горальский, полагая творчеством не только создание чего-то нового, но и социально ценного, требующего от Мастера и его учеников особых качеств и умений, комплементарного диалога с прошлым, овладения эвристическими приемами [1, с. 7–10]. Не удивительно, что ученые, серьезные писатели и хорошие художники стали стесняться называть себя представителями творческих профессий.

Так и в прежние века начинались сумерки культуры: Солнце уже зашло, а звездное небо еще не открылось. При этом с каждым годом изменить что-либо становится все труднее. На одной из международных конференций, где обсуждалось состояние культуры, был найден точный диагноз: тупик прямого продолжения. Набрана такая сила инерции, что в корне изменить направление движения крайне трудно, почти невозможно. Как у тяжелой разогнавшейся машины, которая вынуждена двигаться по инерции, а попытки резких поворотов чреваты катастрофой.

Важнейшим барометром происходящего является состояние языка культуры — главным образом, естественного языка. Мог ли язык, который вообще чутко реагирует на все явления социальной жизни, не отобразить происходящее? Хотя, по Хайдеггеру, не человек говорит языком, а язык говорит человеком, все же сам язык зависит от состояния культуры. И что же можно обнаружить на постсоветском пространстве?

Совершенно естественными выглядят многочисленные знаки переходного периода постсоветских государств — от прошлого к будущему, от православных обычаяев к западным устремлениям. Взять хотя бы наличие устоявшейся формы обращения граждан друг к другу, которая в быту обычно доводится до автоматизма. Современные украинцы в обращениях чаще всего путаются. Сегодня наиболее приемлемым является обращение «мужчина/женщина (молодой человек/девушка)». Вторым по популярности стало обращение «господин / госпожа», а обращение «пан/пани» — является экзотическим. Обращение «товарищ» — уже не воспринимается как приемлемая форма. Оно осталось в армии, но бытование его ограничивается рамками подъязыка, профессионального арго, используемого в замкнутой социальной группе. Более благосклонно общество к обращению «господин», «госпожа». Не определились украинцы и с употреблением отчества. Западные веяния делают отчество излишним. Однако люди среднего или преклонного возраста воспринимают обращение без отчества как фамильярность.

Украинцы пока не знают не только того, как обращаться, но и как общаться друг с другом в простейших ситуациях. Например, когда мы приходим в бутик, навстречу нам бросается продавец, произнося фразу: «Я могу вам чем-нибудь помочь?». В языке нет закрепленной нормы ответа. Сам вопрос калькирован из английского языка, а вот ответ на него пока не найден, как и на вопрос: «Чем я могу быть вам полезен?». Конечно, ответ можно придумать на ходу, однако сама необходимость думать в этом случае означает, что стереотип пока не выработан. Сфера

обслуживания — одна из тех областей, в которых ведется выработка речевого этикета.

Но это вполне естественно для молодых государств. Гораздо хуже иное. Никогда еще не наблюдалось столь агрессивного и, я бы даже сказала, легкомысленного и веселого замещения «великого и могучего» натурального языка различными сленгами — от компьютерного до криминальной «фени». Со сцены театров и с киноэкранов России и Украины потоком льются матерные выражения. По мнению сценаристов и драматургов, эти словечки, как видно, если и не добавляют художественной выразительности, то сообщают диалогам некую «изюминку», а главное, приближают искусство к массовому зрителю и, соответственно, способствуют кассовому успеху их продукта (язык не поворачивается назвать это произведениями искусства). Но одно дело, когда Солженицын описывал монологи Ивана Денисовича, находящегося в печально известном заведении ГУЛАГА, где без фени жизнь была немыслима, и совсем другое, когда в очередном телесериале вполне благополучные и вроде бы интеллигентные герои бравируют знанием той же фени.

Не столь безобразно, но и компьютерный сленг — все эти «емели», «clavey» и проч. — диссонирует с культурой. Зачастую и он используется не для указания, скажем, на профессиональную принадлежность героя. Таким способом обычно подчеркивают его «современность». Этот герой отказывается использовать «дремучий язык» старших поколений — вместе с их не менее, надо полагать, «дремучей» культурой. Не случайно постмодернистские философы и культурологи скептически относятся к творцам интернет-культуры. Жак Деррида, Умберто Эко подчеркивают, что не стоит с излишним пietetом относиться к компьютеру и его коммуникационным возможностям — в ущерб развитию верbalной культуры.

При этом сленги прекрасно вписываются в систему симуляков. Жан Бодрийяр [2, с. 4], поставив диагноз западной цивилизации второй половины XX в. как «обществу потребления», отмечал, что это общество сменило идеалы производства функционально полезных вещей на «симулякры» — на производство фетишей. Значением этих фетишей выступает не реальная материальная стоимость товара, а их собственно знаковая стоимость: надуманные указания на социальный статус, престиж, обозначение внешних отличий, соответствие заранее заданным образцам и т.п. Симулякры потому и позволяют рекламодателям манипулировать общественным мнением, мистифицировать и симулировать социальный прогресс, что эти знаки-фетиши образуют, подобно языку, связную систему. Благодаря этому они не только весьма активно влияют на сам натуральный язык, но и, в значительной степени, стремятся его заместить.

Современный язык постсоветских государств находится примерно в таком же положении, в каком он пребывал в 20—30-е годы XX века, когда создавался особый новояз. А в сегодняшнем языке исчезает дис-

курсивная иерархия, все говорят примерно на одном языке, в котором перемешаны сленг, приблудненный сленг, компьютерный сленг, англизмы, элементы старосоветского языка. Все это фигурирует и в языке нынешних политиков. Советская власть говорила на своем бюрократическом волапюке, а в какой-то момент возникла лакуна, в которую хлынул воздух, и убивший эту власть. Коммунисты проиграли не только экономически и политически, но и лингвистически. Но затем язык, принятый при социализме, скрестился с языком, давно укоренившимся в западном полушарии, а в результате получился другой уродец. В нем заметны черты и криминального языка, и бизнес-языка, который в свою очередь есть смесь «старокомсомольского» языка с «приблудненным». Язык власти столь причудлив еще и потому, что он не опирается ни на какую идеологию. Старые конструкты, хотя и выглядят абсолютно пародийно, в современном языке все еще сохраняются. Например, «кое-кому неймется», «определенным силам выгодно», «вопрос находится под контролем», «вопрос надо заострить и поставить во весь рост», «проблему следует углубить», «народ этого не поймет», «воля народа», «определенные круги на Западе (или на Востоке)» — все это лозунговые слова или пустые формулы. А тем временем подросло новое поколение, для которого прежний язык порой является даже желаемой экзотикой, как и вся советская жизнь. Молодые люди нередко утрачивают осторожность, прежде диктуемую идеологическими соображениями. Студенты, например, называя фамилии выдающихся ораторов, могут поставить в один ряд Цицерона, Гитлера, Сталина и кого-то из современных политиков.

Изменила свой статус и ненормативная лексика. На всем постсоветском пространстве произошла десакрализация мата. Известно, что сила русского мата заключается в его сакральности, это отличало его от мата в европейских языках, где он десакрализован. Там это давно уже не мат в русском смысле слова. Поэтому, когда при дублировании фильма «fuck you» переводят словосочетанием «черт возьми», поступают правильно — по силе значения так оно и есть. В советское время мат был табуирован, не было принято ругаться со сцены или с экрана и при женщинах, в общественных местах. Разговор на матерном языке был прерогативой сантехников, шоферов, строителей, солдат. Сейчас на этом языке разговаривают молодые люди обоих полов в школах и коридорах университетов, мужья с женами, матери со своими детьми и т.д. Мат превращается в нормальный язык. Ослаблена запретная сторона, теперь милиционер никогда не подойдет и не скажет: «Гражданин, не ругайтесь в общественном месте». Милиционер сам на таком языке разговаривает. Этот признак одичания — первый признак, который бросается в глаза в сумерках культуры.

Вообще же, парафраз библейского выражения «в начале культуры было Слово» (слово — как Логос), тысячелетиями служивший западной цивилизации, явно утрачивает свое значение. Слово заменяется визуальным рядом. Стали важны не слова, а бренды. А главное лингвистическое

ноу-хау сегодняшнего дня — почти полное исключение из риторики такого основополагающего для христианской страны понятия, как «совесть». Уровень стыдливости в обществе заметно снизился, голос совести звучит все реже. Контент-анализ многочисленных выступлений современных политиков показывает, что слово «совесть» в них почти не встречается. Бесстыдство стало не только наглядным, но и даже демонстративным. Понятие совести заменено рекламным понятием успеха. В одном из учебных пособий мне встретилась фраза: «Сталин при всех его недостатках был очень успешным лидером». Коммунисты с их лозунгом «Партия — это ум, честь и совесть эпохи» были бесстыдны, но делали вид, что совесть для них существенна, а сегодняшние лидеры уже не делают даже вида. Это — новая реальность. Еще десять лет назад не существовало выражения «успешный человек», можно было говорить об «успешных переговорах или работе». Успех (читай, индивидуальный экономический успех) не был ключевой культурной ценностью. Появились много книг, телевизионных передач, рассказывающих, как стать успешным. Слова «амбициозный», «агрессивный» поменяли свою окраску.

На конференции «Русский язык как зеркало современной социокультурной ситуации» [3] И. Левонтина отмечала, что «происходит системный сдвиг, и это не просто заимствование того или иного слова, это изменение в видении мира». Незаметно технология успеха заместила какую бы то ни было идеологию. Мы же не осуждаем адвоката за то, что он защищает убийцу — работа у него такая. Сейчас все знают: прав не тот, кто больше грамотен, начитан, искусен, может лучше сформулировать идею, а тот, кто лучше решает сиюминутную задачу — благодаря ли деньгам, наличию ли связей или благодаря способности, минуя разум, а воздействуя только на чувства, повести за собой толпу. Но если действуют в обход разума, логика становится ненужной. Доказательства больше не нужны, логика разговора: Почему? — А потому! Можно просто объявить, а главное, погромче, что подлинные либералы (патриоты, европейцы, профессионалы — в зависимости от ситуации) не те, кто себя так называет, а именно мы. Идеологические лозунги сменились слоганами-кричалками. Исчезает грань между политическими демонстрантами и болельщиками на стадионе: «Нас багато, нас не подолати!» (Ансамбль «Грынджолы»).

Многие ищут выход из кризиса в обращении к серьезному искусству, к высокой культуре, которую «надо сделать» востребованной. Но как это сделать? Или это произойдет само по себе? Некоторые признаки самопроизвольного оживления интереса к высокой культуре и в самом деле наблюдаются. Она поднимается в цене по той же причине, по которой во время голода ценится хлеб, а не жевательная резинка. Однако не обрекает ли нас это на слепую веру в то, что «красота спасет мир» сама по себе, в силу пока неизвестных нам законов эволюции культуры? Ведь у искусства есть и оборотная сторона. Оно выстраивает

иллюзорный мир, в который можно убежать, спрятаться от действительности. Трагедия, например, способна показать, как человек красив и несгибаем среди ужасов мира. Возникает иллюзия, что человек таким образом уже защищен от несчастий, скуки, социальных унижений. Не является ли искусство старым, как мир, наркотиком? Или оно призвано всего лишь уравновешивать действительность и никак не избавляет от необходимости реального социального действия? На все эти вопросы само искусство не может ответить и не должно отвечать, для этого существуют социальные и гуманитарные науки.

Оправданы ли в этом контексте надежды, возлагавшиеся Леви-Стросом на гуманитарные науки? Не переоценил ли он возможности гуманитарных наук?

Общий взгляд на эволюцию современного гуманитарного знания не слишком обнадеживает. Гуманитарии в значительной мере смирились с пониманием человека как потребителя и при этом только описывают, фиксируют происходящие изменения. Как будто поставить диагноз культуре — это и есть конечная задача гуманитарных наук. Идея неудержимости технического завоевания окружающей среды (да уже и человеческой данности: генная инженерия) почти не обсуждалась с гуманитарной точки зрения. Не обсуждалась и оправданность той цены, которая назначена за комфорт. Мы теперь не прилагаем значительных физических усилий, которые были необходимы еще совсем недавно, но в какой мере необходим сам этот отказ от физических усилий? А при этом наш слух (даже не хочется говорить о количестве децибел, обрушающихся на сотни тысячи посетителей рок-концертов), наше зрение, восприятие в целом подвергается такой агрессии, которой совсем недавно человек не знал. Естественно, это не может не сказаться на формировании современного человека. И это тогда, когда всем хорошо известно, что для осмысленной жизни необходимы тонкие чувства и развитое восприятие. Можно сказать, что цивилизация легко жертвует психикой ради физики человека. Связанное с эволюцией техники одностороннее развитие грозит человеку как виду и угрожает всей природе.

Но что же предложено гуманитарными науками в противовес всем этим тенденциям? Почти одни только дескрипции, описание происходящего, как бы летопись нашей эпохи. Но кто и когда прислушивался к летописцам с целью изменить жизнь? Много ли надежд на то, что гуманитарные науки в таком своем состоянии смогут изменить жизнь людей XXI века?

В вопросе о перспективах гуманитарного знания как бы две стороны. Во-первых, это вопрос о том, много ли теперь остается собственно гуманитарного, касающегося существа человека как *homo sapiens*, в самих гуманитарных науках? Они описывают материю своих предметов (лингвист — «материальное тело» языка, музыковед — музыки и т.д.), не ставя вопроса об их осмыслиности и назначении. Так что, пребывая в сегодняшнем состоянии, гуманитарные науки вряд ли способны карди-

нально что-либо изменить. Некоторые ученые даже считают, что от гуманитарных наук — именно как от наук — остались только социология, структурная лингвистика, экспериментальная психология. Скажем, читаясь работу литературоведа о Шекспире, а там очередное социологическое исследование или попытки фрейдистского анализа комплексов Шекспира. Это, по сути, мало, чем отличается от того, как в советский период все интерпретировалось в терминах классовой борьбы, под которую подводилась якобы научная база исторического материализма. Но намного ли продуктивнее рассматривать эволюцию культуры и само ее назначение через призму лишь экономических отношений в духе кейнсианства? Язык экономики для анализа культуры ничуть не богаче и не предпочтительнее языка социологического. Если у развития культуры есть свои законы, то они формулируются иначе, чем законы социологии и политической экономии.

Во-вторых, это вопрос о том, много ли в гуманитарных науках собственно научного. Если науку, вслед за А. Эйнштейном, понимать как построение относительно простых моделей, способных объяснять действительность (и, соответственно, получать возможность строить предсказания) с помощью открытых законов, а не только описывать, фиксировать происходящее, то в этом отношении гуманитарные науки заметно уступают наукам естественнонаучного цикла. Назовет ли кто-нибудь какие-либо несомненные законы развития Культуры, на основе которых можно предсказывать, хотя бы вероятностно, ее будущее? Наверное, такие законы существуют, но чтобы их открыть, нужны новые средства, возможно, заимствованные из иных областей знания.

Никто не спорит, у В. Дильтея, который хотел разъединить методологию гуманитарных и естественных наук, были для этого некоторые основания. Действительно, гуманитарное знание строится не только (и не столько) на поиске общих законов, но и на так называемом «телевологическом» объяснении, опираясь на «практический силлогизм» [4, с. 173–179], когда, чтобы понять социальное явление, требуется определить цель и адекватные ей средства деятельности человека. Но тогда главной и основной гуманитарной дисциплиной становится та, предметом которой являются цели культуры, ее ценности, а это — аксиология. И в прежние эпохи культура держалась на идее о том, что человеку необходимо что-то любить больше, чем собственное существование, чему-то служить, иначе он начинает сходить с ума от бессмыслиценности жизни. И таким образом, нет сегодня задачи важнее для интеллигенции, чем поиск новых ценностей культуры. Иначе нынешние сумерки могут никогда не закончиться, а кантовское «звездное небо над головой» никогда не открыться.

Л и т е р а т у р а

1. Горальський А. Правила тренінгу творчості: метод. посіб. / А. Горальський. — Л., 1998.
2. Бодрийяр Ж. Система вещей / Ж. Бодрийяр. — М., 1995.
3. Левонтина И. Русский язык и картина мира / И. Левонтина // Культура. — 2009. — № 10.
4. Никифоров А. Л. Философия науки: история и теория / А. Л. Никифоров. — М., 2006.

А н о т а ц і я

Овчиннікова А. П. Сутінки культури і гуманітарне знання. — Стаття.

У статті запропоновано аналіз сучасного стану культури та систем гуманітарних наук. Зроблено висновок, що сучасне гуманітарне знання повинно орієнтуватися на ту сферу, яка визначає цінності, цілі його буття — аксіологію. Суспільство споживання змінило ідеали виробництва корисних речей на симулякри, які маніпулюють суспільною свідомістю. В контексті кризи культури це означає нову мега-задачу для інтелігенції: пошук нових цінностей культури.

Ключові слова: культура, гуманітарні науки, природничі науки, постмодерн, аксіологія, симулякр.

S u m m a r y

Ovchynnikova A. P. Twilights of Culture and Humanitarian Knowledge. — Article.

The analysis of the modern state of Culture and systems of humanities is offered in the article. A conclusion is done, that modern humanitarian knowledge must be oriented on a that sphere, which determines values, aims of his life — axiology. Society of consumption changed the idea of the useful things production and choose symuliakrs which manipulate consciousness of society. In the context of crisis of Culture it means a new mega-task for intellect: search of new values of Culture.

Keywords: culture, humanities, science, postmodern, axiology, symuliakr.

УДК 130.123

A. A. Ивакин

РАЗМЫШЛЕНИЯ О СУБСТАНЦИАЛЬНОМ ЕДИНСТВЕ МАТЕРИАЛЬНОГО И ИДЕАЛЬНОГО

Философские категории тем и отличаются от научных понятий, что выражают собою *универсальные* формы бытия Мира, его Логос. Даже для такой субстанциальной характеристики человека, как свобода, философы стремятся найти некоторый «внечеловеческий» аналог, например произвольное, случайное отклонение атомов в процессе их движения. Недаром категория «свобода» в качестве своей диалектической пары имеет категорию «необходимость», которая в ином аспекте коррелируется с категорией «случайность». Необходимость как бы изначально смягчается случайной формой своего осуществления, а развившись до уровня осознанной необходимости, становится свободой. Г. С. Батищев полагал, что и категория «ценность» должна рассматриваться в качестве формы выражения укорененных в беспредельной и неисчерпаемой объективной диалектике, то есть вполне реальных и независимых от субъективистского предпочтения характеристик бытия. И эта точка зрения нам представляется логически последовательной: стоит только признать хоть какую-то содержательную специфику субъективной диалектики по отношению к диалектике объективной, и эта уступка рано или поздно станет лазейкой для желающих превратить диалектику в софистику.

В контексте сказанного весьма важной нам представляется критика М. А. Лифшицем понимания идеального Э. В. Ильенковым. Критику эту М. А. Лифшиц начинает с безусловного признания неоспоримой заслуги Э. В. Ильенкова, состоящей в том, что тот убедительно доказал неправильность сведения феномена идеального к субъективному переживанию, к одному лишь субъективному образу объективной реальности. Но, показав, что идеальное на самом-то деле — это феномен и аспект культуры и, следовательно, — практической деятельности человека, Э. В. Ильенков как бы останавливается перед необходимостью (какую он

в свое время блестяще прочувствовал и реализовал по отношению к категориям «абстрактное» и «конкретное») наделить категорию «идеальное» подлинной универсальностью.

И в самом деле, ведь уже одно то, что «идеальное», в отличие от своей диалектической противоположности — «материальное», почему-то должно и может пребывать только в социальной форме бытия, настораживает как очевидный логический «перекос».

Правда, нарушение требований логики видно в данном случае только философи, свободному от безусловного подчинения «принципу партийности», то есть не причисляющему себя либо к материалистам, либо к идеалистам. Для материалиста же, например, здесь всё «в порядке», так как идеальное, с его точки зрения, — это не более чем собственный продукт развития материи-субстанции. И поэтому идеальное не выступает «своим иным» материального, как это происходит с категориями «сущность и явление» или «необходимость и случайность». В связи с этим те философы-материалисты, которые желают доказать не производный, а универсальный характер идеального, противопоставляют его не материальному, а реальному.

М. А. Лифшиц свою полемическую статью так и назвал: «Об идеальном и реальном» [4]. По-видимому, реальным автор этой статьи называет вещественное (от лат. *res*), в противовес идеальному как невещественному, ибо если понимать реальное иначе — просто как то, что «на самом деле» существует, то это автоматически лишило бы «идеальное» права на такое же «всамделишное» существование.

Как нам представляется, замена пары «идеальное — материальное» на «идеальное — реальное» была в этой статье нацелена на упрочение распространенного мнения, согласно которому Спиноза — материалист.

Монизм философии Спинозы, как известно, основывается на его глубоком убеждении, что субстанцией мира является Природа (или Бог), а ее атрибутами, то есть неотъемлемыми свойствами, — протяженность и мышление. Как же все эти категории, если считать Спинозу материалистом, перевести на язык материалистической философии? Наверное, так: «природа» — это и есть движущаяся материя во всем ее многообразии. Спинозовское отождествление природы с Богом можно при этом либо просто отбросить, либо оставить как не более чем поэтическое выражение преклонения перед самодостаточностью вполне материальной Природы. И тогда атрибуты субстанции «материя-природа» соответственно будут таковы: то, что Спиноза именует «протяженностью» — это вещественность, телесность (у Лифшица — «реальное»), а то, что он именует «мышлением» — это «идеальное».

М. А. Лифшиц, в отличие от Э. В. Ильенкова, стремится доказать, что идеальное не в относительном, а в абсолютном смысле является атрибутом материи-субстанции, то есть — всюду и всегда пронизывает собою все формы последней. Если говорить очень кратко, то Лифшиц генезис идеального связывает с некоей предрасположенностью любой

природной системы к достижению в своем развитии идеальных, то есть более или менее совершенных, форм.

В философской литературе, однако, возникло мнение, что Лифшиц, может быть, и прав, говоря об универсальной общности идеального, но речь-то у него идет совсем о другом идеальном — об идущем от Канта понимании идеального как идеала. И в связи с этим выходит, что диалог Лифшица с Ильенковым не имеет смысла [6, с. 68].

Поскольку мы считаем, что Ильенков, при всей важности для философии проделанного им анализа природы идеального, все же крайне ограничивает его пребывание и действие только сферой социальной формы его проявления, поскольку мы видим смысл как в полемике Лифшица с Ильенковым, так и в дальнейшем исследовании более простых форм идеального. Без этого, как нам кажется, не может быть полномасштабного исторического подхода и подлинно атрибутивного понимания идеального.

Мы не может согласиться и с тем, что понимание Спинозой субстанции как Природы (или Бога) можно заменить, как бы от его имени, пониманием её как Материи. Мы полностью согласны с А. Д. Майданским, который протестует против отнесения Спинозы к материалистам (впрочем, как и к идеалистам). «По сути дела, Спиноза мыслит отношение тел и идей как *строго симметричное*: всякая вещь, существующая в Природе, образует некий модус протяжения (тело) и модус мышления (идею). Это две разные и притом абсолютно равноправные, формы бытия одной и той же вещи. Мне не известен термин, пригодный для описания позиции Спинозы в вопросе об отношении мышления и материи: в своем философском «лагере» он остаётся в одиночестве» [5, с. 167].

Телесно выраженная вещь и её идея. Вспомним рассказ о том, как Диоген-киник никак не мог согласиться с Платоном в том, что, кроме всем известных, чувственно воспринимаемых вещей, где-то существуют еще их идеи (эйдосы). «Почему, — вопрошал он, — я вижу вот эту чашку на столе, но не вижу ее идеи?». Платон же на это раздраженно заметил, что Диоген видит чашку, потому что у него есть глаза, но не видит идеи чашки («чашности»), потому что у него нет ума.

Телесно выраженную вещь можно увидеть, услышать, понюхать лизнуть, потрогать, а её идея, её смысл — они только лишь умопостигаемы. Поэтому на место термина М. А. Лифшица «реальное» мы бы вновь вернули «материальное», лишив материю статуса субстанции, но придав ей более скромный, но все-таки почетный статус атрибута Субстанции. При этом, как это ни парадоксально, в понижении ранга материи мы могли бы взять себе в качестве союзника убежденного материалиста В. И. Ленина: «Материя есть философская категория для обозначения объективной реальности, которая дана человеку в ощущениях его, которая копируется, фотографируется, отображается нашими ощущениями, существуя независимо от них» [3, с. 131]. Сказанное здесь вполне соотносится с тем, что сказал Платону Диоген: материальное можно увидеть,

а идеальное — нет. Но это не означает же, что идеального нет вообще, что оно не входит в объективную реальность. Просто это — не материя, это — не та объективная реальность, «которая дана человеку в ощущениях его».

Позволим себе также подвергнуть сомнению различие содержаний двух пониманий одного и того же слова а) идеальное (по Лифшицу) как высшая степень совершенства чего-либо и б) идеальное (по Йльенкову) как отношение между разными вещами, одна из которых адекватно (но чувственно непостижимо) представляет собою сущность другой [2, с. 13]. Нам как раз представляется (и мы постараемся доказать это), что это не разные значения одного и того же слова, а два диалектически взаимосвязанных аспекта одной и той же системы явлений.

Важно отметить и то, что там, где есть «отношение» между вещами, там обязательно присутствует и «отражение» вещей друг в друге, и недостаточно высокий научный уровень целого ряда исследований отражения как философской категории вовсе не повод для отказа от дальнейшего поиска адекватного взгляда на нее. Мы полагаем даже, что исследование категории «идеальное» без одновременного исследования категории «отражение» в принципе невозможно.

Мы утверждаем, что и на самых низших и на самых высших «этажах» эволюции отражения, этого универсального свойства Бытия, мы имеем в наличии — всегда и всюду — соотношение материального и идеального как неотделимых друг от друга форм отражения, а значит, и форм бытия. Именно таким образом интерпретируем мы спинозовское учение об атрибутивном проявлении протяженности и мышления в системе субстанции (Природы или Бога).

Рассмотрение идеального в качестве идеальной формы человеческого труда правильно, но не полно, так как речь в таком случае идет только о социальной форме проявления идеального. Универсальное же содержание этого важнейшего атрибута природы, или Бога, как именовал универсум Спиноза, должно объединять собою все формы движения бытия.

Идеальный смысл материально (то есть вполне вещественно и зrimo) перестроившихся в кристалле кварца атомов кремния и кислорода состоит в том, что эта их перестройка (сильное уплотнение) вызвана именно воздействием на этот кристалл огромных, чудовищных температуры и давления. Таким образом, в материальном отражении в структуре кристалла кварца глубинной и (или) взрывной физико-химической среды незримо, идеально присутствует сущность этой локальной, мгновенно возникшей и тут же исчезнувшей физико-химической среды.

Впрочем, незримость и зrimость понятия весьма относительные. Умение видеть — это результат длительного обучения: ведь ребенок при рождении «видит» только световые отпечатки на сетчатке своих глаз, да при этом еще расположенные в пространственно перевернутом, по отношению к реальным световым сигналам, виде. И вот в этих световых отпечатках идеально присутствуют все чувственно воспринимаемые

предметы окружающего мира. Чтобы их увидеть, одних лишь органов зрения человеку недостаточно, необходимо подключать мышление, важнейшим элементом которого является «внутреннее око» — творческое продуктивное воображение.

Обладанию такой вот «зримостью», то есть умению видеть невидимое, долго учится кристаллограф или геолог в случае с коэситом и стишовитом. Да и любой другой профессионал учится умению видеть невидимое в своем предмете.

Двойственность вещей Лейбница и выразил в своей «Монадологии»: любая вещь и материальна, и в то же время обладает своеобразной душой, монадой, которая является способностью отражать в себе и собою весь Мир. В терминологии Лейбница, монады суть зеркала Вселенной, ибо отражают в себе (и что важнее всего — для себя) всю окружающую их Вселенную. При этом отражают по-разному, с разной степенью четкости и полноты.

Зачем это всё понадобилось Лейбничу? Он и его современник Спиноза каждый по-своему провозгласили идею нераздельного единства материального и идеального. Но оба они не обладали еще знанием факта эволюции всего сущего. Для них изначально и вечно (или до конца света), почему — непонятно, но существует совпадение порядка и связи вещей и порядка и связи идей, то есть — некая предустановленная гармония.

Как показал Пьер Тейяр де Шарден, эти «монады», «зеркала», различные по степени совершенства способности отражения, не только существуют в пространстве, но и переходят друг в друга во времени, так что гармония внутри них и между ними создается и логически, и исторически. Причем это — гармония и логически, и исторически возрастающая. Таким образом, Тейяр де Шарден соединил принцип единства мира, в том числе и единства материального и идеального в нём, с принципом развития.

Однако он только детально и красочно описал «ортогенез сознания», но не дал причинного объяснения этого феномена роста и качественного усложнения идеального в недрах процесса развития материальных «форм движения». Автор же данной статьи предпринимает попытку найти источник такого развития именно в самом диалектическом взаимодействии материального и идеального. При этом взаимные поиски ими соответствия друг другу и порождают те главные формы движения материи, которые Тейяр условно назвал «литосферой», «биосферой» и «феноменом человека» (становящейся «ноосферой»). Каждой из этих трех форм движения материи присущ свой особенный, специфический тип монады, или «души»: в «литосфере» это непосредственное, «не расщепленное», не дифференцированное еще сосуществование материального и идеального; в «биосфере» — это информационный способ их взаимодействия, в «социосфере» — это единство чувственно-предметной и мыслительной деятельности [1].

Из сказанного нами следует: нечто есть (имеется в наличии, пребывает, бытийствует) потому, что оно успешно отражает окружающие угрозы по отношению к его «самости», «яйности». Быть — значит успешно отражать. Причем успешно отражать мир, и тем самым — полагать себя, вещь (в широком смысле этого слова, вещь как *res*) может потому, что имеет в себе внутреннюю способность к этому, некую «душу», монаду.

Если собака потеряет нюх, то она потеряет свою специфическую способность отражать мир, то есть, как говорил Й. Фихте, полагать себя, свое бытие, свое Я. То же самое случится с летучей мышью, если она утратит способность испускать и улавливать ультразвуковые сигналы. Ну, и конечно, то же самое произойдет с человеком, потерявшим способность мыслить. Ведь мышление — это то, что человека делает человеком, это его специфическая способность отражать окружающий мир, то есть опять-таки — полагать свое бытие, свое Я. Причем еще раз следует подчеркнуть: отражать означает отражать одновременно и идеально, и материально. Поэтому в жизнедеятельности собаки, летучей мыши и человека существуют и взаимообусловливают друг друга и идеальная, и материальная формы этой жизнедеятельности.

Дж. Беркли утверждал: «существовать — значит быть воспринимаемым» субъектом, которым может быть не только человек, но и (прежде всего) Бог.

И. Кант, отрицая, что он идеалист, в то же время говорил, по сути, то же самое: действительность, существование равны абсолютному полаганию, *восприятию*. Человеком как субъектом «чистого разума». На счет Бога Кант, в отличие от епископа Беркли, сказать ничего не хотел, ибо, согласно его убеждению, Бог есть «вещь-в-себе».

Точка зрения Дж. Беркли оказывается, таким образом, более «широкой», чем точка зрения И. Канта. Еще большей универсальностью и широтой обладает философское мировоззрение Аристотеля: кроме Бога, знающего и формирующего весь мир, у него обладают душой, то есть способностью воспринимать мир, не только человек, но и животные и растения. Но самым «широким» в этом вопросе оказался Лейбниц, который считал, что, кроме всех этих субъектов, способность воспринимать, отражать мир принадлежит также и неживым существам.

Поэтому любая вещь может *существовать*, только определенным образом *воспринимая* другую вещь, ее воздействие на себя. Иногда такое «восприятие» приобретает совершенно идеальную форму представления одним объектом — «всебщей природы» другого объекта, как это, например, демонстрирует сочетание определенного вида колибри и определенного растения: колибри может питаться только нектаром цветов именно данного растения, а оно — опыляться только этим видом колибри.

Вновь мы соединяем между собой два, казалось бы, различных значения слова «восприятие»: воспринимать можно и сознанием, и всем своим материальным телом.

Заметим попутно, что потребность философии в герменевтике не в последнюю очередь вызвана такой вот двусмысленностью множества слов человеческой речи. Правда, эту двусмысленность можно расценить и как путаницу, а можно — и как диалектическую чуткость авторов языка, то есть и наших далеких предков, и наших современников.

Итак, мы согласны с тезисом — «существовать — значит быть воспринимаемым», но с серьезной диалектической «добавкой»: «существовать — значит *воспринимать* и быть воспринимаемым». Очень схожую идею, по мнению М. Хайдеггера, содержит в себе неправильно понятая Аристотелем и последующими философами — мысль Анаксимандра: любая вещь для того, чтобы существовать, не только борется с другими вещами и бесчинствует, но и оказывает им «чин и угоду».

И Сократ, и Спиноза, а за ними и многие другие философы говорят: или ты правильно, достойно мыслишь, или ты погиб! Развивая эту мысль, Спиноза пишет: «Так как мы находим, что, стремясь к чувственным наслаждениям, сладострастию и мирским благам, мы не достигаем в них нашего спасения, а, напротив [достигаем] нашей гибели, то мы избираем руководство нашего разума. А так как последнее не может иметь успеха, пока мы не достигли познания и любви к Богу, то оказалось в высшей степени необходимым искать его (Бога)» [7, с. 104].

Без признания Всеобщего, Абсолюта, Субстанции человек будет близорук и запутается в ничтожнейших мелочах. Запутается и погибнет, как муха в паутине. Что он, собственно, всю свою историю, а особенно — новейшую историю, «успешно» делает. Только не надо наподобие Л. Шестова думать, что «первозданный грех» человека заключался в том, что он, съевши яблоко с дерева познания, стал поклоняться научным истинам и это привело его к таким бедам, что спасение от них состоит в том, чтобы от этих научных истин вообще отказаться, заменив их верой во всемогущество Бога [9].

Нам кажется, что вина и грех человека состоят в другом: образно говоря, он съел то, чего не мог переварить, и поэтому он зачастую «за деревьями не видит леса», то есть мыслит о сиюминутном и рядоположенном, забывая о вечном и бесконечном, не умея, как говорил Спиноза, отказаться от своей индивидуальной точки зрения (от «своецентризма», как сказал бы Г. С. Батищев) и подняться на точку зрения Бога (или Природы).

Человек не соответствует своей сущности, своей идее, если не способен надлежащим образом использовать свое высшее зеркальце-монастырь. Хайдеггер, по сути дела, тоже развивает обсуждаемую нами мысль Спинозы, постоянно говоря: человек, забывающий о том, что он *Бытие* (*Тут-бытие*, *Dasein*), живущее в *Бытии* (*Sein*), заблуждается (блуждает и блудит) в сущих мелочах и пустяках. Это путь к гибели либо человека как физического существа, либо путь к гибели его души [8].

Наконец-то мы можем завершить диалектическое отождествление двух значений и, соответственно, двух проявлений идеального. Итак,

первое: идеальное — это то, что чувственно-незримо присутствует в каждой вещи в качестве отражения в ней и ею всех других вещей и мира в целом. *Второе*: идеальное — это то, что заложено в вещи как ее сущность, а следовательно, как возможность развертывания этой сущности к некоему идеальному состоянию. Это, по-видимому, то, что Аристотель именовал энтелехией.

Эти две формы проявления идеального не безразличны друг другу. Напротив, они — диалектически связанные моменты одной и той же системы явлений. Весь мир присутствует в любой вещи, и она стремится к этому миру, стремится побыть, пожить в нем. Конечно, вопросом остается: откуда эта воля к жизни? Но факт остается фактом: две стороны идеального это — 1) мир во мне и 2) я — в мире. Причем это «Я» (фихтеанское «я» в самом широком смысле) стремится быть (бытийствовать) в мире, по-возможности, более успешно, более идеально. Иначе об этом можно сказать и так: Бог во мне и я — в Боге. Идеальное, хоть оно и невидимо (а точнее — недоступно чувствам), есть самое главное в жизни.

Итак, два значения и проявления идеального находятся друг с другом в тесной диалектической связи: а) идеальное, то есть нетелесное и поэтому недоступное чувствам присутствие одного материального объекта в другом и б) идеальное — то есть высшая форма совершенства (или, что есть то же самое, — призвания, предназначения). С нашей точки зрения, исследователь, разрывающий эти две формы проявления идеального, не сможет получить всестороннего его определения.

В результате самоотражения мира, в каждой вещи и в каждом существе возникает их специфический способ бытия, то есть сущность. А её реализация, развертывание есть стремление данной вещи или существа к идеальному соответствуанию с самим собою и с мировым Логосом.

Это — два условия и две возможности существования, бытия любой вещи. И разница между ними только в том, что это две формы идеального, находящиеся как бы на двух полюсах траектории жизни: в начале — как эйдос внутри вещи (Аристотель это выражает с помощью категорий «материя» и «форма»), а в конце — как состояние приближения к эйдосу-эталону в мире этих эйдосов (идей), и это уже — Платон.

И поэтому каждый творец-победитель, не опасаясь упреков в тавтологии, может сказать: я идеально реализовал идеально присущее мне дарование.

Л и т е р а т у р а

1. Ивакин А. А. Диалектическая философия / А. А. Ивакин. — [Изд. 2-е, перераб. и доп]. — О., 2007. — 440 с.
2. Ильенков Э. В. Диалектика идеального / Э. В. Ильенков // Логос : филос.-лит. журн. — 2009. — № 1 (69). — С. 6–62.
3. Ленин В. И. Полное собрание сочинений / В. И. Ленин. — Т. 18.

4. Лифшиц М. Об идеальном и реальном / *М. Лифшиц* // Вопросы философии. — 1984. — № 10. — С. 120—145.
5. Майданский А. Д. Понятие мышления у Ильенкова и Спинозы / *А. Д. Майданский* // Вопросы философии. — 2002. — № 8. — С. 165—173.
6. Майданский А. Д. Восхождение к идеальному / *А. Д. Майданский* // Логос : филос.-лит. журн. — 2009. — №1 (69). — С. 63—73.
7. Спиноза Б. Сочинения / *Б. Спиноза*. — Калининград, 2005. — 432 с.
8. Хайдеггер М. Письмо о гуманизме / *Мартин Хайдеггер* // Время и бытие. — М., 1993. — С. 1—27.
9. Шестов Л. Афины и Иерусалим / *Лев Шелестов*. — М., 2007. — 413 с.

А н о т а ц і я

Івакін О. А. Роздуми про субстанціальну єдність матеріального та ідеального.
— Стаття.

Автор прагне довести, що матеріальне і ідеальне не можуть бути розглянуті як щось похідне, бо завжди і в будь-якій формі буття співіснують як його невід'ємні властивості, і їх діалектичне суперечливе співвідношення служить джерелом розвитку всього сущого.

Ключові слова: Бог, природа, матеріальне, ідеальне, відображення, діалектика, субстанція, розвиток.

S u m m a r y

Ivakin O. A. Reflections about Substance Unity of Material and Ideal. — Article.

Author aims to prove, that the material and ideal can not be considered as anything derivative, because always and in any form of beings they are its inalienable properties, and their dialectical contradictory correlation serves as a source of development of all existence.

Keywords: God, nature, material, ideal, reflection, dialectics, substance, development.

УДК 340.131

O. Ф. Скакун

ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА КАК ПРИНЦИП ИНТЕГРАЦИИ ПРАВОВЫХ СИСТЕМ В СОВРЕМЕННОМ МИРЕ

В статье основным предметом анализа станут две ценностные категории современности в их взаимодействии — «верховенство права» и «правовая интеграция». Но если учесть, что верховенство права подается в контексте интеграции правовых систем, то число ценностных понятий увеличивается. Добавляется необходимость толкования понятий правовой системы и принципа, поскольку связующим звеном между интеграцией правовых систем и верховенством права выступает принцип, который характеризует качественное состояние категории «верховенство права». Обстоятельно рассмотреть все возникающие вопросы в одной статье не представляется возможным, остановим внимание на основных из них.

Начнем с правовых систем. Сразу же отметим, что ныне признается видовое разнообразие правовых систем, поскольку создаются очевидные предпосылки как для *дробления права* в пространстве (правовые системы внутригосударственных образований), так и для его *укрупнения* (правовые системы межгосударственных сообществ), в результате чего изменяются внутригосударственная и мировая инфраструктура. Если рассматривать правовые системы мира с точки зрения дробления права в пространстве, то их можно разделить на одноступенчатые, двухступенчатые и трехступенчатые. *Одноступенчатые* — это правовые системы унитарных государств, которые имеют административно-территориальное деление и не содержат в своем составе других правовых систем (Республика Беларусь, Эстония, Польша). *Двухступенчатые* — это: 1) правовые системы федеративных государств, которые объединяют субъектов федерации (штаты в США, земли в ФРГ и т.п.), каждый из которых имеет свою правовую систему, поскольку владеет правом формировать свои законодательные, исполнительные, судебные органы, осуществлять собственное законотворчество, принимать конституцию

(устав, хартию, положения) как Основной закон определенного региона; 2) правовые системы региональных (сложных унитарных) государств (Италия, Испания, Шри-Ланка и др.), в составе которых функционируют автономные образования (региональные структуры) политического характера, именно последние имеют правовые системы. *Трехступенчатые* — правовые системы федеративных государств, в составе которых находятся субъекты федерации, которые, в свою очередь, разделены на такие региональные структуры, как автономные округа (РФ: Красноярский край, Тюменская область, как субъекты федерации; их автономные округа — Ханты-Мансийский-Югра, Ямало-Ненецкий и др.). В данной статье мы не касаемся внутригосударственных правовых систем, а ведем речь об интеграции национальных правовых систем.

В мире насчитывается около 200 национальных правовых систем, которые имеют специфические измерения: 1) *правовое* — характеризуется постоянным взаимодействием многообразных и многоуровневых правовых явлений и процессов, которые составляют сложную структуру правовых систем; 2) *территориальное* — существует в определенном пространстве, представляет собой своеобразную «юрисдикционную зону», в границах которой право владеет высшей юридической силой, способно влиять на общественные отношения и занимает приоритетное положение относительно других социальных регуляторов; 3) *temporalное* — имеет временные, хронологические параметры (генезис, формирование, трансформация, современное функционирование, или иначе: «момент времени, продолжительность, одновременность, повторность, интенсивность, ритмичность, непрерывность»). У каждой из национальных правовых систем эти измерения различны по содержанию, что обуславливает их неповторимость, уникальность.

Уникальность правовых систем не означает их замкнутости (кроме правовых систем тоталитарных государств) и, следовательно, не может служить препятствием для их интеграции, особенно интеграции в пределах регионов мира. Известно, что слово «интеграция» означает объединение отдельных частей в новую еще большую систему. Что касается интеграции правовых систем, то она не возникает сама по себе в отрыве от других видов интеграции и выступает определенной стороной общественного развития. Ее основанием являются социальные процессы — внутригосударственные и международные; на этих уровнях происходит объективное проявление социально-психологических потребностей общественных объединений, государственных образований к сближению. Роль правовой интеграции выражается в ускорении объединяющих процессов, создании «единого правового порядка», а не в полной идентификации «правопорядков», то есть не в нивелировании национальных особенностей. А поиск национальной идентичности вовсе не должен предполагать стремление к обособлению.

Разносторонние проблемы интеграционных процессов были предметом исследования зарубежных и отечественных правоведов; последние,

что ценно для отечественной науки, анализировали их в контексте интеграции правовой системы Украины в правовую систему ЕС. Ныне ученые, справедливо квалифицируя право ЕС как интеграционное, выделяют новое направление правового регулирования в Украине [1], к которому относят «гармонизированную часть национального права» вместе с «проблемой международных интеграционных объединений».

Действительно, интеграция правовых систем вообще и в частности правовой системы Украины в европейское правовое пространство приобрела особую актуальность и, следовательно, потребность в правовом регулировании. Основными способами интеграции служат гармонизация и унификация (в определенных пределах, например, через модельные законы, поскольку общая унификация невозможна), а также упорядоченное заимствование, адаптация, имплементация и другие. Особо востребованной стала гармонизация законодательства благодаря возможности формировать правовые стандарты в конкретной сфере правового регулирования, создавать «гармонизирующий» правовой акт (его источник — типовой акт), в соответствие которому члены определенного межгосударственного объединения приводят отрасль своего национального законодательства. С законодательной гармонизацией связана понятийно-терминологическая гармонизация, поскольку она вместе со словесным, формально-юридическим аспектом включает и содержательный аспект — в правовой реальности выступает составной частью сближения законодательств, служит ступенькой для их дальнейшей унификации. Ее значимости не уступает гармонизация юридико-технических средств и методов правовой сферы жизни содружеств, сообществ. Гармонизация отличается от унификации тем, что при ее осуществлении отсутствуют международно-правовые обязательства государств, которые бы закреплялись международным договором.

Правовая адаптация означает постепенное вписывание в национальную среду новых правовых элементов, перенесенных из другой правовой системы. Адаптация оказывает содействие правовой гармонизации; приближает потенциальную унификацию в определенных правовых сферах. Как записано в Законе «О Концепции Общегосударственной программы адаптации законодательства Украины к законодательству Европейского Союза» (21.11.2002), «адаптация» — это поэтапное принятие и внедрение нормативно-правовых актов Украины, разработанных с учетом законодательства Европейского Союза». В указанном Законе формирование и выполнение Общегосударственной программы адаптации законодательства к законодательству ЕС определено как «фактор интеграции» к ЕС. Задачи Национального совета по вопросам адаптации законодательства Украины к законодательству ЕС следующие: обеспечить вхождение Украины в европейское правовое пространство, гармонизировать законодательство Украины с нормами и стандартами Европейского Союза и другие [2]. Отсюда следует, что «гармонизация законодательства» является стратегической задачей, то есть более широким

процессом, чем адаптация, и более узким, чем интеграция. Адаптация (адаптировать можно лишь те правовые нормы, которые отвечают интересам общества, в противном случае, они будут отторгнуты национальной почвой) служит методом (способом) достижения гармонизации и интеграции.

Что касается имплементации, то, как известно, она выражается во включении норм международного права (трансформации) в национальное законодательство или в объявлении норм международного права частью национальной правовой системы и установлении приоритета международно-правовых норм относительно норм национального права в рамках всей правовой системы государства либо в определенной сфере правового регулирования.

Использование указанных способов и методов интеграционных процессов приводит к усилению взаимосвязи и взаимодействию всех подсистем правовой системы: институциональной (индивидуальные и коллективные субъекты права), нормативной (правовые нормы и принципы, объективированные в нормативно-правовых актах, договорах и т.д.); функционально-социальной (правовые отношения, правоприменительная деятельность); идеологической (правовое сознание); коммуникативной (закономерные связи между подсистемами на национальном и международном уровнях). В каждой правовой системе право выступает одним из формально-структурных регуляторов, который обеспечивает сближение и объединение частей в целое.

Интеграции правовых систем объективно содействует сближение сфер национальной и международной правовой регуляции, в частности предметов регулирования в национальных системах права и повышение удельного веса международных норм в регулировании всеобщих, общих и региональных интересов. Расширяются сферы применения модельных правовых актов в качестве нормативных ориентиров. Происходит использование (прямое или косвенное) норм, закрепленных в предписаниях международных актов, для создания нормативных положений национальных законодательств. Постепенно формируется международное отраслевое право (международное экономическое право, международное банковское право, международное уголовное право и др.), которое концентрированно инкорпорирует типичные понятия, принципы, институты, процедуры, содержащиеся в отраслях национального права. Интенсивно формируется сходная правоприменительная практика, в частности судебная.

Определяющей в интеграции правовых систем является роль субъектов интеграции, их уровень правосознания, правовой культуры, потребностей и воли (интереса) к выравниванию национальных отраслей права, которые регулируют определенные жизненные сферы — активизация законотворческой деятельности в одной сфере, ослабление — в другой. Именно субъекты интеграции выработали практику разработки единой стратегической концепции правового развития в СНГ (ст. 20 Устава),

в Союзе Беларуси и России (ст. 12 Устава), что предусматривает сближение национальных законодательств; также в Европейском экономическом сообществе, где очерчен курс на сближение законодательств членов в той мере, в которой это необходимо для функционирования общего рынка (п. 3 ст. 3 Римского договора 1957 г.) и т.п. Следует вспомнить и то, что в конце 80 — начале 90-х гг. XX ст. Флорентийский европейский институт разработал концепцию европейского правового сближения под названием «Интеграция с помощью права», положения которой, в особенности относительно имплементации норм европейского права в национальные системы, были восприняты практикой европейской интеграции.

В процессе интеграции правовых систем их ценнейшие элементы (правовые ценности) не только сохраняются, а становятся для них общими, переходят на наднациональный уровень. К ценнейшим элементам взаимодействия правовых систем в форме интеграции принадлежат общие национальные принципы права, на основе которых формируются общечеловеческие принципы. Именно они могут быть использованы как *универсальное, деликатное и вместе с тем эффективное средство интеграции*. Через общепризнанные принципы раскрывает свое содержание нормативная основа правовой системы, обеспечивается необходимый уровень толкования права, отображаются главные связи, существующие в правовой системе, в ее структурной организации, взаимодействии ее подсистем.

Относительно природы общечеловеческих принципов права имеются разные точки зрения, но чаще всего их рассматривают как исходные нормы (начала, идеи), выражающие сущность права и существующие у большинства национальных систем права. Иначе говоря, это «совпадающие нормы», которые выступают регуляторами в сфере межгосударственных отношений уже в силу того факта, что они являются идентичными, хотя и возникли в границах национальных правовых систем. Они выражают важнейшие закономерности и основы развития человечества, природу права, тесно связаны с принципами морали, политической и экономической сферами, религией, идеологией. Они владеют высшей императивностью и общей значимостью, отвечают объективной необходимости укрепления межгосударственных взаимоотношений.

Принцип верховенства права принадлежит к общечеловеческим принципам, он прошел полный цикл развития — от идеи через доктрину к принципу, от принципа внутригосударственного права к принципу международного права, и может служить оптимальным регулятором, инструментом интеграции.

Идея верховенства права вынашивалась столетиями. Ее носителями были Аристотель, Солон, авторы Великой Хартии Вольностей, Локк, Гоббс, Руссо, Монтескье. Она нашла выражение в Петиции Палаты общин 1610 г., где особо подчеркивалась подчиненность любого государства праву, в Билле о правах 1689 г., который подтвердил, что монархия

подчинена праву, в Декларации независимости США и Декларации прав человека и гражданина Франции 1789 г.

Идея верховенства права придал особое звучание английский мыслитель Альберт Дайси, сформулировав в труде «Введение в изучение английской конституции» (1885 г.) три идеи-требования к государству, которые обрели статус доктрины верховенства права (*rule of law*): а) исключается произвол государственной власти, исключительные полномочия или даже широкая свобода усмотрения государства; б) соблюдается принцип равенства всех граждан перед законом или равное подчинение всех классов общества обычному праву страны, применяемому обычными судами; в) формулируются и охраняются личные права и свободы посредством общего права. С течением времени взгляды А. Дайси на принцип верховенства права подверглись уточнениям и корректировке в свете развития юриспруденции. Во второй половине XX ст. доктрина верховенства права стала принципом конституции Великобритании, потом Канады, США.

Следует отметить, что в то время как в Великобритании вызревал принцип верховенства права, в правовых системах романо-германского типа с начала XIX в. шло формирование теории правового государства. В Германии первоначально была создана теория *формального* правового государства — она базировалась на идеях юридического позитивизма, для которого каждое государство (демократическое и недемократическое) является правовым. Иной характер имела концепция *материально-правового* государства. Положенная в основу Конституции Германии 1949 г., она была разработана во времена возрождения в Германии идей естественного права. Наряду с требованиями верховенства конституции, соответствия положительного права конституции, разделения власти, независимости суда и других, Конституция Германии включила положения об обязанности государства защищать «естественные основы жизни в рамках конституционного порядка» и признавать недействующими положения самой Конституции, если они нарушают «основополагающие принципы справедливости». Позднее теория правового государства получила развитие во Франции. Затем сформировался американский принцип, требующий соблюдения «надлежащей правовой процедуры», распространяющейся на те сферы правосудия, в которых соблюдается принцип верховенства права.

Принцип верховенства права был постепенно воспринят многими национальными правовыми системами и с помощью разнообразных терминов включил в этот процесс множество понятий-принципов, без которых немыслимо свободное общество (принцип законности, принцип разделения властей, принцип народного суверенитета, принцип демократии, принцип справедливого суда и др.).

В конституциях ряда стран, принятых до середины 90-х гг. XX ст., закреплен принцип правового государства, который по содержанию не имеет принципиальных различий с принципом верховенства права. Ре-

альность их осуществления одинаково связана с наличием конституционного правления, демократического развития. В наши дни немецкая, французская трактовки правового государства приблизились к английской доктрине верховенства права, вобравшей их правовые ценности и ставшей интегральным принципом. С 1945 года принцип верховенства права был переведен в сферу действия международного права — увязывался с усилиями по содействию международной защите прав человека. В Общей декларации прав человека, принятой в 1948 году, мы находим непосредственную ссылку на принцип верховенства права. Он содержится в Уставе Совета Европы (1949 г.), Конвенции о защите прав человека и основополагающих свобод (1950 г.), в учредительных и других договорах ЕС, Хартии основополагающих прав ЕС (2000 г.). Он применяется в практике Европейского суда по правам человека, который, благодаря нормативному толкованию содержания принципа, развел его основные требования соответственно условиям современности. Кроме Конституции Украины, принцип верховенства права закреплен в конституциях Алжира, Канады, Македонии, Филиппин.

Можно сказать, что принцип верховенства права, с одной стороны, выступает как бесспорное требование к демократическим государствам, которые интегрируются, а с другой стороны, правовые системы объективно требуют интеграции именно на основе принципа верховенства права, соблюдения таких его ценностных требований: 1) связанность, ограничения государственной власти правом (правами и свободами человека). Это означает, что ни одно государственное полномочие не может быть реализовано без соответствующего дозволяющего предписания права. А это означает правовую защищенность индивидуальной, социально-групповой и общественной сфер жизни человека от чрезмерной регламентации со стороны государства, от своеволия должностных лиц государственных органов, от принятия ими решений «на свое усмотрение»; 2) равенство граждан перед законом, достижение единства прав и обязанностей субъектов права; 3) реальность принципа основополагающих прав и свобод человека, не только их признание как высшей социальной ценности и непосредственно действующим правом, а и гарантирование реализации, создания эффективных процедурно-юридических механизмов их охраны и защиты; 4) наличие эффективного, предсказуемого правосудия, свободный доступ к нему; обязательность выполнения его решений соответствующими органами и должностными лицами; 5) соблюдение законности и правопорядка в обществе, которое выражается в высшей юридической силе правового закона относительно всех других нормативно-правовых актов; соответствие подзаконных актов закону; принятие, изменение и отмена законов законным (легальным) путем; выполнение предписаний законов всеми государственными органами и организациями, должностными лицами, а также гражданами и их объединениями.

Вместе с тем при применении норм права, их толковании уполномо-

ченные лица не могут ограничиваться исключительно юридическими нормами, которые содержатся в официальных актах, изданных властными органами, то есть позитивным правом. Они должны учитывать «надпозитивные» правовые факторы — естественные, неотъемлемые и неотчуждаемые права и свободы человека [3] (уважение человеческого достоинства; соответствие деятельности государства цели конкретного права человека; недопущение своеволия государства по отношению к человеку, человека по отношению к человеку; справедливая сбалансированность интересов человека с человеком и всем обществом и др.). Именно ценности, которые составляют содержание принципа верховенства права, определяют *взаимное соответствие правовых систем в границах определенного правового пространства*.

Итак, верховенство права (власть права) является высшим принципом интеграции правовых систем, показателем демократизма (а не тоталитарности государства), законности (а не произвола в стране), защиты мира (а не устремления к агрессии). И как таковой он может охватить сознание мирового сообщества — в правовых системах демократических стран приобрести действенность, реальность, а иные правовые системы направить на путь постепенного приближения к его воплощению в жизнь.

Было бы неверным утверждать, что принцип верховенства права признается всеми государствами мира, а там, где признается, одинаково успешно реализуется. Ведь не у всех государств режимы демократические, а у тех, которые стоят на позициях демократии, ее степень зрелости не одинакова. Экономическое и социально-культурное развитие обществ, объединенных в государства, имеет большие или меньшие различия. Многообразен менталитет населения. Различаются ведущие источники права в таких типах правовых систем, как англо-американский, романо-германский, смешанный (латиноамериканское, скандинавское право), религиозный (мусульманское, индусское, иудейское право), традиционный (дальневосточный — китайское и японское право; африканское право). Не совпадают уровни правовой регламентации многообразных сфер общественных отношений. Существуют разные подходы к оценке права не только в различных правовых системах, но и у разных групп населения одной правовой системы (одни группы считают право таким, которое соответствует морали, справедливости, другие — нет). В одной и той же правовой системе имеются разные типы понимания права — юснатуралистический (естественный), позитивистский, социологический и другие, то есть существует так называемый правовой плюрализм, который, как представляется, объективно невозможно преодолеть, поскольку признание и реализация принципа верховенства права открывает ему дорогу [4]. Утопичным оказывается расчет на общемировое понимание и определение права.

Принцип верховенства права (в контексте изложенного выше его содержания) обладает достаточной ценностью и авторитетом, чтобы его

рассматривать в качестве общего основополагающего инструмента для интеграции правовых систем, особенно в пределах отдельных регионов мира. И хотя принцип верховенства права принадлежит к категории понятий, значение которых до конца не определено, поскольку он наполняется различным содержанием в каждой правовой системе по мере ее развития, тем не менее его стержень неизменный — права человека, их реальное обеспечение.

В нынешних условиях, когда мир переживает экономический и финансовый кризис, когда четко обозначилась несостоительность как социалистического, так и существующего капиталистического вариантов дальнейшего развития, человечество может поставить принцип верховенства права (основополагающие права и свободы человека) в качестве ориентира поиска путей к интеграции правовых систем и самосохранению. Многое зависит от осмысленно-волевой деятельности субъектов интеграции, как официальных, которые обладают субъективно-властной волей к изменениям (государственные органы, должностные лица, народ), так и неофициальных, которые не принимают юридически значимых решений, но действуют в русле интеграции (научно-исследовательские учреждения, другие профессиональные организации или отдельные индивиды). Их деятельность должна быть взаимно согласована и направлена на подготовку объектов (правовых систем) к интеграционным изменениям соответственно принципу верховенства права.

Интеграция правовой системы Украины в европейское правовое пространство на основе принципа верховенства права требует ее реформирования, совершенствования всех видов нормативного и правоприменимого процессов, юридической практики по реальному обеспечению прав и свобод граждан. А это возможно только при качественном повышении уровня правовой культуры государственных и муниципальных (коммунальных) служащих, судей, работников правоохранительных органов, квалифицированной подготовки кадров и, прежде всего, росте авторитета государственной власти, сбалансированности ее отраслей (ветвей), разработке такой модели разделения власти (включая и президентскую власть), которая отвечала бы требованиям демократии, гуманизма и эффективности.

Л и т е р а т у р а

1. Вишняков А. К. Интеграционное право / A. K. Вишняков // Введение в украинское право / под общ. ред. С. В. Кивалова и Ю. Н. Оборотова. — 2-е изд., перераб. и доп. — О. : Юрид. л-ра, 2009. — С. 628—644.
2. Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 3. — Ст. 12.
3. Козюбра М. І. Верховенство права — основоположний принцип правоої і політичної систем України / M. І. Козюбра // Правова система України: історія, стан та перспективи : у 5 т. — Х. : Право, 2008. — Т. 1 : Методологічні та історико-теоретичні проблеми формування і розвитку правової системи України. — С. 15—1565.

4. Оборотов Ю. Н. Верховенство права и продвижение к правовой гармонии / Ю. Н. Оборотов // Введение в украинское право / под общей ред. С. В. Кивалова и Ю. Н. Оборотова. — 2-е изд., перераб. и доп. — О. : Юрид. л-ра, 2009. — С. 146.

А н о т а ц і я

Скакун О. Ф. Верховенство права як принцип інтеграції правових систем у сучасному світі. — Стаття.

Інтеграція правової системи України в європейський правовий простір на основі принципу верховенства права вимагає її реформування, вдосконалення всіх видів нормативного і правозастосовчих процесів, юридичної практики реального забезпечення прав і свобод громадян. А це можливо лише при якісному підвищенні рівня правової культури службовців, суддів, працівників правоохоронних органів, кваліфікованої підготовки кадрів, зростання авторитету державної влади.

Ключові слова: верховенство права, інтеграція, правові системи сучасності.

S u m m a r y

Skakun O. F. Supremacy of Law as a Principle of Legal Systems Integration in Modern World. — Article.

Integration of the legal system of Ukraine in European legal space on the basis of principle of supremacy of right requires its reformation, perfection of all types of normative and law applying processes, legal practice on the real providing of rights and freedoms of citizens. And it is possible only at the high-quality increase of level of legal culture of office workers, judges, workers of law enforcement authorities, skilled training of personnels, growth of authority of state power.

Keywords: supremacy of law, integration, modern legal systems.

УДК 340.12:316.3

П. М. Рабінович

ПОТРЕБОВИЙ ПІДХІД — БЕЗАЛЬТЕРНАТИВНИЙ ІНСТРУМЕНТ ВИЯВЛЕННЯ СОЦІАЛЬНОЇ СУТНОСТІ ПРАВА І ДЕРЖАВИ

Вступні зауваги. З давніх-давен встановлено, що кожному феномену завжди притаманні *сутність і явище (явленість)*. При цьому «явленість», тобто зовнішня форма (оболонка) феномена, та його сутність не збігаються.

Явище стає відомим суб'єктам соціуму вже у процесі їхньої повсякденної, «утилітарної» практики. Сутність же явища зазвичай може бути виявлена за посередництвом спеціалізованої діяльності — насамперед діяльності науково-дослідної. Тому-то й найпершим завданням, неодмінним покликанням будь-якої суспільної науки є виявлення, з'ясування нею такої сутності. Адже якби сутність і явище («явленість») того чи іншого феномена збігались, то й потреба у його науковому дослідженні, мабуть, взагалі не виникала б.

Осягнення, зображення сутності тих феноменів, які становлять предмет відповідної науки, є її найголовнішою, домінантною функцією. Теорія чи концепція, котра саме цієї функції не виконує, навряд чи може заслуговувати на статус *наукової*.

Це, вочевидь, стосується й тих феноменів, які у соціально-політичній, зокрема державно-юридичній, практиці та й в юридичній науці вважаються *правовими* (а таких феноменів — досить різноманітних за їх специфічним онтичним статусом, за їхньою, якщо можна так висловитись, субстанцією — існує, як свідчить минула й сучасна правова думка та практика, понад десяток...).

Та перш ніж розглядати питання про сутність чи то природно-правових, чи то державно-юридичних («позитивних») явищ, потрібно передусім чітко визначитись із інтерпретацією загального поняття *сущності соціальних явищ* (адже стосовно цього можуть існувати — та й справді існують неоднакові погляди). Свого часу нам вже довелося за-

пропонувати таку дефініцію цього поняття: **соціальна сутність явищ — це їх здатність слугувати засобом задоволення потреб (інтересів) тих чи інших суб'єктів суспільства.** І нині — майже через 20 років по тому — серйозних підстав відмовлятись від цього положення не вбачаємо.

Проблема соціальної сутності права і держави у сучасній вітчизняній літературі. Що стосується визнання необхідності виявлення і характеристики соціальної сутності сучасних правових (та й державних) явищ, то у нашій загальнотеоретичній юриспруденції висловлюються різні погляди. Так, одні автори вважають, що питання про цю сутність навряд чи є центральним для юридичних наук: його «більш доцільно розглядати у межах філософії, політики, соціології тощо» [1, с. 311]. Інші фахівці (вони становлять переважну більшість теоретиків) визнають, що стосовно легістсько-правових (і державних) явищ ця сутність має зде більшого «двоїстий» характер: ці явища виражають інтереси як усього суспільства, так і водночас певних його частин, осередків (причому співвідношення між цими двома сторонами сутності таких явищ є конкретно-історичним; зокрема у XX—XXI ст. воно «зсувається» на користь загальносоціальної складової [2, с. 76–77, 87–88; 3, с. 292–293; 4, с. 257]).

З останньою позицією, безперечно, не можна не погодитись. Але проблема полягає у тому, що й її прибічники — юристи-теоретики зазвичай не виявляють, не обґрунтують, інтереси та волю якої ж саме частини сучасного соціально неоднорідного суспільства (чи-то в Україні, чи-то в іншій країні) виражають і реалізують правові й державні явища. Отже, ця група авторів фактично змикається з першою групою, оскільки теж не з'ясовує повну, «інтегровану» соціальну сутність кожного із існуючих нині згаданих феноменів.

Між тим якщо, характеризуючи сутність нинішніх реальних правових і державних явищ, обмежитись лише вкрай абстрактною вказівкою на її загальносоціальну складову й нічого конкретного не сказати про її складову, так би мовити, спеціально соціальну (потреби, інтереси змістово визначених частин соціально диференційованого, суспільства (класово-економічних, етнічних, вікових, ідеологічних політичних та ін.), тоді розрізнати і класифікувати означені явища саме за їх сутністю виявиться взагалі неможливим. Адже ніколи не існувало й не існує таких держав (і відповідних позитивних правових систем), які б не вирішували загальносоціальні проблеми. У суспільстві державно-організованому такі проблеми жодна інша організація, інституція виконувати не спроможна.

Тому є підстава констатувати, що обидва схарактеризовані підходи вписуються (хоча й різною мірою) у той наукознавчий процес, який свого часу нами було кваліфіковано як «втеча від сутності» [5, с. 57].

Така ситуація є, можна сказати, майже традиційною для сучасного західного суспільствознавства, яке і раніше, і нині державу «трактує як надкласову, що представляє інтерес всіх шарів суспільства». Та й автор-

ка цього спостереження схильна вважати, що «у сучасних цивілізованих державах не стало чітко виражених класів» і що «типологію сучасних держав неможливо підвести під формаційну класифікацію типів держав» [4, с. 68, 86].

Проте погодитись із такими трактуваннями повною мірою навряд чи можливо принаймні з двох причин.

По-перше, тому, що навіть серед західних авторів (і вчених, і політиків) є чимало таких, які, будучи відвертими опонентами історико-матеріалістичної наукової методології, все ж визнають наявність у більшості сучасних західних суспільств «середнього класу», а у суспільствах постсоціалістичних — необхідність утворення саме такого ж класу (який мав би становити більшість населення), яке становить неодмінну передумову стабільного демократичного розвитку останніх.

А по-друге, тому, що в останні роки у науці деяких постсоціалістичних суспільств прокладає собі дорогу концепція «політичного класу» (яка, до речі, нещодавно стала предметом планової теми Інституту політичних і етнонаціональних досліджень ім. І. Ф. Кураса НАН України) [6, с. 25–27].

І якщо у нашій навчальній літературі ще можна зустріти досить категоричне твердження про те, що «в соціально неоднорідному суспільстві влада виражає і захищає інтереси певної частини населення» [7, с. 57], то логічним буде очікувати, що при висвітленні питання про соціальну сутність сучасної Української держави такі автори з'ясують і обґрунтують, інтереси якої саме частини суспільства ця держава відстоює. Якщо ж стосовно цієї держави і правової системи юридична наука зніме з себе обов'язок виявляти їхню соціальну сутність, то вона — дозволимо собі стверджувати — якраз і «тікатиме», ухилятиметься від виконання своєї домінантної, «верховної» функції.

Навіть якщо погодитись із тим, що нинішня держава є (чи має бути) начебто неупередженим арбітром між носіями відмінних інтересів [3, с. 69–70], інструментом досягнення загального компромісу, а сутністю встановлюваного нею позитивного права є «спільна воля, заснована на компромісі суб'єктів загальносоціальних і вузькогрупових інтересів і спрямована на досягнення у соціально неоднорідному суспільстві злагоди й миру» [8, с. 100], то й тоді авторам варто б зазначати (хоча б для прикладу, для ілюстрації), чиї та які інтереси така держава спромоглася залагодити, «помирити» й відобразити у позитивному праві. Ось тоді це й було б характеристикою другої — «стратифікаційної» — сторони соціальної сутності позитивного права і держави.

«Втечу від сутності» демонструє значною мірою і така сучасна галузь загальнотеоретичного праводержавознавства, яка зветься «порівняльне правознавство» (правова чи юридична компаративістика). Адже в її межах класифікація правових систем («правових сімей») здійснюється зазвичай не за їх соціальною сутністю, а майже виключно за найпоширенішою у них зовнішньою формою (джерелом) позитивного права.

Внаслідок цього, наприклад, правова система Англії визнається однією й тією ж — прецедентною — чи то у середньовіччі, чи то у новій історії, чи то у теперішній час. А, скажімо, сучасні правові системи Туреччини, Арабських Еміратів і Сомалі визнаються належними до одноіменної сім'ї правових систем — релігійної (мусульманської), хоча якісні відмінності між ними в їхній соціальній сутності є вельми істотними. Отже, порівняння правових систем («сімей») світу — як синхронне, так і діахронне — за їх соціальною сутністю залишається, на жаль, поза межами предмета юридичної компарativістики.

Така ж ситуація може спостерігатись й у порівняльному державознавстві. (Хоча, як свідчить історія, офіційна назва, словесна самооцінка, «реклама» держави зазвичай не стільки розкривала, скільки приховувала, маскувала її справжню соціальну роль. І якби декларативна «зовнішність» держави завжди відповідала сутності цього явища, то й, можливо, взагалі не було би потреби в наукі про державу).

Розподіляти держави на певні різновиди (типи, класи) можна, ясна річ, за досить різноманітними критеріями: зокрема за їх належністю до певної «цивілізації» людства (скажімо, держави західні та східні); за методами здійснення державної влади (демократичні й тоталітарні); за характером та рівнем технологічного розвитку відповідного суспільства (держави аграрні, індустріальні, постіндустріальні чи, як іноді висловлюються, «інформаційні»); за ставленням держави до релігії (держави теократичні, світські, атеїстичні); за географічним розташуванням (держави європейські, азіатські та ін.). Усі зазначені класифікації держав використовуються у науковій літературі, й усі вони є небезкорисними, мають певну евристичну цінність.

Проте жодна з наведених «типологій», відображаючи досить важливі риси, властивості держав, не дає відповіді на питання: волю якої групи населення, якої його частини виражают і реалізують держави відповідної класифікаційної групи. А без такої відповіді соціальна сутність того явища, котре відображається поняттям держави, залишається прихованою, нерозкритою. Тому згадані класифікації не спроможні замінити таку типологію держав, яка фіксувала б відмінності між ними саме з огляду на їх соціальну сутність.

Звісно, наукове виявлення соціальної сутності права, держави — завдання не з легких. (В одному з вітчизняних навчальних видань відверто визнавалось, що «в останні роки визначити суть права в Україні досить важко, оскільки в умовах переходу до нової економічної системи право виражає інтереси різних соціальних груп населення» [9, с. 29]. Але, знову ж, виявити ї «оприлюднити», про які саме групи йдеться, — це завдання поширюється, гадаємо, й на загальну теорію української держави і права). Проте, використовуючи не тільки абстрактно-теоретичні, але й конкретно-соціологічні (соціолого-правові) методи дослідження, а також залишаючи результати досліджень інших суспільних наук і матеріали реальної соціальної (насамперед державно-юридичної) практики,

яка, як відомо, є верховним критерієм наукової істини, таке завдання — з тією чи іншою повнотою й точністю — може бути, на нашу думку, виконане. А якщо наперед відмовлятись від його виконання або просто «мовчки» його не виконувати, то це істотно знецінюватиме практичну значущість, знижуватиме соціальний статус загальнотеоретичної юриспруденції.

Нарешті, навіть якщо вести мову про прогнозований нами майбутній тип держави «соціальної демократії» і про перехідну до нього державу «соціально-демократичної орієнтації», то й у цих випадках належало б розшифровувати, з яких саме класів, верств, прошарків, груп складається у соціально неоднорідному суспільстві та його більшості, яка має становити соціальну базу такої держави. (До цієї більшості ми вважали за можливе гіпотетично віднести трудящих-власників. Можна, ясна річ, дискутувати з приводу цієї гіпотези; але тоді це і буде обговоренням проблеми соціальної сутності такої держави).

Потребовий дослідницький підхід як безальтернативний інструмент виявлення соціальної сутності права й держави. З огляду на вказану вище інтерпретацію соціальної сутності правових і державних явищ, той дослідницький концептуальний підхід, за посередництвом якого така сутність може бути виявлена, нами ще у середині 80-х років минулого століття було названо підходом «потребовим». Він був тоді інтерпретований як виявлення історично зумовлених певних потреб суб'єктів суспільного життя і встановлення ролі, функції (як потенційної, так і реальної) тих або інших предметів, явищ у задоволені таких потреб [10, с. 10]. І видається підставним стверджувати, що саме він є єдино можливим, унікальним засобом її з'ясування.

Цим зумовлюються місце та роль потребового підходу в усій системі різноманітних концептуальних підходів та дослідницьких методів, використовуваних задля вивчення яких би то не було праводержавних явищ. Цей підхід, з одного боку, не може абсолютноизуватись, гіпертрофуватись, оскільки — як і будь-який інший підхід — він має об'єктивні межі застосуваності, а тому не підмінює й не витісняє інші дослідницькі підходи та методи. Проте, з другого боку, останні втрачатимуть свою евристичність, наукову ефективність, якщо залишиться невідомою, прихованою або ж спотвореною сутність тих праводержавних явищ, які становлять об'єкт їх вивчення, — тобто якщо застосування таких підходів і методів не спиратиметься на знання цієї сутності. Адже саме сутність явища визначає, глибинно, в *кінцевому* підсумку (хоча й зазвичай не прямо, а опосередковано) усі його інші властивості та прояви.

Ясна річ, не йдеться про те, аби механічно відтворювати, реставрувати чи продовжувати «триматися» за ті політичні висновки, які робили марксисти й деякі інші теоретики з тих реальних соціальних (насамперед класових) конфліктів, що відбувались у попередній історії та за їх життя. Але вважаємо за доречне звернути увагу на можливості актуалізованої конкретизації, модифікації й використання того дослідницького

методологічного підходу, який застосовувався ними задля виявлення соціальної сутності права, держави та й інших соціальних феноменів, — підходу діалектико- (зокрема, історико-) матеріалістичного.

Реалізація потребового підходу у виявленні сутності правових і державних явищ вимагає розв'язання таких завдань:

по-перше, слід осягнути загальне розуміння потреб різних суб'єктів суспільства (що вимагає, зокрема, з'ясування співвідношення цих потреб з такими суміжними, «спорідненими» явищами, як інтереси, мотиви, цілі відповідних суб'єктів);

по-друге, необхідно виокремити основні різновиди таких потреб, зважаючи на їх певну класифікацію;

по-третє, мають бути здобуті змістовні знання стосовно потреб: а) загальносоціальних, б) групових та в) індивідуальних у тому суспільстві, де сформовано, функціонує та розвивається досліджуване правове чи державне явище;

по-четверте, потрібно встановити: а) потреби саме яких суб'єктів (тобто *чиї* потреби — чи то окремих індивідів, чи то певних їхніх спільнот, об'єднань, чи то суспільства в цілому) задовольняє досліджуваний феномен та б) які ж саме види таких потреб він задовольняє;

нарешті, по-п'яте — і це найважливіше — слід з'ясувати, чи здатний досліджуваний правовий або державний феномен бути засобом, інструментом задоволення певних потреб. А якщо здатний, то якою мірою, зокрема, з'ясувати, чи він є лише одним із таких засобів, чи ж засобом *єдиним*. (У разі ствердної відповіді на останнє питання, відповідні потреби можна буде вважати *правовими* чи державно-юридичними).

Застосування потребового підходу істотно полегшується, якщо в самому позитивному (юридичному) праві — насамперед у законодавстві — текстуально декларується, заради задоволення яких потреб встановлено певні юридичні норми.

Проведений нами саме під таким кутом зору аналіз Конституції України та низки чинних українських кодексів виявив таке.

Основному Законі терміно-поняття «потреби» вживається у 5 статтях, де згадуються, зокрема, потреби мовні (ст. 12), потреби громадян (ст. 41), потреби соціального захисту (ст. 47). Цивільний кодекс України вміщує це терміно-поняття у 17 статтях, в яких йдеться, зокрема, про потреби особисті (ст. 865), побутові (ст. 31), власників квартир (ст. 382), у матеріальному забезпеченні та догляді (ст. 749). У Сімейному кодексі України згадане терміно-поняття фіксується у 5 статтях, де мовиться, зокрема, про потреби дитини (ст. ст. 97, 188), потреби у матеріальній допомозі (ст. 199). У Господарському кодексі України воно включено до 18 статей, в яких згадуються, скажімо, потреби громадян (ст. 39), потреби особисті (ст. 62), господарські потреби учасників асоціації (ст. ст. 120, 152). У Житловому кодексі України розглядуване терміно-поняття використано у 9 статтях, де зазначаються, зокрема, потреби побутові (ст. ст. 4, 186), потреби у поліпшенні житлових умов

(ст. ст. 35, 54, 59). У Земельному кодексі України його вміщують 28 статей, у Водному кодексі України — 25, у Господарсько-процесуальному кодексі України — 12, у Митному кодексі України — 11, у Кодексі законів про працю України — 10, у Кримінально-процесуальному кодексі України — 9, у Цивільному процесуальному кодексі України та Кодексі України про надра — по 8, у Лісовому кодексі України — 5, у Кодексі України про адміністративні правопорушення — 4, у Кримінальному кодексі України — 3.

Загалом же у проаналізованих законах терміно-поняття «потреби» вжито 178 разів!

До цього варто також додати ще й випадки застосування у законодавстві України терміно-поняття «інтерес». Адже останній є зазвичай не чим іншим, як усвідомленням певними суб'єктами їхніх потреб. Текстовий аналіз усіх зазначених вище законів виявив, що це терміно-поняття зустрічається у них понад 100 разів.

Така законодавча стилістика, безперечно, полегшує реалізацію потребового підходу, причому не тільки у теоретичній юриспруденції, але й у практичній.

Тож спробуємо застосувати (або принаймні схарактеризувати можливості застосування) потребового підходу у з'ясуванні сутності того явища, яке відображається терміно-поняттям «права людини».

Можливість задоволення потреб людини як соціальна сутність її прав. Коли на початку 90-х років минулого століття у вітчизняній загальнотеоретичній юриспруденції постала необхідність випрацювати нові теоретико-методологічні засади, зорієнтовані насамперед на людину, на забезпечення її прав і свобод, тоді видалося підставним підтримати саме соціальний (точніше — соціально-детерміністичний) підхід до інтерпретації таких прав. Відповідно до цього підходу нами було сформульовано таке визначення їх загального поняття: **права людини — це певні можливості людини, котрі необхідні для задоволення потреб її існування та розвитку в конкретно-історичних умовах, об'єктивно зумовлюються досягнутим рівнем розвитку суспільства і забезпеченні обов'язками інших суб'єктів.**

Відображення у цій дефініції інтерпретація прав людини ґрунтується не просто на соціальному, а, власне, на соціально-потребовому підході. Адже існування й розвиток людини відбувається зазвичай тільки-но в процесі задоволення її потреб; а цей процес, ясна річ, опосередковується здебільшого такими «засобами», які є природно-історичними наслідками діяльності інших суб'єктів, тобто результатами суспільного виробництва (і матеріального, і духовного).

У «знятому» вигляді розглядуваній аспект розуміння прав людини може бути стисло — як «квінтесенція» — відображеній таким твердженням: **будь-яке право людини — це право на задоволення її певних потреб.** (До речі, при характеристиці різноманітних підходів до інтерпретації прав людини вже доводилося фіксувати її такий, згідно з яким

права людини — це не що інше, як її потреби [11, с. 17]. Втім, це, можливо, — дещо гіпертрофоване, надто «радикальне» відображення потребового підходу).

У цьому дістає прояв (окрім іншого) *гуманізм* потребової інтерпретації прав людини, ѿ у цьому вбачається чи не найістотніша її перевага.

З обстоюваного тут розуміння прав людини випливають додаткові аргументи ѿ щодо класифікування її основоположних прав, яке було запропоновано нами майже п'ятнадцять років тому. Нагадаємо, що з усіх можливих таких класифікацій основною була названа така, підставою (критерієм) якої послугували різні види (групи, комплекси) індивідуальних потреб, котрі задовольняються через здійснення, використання певних прав [12, с. 86].

Деякі висновки. Евристичний потенціал означеного концептуального підходу аж ніяк не обмежується таким об'єктом дослідження, як права людини. Цей підхід — наголосимо ще раз — був і лишається неперевершеним, незамінним, можна сказати, єдино можливим дослідницьким інструментом виявлення сутності будь-яких соціальних явищ, зокрема держави та кожного з елементів її правої системи ѿ її механізму юридичного регулювання (законодавства, законності, офіційної правової ідеології, юридичних відносин тощо).

Зауважимо також, що потребовий підхід знаходить застосування ѿ у галузевих юридичних науках [13] та ѿ в інших галузях знань [14; 15].

Література

1. Машков А. Проблеми теорії держави і права. Основи: курс лекцій / А. Машков. — К., 2008.
2. Загальна теорія держави і права : підручник / за ред. М. В. Цвіка, О. В. Петришина. — Х., 2008.
3. Теорія держави і права. Академічний курс : підручник. — 2-ге вид., переробл. і допов. / за ред. О. В. Зайчука, Н. М. Оніщенко. — К., 2008.
4. Скаакун О. Ф. Теорія держави і права. (Енциклопедичний курс) : підручник / О. Ф. Скаакун. — Х., 2006.
5. Рабінович П. М. Методологія правознавства: проблеми плюралізації / П. М. Рабінович // Вісник Академії правових наук України. — 1995. — № 3.
6. Рудич Ф. Політичний клас у сучасній Україні: передумови становлення / Ф. Рудич // Віче. — 2009. — № 9.
7. Гусарев С. Д. Теорія права і держави : навч. посіб. / С. Д. Гусарев, А. Ю. Олійник, О. Л. Слюсаренко. — К., 2008.
8. Шульга А. М. Основы теории государства и права : крат. учеб. пособие / А. М. Шульга. — Х., 2006.
9. Котюк В. О. Теорія права : курс лекцій / В. О. Котюк. — К., 1996.
10. Рабинович П. М. Социалистическое право как ценность / П. М. Рабинович. — Л., 1985.
11. Український часопис прав людини. — 1995. — № 1.
12. Український часопис прав людини. — 1995. — № 2.
13. Баринов Н. А. Имущественные потребности и гражданское право / Н. А. Баринов. — Саратов, 1987.

14. Мусин Г. Х. Потребностный поход в технико-технологической деятельности : учеб. пособие / Г. Х. Мусин. — Уфа, 2002.
15. Галимов Б. С. Биосоциосистема: опыт потребностного подхода / Б. С. Галимов, Г. Х. Мусин. — Уфа, 2000.

А н о т а ц і я

Рабінович П. М. Потребовий підхід — безальтернативний інструмент виявлення соціальної сутності права і держави. — Стаття.

Евристичний потенціал потребового підходу аж ніяк не обмежується таким об'єктом дослідження, як права людини. Цей підхід був і лишається неперевершеним, незамінним, можна сказати, єдино можливим дослідницьким інструментом виявлення сутності будь-яких соціальних явищ, зокрема держави та кожного з елементів її правової системи й її механізму юридичного регулювання.

Ключові слова: потребовий підхід, методологія юридичної науки, права людини, сутність права і держави.

S u m m a r y

Rabinovych P. M. Necessity Approach is an Instrument of Exposure of Social Essence of Law and State Which Has no Alternative. — Article.

Heuristic potential of necessity approach is in no way limited to such object of research as human rights. This approach was and remains unsurpassed, irreplaceable, maybe, uniquely by the possible research instrument of exposure of essence of any social phenomena, in particular the states and each of elements of its legal system and its mechanism of the legal adjusting.

Keywords: necessity approach, methodology of jurisprudence, human rights, essence of law and state.

УДК 340.12

Ю. Н. Оборотов

ОБЩЕТОРЕТИЧЕСКАЯ ЮРИСПРУДЕНЦИЯ — ТЕОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА НОВОГО ВРЕМЕНИ

Юридическая наука сегодня находится в условиях, когда право и государство как сложный (сдвоенный) объект её приложения, исследования и развития претерпевают такие изменения, которые влекут за собой не только появление новых сфер юриспруденции, но и изменение ее содержания и состава входящих в нее наук. Достаточно здесь сказать о таких процессах, как невероятная подвижность (текучесть) догмы права и нарастающий кризис суверенитета государства, чтобы понять необходимость перемен в самой юридической науке или, точнее, в юриспруденции.

Переход от термина «юридическая наука» к термину «юриспруденция» объясняется появлением в правовой сфере таких областей знания, которые сложно констатируются как научные. В частности, это относится к таким исследовательским направлениям и юридическим дисциплинам, как философия права, антропология права, правовая герменевтика, юридическая психология, юридическая логика и тому подобное. Проблема преодоления юриспруденцией избыточной рациональности, выход к достижениям сферы нерационального, иррационального и даже надрационального связан с наполнением профессиональной юридической деятельности духовным содержанием и, что особо значимо, верой в право, его действенность, социальную и личностную ценность.

С помощью положений и инструментария общетеоретической юриспруденции — этой фундаментальной составляющей юриспруденции, — на стадии профессиональной подготовки осуществляется «прививка» принципов права будущим юристам как важнейших составляющих их профессионального правового сознания и правового мышления [1, с. 25].

Можно полагать, что становление общетеоретической юриспруденции происходит уже в современную эпоху, с изменениями в человеке, обществе, самом государстве и праве, а также в их теоретическом осмысле-

нии в таких известных формах: энциклопедия права, теория права, теория государства и права, общая теория государства и права и т.п.

Название «общетеоретическая юриспруденция» в качестве учебной дисциплины вместо традиционной теории государства и права призвано не только преодолеть легковесные представления о роли теоретической подготовки специалистов юридического профиля, но нацелено на то, чтобы закрепить, во-первых, первичность права по отношению к государству и, во-вторых, вывести общетеоретическое знание в центр концепции современного юридического образования. При этом нельзя поддержать существующее в юридической литературе мнение о том, что теория государства — это не сфера юриспруденции, а сфера политологии; подчеркнем, что термин «общетеоретическая юриспруденция» не сводится к области правоведения, а включает государствоизвестование как свою важнейшую составляющую.

По сути, к этому выводу подводит В. С. Нерсесянц, когда пишет, что предмет общей теории права и государства — это общая теория всей юриспруденции [2, с. 2]. Именно В. С. Нерсесянцу принадлежит приоритет в переоценке не только роли юриспруденции в современном правовом и государственном развитии, но и в рассмотрении фундаментальных проблем теории, методологии и истории юриспруденции. И хотя сложно разделить мнение автора о трактовке юриспруденции как науки о свободе (либерально-юридическая концепция юриспруденции), нельзя не видеть перспективу в его подходе по формированию единой системы юриспруденции и такой её фундаментальной составляющей, которую он называл общей теорией права и государства [3, с. 1–2].

Заметим, что проблема дуализма объектов юриспруденции преодолевается, если исходить из того, что здесь право (правовое) и государство (государственное) объединяются в юриспруденции, и предметно разворачиваются по таким направлениям, как правоведение и государствоизвестование. Юриспруденция как наука в отличие от других наук, исследующих право и государство, рассматривает эти явления в призме взаимодействия, взаимообусловленности и дополнительности.

При этом если в юриспруденции отождествляется право и закон, то используется так называемое легистское правопонимание, когда государство становится определяющим фактором правового развития и именно с него начинается изложение общетеоретической юриспруденции. И, наоборот, если в юриспруденции проводится различие права и закона, то используется юридическое правопонимание, и тогда право выступает как определяющий фактор государственного развития и именно с права начинается изложение общетеоретической юриспруденции.

Отечественная юриспруденция сегодня все в большей степени утверждается в углублении представлений о естественном и позитивном праве, не только в их необходимой связи, но и синтезе, что позволяет утверждать идеи верховенства права и правового государства, контроля

гражданского общества с помощью права над существующей государственной властью.

Фундаментальный характер общетеоретической юриспруденции связан с тем, что в ее пределах рассматриваются философские и методологические вопросы права и государства, формулируются важнейшие концептуальные идеи и методологические принципы, определяются подходы и методы освоения правовой и государственной жизни общества. Именно здесь складываются категории юриспруденции, вырабатываются их связи, раскрываются возможности в деле постижения права и государства, а также отдельных их составляющих.

По-видимому, отмеченный в юридической литературе проблемный характер современной науки теории государства и права (определение предмета, методологии, структуры, формирование языка, назначения и т.д.) [4, с. 19–22] во многом связан с необходимостью нового видения назначения этой фундаментальной дисциплины в системе профессиональной юридической подготовки.

Речь идет не только о том, что современный юрист должен действовать в условиях индивидуализированного общества и глобализации всей системы человеческих отношений. Произошли изменения как на уровне межличностных отношений, так и на уровне межгосударственных и даже надгосударственных сфер нашего бытия. Личностные качества современного человека принципиально иные в сравнении с теми, которые столетия назад заложены в правовых и государственных особенностях его существования.

Думается, что теория государства и права с грузом своих проблем, соответствующих эпохе национального государства и законодательного права должна стать качественно новой наукой: общетеоретической юриспруденцией, — решающей задачи существования права и государства времен постмодерна, когда быстротечность бытия, пространственная неограниченность, культурная неустойчивость и индивидуальная обособленность ставят сверхзадачи перед правовой и государственной сферой.

Признавая преемственный характер общетеоретической юриспруденции от теории государства и права, будем понимать, что с набором архаичного правового инструментария и представлениями о всесильном государстве и власть предержащих вряд ли можно выработать современную методологическую и категориальную основу для подготовки современного юриста.

Общетеоретическая юриспруденция как наука включает методологическую составляющую, категориальный аппарат и исследовательские подходы, с помощью которых обеспечивается постижение права и государства, раскрывается их юридическая трансляция из одной эпохи в другую, определяя возможности преемственности и заимствований, характер устойчивости и изменчивости, причины действенности и несостоятельности. Общетеоретическая юриспруденция как наука включает

множество исследовательских направлений, часто не связанных между собой и с разных сторон раскрывающих формальные, содержательные, структурные и функциональные характеристики права и государства. При этом общетеоретическая юриспруденция интересуется не только сферой права и государства, но и взаимодействием этих явлений с такими явлениями, как мораль, религия, политика, философия и т.д.

Общетеоретическая юриспруденция постоянно пополняет свой категориальный аппарат и инструментарий. Именно она чаще других юридических наук использует принцип юридизации для включения в свою исследовательскую сферу достижений из других сфер человеческого знания, к примеру, антропологии, герменевтики, синергетики и т.п. Таким образом, общетеоретическая юриспруденция является не только исследовательской сферой, но и сферой закрепления и дальнейшего утверждения юридизированных положений во всей системе юридической науки (юриспруденции).

Если попытаться обозначить те вопросы, которые выражены в тематике различных учебных курсов по теории государства и права, то они сводятся к следующим:

- каково значение категориального аппарата для всей системы юридического знания и профессиональной юридической деятельности;
- каково соотношение права и государства в развитии общества и как это сказывается на социальном развитии;
- что представляет собой правовая норма, каковы разновидности этих норм, их система и роль в механизме действия права;
- каковы особенности правосознания и правовой культуры и как эти явления сказываются на правовой жизни индивида и общества;
- что отличает правовую норму в системе социальных регуляторов, как они закрепляются, объединяются и интерпретируются;
- кто выступает в качестве субъекта права, в чем особенности правоотношений, их возникновения, изменения и прекращения;
- что представляет собой правовое поведение, каковы его разновидности, как возникает юридическая ответственность;
- в чем особенности юридического процесса и как он связан с реализацией права и профессиональной юридической деятельностью;
- каковы специфические признаки государства и его назначение в жизни общества;
- каковы формы государства, его механизм и взаимодействие с гражданским обществом;
- в чем особенности современного государства, чем оно отличается от национального государства;
- каковы перспективы развития права и государства на фоне процессов глобализации и индивидуализации современного общества.

Большинство отмеченных вопросов может быть выделено в каждом из учебников по теории государства и права, что свидетельствует об устойчивости основных положений общетеоретического курса юридич-

кой подготовки специалистов. С другой стороны, такое однообразие при рассмотрении вопросов программы учебного курса — свидетельство отсутствия устремленности составителей программ, учебных пособий и учебников к тому, чтобы переосмыслить общетеоретическую подготовку специалистов юридического профиля применительно к условиям кризиса законодательства и денационализации государств в эпоху постmodерна.

В этом плане важно подчеркнуть, что целью общетеоретической юриспруденции является:

- определение наиболее общих понятий, используемых в профессиональной юридической деятельности;
- установление внутренних и внешних связей между правовыми средствами и институтами государственной власти;
- формирование такого уровня правосознания, правовой культуры и юридического мышления, который позволяет профессионально решать юридические дела и участвовать в разрешении социальных конфликтов;
- определение путей продвижения через совершенствование механизма действия права и механизма осуществления государственной власти к верховенству права и контролю гражданского общества над существующей государственной властью.

Таким образом, общетеоретическая юриспруденция как наука должна выполнять не только функцию постижения происходящего в сфере права и государства и его категориального закрепления, но призвана вырабатывать соответствующую методологию исследования и выходить к выполнению своей эвристической функции [5, с. 137], раскрывать возможности использования правовых средств и институтов государства при изменении индивида и общества, определять пути их приспособления к новым условиям бытия. Для общетеоретической юриспруденции как учебной дисциплины это означает:

во-первых, формирование такого категориального аппарата, который соответствует правовой и государственной жизни современного общества;

во-вторых, выделение концептуальных идей, методологических принципов и методов, с помощью которых можно с успехом действовать в правовой и государственной сфере;

в-третьих, привнесение новых тем, проблем, вопросов, концепций, понятий и т.д. с тем, чтобы обеспечивать принцип развития правовой и государственной сферы.

В соответствии с этими подходами должно выстраиваться изложение учебного курса, когда на первый план выводятся вопросы права, его формирование, механизм действия и особенности современного развития, а затем уже раскрываются вопросы, касающиеся государства, его институционализации, функционирования и специфики существования в условиях глобализации и индивидуализированного общества.

Общетеоретическая юриспруденция таким образом включает в свое содержание как сферу правоведения, так и сферу государствоведения.

Особенно важно подчеркнуть в составе учебной дисциплины общетеоретической юриспруденции государствоведческую составляющую. Как раз развитие этой части общетеоретической юриспруденции сегодня значительно отстает от исследований в сфере правоведения. Не случайны попытки вообще отделить государствоведение от правоведения и рассматривать как самостоятельную область юриспруденции. Особенно ярко это выражено в работах Е. В. Чиркина с постановкой вопроса о том, что государствоведение представляет собой обосновленную «систему знаний о государственности в ее различных формах, связях и опосредованиях» [6, с. 11].

В этой связи следует различать понятия правоведения и юриспруденции. И хотя в обыденном смысле они зачастую отождествляются, с профессиональной точки зрения важно констатировать, что юриспруденция — это не только правоведение, но и государствоведение. В целом же понятие «юриспруденция» значительно шире, чем понятие «правоведение», и отсюда объяснимо более широкое употребление понятия «юрист», а не «правовед» применительно к профессиональной юридической деятельности.

Юриспруденция включает систему идей, суждений, понятий, нормативов, мифологем о праве и государстве. Юриспруденция не может быть сведена к системе научных знаний о праве и государстве, а обязательно связывается с юридическим опытом, верованиями, мифотворчеством, что свидетельствует о глубинных составляющих юридического бытия, находящего в юриспруденции свое отображение.

Юриспруденция представляет собой сложный комплекс наук и отраслей знаний различного уровня, содержания и направленности. В самом общем виде могут быть выделены:

- 1) философская юриспруденция (философия права, философия государства);
- 2) фундаментальная юриспруденция (теория государства и права, историко-юридическая наука, история учений о государстве и праве);
- 3) догматическая юриспруденция, включающая: а) отраслевую юриспруденцию (конституционное право, уголовное право и т.д.) и б) межотраслевую юриспруденцию (налоговое, таможенное, морское право и т.д.);
- 4) организационно-прикладная юриспруденция (судебные и правоохранительные органы, криминология, криминалистика, судебная психиатрия);
- 5) международная юриспруденция (международное публичное право, международное частное право);
- 6) интегративная юриспруденция (право Европейского Союза, право ВТО).

На уровне фундаментальной юриспруденции как раз и выделяется общетеоретическая юриспруденция как ее разновидность, которая традиционно именуется теорией государства и права. Характерно при этом

стремление в современных трактованиях этой науки использовать название «общая теория государства и права» с целью подчеркнуть её общетеоретический статус в системе всего юридического знания. Показательно название трехтомного академического курса (отв. ред. М. Н. Марченко), где раздел о предмете общей теории государства и права написан известным ученым Д. А. Керимовым [7, с. 7–18].

По мнению Л. Бержеля, общий характер общей теории права проявляется, во-первых, своей связью с юридической нормой, путем анализа ее пределов и границ, представлениями о ее структуре, о приемах и методах правового мышления; во-вторых, право исследуется как некая целостность, а не просто как отдельная правовая система или отрасль права, хотя этот материал неизбежно используется [8, с. 18].

О необходимости использования понятия «теория юриспруденции» вместо «теория государства и права» пишет Ф. М. Раинов [9, с. 22–24]. Отмечая конструктивность этого предложения, следует заметить, что в системе юриспруденции взаимодействуют теории разного уровня, а уровень теории государства и права — это уровень общетеоретической юриспруденции. И второе, вряд ли дело состоит только в том, чтобы изменить название этой области исследования деятельности юристов и сферы обеспечения профессиональной юридической подготовки. Проблема в тех вызовах нового времени (постмодерна) по отношению к праву и государству и поисках ответа на эти вызовы, выраженные в изменениях характера, содержания форм и методов всей юриспруденции и такой её фундаментальной составляющей, которой вместо теории государства и права должна стать общетеоретическая юриспруденция.

По сути, переход от названия «теория государства и права» к названию «общетеоретическая юриспруденция» обозначен в энциклопедическом курсе теории государства и права О. Ф. Скакун. В частности, один из разделов этого учебника имеет название «Возникновение общей теории государства и права (общетеоретической юриспруденции)» [10, с. 21].

Еще раз вспомним утверждение В. С. Нерсесянца, что предмет общей теории права и государства — это общая теория всей юриспруденции в качестве единой самостоятельной и системно целостной науки. Таким образом, общетеоретическая юриспруденция — это наука о праве и государстве в их единстве, а формулами юридического мира выступают понятия права и государства. Потому в самом общем виде предмет общетеоретической юриспруденции — «это формулирование, разработка и конкретизация единого общего понятия права и государства в качестве предмета и метода юриспруденции как системы юридических наук» [2, с. 20].

Предмет общетеоретической юриспруденции формулируется как постижение сложного объекта, в качестве которого выступают право и государство. Стало уже традиционным в качестве предмета рассматривать закономерности возникновения, развития и функционирования пра-

ва и государства. Между тем в развитии права и государства весомую роль играют не только закономерности, но и случайности, в призме которых, зачастую, только и возможно проникнуть в специфику становления и развития отдельных правовых систем и государственных образований. Поэтому предметом общетеоретической юриспруденции следует рассматривать не только постижение закономерностей, но и случайностей возникновения, развития и функционирования права и государства, их роли в различных цивилизациях и культурах.

Общетеоретическая юриспруденция применительно ко всей совокупности юридических наук выполняет консолидирующую роль, поскольку не только определяет формирование категориального аппарата юриспруденции, но и обеспечивает согласование теорий различного уровня (отраслевых и специальных) путем формирования общетеоретического знания и его методологического воздействия на развитие правовой сферы и институтов государства.

Именно общетеоретическая юриспруденция призвана целенаправленно утверждать язык права, что объясняет использование в любой учебной программе этой юридической дисциплины при подготовке профессионалов.

Кроме того, общетеоретическая юриспруденция обеспечивает аполигизацию права и государства и должна формировать в социальной среде веру в право и справедливость государственной власти.

Общетеоретическая юриспруденция имеет концептуальное и практическое предназначение (Луи Бержель), поскольку дает возможность, с одной стороны, осуществлять концептуальный вывод, связанный с понятием, формой, содержанием и целью права и государства, а с другой стороны, дисциплинировать мысль юриста и формировать правовое мышление и государственные взгляды, соответствующие уровню развития современной реальности права и государства.

Разрушительные тенденции в нормативно-правовой сфере и институционализации государства, обусловленные процессами глобализации и индивидуализации общества, определяют задачи общетеоретической юриспруденции: во-первых, как, используя традицию правовой нормативности (догму права), создать условия для правовых решений, связанных с высоким уровнем индивидуализации общества; во-вторых, как сложившиеся демократические институты государственной власти использовать в условиях кризиса суверенитета и формирования надгосударственных институтов.

В заключение следует подчеркнуть: современная юриспруденция должна быть способна ответить на вызовы, которые связаны с переменами в человеке, его социальном и природном бытии. Потому общетеоретическая юриспруденция как фундаментальная область всей юриспруденции должна первой претерпевать изменения, способные сказаться на всей системе юридического знания, профессиональных навыках юриста, правовом и государственном развитии современного общества.

Л и т е р а т у р а

1. Скурко Е. В. Принципы права / *E. B. Скурко*. — М. : Ось-89, 2008. — 192 с.
2. Проблемы общей теории государства и права / под общ. ред. В. С. Нерсесянца. — М. : Норма-Инфра, 1999. — 832 с.
3. Нерсесянц В. С. Юриспруденция. Введение в курс общей теории права и государства / *V. C. Нерсесянц*. — М. : Норма-Инфра, 1997. — 288 с.
4. Сорокина Ю. В. Государство и право: философские проблемы: курс лекций / *Ю. В. Сорокина*. — М. : Городец, 2004. — 208 с.
5. Недбайло П. Е. Введение в общую теорию государства и права (предмет, система и функции науки) / *П. Е. Недбайло*. — К. : Вища шк., 1971. — 160 с.
6. Чиркин Е. В. Государствоведение : учебник / *Е. В. Чиркин*. — М. : Юристъ, 2000. — 384 с.
7. Общая теория государства и права. Академический курс. В 3 т. Т. 1. Теория государства / отв. ред. М. Н. Марченко. — М. : Зерцало, 2002. — 528 с.
8. Бержель Л. Общая теория права / *Луи Бержель*. — М. : Nota Bene, 2000. — 546 с.
9. Раянов Ф. М. Проблемы теории государства и права (юриспруденции) / *Ф. М. Раинов*. — М. : Право и государство, 2003. — 304 с.
10. Скаакун О. Ф. Теория государства и права (энциклопедический курс) : учебник / *О. Ф. Скаакун*. — Х. : Эспада, 2007. — 776 с.

А н о т а ц і я

Оборотов Ю. М. Загальнотеоретична юриспруденція — теорія держави і права нового часу. — Стаття.

Сучасні право та держава вимагають нових підходів до їх пізнання, ствердження та розвитку. Юриспруденція як сфера, що містить знання, принципи, міфологеми і т.п., набуває нових обрисів. У системі юриспруденції відбувається становлення фундаментальної сфери, в яку входить загальнотеоретична юриспруденція як теорія держави і права нового часу.

Ключові слова: правознавство, державознавство, юриспруденція, теорія держави і права, загальнотеоретична юриспруденція, мова права, підготовка спеціалістів юридичного профілю.

S u m m a r y

Oborotov Y. M. Theoretical Jurisprudence as a Legal Philosophy of Modern Times. — Article.

Modern law and state need the new approaches of its consciousness and development. Jurisprudence as a sphere which consists knowledge, principles, myphologems etc. is getting a new form. In the system of jurisprudence fundamental sphere arising is going on, which includes theoretical jurisprudence as the legal philosophy of modern times.

Keywords: theory of law, theory of state, jurisprudence, legal philosophy, theoretical jurisprudence, language of law, preparing of specialists of juridical profile.

УДК 340:572.02

B. B. Завальнюк

АНТРОПОЛОГІЧНИЙ ВИМІР СФЕР БУТТЯ ЛЮДИНИ: ГЕНЕЗИС ПОГЛЯДІВ

Людська природа надзвичайно складна. Сучасна наука стверджує, що людину не можна вважати остаточно завершеним продуктом еволюції. Вона перебуває у русі, і з нього згодом, безсумнівно, повинно виникнути щось більш досконале й гармонічне. Звідси вся суперечливість її натури, здатність бути низькою й великою, злочинцем і праведником, породженням зла і геніальною особистістю. Одні властивості натури спрямовують людину вгору, а інші перешкоджають цьому, штовхаючи її до зла, насильства, злочинів.

Людина — істота активна: вона шукає, вибирає, орієнтується, діє, пристосовується до обставин або змінює їх відповідно до своїх потреб, створює предмети, яких немає в природі, формує взаємини, оточує себе особливим, штучним середовищем і сама час від часу його руйнує, щоб потім із новими силами братися за його відтворення й удосконалювання. Наслідками її зусиль стають не тільки зміни навколошнього світу, але й істотні зміни в ній самій. Накопичуваний з розвитком цивілізації соціокультурний досвід збагачує внутрішній світ людини. Її «Я» стає більш складним і багатомірним, набуває нових, додаткових граней, що дозволяють їй не тільки виступати в ролі творця, але й у ролі руйнівника (наприклад, створення зброї масового знищення, створення несприятливих для життя людини природних умов).

Головна особливість людського буття, яка відрізняє його від існування інших живих організмів, полягає в тому, що воно протікає одночасно в природі, соціумі і культурі. У природі людина веде природно-органічне існування. У соціумі з його економічними, політичними, правовими, ідеологічними й іншими сферами вона веде життя як соціальна істота. І, нарешті, у культурі, у світі духовних цінностей релігійного, морального, художнього, філософського характеру вона живе духовним життям. Для цього потрійного й у той же час єдиного у своїй нерозривності існування

у людини є: тіло і організм, які перебувають під владою природної, натуральної необхідності; особистість як цілісність тіла й духу, що найбільш повно виявляє себе в соціальному житті; і дух, або надособистість.

Людське «Я» єдине і водночас багатогранне. Ця багатогранність виявляється в існуванні його трьох головних сфер — вітальної, соціальної і духовної. Перша забезпечує зв'язок людини з усім живим на землі, друга — з суспільством, третя — із вищими духовними началами культури. Жодна з них не може бути безболісно відсічена від людини. У їхньому органічному поєднанні, у їхній неподільності і незлітті полягає унікальність людської істоти.

Можна говорити про те, що у людини не одне, а, щонайменше, три «Я», для кожного з яких існує свій пріоритет цінностей, на які воно орієнтовано в першу чергу. Для вітального «Я» — це насамперед цінності матеріального життезабезпечення, для соціального «Я» — цінності суспільного самоствердження, для духовного «Я» — цінності (ідеї, принципи, образи) етичного, релігійного, філософського характеру, які дозволяють відшукувати вищі життєві орієнтири.

Кожне з трьох «Я» здатне виступати самостійною причиною, яка примушує людину робити ті або інші дії, що дозволяє говорити про самодетермінацію її поведінки. Три види спонукань, імпульсів, мотивів можуть зіштовхуватися між собою, суперечити один одному і породжувати різноманітні драматичні колізії її внутрішнього й зовнішнього життя. Але вони ж можуть зливатися в єдиний силовий вектор, дозволяючи людині переслідувати свої цілі з максимальною енергією й рішучістю.

Усі три антропологічні сфери по-своєму виявляють себе в правовому просторі. Кожна має власну логіку існування і розвитку, що незмінно відбуваються на логіці розвитку правосвідомості й правовідносин. Суперечності між ними створюють правові, деліктні та кримінальні колізії.

Абсолютна більшість здійснюваних обумовлена тим, що людина не взмозі справитися з власними внутрішніми суперечностями, не знаходить оптимальних, соціально схвалюваних шляхів, засобів і способів їхнього вирішення. І навпаки, добропорядна і законослухняна поведінка з усіма ознаками цивілізованості й культури — це, як правило, результат того, що людина успішно використовує суспільний досвід, наданий їй в процесі виховання і набуття освіти, і сама доклада достатньо духовних і практичних зусиль, щоб знайти й застосувати на практиці методи вирішення сутнісних суперечностей свого буття.

Антropологію права цікавлять зміни у правовому бутті людини залежно від ускладнення соціальної організації суспільства й способів управління соціумом. Але љ цей інтерес важливий не сам по собі. Дослідження у давній, новій, новітній історії необхідні для того, щоб вияснити, які історичні форми нормативного регулювання сучасна держава може без особливої шкоди для свого суверенітету повернути громадянському суспільству й тим самим розвантажити свій адміністративний

і судовий апарат, а які віджили безповоротно. На Заході цей пошук іде вже давно, а в нас тільки починається.

Для Б. О. Кістяківського як теоретика, схильного до філософсько-соціологічного бачення дійсності, був очевидним той факт, що у традиційному російському соціокультурному просторі протягом століть був відсутнім цивілізований правопорядок. З даною обставиною безпосередньо пов'язана відсутність в інтелігенції серйозного інтересу до правових ідей. Одним із наслідків цього стало те, що наша культура не дала світу, на його думку, жодного видатного трактату з питань права. Якщо в англійців були Гобс, Локк, у французів Монтеск'є й Руссо, у німців — Кант і Гегель, то у нас, навіть великі мислителі не створили нічого істотного в галузі права [1].

Питання про місце людини в суспільстві, навіть в такій його елементарній складовій, як община, завжди привертало увагу учених-антропологів. Юриста-антрополога цікавить, як ця община здатна забезпечити встановлену автономність особистості, а відповідно, особливості її правового статусу. У більш розвинутих суспільствах, як у раніше існувавших, так і сучасних, баланс між публічним і приватним інтересом у праві багато в чому визначався і визначається саме автономністю особистості, громадянського суспільства в загальній системі соціальних зв'язків. Саме цей інтерес спонукує нас до проникнення до основ фундаменту конструкції «людина — суспільство».

Для початку задамося питанням: що первинне — рід чи община.

Вже дослідники минулого століття Г. Мен, Й. Бахофен, Дж. Леббок, М. Ковалевський та інші в дослідженні генезису правових і політичних систем підійшли до розуміння того, що багато функцій майбутніх соціально-політичних систем та їхніх інститутів знайшли своє втілення у родових відносинах, сімейній організації, общинних зв'язках.

Общинна модель ставить на перше місце плюралізм й спрямована до взаємодоповнюваності як між співтовариствами, так і між групами й індивідуумами.

Община керувалася принципами первіснообщинної демократії. Її вищим органом були збори всіх дорослих родичів, що спільно вирішували основні питання господарського, суспільного й ідеологічного життя. При цьому, природно, найбільшим авторитетом користалися її зрілі, досвідчені члени, із середовища яких обиралися ватажки — найбільш впливові жінки й чоловіки. Ватажки керували виробничу діяльністю родичів, виконували суспільні церемонії, улагоджували суперечки, очолювали боротьбу під час військових зіткнень. Їхня влада ґрунтувалася на особистому авторитеті, повазі, що виявляли родичі до їх видатних якостей, досвідченості, знань. «Якби хто-небудь ризикнув виступити проти вождя, що користувався популярністю, — писав про андаманців дослідник-антрополог А. Р. Редкліфф-Браун, — йому довелося б мати справу з більшістю тубільців, у тому числі з багатьма зі своїх власних друзів. Це і зрозуміло: влада ватажка завжди служила інтересам усього роду і,

власне кажучи, була лише конкретним, повсякденним утіленням влади самого роду [2].

Збори одноплемінників виступаливищим суверенним органом племені, що виражав колективну волю. Перерозподіл земельних і мисливських угідь, пасовищ, охорона святилищ, рішення спорів між окремими родами й громадами, винесення вироків за тяжкі провини (а часто і публічне виконання цих вироків), рішення про переселення в інші землі, нарешті, питання ведення воєнних дій проти ворожих племен — ці й інші повноваження народних зборів більшості відомих історії племен являють собою перенесення на розгалужену організацію традицій общинного самоврядування. Характерною рисою племінних зборів було збереження принципу консенсусу, одноголосності. Та й пізніше, при вічовому устрої, вираження схвалення вигуками чи брязканням зброї — це даніна цій традиції.

Важко знайти межу, що відокремлює племінну раду, що є органом демократичного общинного самоврядування, і раду, що стоїть уже як орган володарювання, відділений від рядових одноплемінників групи. Одні дослідники ідеалізують цей інститут общинної демократії, інші вбачають в ньому зачатки державної влади. У всікому разі, згодом рада старійшин племені перетворюється з органу самоврядування, якому по необхідності делегуються повноваження племінних зборів, в орган керування одноплемінниками, що вже має й усвідомлює свій власний інтерес і який стає соціальним осередком спільноти.

Організація влади в общинній громаді принципово відрізнялася від такого апарату класового примусу, як держава, що виникла пізніше, а общинні правові норми — від зведенії у закон волі пануючого класу.

Проблема держави, державності постійно знаходилася і знаходиться в полі зору антропологів. Багато хто з них задається питанням: якщо держава дійсно виникла як результат договору між людьми (Локк, Дідро, Руссо), то які були споконвічні правові наслідки цього договору для окремої «маленької людини», що перетворилася з «людини общинної» у «людину державну»?

Антрапологічний елемент у концепціях виникнення держави передбачає вплив власності й характеру виробництва на статус груп, що диференціюються («класів»), і на статус окремої людини як у самій державі, так і усередині цих груп. Однак у світлі даних багатьох наук (археології, історії, етнології, соціології) вимальовується більш складна, ніж просто відносини панування й підпорядкування, картина. Однак нас цікавить не стільки теоретична проблема генезису держави, хоч вона є ключовою в історії держави і права, скільки «антрапологічна наповненість» цього процесу, тобто проблема місця людини в ньому, тому що без врахування «людського фактора» будь-яке визначення держави буде необ'єктивним.

Пояснимо свою думку на прикладі. Оскільки багато досліджень підтверджує таку специфіку ранньої держави, як сакральний характер влади вождя-правителя, то сама ця сакральність за аналогією з тотем-

ною сакральністю стає за браком «апарату примусу» важливим засобом примусу тих, хто є об'єктом владарювання. Цій меті служать, наприклад, закони вавілонського царя Хамурапі (1792–1750 рр. до н.е.), викарбовані на чорному базальтовому стовпі, в яких Хамурапі повідомляє, що боги передали йому царство для того, щоб «сильний не пригноблював слабкого». Людина, що включена у таку правову систему, повинна була завжди пам'ятати: правила, якими вона повинна керуватися, дані їй зверху, а наглядати за їхнім виконанням повинен правитель і призначений ним для цього чиновники. І в Стародавньому Єгипті, і в Шумері, і у Вавилоні та в інших найдавніших державних утвореннях зберігається і навіть розвивається на нових основах міфологія, що виконує найважливіші нормативні функції, тільки цього разу вона виконує більш яскраво виражену «ідеологічну» функцію: підпорядкування людини волі правителя [3, с. 51].

Отже, аналіз форм генезису права цікавить і юриста-антрополога. Генезис права — центральний предмет наукового дослідження метапроблеми права. У буквальному перекладі з грецької мови «генезис» означає «породження».

Щодо «рушійної сили» генезису, зазначимо, що у контексті робіт радянської школи такою рушійною силою виступали потреби як вихідні спонукання. Ця позиція базується на поглядах Ф. Енгельса, який відмічав: «Люди звичайно пояснюють свої дії, виходячи із свого мислення, замість того, щоб пояснювати їх із своїх потреб, які при цьому відображаються в голові, усвідомлюються» [4, с. 493].

Дійсно, людина тілесно занурена в тілесний світ, взаємодіє з ним, використовує його у своїх цілях, іншими словами, людина має потреби в елементах світу, чи просто — тілесні потреби. Деякі з цих потреб життєво необхідні: у їжі, теплі, повітря. Однак людське життя не визначається цією необхідністю, оскільки самі ці потреби служать лише можливості жити. Усе у світі є соціумі людина визначає як можливості. Навіть саме життя є смерть — у цьому є полягає сутність ставлення людини до світу з позиції індивідуальної духовності. Потреба у їжі — це можливість збереження, продовження життя, яке «може бути, а може й не бути». І це розуміє тільки людина. Й до задоволення цієї насущної для життя потреби людина також ставиться як до можливості: вона більш-менш вільно обирає шляхи її задоволення, які завжди тільки можливі. Н. Аббаньяно відзначав: «Можливості людини стають відразу ж потребами, тобто дійсним або можливим використуванням речей світу як інструменту» [5, с. 107].

Наведене розуміння — зовсім не теоретична гра в категорії, тому що приводить до життєво важливого висновку: дієздатна людина, що ставиться до життєвих потреб як до можливостей, здатна блокувати їх «необхідність», вирішуючи долю тієї самої можливості саме існуванням, «необхідністю» якої вони (потреби) являються.

Розглянемо як приклад таку життєву потребу, як потреба в їжі.

Необхідність у їжі безумовна, однак ця безумовність визначається біологічними факторами, а не духовними. Для людської духовності сама потреба в їжі уявляється як можливість у ряді інших можливостей. Без цього потреба в їжі, безумовно, подавляла б усі інші можливості (а отже, й потреби), й вибір на користь її задоволення був би завжди визначений: заради потреби в їжі людина була б готова змінити усі свої переконання і цінності. Але це не так. В. Франкл пояснює це таким чином, включаючи в орбіту проблематики диктату потреб у детермінації поведінки людини свободу: «Але що ж сказати про людську свободу? Хіба не існує духовної свободі у відношенні поведінки й реакцій на будь-яке оточення? Хіба відповідає істині теорія, яка вважає людину лише продуктом багатьох зумовлюючих факторів середовища — будь-то біологічної, психологічної чи соціологічної природи. Чи є людина усього лише випадковим продуктом цих факторів? І саме важливе питання: чи доказує реакція в'язнів на специфічний світ концентраційного табору, що людина не може уникнути впливу середовища?» [6, с. 214]. Відповідаючи на ці запитання, учений виходив із аналізу факторів, що детермінували поведінку у концтаборах: «Тим, що в кінцевому підсумку визначало внутрішню сутність в'язня були не стільки психофізичні причини, скільки результат вільного рішення. Психологічні спостереження показали, що тільки ті з в'язнів, хто остаточно утрачив внутрішню моральну опору в особі духовної самоти, ставали жертвою дегенеруючих впливів лагеря» [6, с. 218–219].

Наведені приклади цілком спростовують догмат превалювання навіть життєво необхідних потреб у їжі й теплі при мотивації людської поведінки, а також догмат про всевизначальну роль середовища. Навіть в умовах психофізичної несвободи дух може превалювати над обставинами. Що ж сказати про нормальні умови життя, в яких тим більше зберігається можливість екзистенціального вибору кожної дії, у яких безпосередньо детермінуюча роль цих же потреб може бути дуже обмеженою.

Оцінюючи теоретичну настанову радянської школи, доречно запитати, хіба не є її «аксіоматичною основовою» ігнорування самої духовної самості особи? Хіба дотепер не продовжують вважати людину «не більш ніж продуктом багатьох обумовлених факторів середовища?» Хіба особистість, як вона подана сьогодні в підручниках, не позбавлена самостійної духовної енергетики, хіба не проявляється ця особистість у кausalному аналізі поведінки, що зводить її виключно до соціальних відносин? Усі ці запитання ми ставимо не для того, щоб з кимось полемізувати, але розглядаємо їх як аргументацію на користь того, що саме зараз найбільш актуальна можливість переглянути окремі догми, що до цих пір використовуються у вітчизняній юриспруденції.

Оскільки тисячоліттями людина болісно намагається дослідити й зрозуміти свою природу, проникнути в містику з'єднання різних елементів у щось неповторне, яке і називається людиною.

Філософ Б. Паскаль відмічає, що: «Людина сама по собі чудовий предмет природи, тому що, не будучи в змозі пізнати, що таке тіло, вона ще менше може осягнути сутність духу; але найнезрозуміліше для неї, яким чином тіло може з'єднуватися з духом. Це саме непереборне для неї затруднення, незважаючи на те, що в цьому сполученні і полягає особливість її природи». І далі Б. Паскаль цитує Августина: «Спосіб, яким з'єднується тіло з духом, не може бути осягнутий людиною, хоча — це з'єднання і становить людину» [7, с. 77].

Ідея її уявлення людини про духовність викристалізувалися з реального досвіду відносин людської особистості з стоящими над «природним простором» сил і потенції. Людина повільно, протягом тисячоліть виділяла, піддавала рефлексії ці «сили» і переконувалася на своєму історичному досвіді, що вони «піднімають» її від землі до неба, що ідеї керують світом і що ця духовна трансценденція (перенос) є благо.

Більше того, людина усвідомлює, що ці сили діють «зсередини». Є. М. Трубецький, говорячи про підтверджуючийся даними досвід, створив удалий «геометричний» образ підйому з «землі», по «вертикальному життєвому шляху» [8, с. 56–57].

Дуже важливу і навіть несподівану, особливо в правовому аспекті, аргументацію на користь самостійності духовної складової людини наводить у роботі «Дух, душа й тіло» архієпископ Лука. Він пише: «Що дух може мати існування окремо від душі й тіла, являє собою також передачу в спадщину духовних властивостей батьків дітям. Я говорю про спадковість саме духовних властивостей, а не душевних, як зазвичай говорять, тому що успадковуються тільки основні риси характеру, їхній моральний напрямок, схильність до добра чи зла, вищі здібності розуму, почуття і волі, але ніколи не успадковуються спогади про життя батьків, їхнє чуттєве чи органічне сприйняття, їхні особисті думки й почуття. Це свідчить про розрізнення духу, душі й тіла» [9, с. 25].

Така точка зору православного священнослужителя. Але от що думає з приводу існування і «локалізації» духу психолог ХХ ст. К. Г. Юнг: «Незважаючи на мої зусилля показати обмеженість душі, я саме не думаю, що існує лише душа. Ми просто не можемо побачити нічого понад душу, поки її оскільки мова йде про сприйняття й пізнання» [10, с. 298].

М. О. Бердяєв, піднімаючи особистісне буття над буттям безособовим, визначає особистість як духовний інструмент волі, як сутність, обумовлену лише собою і не півладну якій-небудь зовнішній детермінації. На думку М. О. Бердяєва, дух завжди втілюється в суб'єкті, у вільній одиничності, і в цьому змісті первинний стосовно «загального», виходячи з чого саме особистість (як вільна одиничність), а не загальне, не соціум є вищою цінністю. Не існує «людини взагалі» (така людина лише інтелектуально сконструйована ідея), але в окремій людині дана вся універсальність людського існування [11, с. 17].

Філософія, узагальнюючи світовий досвід пізнання матеріально-духового світу, дійшла висновку, що світ складається з «шарів реальності»,

самодостатніх і самоціннісних, однак «прозорих» для духовного проникнення й розкриття — трансенсуса. Результатом такого узагальнення є сформульований у філософії закон синархії.

Духовна потреба пізнання «вищого» відчувається по передчуттю і перед усвідомленням особою таємниці вічності, долі, смерті, зустрічі з Вищим та ін. Це передчуття виступає в особливих станах людського духу, у стані туги, жаху, медитації, натхнення, екстазу. Живучи у світі, людина відчуває потребу, жагу переходу до «вищого» (трансцендування) у таких пізнавальних відносинах до світу, як відношення до статі, до роду. Ці два вузлових відношення-таємниці породжують особливого роду тугу неможливості для особистості злиття з ними, якого вимагає вихід із суб'ективності. У цьому екзистенціальному контексті гріх, як первинна якість людської духовності, може розглядатися як відмовлення людського духу від прагнення до вищого — трансценденції, як буттєва слабість.

Отже, усупереч сформованому двовимірному уявленню про людину як істоту, що має тіло й психіку, варто визнати і третю «сферу», третій людський вимір — духовність або просто дух. Представлена в такий спосіб синархічна структура дозволяє визначити людину як єдність духовних, душевних (психічних) і тілесних функцій.

Отже, які ж висновки можна зробити у сфері пізнання духовності людини і її відмінності від тварини. Основний висновок — це висновок, пов'язаний з деструктивністю людини, яка обумовлена недосконалістю духовної природи людини і не може бути зведеній до природи біологічної, психічної та соціальної.

Безсумнівним доказом цього є та істина, що в цьому світі тільки людина — істота духовна.

Отже, наприкінці хотілось би визначити сутність людини та роль, яку вона відіграє в антропологічному вимірі. На думку В. Франкла, «сутність людини характеризується тим, що вона відкрита, вона «відкрита світу». Бути людиною означає виходити за межі самого себе. Бути людиною означає завжди бути спрямованим на щось або на когось, віддаватися справі, якій людина себе присвятила, людині, яку вона любить, чи Богу, якому вона служить» [12, с. 51].

З'ясування змісту складових поняттєвого апарату людинорозуміння з використанням правового досвіду дозволяє впорядкувати існуюче різноманіття термінів, що стосуються сутнісної характеристики людини, удосконалити понятійний апарат, що сприятиме розв'язанню проблеми неоднозначної інтерпретації антропологічних концепцій, визначити співвідношення терміно-понять у даній сфері, удосконалити мову юриспруденції, а також визначити роль та місце людини в антропологічних дослідженнях.

Л і т е р а т у р а

1. Кистяковский Б. А. Философия и социология права / *Б. А. Кистяковский*. — С.Пб. : РХГИ, 1998.
2. Рэдклифф-Браун А. Р. Структура и функция в примитивном обществе : очерки и лекции / *А. Р. Рэдклифф-Браун*. — М. : Вост. лит., 2001. — 304 с.
3. Тодгинвр Е. С. Политическая антропология о происхождении государства / *Е. С. Тодгинвр* // Этнологическая наука за рубежом : проблемы, поиски, решения. — М., 1991.
4. Енгельс Ф. Дialectика природы / *Ф. Енгельс* // Маркс К. Твори / К. Маркс, Ф. Енгельс. — К. : Держполітвидав УРСР, 1969. — Т. 29.
5. Абаньяно Н. Введение в экзистенциализм / *Н. Абаньяно*. — С.Пб., 1998.
6. Франкл В. Доктор и душа / *В. Франкл*. — С.Пб : ЮВЕНТА, 1997.
7. Паскаль Б. Мысли / *Б. Паскаль*. — М. : Наука, 1994.
8. Трубецкой Е. Н. Смысл жизни / *Е. Н. Трубецкой*. — М. : Прогресс, 1994.
9. Лука, Архиепископ. Дух, душа и тело / *Лука*. — М. : Омега, 19997.
10. Юнг К. Г. Феномен духа в искусстве и науке / *К. Г. Юнг*. — М. : Ренессанс, 1992.
11. Бердяев Н. А. Царство духа и царство кесаря / *Н. А. Бердяев*. — М. : Республика, 1995.
12. Франкл В. Человек в поисках смысла / *В. Франкл*. — М. : Прогресс, 1990.

А н о т а ц і я

Завальнюк В. В. Антропологічний вимір сфери буття людини: генезис поглядів.

— Стаття.

Стаття присвячена антропології як всезагальному культурно-філософському напрямку. Головна особливість людського буття, яка відрізняє його від існування інших живих організмів, полягає в тому, що воно протікає одночасно в природі, соціумі і культурі. У соціумі з його економічними, політичними, правовими, ідеологічними й іншими сферами вона веде життя як соціальна істота. І, нарешті, у культурі, у світі духовних цінностей релігійного, морального, художнього, філософського характеру вона живе духовним життям. З'ясування змісту складових поняттєвого апарату людинорозуміння з використанням правового досвіду дозволяє впорядкувати існуюче різноманіття термінів, удосконалити понятійний апарат, визначити співвідношення терміно-понять у даній сфері, удосконалити мову юриспруденції, а також визначити роль та місце людини у антропологічних дослідженнях.

Ключові слова: філософська антропологія, антропологія права, методологія юридичної науки, людина в праві.

S u m m a r y

Zavalniuk V. V. Antropological Measuring of Human Beign Sphere: Genesis of Views. — Article.

The article is devoted anthropology as general approach in philosophy. The main feature of human life, which distinguishes him from existence of other living organisms, consists in that it flows simultaneously in nature, society and culture. In society with his economic, political, legal, ideological and other spheres it conducts life as a social creature. And, finally, in a culture, it lives in the world of spiritual values of religious, moral, artistic, philosophy. Knowledge of maintenance of constituents of concept apparatus of humanology with the use of legal experience allows to put in order the existent variety of terms, perfect a concept apparatus, define correlation of termino-concepts in this sphere, to perfect the language of jurisprudence, and also to define a role and place of man in anthropological researches.

Keywords: philosophical anthropology, anthropology of law, methodology of jurisprudence, human in law.

УДК 340.134

B. B. Дудченко

ЗАГАЛЬНІ ПРИНЦИПИ КОДИФІКАЦІЇ

Ліберально-демократичні перетворення в Україні зумовлюють необхідність формування нового ставлення до правової теорії, включно і до феномена кодифікації.

З огляду на це, завдання даної статті полягає у тому, щоб обґрунтувати необхідність переосмислення традиційних концепцій кодифікації з їх детальною регламентацією на користь складання кодексів загальних принципів. Йдеться про подолання традиційного позитивістського підходу до кодифікації.

Сучасні українські кодифікатори прагнуть вирішити невирішувану суперечність між принципом повноти кодифікації (неповні кодекси не мають смислу) і неможливістю поєднати у межах національних кодексів міжнародні, європейські і недержавні правові норми.

У цьому зв'язку варти уваги міркування відомого сучасного французького юриста Ремі Кабріяка: «Відмова від моделі офіційної кодифікації, нав'язаної зверху, надасть державній владі реальну можливість ініціювати інші форми кодифікації (неофіційної), які передбачають при їх проведенні попередні теоретичні розвідки... для цього знадобиться активніше залучати до кодифікаційних робіт спільноту юристів» [1, с. 467]. Підставою сучасної кризи як позитивістського підходу до кодифікації, так і кризи законності, французький юрист вважає нормативний плюралізм, коли окрім закону існують і інші джерела або форми права [1, с. 464–470].

Для вирішення обраної проблеми вважаємо за потрібне скористатися досвідом європейських кодифікацій. В умовах поширення компаративних досліджень це і доречно, і плідно.

З історії відомо, що перші кодекси були складені в державах Середнього Сходу. Свого розквіту в епоху Античності кодифікація досягла у Римі. Після відносного занепаду у середні віки кодифікація відродилася в Новий час, і це відродження продовжується у сучасну епоху. Тож, перед нами ілюстрація циклічної природи права. Питання про цикли

кодифікації є фундаментальним, оскільки воно стосується проблеми самої можливості прогресу у праві.

У Стародавньому Римі першою кодифікацією були Закони XII таблиць. Ці закони кодифікували норми старого звичаєвого права. Тіт Лівій оцінював їх як «джерело всього приватного права і всього публічного права» [1, с. 34].

Через декілька століть, вже в період імперії, будуть здійснені нові кодифікації. Римське імперське право, яке створювалося переважно преторами, ґрунтувалося на преторському едикті. Приблизно в 120 р. н.е. імператор Адріан доручив великому юристу Сальвію Юліану впорядкувати едикти, кількість яких все зростала. Наслідком здійсненої роботи стала кодифікація едиктів.

До наших днів зберігся відомий рескрипт імператора Адріана, який дає виразне і показове уявлення про принцип вільної оцінки доказів суддею.

До того ж від імператора є навіть рескрипт у таких висловлюваннях до Валерія Верусу про проведення слідства стосовно достовірності доказів: «Чи існує взагалі такий достатньо надійний для будь-якого випадку спосіб доказів, який би неможливо було спростувати? Якщо і не завжди, то, по меншій мірі, досить часто до істини можливо дійти і без використання офіційних документів. В одному випадку достовірність цієї істини можливо підтвердити, наприклад, самою кількістю свідків, в іншому — відповідними слухами. Тож я можу тобі дати лише одну відповідь: твоє рішення по сумі фактів ні за яких обставин не мусить орієнтуватися на якийсь певний тип доказів, і ти маєш сам, виходячи з власних найкращих спонукань свого розуму і совісті, дати особисту оцінку тому, що ти вважаєш для себе доведеним або, навпаки, що ти вважаєш не зовсім доведеним» [2, с. 83—84].

За авторитетним свідченням, «саме завдяки преторському едикту, преторське право загалом римське право стало тим, чим воно було для всього людства і для всієї юридичної науки» [3, с. 123]. І далі: «Класичні юристи Риму наважилися перевести свій погляд з тривіальних питань на цілісність. Розглядаючи кожний окремий випадок з усією його обмеженістю, вони спрямували свої думки до провідної зорі загального права, тобто до встановлення у житті справедливості. У цьому, на мою думку, полягає всесвітнє значення класичних юристів Риму, у цьому їхня немінуща цінність» [4, с. 22].

Починаючи з 528 р., імператор Юстиніан ініціює через створення комісії на чолі з професором Правової школи Константинополя Трибоніаном розробку *Copius juris civilis* (Звід цивільного права). Цей Звід складався з чотирьох частин:

1) *Дигести* (*Digesta*) — компіляція доктринальних тлумачень, поміщених у п'ятидесяти книгах, поділених на титули; 2) *Інституції* (*Institutiones*) — дещо на зразок дидактичного підручника, теж поділеного на титули; 3) *Новели* (*Novelitas*) — видана в 565 р. збірка імпера-

торських конституцій і 4) сам Кодекс (Codex). Останній, датований 529 р., увібрал у себе конституції, прийняті з часу смерті імператора Адріана (138 р.), поділений на 12 книг і титули, які врегульовували різноманітні сфери права.

Юстиніан говорить про Дигести як про «Храм римської Юстиції» (лат. *justitia* — справедливість) і про юристів як про «слуг Юстиції» [5, с. 47–65].

Про нерозривний зв'язок між правом і справедливістю говориться в першій книзі Дигест, де йдеться про загальні основи римського права, його історію і право магістратів. Титул I цієї книги під назвою «Про справедливість і право» містить цілу низку знаменних визначень права і справедливості. У цьому титулі читаємо: «I. Тому, хто вивчає право, необхідно перш за все взнати, звідки походить слово «право» (*jus* або *juris*). Право отримало свою назву від (слова) «справедливість» (*justitia*), бо згідно з чудовим визначенням Цельса право є мистецтво благого і справедливого. §1....Ми турбуємося про правосуддя (*justitia*), проголошуємо поняття благого і справедливого, відокремлюючи справедливе від несправедливого, прагнути до справжньої... філософії, а не до хибної» [5, с. 83].

Особливо знаменним у титулі I першої книги Дигест є визначення поняття «правосуддя», в якому вбачали аналог справедливості. В цьому титулі читаємо: «...10. Правосуддя є незмінна і постійна воля надавати кожному його право. §1. Приписи права суть наступні: жити чесно, не чинити шкоди другому, кожному віддавати згідно з його вчинками. §2. Юриспруденція є пізнання божествених і людських справ, наука про справедливе і несправедливе» [5, с. 87].

Про свободу як сутнісну ознаку природної справедливості йдеться й у титулі 5 під назвою «Про становище людей»: «4. Свобода є природна здатність кожного робити те, що йому заманеться, якщо це не заборонено силою чи правом. §1. рабство є постановою права народів, на підставі чого особа підкорена чужій волі всупереч природі» [5, с. 17].

Однією з характерних особливостей *Corpus iuris civilis* було те, що були кодифіковані не лише імператорські конституції, а й звичаї, договори, правові доктрини і судова практика. Про таку кодифікацію джерел права недержавного походження виразно засвідчує весь зміст Дигест [5].

Своїми кодифікаціями, зокрема кодифікацією Юстиніана, Рим глибоко вплинув як на теорію кодифікації, так і на право взагалі. Чи йдеться про мету кодифікації, чи ж про її техніку, головні питання римськими кодифікаторами вже поставлені. Римська модель завжди буде присутньою у подальшій історії кодифікації впродовж століть.

XI ст. в Італії і на півдні Франції характеризується відродженням римського права і його стрімким поширенням впродовж середньовіччя. Римське право відроджували університети. Програма курсу права у них скрізь була однакова: цивільне право Юстиніана. Саме воно було осно-

вою романо-германської університетської освіти. Відтак, закони Юстиніана залишилися законами більшої частини Європи.

Яку мету ставили перед собою університети і як вони впродовж століть розробили право вчених, яке стало загальним для усієї Європи? Відповісти на це запитання неможливо, якщо не наголосити на ролі школи світського природного права і філософії Просвітництва, у формуванні і розвитку університетського права вчених.

Школа світського природного права здійснила справжній методологічний і філософський переворот у підходах до права, можна сказати «коперніковську революцію» у ньому. Якщо греки і римляни норми природного права виводили з природи взагалі (людину вважали часткою єдиної розумної природи), у середні віки — з розуму Божого, то за Нового часу — з розумної природи людини. Центральне місце у доктрині нового природного права посіла людина з її невідчужуваними «природними правами». Впродовж XVII—XVIII ст. ця доктрина затверджувалася в університетах. Її гаслом стала природна справедливість, ґрунтovanа на розумі. Норми, виснувані з людського розуму, вважали всезагальним, незмінним для усіх часів і народів правом. В епоху панування філософії Просвітництва юристи надихалися цією ідеєю.

І, навпаки, в університетах не викладали позитивного (місцевого чи регіонального) права, оскільки вважалося, що воно не виражало справедливості, а відтак, не було правом. Право є «природним устроєм», незалежним від держави і вищим щодо неї.

Університетський професор Нового часу вчив філософському методу пізнання принципів права і його призначення у суспільстві. Юристи-практики мали втілювати ці принципи у життя. Принципи утворювали доктрину права. Якраз доктрина як джерело права упродовж шести століть домінувала у західному праві, під впливом якої у різних державах еволюціонувала і правова практика.

Варто відзначити, що школа світського природного права не запропонувала практиці нових зasad приватного права. Це право залишилося римським. У сфері публічного права спостерігалася інша ситуація. Право не ототожнювали з наказом суворена, оскільки розуміли його як вираження природної справедливості. З XVIII ст. школа природного права покінчує з цією традиційною концепцією. Вона вимагала, щоб поряд з приватним правом, заснованим на римському праві, Європа виробила і норми публічного права, яких не вистачало її. Право мусить поширюватися на сферу стосунків між правителями і підлеглими, між адміністрацією і підлеглими особами. Ці стосунки породжують свої властиві їм проблеми і потребують іншої регламентації, ніж стосунки між приватними особами. Загальний публічний інтерес і приватні інтереси неможливо зважити на одних і тих же терезах. Проте норми публічного права мали виражати природні права людини і гарантувати свободу людської особистості, тобто мали бути виснувані з «розуму». Після XVIII ст. склалася будівля публічного права.

Школа природного права на додаток до давньої діяльності університетів запропонувала моделі конституції, адміністративної практики, кримінального права, виснуваних з доктрини «розуму». У зв'язку з цим Е. Аннерс відзначав: «Провідна роль правознавства з XII по XIX ст. у правовому житті континентальної Європи є наслідком традицій відомих римських юристів часів античності. Це були дигести, а саме відібраний в *Corpus iuris civilis* і опрацьований результат римського правознавства, який зробився найважливішим джерелом середньовічного відродження римського права. Середньовічні правники вважали себе носіями традицій Юліана і Павла, Папініана і Ульпіана. Таким чином діяли і їх послідовники аж до XIX століття. Це пояснює незвичну для нашого часу обставину, що фон Савіні і його учні могли сприймати саме правників у ролі носіїв *«der Volggest»*. Вони вважали себе посередниками і тлумачами античної правової цивілізації і тим самим необхідних культурних цінностей... Лише завдяки доктрині і великим кодифікаціям природного права була створена правова система у формі загальних принципів, а також загальних і спеціальних понять, які перебували в певному підпорядкуванні одне одному. Праці представників природного права і насамперед Гроція, Пуфendorфа і Вольфа, а також ґрунтovanі на їхніх методах кодифікації, починаючи від ALR, Code Civil і ABH і закінчуячи BHB і ZKH, є виключними досягненнями в історії людської правової культури. Заслуга в цьому належить навченим в університетах спеціалістам-юристам» [2, с. 383].

Європа стала місцем нових кодифікацій: у багатьох монархіях поступово з'явилися різні кодекси. Як відзначено у літературі, «освічені деспоти своїми законами випромінювали світло. Але звідки вони самі черпали світло, яке вони випромінювали? З філософії» [1, с. 62]. Кодифікації XVIII і XIX ст. відображали принципи філософії Просвітництва.

XIX ст., без сумніву, стало часом розквіту кодифікацій, коли з'явилися вже ті кодекси, які характерні для сучасної епохи. Золотий вік кодифікації відкрився французькою кодифікацією, щоб завершитися кодифікацією німецькою. Майже в усіх державах романо-германської правової сім'ї були прийняті кодекси і писані конституції. Усі кодекси були спадкоємцями римського права і праць юристів-романістів.

Європейська кодифікація XIX ст. окрім досягнень мала і негативні наслідки. Прийняття національних кодексів сприяло появі юридичного позитивізму. Позитивісти вважали, що не тільки закон, але і право взагалі є результатом діяльності законодавця. Закон є виключним джерелом права. Юристи почали вважати правом їхнє національне право. Право почали ототожнювати з наказами суперена, але перестали ототожнювати з справедливістю.

Нині, на думку Р. Давіда, юридичний позитивізм відступає, і можна вважати, що криза, викликана європейськими кодифікаціями XIX і XX ст., мала тимчасовий характер. Відродження ідеї природного права, яке спостерігається в наш час, є насправді відродженням ідеї єдиного

права, оновленням свідомості того, що право не варто розуміти як дещо ідентичне закону і маюче на цій підставі національний характер. Юристи Заходу виступили проти позитивізму, який бачить у праві вираження волі законодавця, вищого тлумача справедливості, і, щоб відродити традиційну ідею про тісний зв'язок між правом і справедливістю, вважали за необхідне звільнитися від установленого в XIX ст. зв'язку між державою і правом [6, с. 81–82].

У ХХ ст. відкривається нова ера в історії кодифікації. ХХ ст. стало століттям рекодифікації, оскільки у багатьох країнах стався кардинальний перегляд кодексів, які застаріли. Так, у 1942 р. Італія прийняла новий Цивільний кодекс, особливістю якого було поєднання у межах одного кодексу приватного права цивільного права і торговельного права. Масштабні рекодифікації відбулися у Нідерландах (новий Цивільний кодекс 1992 р.) і Квебеку (новий Цивільний кодекс 1994 р.).

Р. Кабріяк відзначає: «...Найбільш важливе, що сталося у ХХ ст., — це руйнація колишньої відносної однотипності кодифікації, перехід від однотипності до кодифікації різних форм» [1, с. 79–80].

Нові форми кодифікації властиві загальноєвропейській розбудові. Так, доктрина напрацьовує засади для Європейського цивільного кодексу. Розроблені Принципи європейського договірного права, які покликані, зокрема, стати передумовою для підготовки Європейського зобов'язувального кодексу. Низка кодексів в останні роки прийнята Європарламентом [1, с. 86–95].

Не можна не звернути увагу на те, що нові форми кодифікації своєю підставою мають різні джерела права. Таке виразно демонструє право Євросоюзу, Ради Європи і міжнародне право. Так, правовими джерелами Євросоюзу є: 1) міжнародне право; 2) правова доктрина; 3) загальні принципи права; 4) судові рішення (прецеденти); 5) законодавство Союзу. Згідно зі ст. 38 Статуту Міжнародного суду ООН існують такі види норм міжнародного права: 1) договори і конвенції; 2) звичаєве право; 3) загальні принципи права; 4) судові рішення (прецеденти) та 5) наукові праці провідних юристів.

У зв'язку з цим важливо дотримуватися фундаментального принципу ієархії норм права: право спільнот має перевагу над внутрішнім правом держав — учасниць Євросоюзу, Ради Європи і ООН. Без європейського і міжнародного права кодифікація взагалі втрачає смисл [1, с. 397–406].

До нових форм кодифікації відносять різні упорядкування недержавних норм, таких як: 1) кодекси належної поведінки, які сьогодні розвиваються під впливом різних міжнародних організацій, зокрема у зовнішньоторговельних стосунках; 2) кодекси етики або деонтології, які поширяються у різних сферах професійної діяльності, виражаючи бажання відповідних кіл мати власну автономну етику; 3) численні хартії у різних сферах, наприклад Хартія основних прав Європейського Союзу чи Хартія госпіталізованого пацієнта, яка на підставі Циркуляра від 6 травня 1995 р. має вручатися кожному хворому. Усе це різні про-

яви феномена кодифікації, а відтак, урегулювання нормативного характеру [1, с. 93–95].

Втілення у життя принципу повноти кодифікації актуалізує питання: чи в змозі кодекс охопити все право у цілому? Чи можна кодифіковати інші, окрім законів, джерела права? Кодекс має обмежуватися закріпленням загальних положень чи він мусить містити детальну регламентацію усіх інститутів?

За позитивістського підходу до кодифікації кодекс і закон ототожнюються. Проте вже римські юристи знали відмінність між правом (*jus, iustitia*) і законом (*lex*). Відомим є римське висловлювання «*Lex iusta non est lex*» — «несправедливий закон не є законом». Відтак, у позитивізмі обстоюється звужена концепція кодексу і кодифікації. Таке хибне розуміння кодексу з'явилося після тріумфу юридичного позитивізму, коли закон посів у романо-германській системі пануюче місце серед інших джерел права [1, с. 105–109, 397]. Насправді ж адекватна концепція має ототожнювати не кодекс і закон, а кодекс і право, справедливість.

Історія виразно засвідчує, що зовсім не завжди кодифікувалися саме закони. Скажімо, Кодекс Хаммурабі є насамперед збіркою судових рішень. Якщо взяти інший приклад, то *Coprus juris civilis*, як вже відзначалося, є збіркою звичаїв, договорів, доктринальних думок юристів, судових рішень, законів. У середні віки кодифікація часто поставала фермою впорядкування кутюмів (звичаїв), чи судових рішень.

Відтак, очевидно, що історично і теоретично нема підстав розглядати кодекс лише як форму законодавства. Кодифікації потребують інші джерела права. Втілення у життя принципу повноти кодифікації вимагає включення у кодекси правових норм, вироблених судовою практикою, правових актів незалежних адміністративних органів, наднаціональних норм і загальних принципів права, які мають надзаконну силу [1, с. 397–406].

Які цілі досягаються за допомогою кодифікації? Кодифіковати означає цивілізувати. Кодекс виражає цінності суспільства, які надають значення і сенсу цьому суспільству. Під цим кутом зору кодекс є знаряддям цивілізації. Цивілізаторська функція кодексу невіддільна від ідеології і філософії, які складають його засади. Так, скажімо, виданням свого Кодексу Хаммурабі «хотів показати, що, на його переконання, нема ознаки більш дорогоцінної і, напевне, більш рідкої для суверена, гідного цього імені, ніж чуття справедливості і справжнє бажання, щоб вона панувала скрізь» [1, с. 262]. Дигести Юстиніана є «Храмом римської Юстиції» (лат. *iustitia* — справедливість). Французький Цивільний кодекс є носієм ідеалів філософії Просвітництва і школи природного права. Французький кримінальний кодекс 1994 р. покликаний «відобразити цінності нашого суспільства», а саме пануючу з середини ХХ ст. філософію і ідеологію прав людини. У кодексі криміналізовано злочини проти людства [1, с. 261–264].

До яких меж кодекс підлягає деталізації? Мусить кодекс бути узагальненим чи казуїстичним? Вважаємо, що близьку відповідь на це запитання дав один з відомих розробників французького Цивільного кодексу Ж. Порталіс: «Призначенням законів є встановлення, широкими мазками, загальних правових максим, відтак, необхідно визначити плідні принципи, не опускаючись до дріб'язкових питань, які в змозі виникати з кожного питання [1, с. 406]. Чималий вплив на Порталіса мали, напевне, великі мислителі минулого, на чиї погляди він зважував, скажімо, Арістотель і Лейбніц.

У французькому Цивільному кодексі 1804 р., у французькому Цивільному процесуальному кодексі 1975 р. видно прагнення іти услід поступатам, сформульованим Порталісом. Однак найближче до них, напевне, підійшов швейцарський Цивільний кодекс 1912 р., де у гнучких рамках окреслені лише деякі головні начала, практичне втілення яких у конкретній площині залишено за судами. Квебекський Цивільний кодекс 1994 р. також відмінно вписується у французьку традицію, обмежуючись закріплением правил загального характеру. Судам же відводиться вирішальна роль у тлумаченні цих правил стосовно практики.

Чи не варто обрати шлях повернення до кодексів загальних принципів, які значно ефективніші, ніж казуїстичні кодекси? За такого повернення деталі регулювання конструктували б самі учасники правовідносин, скажімо, у трудовому праві: працівник і роботодавець [1, с. 410].

Ідея розробки кодексів загальних принципів знаходить сьогодні усе більше і більше прибічників, що є реакцією на надмірне розростання дріб'язкової регламентації, на «невпинну кодифікацію права», на «законодавчу інфляцію». Кодексів стає усе більше і більше, вони плутаються між собою, нагромаджуються один на одного. Проте, на думку Р. Кабріяка, сьогоднішня криза є не стільки кризою кодифікації, скільки позитивістського підходу до неї [1, с. 410–412, 464–465].

Відтак, подальший розвиток кодифікації має здійснюватися через подолання такого підходу. Сьогодні має місце надлишок числа офіційних правових норм. Однак традиційний погляд на джерела права вочевидь визнає руйнації. За таких обставин офіційна кодифікація, яка здійснюється зусиллями якоїсь однієї держави, більше не є єдиною можливою моделлю кодифікації.

Вже відзначалося, що впровадження інших форм кодифікації потребує попередніх теоретичних досліджень, для чого необхідно активніше залучати до кодифікаційних робіт спільноту юристів. Вважаємо, що сучасна доктрина заперечує позитивістський монізм і вона здатна здійснювати розвідки, які, до речі, доктрина завжди добросовісно виконувала упродовж історії. Інтелектуальний злет доктрини здатний нести у собі великий творчий заряд, аніж похмурі міністерські кабінети [1, с. 470].

Європейська доктрина торує шлях до нової форми кодифікації. Необхідно подумати саме про розробку кодексів загальних принципів, кодексів, які закріплюють тільки певні стандарти, надаючи судям дина-

мічно розвивати тлумачення відповідних правових норм. Такі кодекси мають перевагу перед кодексами детального регулювання, оскільки вони більш придатні для того, щоб сприйняти сучасний нормативний плюралізм і забезпечити у правовій системі необхідну гнучкість [1, с. 470].

Отже, у цій статті було зроблено спробу теоретично дослідити концепт кодифікації. Кодифікацію розглянуто під історичним, порівняльно-правовим, філософським, соціологічним і культурологічним кутом зору. Таке дослідження обґрутує необхідність переосмислення традиційних концепцій кодифікації з їх детальною регламентацією на користь складання кодексів загальних принципів. У підсумку це засвідчує про перевідгляд смислового значення концепту кодифікації. Рекодифікація, без сумніву, утворює фундаментальну перспективу подальшого опрацювання обраної проблеми.

Література

1. Кабрияк Р. Кодификации : [пер. с фр.] / Р. Кабрияк. — М. : Статут, 2007. — 476 с.
2. Аннерс Э. История европейского права / Э. Аннерс. — М. : Наука, 1996. — 385 с.
3. Покровский И. А. История римского права / И. А. Покровский. — С.Пб., 1913. — 420 с.
4. Штаммлер Р. Сущность и задача права и правоведения / Р. Штаммлер. — С.Пб., 1908. — 312 с.
5. Дигесты Юстиниана : [пер. с лат.] — М. : Статут, 2002. — 584 с.
6. Давид Р. Основные правовые системы современности / Р. Давид. — М. : Прогресс, 1988. — 496 с.

Анотація

Дудченко В. В. Загальні принципи кодифікації. — Стаття.

У статті обґрутується необхідність переосмислення традиційних концепцій кодифікації. Подальший розвиток даного феномена має здійснюватися шляхом подолання позитивістського підходу до нього. Кодифікація розглядається під філософським, історичним, порівняльно-правовим, соціологічним і культурологічним кутом зору.

Ключові слова: право, кодифікація, природне право, позитивне право, справедливість, джерела права, звичай, принципи права, доктрина права, закон, кодекс.

Summary

Dudchenko V. V. General Principles of Codification. — Article.

In this article it is substantiated the necessity of examination traditional concepts of codification. Future development of this fenomen should be aecomplishys by elimination of positive approach to it. Codification is considered by philosophic, historical, comparative, cultural point of view.

Keywords: law, codification, absolute law, positive law, justice, sources of law, custom, principles of law, legal doctrine, legal, code.

УДК 340.132

A. Ф. Крижанівський

ДОКТРИНАЛЬНИЙ І ПРИКЛАДНИЙ СТАТУС КАТЕГОРІЇ «ГАРАНТІЇ ПРАВОВОГО ПОРЯДКУ»

Прагнучи сприяти суспільству у вирішенні найважливіших проблем, теоретична і прикладна юриспруденція пропонує різні концепції, підходи, шляхи і механізми впливу на правові процеси, рішення тих чи інших правових проблем. Свого часу саме у такому світлі розумілося використання у теорії права концепту «гарантії законності і правопорядку». Як слідно зазначають фахівці, питання про гарантії — складна і самостійна проблема в рамках цілісної теорії законності. Це її елемент (ланка), який переводить ідею законності із сфери наукових пошуків у практичну сферу діяльності людини, суспільства і держави. Ця обставина і створює певні труднощі теоретико-емпіричного характеру, бо тут зачіпається фактично уся система аспектів, що впливають на процес правового упорядкування суспільних відносин. Оскільки у теоретико-правничій літературі досить поширеною є позиція, що «...при вивченні законності і правопорядку використовуються схожі поняття і категорії, одночасно досліджуються рівень, стан, гарантії як законності, так і правопорядку» [2, с. 429], автор має намір розглядати проблему гарантій саме у зазначеному контексті, тобто як «гарантії законності і правового порядку».

Необхідність доктринального обговорення питання гарантій законності і правопорядку визначається змінами усталених координат правового буття сучасної людини: нестабільність, мінливість, швидкоплинність входять і у цю сферу, яка ще донедавна вважалася цариною надійності і усталеності. Отже, проблема підтримання, забезпечення необхідного для нормального функціонування суспільства рівня правової впорядкованості людської життєдіяльності в нинішніх, якісно нових умовах виступає очевидним імперативом для пошуків теоретичних і прикладних конструкцій, які б могли стати ключовими у вирішенні важливих завдань сучасної юриспруденції. Звернення до проблеми гарантій законності і правового порядку визначається саме тим, що ця категорія

є вузловою у більш широкій проблематиці правового впорядкування суспільної життєдіяльності, складає той «місток», який поєднує теоретичний і прикладний рівні вирішення питань у цій сфері.

Актуалізація зазначененої проблеми визначається і тим, що вироблений майже півстоліття тому доктринально-прикладний конструкт «гарантії законності (і правопорядку)» з самого початку не став «чарівною паличкою» у руках фахівців-юристів, а у сучасних умовах викликає все більш обґрунтовані сумніви щодо придатності для використання у науковому і практичному обігу.

Аналізуючи стан дослідження проблематики гарантії законності і правопорядку, слід визнати, що очікуваного переходу доктринальних напрацювань у практичну площину не сталося. Натомість, категорія «гарантії» отримала настільки специфічну інтерпретацію у теоретичних і прикладних публікаціях, що використовується у самих різних значеннях і контекстах, позначається різними поняттями — «забезпечення», «охорона», «підтримання» тощо. Причому як і поняття «гарантії», так і його синоніми часто-густо використовуються без визначення їхнього змісту і дефініції. Наявні ж пропозиції таких визначень є доволі схематичними і малозмістовними.

Задля того, щоб з'ясувати реальний теоретичний і практичний потенціал категорії «гарантії правопорядку», має сенс поставити питання про те, чи володіє вона власним змістовним наповненням, чи дійсно системно відбиває зв'язки між чинниками правопорядку до тієї міри, яка дозволяє говорити про охоплення нею надійних механізмів досягнення стабільної законності і правопорядку, і має підстави позначатися саме термінопоняттям (П.М.Рабінович) «гарантії». Для початку необхідно відповісти на запитання: наскільки науково коректною є сама постановка питання про можливість «гарантування» правопорядку?

Наразі слід визнати, що у теоретико-правовій площині рівень дослідження цієї проблеми залишається майже на рівні, що був досягнутий авторами колективної монографії «Правовые гарантии законности в СССР» [3], праць О. Е. Лунеєва, І. С. Самощенка, М. С. Строговича та В. М. Чхиквадзе, які були опубліковані у 60-х роках ХХ ст. Як не дивно, з тих пір от вже протягом майже п'ятидесяти років проблема гарантії законності і правопорядку не надихнула правників на грунтовні дослідження. Вочевидь, причина зовсім не у тому, що в опублікованих у 60-ті роки працях вирішенні всі теоретичні і прикладні питання забезпечення правопорядку і законності. Зовсім навпаки, подальші тенденції свідчили саме про загострення стану справ у цій сфері. Тож сучасні автори, по суті, знаходяться у руслі уявлень про категорію «гарантії», які були поширеними у радянській юриспруденції.

О. Б. Лисюткін, який виходить із того, що правопорядок — це результат дії права і законності, визначає гарантії законності як обумовлену закономірностями суспільного розвитку систему умов і засобів, що забезпечує процес реалізації законності і тим самим формує таку впоряд-

кованість соціальних відносин, яка сприяє рухові країни до демократії. Таке, гранично широке визначення гарантій, як «системи умов і засобів», задає змістовну невизначеність цій категорії, бо «умови», які дотичні до «забезпечення» законності і правопорядку, є надзвичайно багатоманітними і різнопорядковими, а окрім того, зовсім не «гарантують» належного стану впорядкованості правового буття.

В. М. Хропанюк під гарантіями законності і правопорядку розуміє такі умови суспільного життя і спеціальні заходи, здійснювані державою, які забезпечують міцний режим законності і стабільність правопорядку у суспільстві [4, с. 351]. Головною вадою цього визначення бачиться зовсім непридатний для використання у сучасних умовах розрахунок на державу, яка буде «здійснювати такі умови суспільного життя, які забезпечать режим законності і правопорядку».

Недалеко просунулися в опануванні природи гарантій і автори новітніх дисертаційних досліджень правового порядку, в яких, по суті, відтворюються малозмістовні абстрактні характеристики «гарантій». Бо хіба можна вважати сутнісною характеристикою твердження, що гарантіями правопорядку є позитивні фактори, які впливають на поведінку суб'єктів права? Принципово не змінює картину і доповнення, що це «...обумовлена закономірностями розвитку система умов і засобів, за допомогою яких правопорядок здійснюється. Гарантії виражают всю різноманітність і багатство зв'язків, існуючих у суспільстві. Їхня сукупність утворює єдиність взаємопов'язаних між собою елементів, має впорядковану структуру, розвивається згідно з законами суспільного розвитку, тобто володіє всіма ознаками соціальної системи» [5, с. 65–66]. Наведена дефініція, по суті, розчиняє «гарантії» у системі суспільних зв'язків. То ж хіба можна сподіватися, що такі широкі доктринальні конструкти зможуть бути придатними для вирішення прикладних питань забезпечення правового порядку у суспільстві?

Власну конструкцію гарантій законності пропонує В. С. Афанасьев. Погоджуючись у цілому з «традиційним» поділом цих гарантій на загальні (економічні, політичні та ідеологічні) та спеціальні (нормативні та організаційно-правові), В. С. Афанасьев, по суті, ототожнює фактори, що впливають на стан законності і правопорядку зі всією соціальною системою [6, с. 226–227]. Цей автор також виділяє чотири рівні системи цих факторів: загальносоціальний, регіональний (область, район і т.п.), груповий (колектив, сім'я і т.п.) і індивідуальний. У результаті вимальовується мега-система, яка майже не піддається аналізові і прогнозуванню, а тим більше — її прикладному застосуванню. Чи може, наприклад, суддя зважити на загальносоціальні фактори, як такі, що «...впливають на реалізацію всіх норм права всіма учасниками суспільних відносин на всій території країни»? Слід також врахувати, що «немала частина соціальних процесів і явищ здійснює на поведінку людей (і, отже, на стан законності) здебільшого позитивний вплив і виступає тим самим у ролі гарантій законності — економічних, політичних, правових та інших (по-

зитивні сторони і елементи економіки, політики, культури, «хороші закони» і т. п.). На вибір особою варіанта поведінки впливають її власні позитивні і негативні риси, позитивні і негативні характеристики тієї ситуації, у якій вона знаходиться, а також — позитивні і негативні прояви економічних (матеріальних), соціально-політичних, правових, ідеологічних, психологічних і організаційних факторів [6, с. 230] (групового, регіонального і загальносоціального рівнів). Важко собі уявити, що така конструкція буде витребувана практикою, тим більше у нинішніх умовах, коли розуміння людської свободи вийшло далеко за межі лінійної детермінованості економічними, політичними, ідеологічними і правовими факторами.

Про вельми незначний потенціал гарантій законності і правопорядку свідчить зміст, яким їх навантажують доктринальні інтерпретації.

В. М. Хропанюк розрізняє матеріальні, політичні, юридичні і моральні гарантії законності і правопорядку [4, с. 351]. Інші автори називають економічні, політичні, соціально-духовні (ідеологічні), суспільні та юридичні (спеціальні).

Розмірковуючи про матеріальні гарантії, В. М. Хропанюк дещо ідеалізує ринкові відносини, як такі, що чи не автоматично «...забезпечують економічну свободу і самостійність будь-якого суб'єкта», за котрих «...створюється матеріальна основа для нормального функціонування громадянського суспільства» [4, с. 351]. Висловлюється позиція, що «економічні гарантії виступають основою для всіх інших гарантій», а правопорядок «...відноситься до явищ, надбудованих над його економічним базисом. Тому економіка визначає всі основні характеристики правопорядку», а також те, що «в сучасний період економічна свобода не сприяє зміцненню правопорядку» [5, с. 66–67]. Такі внутрішньосуперечливі твердження свідчать про збереження у доктринальній свідомості колись пануючих підходів щодо «вторинності» права відносно економіки, які з позиції сучасних уявлень є неприйнятними.

Політичними гарантіями правопорядку сучасні автори вважають всю політичну систему, функціонування всієї політичної організації суспільства, головну роль у якій відіграє держава, принципи організації і діяльності всіх органів державної влади. При цьому висловлюється застереження, що «...попри позитивні моменти багатопартійності, наявність багатьох партій призводить до суперечностей і конфліктів між ними. Опозиційні партії здійснюють спроби наступу на владу, прагнуть її переділу, деколи шляхом насильницьких дій» [5, с. 67–69]. В. М. Хропанюк доволі широко тлумачить політичні гарантії як «...усі елементи політичної системи суспільства, які підтримують і відновлюють суспільне життя на основі юридичних законів, що відбивають об'єктивні закономірності суспільного розвитку. Держава, її органи, різноманітні громадські об'єднання і приватні організації, трудові колективи, тобто всі ланки сучасної політичної системи суспільства, задля свого життезабезпечення всіляко підтримують необхідний режим законності і стабільність правопорядку»

[4, с. 352]. Тут необхідно зауважити, що стосовно забезпечення законності і правопорядку держава — не «рядовий» елемент політичної системи, а саме та інституція, на яку суспільство якраз і покладає обов'язок «гарантувати» певний рівень законності і правопорядку, для чого наділяє її потужними повноваженнями, засобами і ресурсами.

Проблематіці гарантій законності значну увагу виявляють представники галузевої юриспруденції. Усталена традиція висвітлення гарантій склалася у царині адміністративного права, фахівцями якого досліджується система гарантій правозаконності (Д. М. Бахрах), способи і гарантії забезпечення законності і дисципліни (В. Я. Насонов, В. А. Коньшин, К. С. Петров, В. М. Рєдкоус), гарантії законності адміністративно-правових відносин (Г. І. Петров), гарантії законності у діяльності державної адміністрації (Д. Н. Бахрах, С. Д. Хазанов, А. В. Дьомін), гарантії адміністративно-правового статусу громадян (Н. В. Макарейко, Є. А. Чerenkov), прав, свобод і законних інтересів громадян (Ю. М. Козлов, Л. Л. Попов), гарантії законності і забезпечення прав громадян у діяльності міліції (М. Н. Маршунов), гарантії самостійності підприємств і установ (А. П. Альохін, А. А. Кармолицький, Ю. М. Козлов).

Фахівцями в галузі цивільного процесу досліджуються гарантії звернення до суду за судовим захистом, гарантії законності і обґрунтованості судових рішень (В. А. Мусін, Н. А. Чечина, Д. М. Чечот). Кримінально-процесуальні гарантії законності у публічно-змагальному кримінальному процесі досліджують К. Б. Калиновский та О. І. Макарків, гарантії законності обмеження недоторканності особи у кримінальних справах — Є. Г. Васильєва. Цікаво, що саме представниками галузевого правознавства висловлюються сумніви щодо окремих категорій, які називалися гарантіями (Л. В. Перечукіна).

Необхідність критичного осмислення поки що домінуючого ортодоксального розуміння гарантій усвідомлюється і теоретичною юриспруденцією. Так, Н. М. Крестовська і Л. Г. Матвеєва, хоча її визначають, «слідуючи традиції», гарантії законності як «систему умов і засобів, що забезпечує процес реалізації законності», у подальшому поділяють ці фактори на загальні умови і спеціальні (юридичні) засоби [7, с. 347]. Загальні умови впливають на формування законовідповідної поведінки опосередковано, створюючи передумови для зміцнення режиму законності. До цих передумов належать економічні, політичні, духовні, соціальні [7, с. 347–348]. Спеціальні (юридичні) засоби — це сукупність умов і засобів, що закріплени чинним законодавством і безпосередньо спрямовані на забезпечення режиму законності, дотримання і захист прав і свобод особи.

Певна недовіра до категорії «гарантії законності і правопорядку» виникає і через досить довільне тлумачення цього терміна правниками, яке не збігається з етимологією слова «гарантія».

Новий тлумачний словник української мови містить такі значення слова «гарантія»: забезпека, уbezпека, запорука [8, с. 572]. Тож очевид-

но, що зміст, який вкладається правниками у категорію «гарантії законності (правопорядку)» є досить відмінним від усталеної етимології слова «гарантія». Гарантія означає можливість отримати задоволення свого права чи інтересу за будь-яких умов за рахунок зовнішніх (додаткових) засобів чи дій гаранта — суб'єкта, який бере на себе зобов'язання виконати обов'язок зобов'язаної сторони за умови її власної неспроможності це зробити. Гарантія виступає своєрідною запорукою на випадок, якщо не спрацьовують діючі у суспільній практиці зобов'язання і умови їхнього здійснення. Тобто гарантія — це своєрідний «страховий поліс» для уповноваженого суб'єкта. Найближчим відповідником цього слова у юриспруденції є його використання у цивільному праві як зобов'язання гаранта погасити перед кредитором заборгованість боржника, якщо останній не виконає її [9, с. 556].

То ж фактори, які некритично називаються «гарантіями законності і правопорядку», насправді зовсім не гарантують суспільству і особі задоволення їхніх потреб щодо міцної правозаконності і надійного правового порядку, бо діалектика суспільного правового розвитку майже ніколи не створює абсолютно позитивний збіг цих факторів, які теоретично може й змогли б «гарантувати» близькі до ідеалу законність і правопорядок, проте перевірити цю гіпотезу неможливо через «недосконалість» законів буття. То ж гарантія має бути достатньо конкретною і такою, яка може бути здійснена за будь-яких нормальних умов. На жаль, конструкт «гарантії законності і правопорядку» і цій вимозі не відповідає.

Категорія гарантії правопорядку у нинішньому стані її доктринального опанування — це не стільки наукова, скільки ідеологічна чи «заідеологізована» категорія. Про це опосередковано свідчить та обставина, що в ґрунтовних наукових дослідженнях ця категорія не фігурує. А от у підручниках з теорії держави і права ця проблема висвітлюється доволі схематично, здебільшого як даніна традиції радянської юриспруденції декларувати «потугу» соціалістичних економічних, ідеологічних, політичних і правових інститутів. Взагалі ж, сама постановка питання про якесь «гарантування» правопорядку у світлі сучасного суспільства і правознавства видається такою міфологізацією, яка мало сумісна з розумінням можливостей суспільства, і навіть держави. Що ж стосується навчального і виховного потенціалу гарантії правового порядку, то їхній вплив на свідомість майбутніх юристів може бути тільки від'ємним, особливо зважаючи на реалістично мислячу, критично налаштовану сучасну студентську молодь.

У строгому науковому сенсі категорія «гарантії правопорядку» є неконструктивною, бо у співвідношенні з правовим порядком «гарантії» сприймаються як такі, що спричиняють лінійний (прямий, наперед визначений, майже автоматичний) вплив на стан правового порядку. Насправді ж економічні, політичні, соціальні, духовні умови, навіть якщо вони мають позитивний характер, тільки опосередковано впливають на стан правового впорядкування.

Завдання ж науки полягає у тому, щоб аналізувати взаємодію різних чинників, зіставляти вплив (позитивний чи негативний) кожного з них і моделювати цілісний механізм та можливі наслідки цього впливу. Категорія «гарантії» правопорядку не дозволяє цього, бо гарантії а-приорі мають тільки позитивний вплив, що не відповідає реаліям сучасного правового буття.

У науковому сенсі ставити питання про те, як «гарантуються» право-порядок у суспільстві означає з'ясування тих умов, чинників і факторів, котрі безумовно (гарантовано) забезпечують високий правовий порядок у суспільстві. Сучасна юриспруденція допоки що не спромоглася визнати весь спектр цих чинників, бо саме по собі це завдання занадто складне. Окрім того, кількість і співвідношення цих чинників мають такі важко передбачувані конфігурації, що у цій сфері скоріше можливо претендувати на більш-менш прогнозні результати і тенденції, аніж на «гарантування».

Зовсім не коректно говорити про те, що економічні і політичні, чи навіть ідеологічні і культурні та правові чинники «гарантують» правопорядок, і з позицій того, що «економічний детермінізм» зазнав своє наукове фіаско на теренах сучасного знання. Що ж до інших чинників, їхня роль і цим напрямком сприймалася як другорядна. То ж бажання правознавців суттєво допомогти суспільству не може переростати у прагнення відкрити «заліznі» закони буття, бо це дуже схоже з намаганнями створити «вічний двигун». Про, м'яко кажучи, обмежений теоретичний (а тим більше — прикладний) потенціал гарантій законності і правопорядку свідчить схематичність і вочевидь поверхневе висвітлення цієї проблеми в юридичній літературі.

Категорія «гарантія», якщо юриспруденція хоче повернутися від ідеологізованої її інтерпретації до прагматичного сприйняття, яке тільки і може надати їй практичного сенсу, має тлумачитися як зобов'язання держави щодо ефективного забезпечення правового порядку тими засобами і у тих межах, яких потребує від неї суспільство. Саме державу і її відповідні інституції необхідно позиціонізувати як «гарантів» законності і правового порядку у тому розумінні, що саме від держави суспільство і окремі громадяни можуть вимагати створення необхідних умов впорядкованої на основі права, безпечної і стабільної життєдіяльності.

Отже, про гарантії можливо, і навіть необхідно ставити питання, але у тому ракурсі, що суспільство і особа мають сподіватися на наявні владні інституції, засоби і сили, які можуть гарантовано забезпечити необхідний рівень правового впорядкування. Але ж якщо такого не сталося, то мають право і на відшкодування тих збитків, які сталися через незабезпечення належного правового порядку. Отже, єдиним «гарантом» правового порядку має бути «призначена» держава, яка у особі уповноважених органів не тільки забезпечує правопорядок, але й відповідає перед суспільством і окремими громадянами за його реальний стан.

Але чи здатна держава у повній мірі бути саме гарантам безпеки і

порядку, чи може вона узбезпечити суспільство і громадян від різноманітних ризиків, з якими пов'язана життєдіяльність у сучасному соціумі? Вочевидь, ні, і тут громадянське суспільство має виробити ті мінімально необхідні у даних умовах стандарти, які буде зобов'язаною забезпечувати суспільству і кожному громадянину держава, інституції котрої, у свою чергу, мають бути наділені задля цього необхідними ресурсами (правовими, матеріальними, фінансовими, кадровими, ідеологічними та ін.). Очевидно, ці стандарти не можуть бути незмінними, вони будуть підвищуватися по мірі забезпечення мінімальних, у процесі поступального розвитку правової сфери, змінення правового порядку і правової законності.

Література

1. Теория государства и права : курс лекций / под ред. Н. И. Матузова и А. В. Малько. — М. : Юристъ, 1997. — 672 с.
2. Лазарев В. В. Теория государства и права : учеб. для вузов / В. В. Лазарев, С. В. Липень. — М., 2000. — 500 с.
3. Правовые гарантии законности в СССР / С. Г. Березовская, В. И. Каминская, М. П. Лебедев [и др.]. — М. : Изд-во АН СССР, 1962. — 475 с.
4. Хропанюк В. Н. Теория государства и права : учеб. пособие / В. Н. Хропанюк ; под ред. В. Г. Стрекозова. — 2-е изд., доп. и испр. — М. : Интерстиль, 2000. — 378 с.
5. Виссаров А. В. Правопорядок и субъекты его обеспечения (теоретико-правовой аспект) : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теория и история права и государства; история правовых учений» / А. В. Виссаров. — М., 2003. — 176 с.
6. Общая теория права и государства : учебник / под ред. В. В. Лазарева. — 2-е изд., перераб. и доп. — М. : Юристъ, 1996. — 472 с.
7. Крестовська Н. М. Теорія держави і права: Елементарний курс : навч. посіб. / Н. М. Крестовська, Л. Г. Матвеєва. — Х. : Одіссея, 2007. — 492 с.
8. Новий тлумачний словник української мови. В 4 т. Т. 1. А–Є / уклад.: В. В. Яременко, О. М. Сліпушко. — К. : Аконіт, 2000. — 910 с. — (Нові словники).
9. Юридична енциклопедія. В 6 т. Т. 1. А–Г / редкол.: Ю. С. Шемшученко (відп. ред.) [та ін.] ; Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. — К. : Укр. енцикл., 1998. — 672 с.

Анотація

Крижанівський А. Ф. Доктринальний і прикладний статус категорії «гарантії правового порядку». — Стаття.

У статті розглянуто проблему гарантій у контексті гарантії законності і правового порядку. Звернення до проблеми гарантій законності і правового порядку визначається саме тим, що ця категорія є вузловою у більш широкій проблематиці правового впорядкування суспільної життєдіяльності, складає той «місток», який поєднує теоретичний і прикладний рівні вирішення питань у цій сфері.

Ключові слова: парадигма правового порядку, правовий порядок, гарантії правового порядку, гарантії законності.

S u m m a r y

Kryzhanovskyy A. F. Doctrinal and Practical Status of the «Guarantees of the Legal Order» Category. — Article.

In the article the problem of guarantees is considered in the context of guarantee of legality and legal order. An address to the problem of guarantees of legality and legal order is determined exactly that this category is key in more wide problematici of the legal equipping with modern amenities of public vital functions, makes a that «bridge» which combines theoretical and applied even decisions of questions in this sphere.

Keywords: paradigm of legal order, legal order, guarantees of legal order, guarantees of legality.

УДК 340.12(477)

Ю. П. Лобода

КАТЕГОРІЯ «ПРАВОВА ТРАДИЦІЯ УКРАЇНСЬКОГО НАРОДУ» У ДИСКУРСИВНОМУ ПІЗНАННІ СУЧASНОЇ ПРАВОВОЇ СИСТЕМИ

Метою даної статті є визначення основних особливостей вітчизняної правової системи і формулювання методології пізнання останньої.

Проблемі дослідження правової традиції та сучасної правової системи України присвячені праці П. М. Рабіновича, Ю. М. Оборотова, Н. М. Оніщенко та інших видатних вчених.

Теоретична складність процесу пізнання права на високому рівні дискурсу (загальне поняття чи категорія права) зумовила необхідність методологічної рефлексії, наслідком чого є проблема праворозуміння як самостійна наукова проблема (розділ, напрям) теоретико- та філософсько-правової науки. Однак і на цьому рівні структурної організації наукове знання про право залишається основним, кінцевим об'єктом пізнання тією мірою, якою закономірності (логіка) пізнання об'єкта відображають логіку його розвитку.

Категорія правового є однією з найскладніших у соціально-філософському осмисленні суспільного буття. Навіть побіжний огляд, систематизація висунутих за правову історію людства концепцій права становить самостійний та надзвичайно важливий (насамперед за методологічним наповненням) напрям загальної теорії права та держави, філософії права, соціальної філософії.

Ми дотримуємося моністичного підходу до сутності права, тобто, зрештою, і до визначення його поняття. На наш погляд, право як феномен має власну сутність, яка зумовлює його якісну визначеність як явища певного роду. Ігнорування елементарних вимог методологічної дисципліни втілюється у таке негативне явище наукової дискусії, як підміна понять, внаслідок чого учасники дискусії про природу права (їого сутність) починають оперувати термінами, відірваними від категорій, які позначають.

Зазначене дає підстави, відштовхуючись від поняття правої системи (яке є надзвичайно продуктивним методологічним підходом на заданому рівні дискурсу), перейти до категорії правового як найвищої за ступенем узагальнення. З точки зору сьогодні часто заперечуваного підходу, який домінантною категорією аналізу розглядає закономірність розвитку явища як зміст його сутності, категорія правового відображає правові форми суспільного буття як ціле, так і закономірності розвитку такого цілого, які виявляються в усіх його елементах. Іншими словами, категорія правового охоплює всю правову реальність конкретно-історичного суспільства.

Визначимося з власною інтерпретацією категорії правового: остання охоплює об'єктивовану у соціальних формах та інститутах форму суспільної свідомості, в якій відображаються уявлення про співвідношення наявного та належного, сутності та існування, явного та дійсного у матеріальному бутті суспільства. Характерно, що така форма суспільної свідомості не може існувати поза соціальними формами (норми права) та інститутами (держава), як і останні є не більше ніж способом її об'єктизації. Зауважимо, що на основі принципу монізму у визначені суспільного буття розглядається під таким кутом зору можуть тільки реальні конкретно-історичні суспільства. А оскільки будь-яке конкретно-історичне суспільство за історичний період завжди оформлене у певний етнос, то і закономірності розвитку сфери правового буття суспільства (ці закономірності ми надалі розглядатимемо як правову традицію) будуть елементом закономірностей розвитку відповідного етносу, формуючи якісну визначеність того чи іншого етногенезу.

Додамо, що будь-яка наукова категорія є не більше ніж формою мислення, у якій відображаються (завжди на заданому рівні наближення, згідно з визначенням об'єктивної істини) об'єктивні закони природи чи суспільства.

Логічна (не культурно-історична чи наукознавча!) схема сходження від конкретного до абстрактного у пізнанні феномена права має такий вигляд:

1) перегляд елементарних, одиничних фактів життя, їх узагальнення за ознаками схожості та взаємозв'язку, результатом чого є емпіричні узагальнення: всі правила фізичної поведінки, забезпечувані державним примусом, можна об'єднати у клас норм права; всі думки, погляди, уявлення та почуття з приводу того, якими є норми права чи якими вони повинні бути, з приводу того, хто, як, якими методами, засобами та способами так чи інакше створює, застосовує, тлумачить і виконує норми права, об'єднуються у клас явищ правої свідомості;

2) виявлення загального, універсального зв'язку між всіма правовими явищами: норма права усвідомлюється та оцінюється; уявлення про необхідну норму втілюються в норму права у процесі правотворчої діяльності тощо. На цьому рівні дискурсу виникає вчення про правову систему;

3) виявлення закономірностей, суттєвих ознак, властивостей, універсальних способів існування (форм як модусів буття), тенденцій розвитку всієї сукупності пов'язаних між собою правових явищ — конкретно-історичної правої системи. На цьому рівні дискурсу становлення та розвиток правої системи можна розглядати як певну правову традицію;

4) виявлення універсальних, загальних закономірностей зародження та еволюції всіх правових систем (правових традицій) дає підстави для формування загальної соціально-філософської категорії права. Ця категорія покликана відобразити ту властивість, ознаку, тенденцію розвитку, форму прояву правових явищ, яка притаманна всім без винятку правовим явищам. Тому-то ми і наважуємося стверджувати, що права як предметно даної реальності для осмислення просто не існує, його не можна уявити як щось: право — це не норма, не правова свідомість, не нормативно-правовий акт, не механізм правового регулювання, не правова наука, зрештою.

Сутність природного права та діалектику його співвідношення з позитивним правом С.С.Алексєєв визначає так: «Природне право — це первинна та відокремлена від позитивного права сфера соціального життя; і водночас природне право за самою своєю природою мислиться тільки як щось таке, що «прагне» і повинно за кінцевими своїми потенціями стати позитивним правом» [1, с. 421—422]. Тобто «прагнення» природного права стати позитивним правом, передати йому свій зміст є істотною властивістю самого природного права!

О. В. Стовба власну концепцію праворозуміння будує на основі поняття правої ситуації. Виокремлюючи есенціальний та екзистенціальний підходи до правої ситуації, в основу їх розмежування він кладе різні формулювання проблеми природного права [2, с. 23]. Сутнісний підхід він характеризує так: «У межах сутнісного підходу вона традиційно ставилась як проблема співвідношення природного права та позитивного закону... За екзистенціального ж підходу основним питанням природного права було те, чи є даний феномен зовнішнім щодо людини, укоріненим лише у примусі (через природну необхідність, волю Бога тощо), або ж чи є право частиною буття людини» [2, с. 23].

Право як нормативно осмислений життєвий досвід поколінь — правова традиція народу. Тому форма права як спосіб (модус) його існування — це не формальний, а змістово-сутнісний показник, за яким пізнається правова реальність. Зазначене робить підставним такий висновок: історична обмеженість форми права як способу його існування перетворює конкретно-історичність на суттєву ознаку права — часову та якісну обмеженість його сутності. Суть проблеми у тому ї полягає, що універсальної правої традиції ніколи не існувало, а прогнози стосовно її появи у майбутньому все ще перебувають на межі позитивної науки та філософської утопії.

Категорія права не може набувати такого універсального змісту, як

філософські категорії «матерія» чи «форма». Останні можуть бути адекватними до пізнання будь-якого явища, в той час як категорія права застосовується лише до обмеженого кола історично відомих чи прогнозованих правових явищ.

А оскільки феномен права не існує інакше як у правовій системі, ширше — конкретно-історичній правовій реальності, то між емпіричним базисом правової теорії та її вершиною — прогнозованим загальним поняттям права — повинна існувати проміжна ланка — категорія правової традиції, яка у знятому вигляді абстрактно відображає сутність конкретно-історичності права. Однак конкретно-історичність права нами і розглядається як невід'ємна його властивість (право не «взагалі», а «десть і колись»). Просто в абсолютній більшості дефініцій оце сприйняття права як такого, що існує не «взагалі», а «десть і колись», виносиється поза межі дефініції, ніби мається на увазі. В разі елімінації цієї інтуїтивно мислимої ознаки із загального поняття права виникає небезпечний спекулятивний фантом — право без часових і просторових, іншими словами, історичних і географічних меж, право «всюди і назавжди», тобто право не як образ феномена, а як, вживаючи гегелівський зворот, гола можливість феномена.

Із викладеного випливає щонайменше два наслідки.

Перший. Поняття права можна наповнити будь-яким змістом, адже дослідник звільниться від обмежень, накладених колективним досвідом людства, у якому реально лише її існує досліджуваний феномен права. Внаслідок значного смыслового та аксіологічного навантаження на категорію правового поняття права стало одним із улюблених об'єктів спекулятивного філософствування, що певним чином «відрівало» його від конкретно-історичного базису, який характеризує позитивні соціологічні наукові дисципліни.

Другий. У разі застосування такого «загального» поняття права до пізнання конкретно-історичної правової реальності у складному та неоднозначному процесі дискурсу феномен і категорія міняються місцями: не поняття права виводиться з його феномена, а феномен права виводиться з поняття про нього (адже тоді логічним здаватиметься висновок, що все, що не відповідає поняттю права, котре є у голові дослідника, правом не є, і т.д.).

Судячи з тих праць, з якими ми ознайомилися, досліджуючи проблему нормативної етнографії, найбільш гостро її суть сформулював учений-етнограф А. І. Першиць у статті «Проблеми нормативної етнографії» (1979): «Проблематика юридичної етнографії розроблена слабо. Як у минулому, так і тепер, як у нас, так і за кордоном вона досліджується головно у зв'язку з вивченням звичаєвого права — першопочаткового чи залишкового. На Заході ця дисципліна не завжди відрізняється від соціології права. Наше завдання інше — знайти етнографічний кут зору, виявити етнічну специфіку розвиненого права» [3, с. 224–225].

Розвиваючи попередню традицію, А. І. Першиць сформулював модифі-

ковану концепцію етнічності права, яка коротко розкривається в тезах, що виділені нами як основні.

Теза перша: «Етнічність права в ході історії, хоча і нерівномірно, а ніби зигзагоподібно, зменшується» [3, с. 225]. Отже, продовжується традиція включення досліджень генези передправових і правових норм у первісних та ранньокласових суспільствах до предмета етнографічної науки.

Теза друга: розглядаючи на основі інтерпретації поглядів Р. Давіда буржуазні правові системи європейських країн, А. І. Першиць вказує на зв'язок етнопсихологічних особливостей у різних країнах з належністю їх правових систем до англо-саксонської та континентальної правових сімей. Питання деетнізації у процесі розвитку правових систем Сходу миналося у характерний для західної науки спосіб — на основі доктрини про те, що «у середні віки почалося помітне відставання Сходу від Заходу, і в його правових системах надовго законсервувався архаїчний сплав права з релігією» [3, с. 227].

Отже, визнається, що навіть у таких розвинених правових системах, як правові системі європейських країн, зберігається певна етнічна складова.

Теза третя: «Етнічні аспекти політичної культури у найбільш загальному вигляді зводяться до такого. По-перше, політична культура, виступаючи як органічна складова культури загалом, у деяких випадках настільки етнічно специфічна і в цьому відношенні настільки важлива, що її втрата може означати припинення самостійного існування самого етносу. По-друге, залишаючись складовою культури загалом, політична культура «працює» як один із найбільш дієвих механізмів збереження цілісності даної, етнічно забарвленої культури та її стабілізації» [4, с. 94].

На противагу — а отже, і в розвиток — трьох розглянутих у цьому розділі тез ми пропонуємо тезу про етнічність правової системи як її невід'ємну, стала і необхідну властивість, яку спробуємо обґрунтувати далі. Оскільки проблема має передусім філософсько-методологічний характер, то і розглядати її слід з позицій логіки та методології науки.

По суті, деетнізація права відображає процес диференціації права як відносне відмежування, виокремлення системи права як одного з елементів правової системи. Однак при цьому ніякої реальної «деетнізації» права не відбувається, оскільки всі інші елементи правової системи зберігають свою етнічну специфіку, внаслідок чого і норми права, хоча іноді їй неочевидно, але від того не менш суттєво, позначені нею в силу дії законів системи. Так, рецепція римського цивільного права у середньовічній Європі не перетворила європейців на римлян, а феодальну правову систему — на правову систему, аналогічну правовій системі Стародавнього Риму.

На перший погляд, прикладами найбільш віддиференційованої правової системи є правові системи країн західної цивілізації, однак насправді

таке їх сприйняття є поверхневим. Адже, за незначними історичними винятками, правові системи цих країн ніколи не будувалися на засадах легізму, який є крайньою формою протиставлення системи правових норм і державної організації органічним суспільним відносинам і традиціям. Так, абстрактність, формальність і знеособленість правових норм цих правових систем компенсується доктрина морального права, громадянського суспільства та правової держави, які, попри показну відстороненість від соціальної практики, суттєво впливають на всю правову культуру. Зазначені доктрини не входять до системи права як системи правових норм, але визначають її сутність, принципи та методи правового регулювання. У своїй сукупності названі та деякі інші теоретичні концепції узагальнено втілюють полієтнічну правову традицію, яка є історичним надбанням західної цивілізації та сформувалася за конкретно-історичних умов її становлення та розвитку. Поза цією правовою традицією правові системи відповідних країн просто немислимі, а тому їх віддиференційованість є, скоріше, удаваною, аніж реальною.

Отже, деетнізація права є не більше ніж гіпотезою, а реальним змістовим наповненням цього поняття у нормативній етнографії є процес виділення системи права у відносно автономну підсистему правової системи, що, однак, не означає заперечення чи применшення значення її органічного зв'язку з іншими підсистемами та системою загалом.

Очевидно, що етнічність права як його характерна особливість виявляється передусім на рівні правової системи, адже окрім інститутів можуть бути тотожними у різних правових системах, що, однак, аж ніяк не свідчить про подібність останніх між собою. З іншого боку, етнічність правової системи виявляє себе у кожному її елементі, оскільки такий елемент існує, функціонує та зберігає свою якісну визначеність виключно у складі системи.

Тому ми дотримуємося тієї позиції, що, оскільки науці не відома жодна соціальна організація, не пов'язана з певним етнічним колективом, правова традиція як ідея, принцип і тенденція розвитку правової складової цієї соціальної організації неодмінно буде одночасно і національною традицією, а тому є об'єктом розгляду як етнографічної, так і правової науки під кутом зору предмета кожної з цих наук.

Якщо розглядати народ як складне етно-соціальне явище, яке існує в просторі і часі, то можна стверджувати, що його специфіка, тобто якісна визначеність, полягає, зокрема, в закономірностях (тенденціях) державно-правового розвитку. Іншими словами, якщо змоделювати певний конкретно-історичний народ як історичне ціле (у цьому випадку процес розглядається у часовому вимірі єдності минулого та сучасного) та закласти в отриману модель «іншу» історію державно-правової системи, ми не зможемо стверджувати, що розглядаємо той же народ як феномен з тією ж сутністю.

Ми пропонуємо методологічне положення про те, що правову традицію методами антропологічної науки можна досліджувати на межі антро-

полого-правової та філософсько-правової проблематики, не «переростаючи» у цю останню просто тому, що, як ми спробували обґрунтувати вище, феномен людської особистості гносеологічно розкривається у площині її самосвідомості на основі внутрішньої духовної активності, а тому не може бути ні описаний, ні пояснений як такий на основі емпіричних фактів її матеріального буття. Для філософсько-правового осмислення правової традиції потрібні методи та концепції, набагато складніші за ті, які може запропонувати антропологія (предметом дослідження є не тільки те, ким людина «є», а й те, що вона при цьому про себе «думає» і ким себе вважає).

Як відомо, людське сприйняття так влаштоване, що зосереджується насамперед на деталях, залишаючи фон поза увагою. Якщо розглядати людську особистість у правовому модусі її буття, то вона сама постає сформованою даною їй як конкретно-історичний факт правовою традицією. У цьому аспекті правова традиція постає фоном для внутрішньої та зовнішньої активності особистості у сфері правового.

Наступним кроком у наших міркуваннях буде пошук в етнографічній літературі радянської доби спроб дослідити правову проблематику з використанням (чи в розрізі) етнографічних концепцій (що означає фактичне застосування у правових дослідженнях положень соціокультурної антропології). На превеликий подив, такі дослідження були нечисленні, але й непоодинокі, що свідчить про те, що антропологічно-правовий підхід не є новим і для вітчизняного правознавства, а наукова етика просто зобов'язує аналізувати праці попередників.

У зазначеному контексті виокремлено такі напрями наукових досліджень і наукові дисципліни: юридична антропологія (напрям, який досліджує виникнення і розвиток ранніх форм права, сформувався у XIX ст. в різних країнах Європи як складова загальної історії права) [5, с. 77]; нормативна етнографія (прийняте у радянській науці позначення етнографічної дисципліни, яка досліджує етнокультурні особливості соціальних норм в їх історичному розвитку) [5, с. 112].

Питанням співвідношення етнографії і правової науки присвячені статті А. Б. Венгерова, Л. Е. Куббеля, А. І. Першиця «Этнография и науки о государстве и праве» (1979), А. Б. Венгерова «Значение археологии и этнографии для юридической науки (1983) та «Законодательство и этнические процессы в советском обществе (методологический аспект)» (1983), а також статті (розділи) «Юридична антропологія» (І. Зельнов) та «Нормативна етнографія» (А. І. Першиць) у довіднику «Этнография и смежные дисциплины. Этнографические субдисциплины. Школы и направления. Методы» (Москва, 1988).

По-перше, саме етнографія — і це не випадково — заповнює проміжок між пізнанням природного (біолого-географічного) та соціального у людині. Адже вона досліджує не лише відмінності між різними етносами, а й загальні закономірності їх розвитку. Отже, за своєю суттю — це наука про закономірності утворення конкретно-історичних форм лю-

дини з притаманним їй неповторним комплексом соціо-культурних характеристик: «Соціальне — в певному розумінні — це спосіб буття, поведінки, діяльності індивіда, визначений як природною, так і людською реальністю, що має яскраво виражені етнічні характеристики» [6, с. 42].

По-друге, попри все, вплив етнічних особливостей народу на створену ним правову систему сьогодні загальновизнаний у вітчизняному правознавстві. А оскільки етнічне передбачає зв'язок між поколіннями осіб, які належать до одного й того ж етносу, що виявляє себе через наступництво певного стереотипу поведінки (традицію), то можна пропустити, що правова традиція також є одночасно елементом як правої, так і етнічної реальності. Тому доречно стверджувати про етнічні закономірності правової системи як характерні для правової системи, створеної цим народом, так і загальні закономірності вияву соціокультурної специфіки будь-якого народу у створеній ним правовій системі. Остання проблема означає відмежування власне «правових», загальних закономірностей права від закономірностей розвитку конкретно-історичних правових систем.

Теоретична та практична цінність застосування вчення про діалектичний закон єдності та боротьби протилежностей для розкриття сутності правової системи полягає в тому, що, знаючи, які суперечності їй притаманні та про ступінь (стадію) розвитку кожного з них, можна спрогнозувати та правильно врахувати у практичній діяльності тенденції розвитку правової системи України, загальна тенденція якого є рівнодійною напрямів розвитку кожної з різноякісних суперечностей.

По-перше. Суперечності між містом і селом, між сільським і міським типами правової культури, відмінності у стереотипах правової поведінки (поведінки людей у сфері правової реальності). Проаналізувавши соціально-економічну вітчизняну історію ХХ ст., побачимо, що суперечності залишили найглибший слід як у загальній, так і в правовій історії українського народу. Крім того, системна криза, яку пережило українське суспільство у 1989–2002 роках, привела до сповільнення соціально-економічного розвитку, а у багатьох аспектах — до деградації економічних і правових інститутів суспільства.

По-друге. Етнорегіональні суперечності між стереотипами правової поведінки. Україна є досить великою як за територією, так і кількістю населення державою. Етнорегіональна різноманітність об'єктивно зумовлена цивілізаційним розвитком, входженням окремих територій до складу різних держав, які належали до різних правових культур, а їхні правові системи — навіть до різних правових сімей.

Ця суперечність виявляє себе на макроправовому рівні насамперед у політичній площині, особливо — у конституційному процесі, а на мікроправовому рівні — у своєрідності правової свідомості як населення, так і суддів у різних частинах країни.

По-третє. Суперечності між чинниками ендо- та екзогенного стосовно етнічної спільноти характеру: а) суперечності між власними, генетично

закономірними властивостями правової системи та культурними домінантами, властивими сусіднім народам (цивілізаціям) (прикладом цього є вимоги міжнародних організацій, нереальні та непотрібні з точки зору потреб вітчизняної правової системи); б) взаємні суперечності між правовими культурами сусідніх народів (цивілізацій), які географічно розвивалися на території проживання українського народу, а змістово — у процесі розвитку його власної правової системи (яку можна лише у вузьких теоретичних межах розглядати як самостійний феномен поза його зв'язками з іншими феноменами того ж роду).

По-четверте. Суперечність між джерелами права та реальним правопорядком. Реальний правопорядок та норми, які його формували, як правило, не збігалися з офіційною ієархією джерел права (для української сільської громади правовий звичай завжди був важливіший за кодифіковані акти законодавства). Ця суперечність ще не розвинена з усією «повнотою».

По-п'яте. Наявність на одній території двох і більше альтернативних правопорядків (систем прав) — біюридизм чи навіть поліюридизм. Громада вірмен у м. Львові (етнічне виокремлення правопорядку); різне право для різних соціальних страт (правова сегрегація). При цьому правова система не розпадалася, а зберігала властивості системності, оскільки існували, не завжди довершені з позиції догматичного методу, ан все ж досить адекватні форми взаємодії альтернативних правопорядків між собою та вирішення пов'язаних з цим соціально-правових конфліктів.

Основною матеріальною, соціально-економічною причиною цієї суперечності правової системи є нерівномірність соціально-економічного розвитку як у різних історичних областях країни, так і всередині них, тобто вона виявляє себе у зразі не *етнорегіональному*, на відміну від розглянутого раніше, а *територіально-організаційному*. Спробуємо проілюструвати це припущення. Якщо провести соціологічне дослідження (дослідити соціологічний вимір правової реальності) роботи судів загальної юрисдикції у великому місті, обласному центрі та сусідньому сільському районі, можна виявити суттєві відмінності. Кількісні відмінності є настільки суттєвими, що, припускаємо, переростають у якісні, в чому можна вбачати відмінність настільки значну, що дає підстави стверджувати про існування біюридичних властивостей правової системи.

Печерський районний суд м. Києва діятиме інакше, ніж районний суд сільського району Волинської чи Херсонської областей, розглядаючи аналогічну справу.

Очевидно, що з позиції догматичного методу ці суперечності виявiti практично неможливо, хоча при соціологічному аналізі вони виявляють себе й у формально-правовій площині. Отже, для їх виявлення та розкриття необхідно застосовувати методологію соціології права.

По-шосте. Суперечність між професійною діяльністю юристів і державним управлінням (юридична практика змістово недостатньо відділена

від державного управління; по суті, вся професійна громада юристів є частиною або, в кращому разі, «додатком» до державного управління). Ця суперечність не розвинулася, орієнтиром для такого висновку є країни Західної Європи (попри їх специфіку: ця суперечність більш виражена у країнах ангlosаксонської правової сім'ї і дещо меншою мірою — у країнах континентальної правової сім'ї).

По-сьоме. Суперечність між офіційною правовою ідеологією та реальним правопорядком (правовою врегульованістю суспільних відносин). Причина — об'єктивно значне оцінне (ідеологічне) навантаження права аж до вульгарних, механістичних форм юридичного світогляду.

Для вітчизняної правової традиції у тому вигляді, в якому вона сьогодні доступна спостереженню, характерною є абсолютизація аксіологічних властивостей ідеї права. При цьому зазначена тенденція притаманна не тільки вузькому прошарку заангажованих інтелектуалів чи професійних юристів, а й масовій правовій свідомості.

По-восьме. Суперечність між ідеологічно-декларативним характером більшості соціально значущих норм (насамперед законодавство про боротьбу з корупцією) та реальним правопорядком. Ця суперечність розв'язується за допомогою компенсаційних механізмів, що дає змогу запобігати багатьом соціально-правовим конфліктам.

По-дев'яте. Суперечність між функціями судової гілки влади, зумовленими її сутністю, та формою судової влади як елемента державного управління (у широкому значенні цього слова). Відсутність традиції суддівства та пов'язаних з нею інститутів (дієвої системи норм корпоративної етики тощо).

Очевидно, що запропонований перелік є далеко не повним, він і не може бути вичерпним, оскільки так само, як правова система має найрізноманітніші за якістю явища, так само невичерпним є і перелік тих суперечностей, які становлять конкретно-історичну сутність та є джерелом розвитку правової системи.

По-десяте. Суперечність між системою права та іншими елементами правової системи є однією з найвагоміших. Суть її полягає у невідповідності системи норм права багатьом історичним традиціям побудови правового життя народу, неврахуванні відмінностей у соціально-економічному розвитку різних територій і всередині цих територій, чинності таких норм права, які суперечать повсякденній побутовій і сімейній моралі. Розв'язується ця суперечність через ігнорування нормативних вимог до поведінки, яке допускається за мовчазної згоди суспільства та держави.

Позитивний висновок, якого можна дійти на даному етапі дослідження, полягатиме в тому, що правова система неминуче матиме національний характер. Думка проста, а тому неочевидна: оскільки існує народ, не подібний на всі інші, то є такі особливості його державно-правового розвитку, які відрізняють його від аналогічних складових історичного процесу в усіх інших народів.

Л і т е р а т у р а

1. Алексеев С. С. Право: азбука — теория — философия: Опыт комплексного исследования / С. С. Алексеев. — М.: Статут, 1999. — 712 с.
2. Стова А. В. Правовая ситуация как исток бытия права / А. В. Стова. — Х., 2006. — 176 с.
3. Першиц А. И. Проблемы нормативной этнографии / А. И. Першиц // Исследования по общей этнографии / Ин-т этнографии им. Н. Н. Миклухо-Маклая, АН СССР. — М.: Наука, 1979. — С. 210–240.
4. Венгеров А. Б. Этнография и науки о государстве и праве / А. Б. Венгеров, Л. Е. Кубель, А. И. Першиц // Вестник Академии наук СССР. — 1984. — № 10. — С. 88–101.
5. Этнография и смежные дисциплины. Этнографические субдисциплины. Школы и направления. Методы. — М.: Наука, 1988. — 225 с.
6. Степико М. Т. Буття етносу: витоки, сучасність, перспективи (філософсько-методологічний аналіз) / М. Т. Степико ; Ін-т філософії ім. Г. С. Сковороди НАН України. — К.: Знання, КОО, 1998. — 251 с.

А н о т а ц і я

Лобода Ю. П. Категорія «правова традиція українського народу» у дискурсивному пізнанні сучасної правової системи. — Стаття.

У статті висвітлено власну інтерпретацію категорії правового, визначено роль етнографічної науки у пізнанні правової традиції. В ході дослідження автор виявив закономірності і суперечності сучасної правової системи українського народу.

Ключові слова: правова традиція, етнографія, методологія юридичної науки, правова система України.

S u m m a r y

Loboda Y. P. Category of Legal Tradition of Ukrainian People in the Discursive Cognition of the Modern Legal System. — Article.

The article deals with the author's interpretation of the category of law. The significance of ethnography in the process of law tradition cognition is pointed out. During the investigation, the main contradictions of modern law system of the ukranian people are figured out.

Keywords: legal tradition, ethnography, methodology of jurisprudence, Ukrainian legal system.

УДК 340.15:347.191.4

М. Р. Аракелян

РАЗВИТИЕ ИНСТИТУТА СУДЕБНОГО ПРЕДСТАВИТЕЛЬСТВА В ВЕЛИКОМ КНЯЖЕСТВЕ ЛИТОВСКОМ

Вопросы профессионального представительства в различных видах судопроизводства (гражданском, административном, уголовном и конституционном) приобретают значительную актуальность в современной Украине. Это обусловлено многими причинами, важнейшими среди которых являются активизация правовой жизни общества, расширение сферы гражданско-правовых отношений, развитие частного предпринимательства, реализация функции судебной защиты прав человека и т.д. Усложнение системы права и правовых отношений требует обеспечения квалифицированной юридической помощи каждому, кто в ней нуждается, что признано одним из важных конституционных принципов (ст. 59 Конституции Украины).

Под судебным представительством выдающийся исследователь конца XIX века Е. В. Васьковский понимал «замену тяжущегося в процессе другим лицом, при которой все последствия судебной деятельности представителя падали на тяжущегося» [1, с. 1].

В настоящее время в юридической литературе судебное представительство определяется как «вид деятельности лица, участвующего в процессуальных правоотношениях с целью оказания юридической помощи представляемому участнику процесса, защиты, его прав и законных интересов в пределах полномочий, предоставленных ему соответствующей отраслью процессуального законодательства или процессуальных правил, включенных в отрасли материального права, согласуемых в необходимых случаях с представляемым» [2, с. 11]. Эта деятельность может осуществляться как представителем самостоятельно, так и совместно с представляемым. Представительство в суде, осуществляемое адвокатом, есть профессиональное судебное представительство.

По своей идее судебное представительство не требовало специального юридического образования и какой-либо организации. Необходимость

в организации возникла только тогда, когда оно стало профессиональным занятием особой категории лиц. Возникновение правозаступничества было вызвано жизненной потребностью, когда с развитием общественных отношений юридические нормы усложнялись, их знание и применение становилось затруднительным для большинства населения. Тяжущиеся, не обладавшие специальной подготовкой, не были способны вести свои дела самостоятельно и нуждались в помощи профессионала — знатока гражданского и уголовного процесса.

Первые упоминания об институте судебного представительства мы находим в законодательных сборниках времен Киевской Руси. В частности, по Псковской судной грамоте иметь поверенных лиц могли не все, а только женщины, дети, монахи и монахини, дряхлые старики и глухие [3, с. 321]. Напротив, Новгородская судная грамота позволяет иметь доверенных лиц всем. Обязанности поверенных исполняли, во-первых, родственники тяжущихся, во-вторых, все правоспособные граждане, за исключением тех, кто состоял на службе.

В юридической литературе сложилось мнение, что судебное представительство представляло собой древнейший и в тоже время общечеловеческий институт, то есть, что оно существовало во все времена и у всех народов [1, с. 5]. Некоторые авторы предписывали ему Божественное происхождение, так как адвокатская профессия восходила к Божественному Слову, которое защищало перед Господом потомство Авраама, скорее несчастное, чем виновное. Чтобы ответить на вопрос о происхождении судебного представительства, необходимо, прежде всего, выяснить: что представляло само по себе право на защиту и какие условия были нужны для того, чтобы оно могло выступать среди правовых учреждений в качестве общественного института. По мнению одних историков права, происхождение профессии защитника относилось, по всей вероятности, к первому процессу и первому судилищу. Исходя из этого, предполагалось, что право защиты следует искать во все времена, во всех странах и у всех народов. Опровергавшие эту точку зрения ученые, считали, что право защиты не могло существовать на почве деспотизма [1, с. 5]. Другие ученые, например Цицерон, Гуго Гроций, Гоббс, придерживались мнения, что судебная защита являлась естественным правом человека и основывалась на естественной необходимости личной защиты. Самозащита, а в последствии и охрана близких людей (сородичей и соплеменников) являлась древнейшим, биологически обусловленным занятием людей.

Таким образом, судебное представительство как профессиональная защита появилось с образованием ранней цивилизации: когда сильный оказывал помощь слабому — сначала ради собственного удовольствия или интереса, а уже потом за деньги для всех желающих.

В различные исторические периоды лиц, осуществляющих судебное представительство, называли по-разному: патронами, прокураторами, меценатами, юристами, стряпчими, поверенными, ходатаями, акторами.

Традиционным является подход, рассматривающий судебное представительство как организацию, оказывающую квалифицированную юридическую помощь. Однако необходимо отметить, что в средние века судебное представительство было свободной профессией, не связанный организационно-корпоративными обязательствами. В разные исторические периоды сфера деятельности судебных представителей была различной. В древние времена, когда уголовный процесс не отделялся от гражданского, их участие допускалось в делах обоего рода. После того как судопроизводство начало делиться на две формы — гражданскую и уголовную, роль судебных представителей стала меняться. Уголовный процесс теперь составляли стадии, состязательный суд и следственный розыск привел к тому, что границы розыска расширялись и он постепенно оттеснил обвинительный процесс на второй план. К участию в розыском процессе судебные представители не допускались.

Впервые организационное оформление и законодательное закрепление судебного представительства на украинских землях произошло в Великом княжестве Литовском и проявило себя в городах с магдебургским правом.

Судебный процесс в таких городах сложился на принципах магдебургского права: он был устным, гласным и состязательным. Устность и состязательность судебного процесса открывали широкий доступ к нему судебных представителей — прокураторов.

По магдебургскому праву прокураторы должны были отвечать определенным требованиям. Запрещено было заниматься прокураторской деятельностью умственно отсталым, несовершеннолетним (до 21 года), священникам, еретикам, евреям, людям, которые отбывали наказание. Сурово наказывался прокуратор в том случае, когда он пренебрегал своими обязанностями или обманывал своего доверителя. За переход к защите противной стороны после начала судебного рассмотрения дела прокуратору отрезали язык. За проигранное из-за нерадивости дело он обязан был возместить понесенные убытки, если отказывался — его бросали в тюрьму [4, с. 240]. Если же прокуратор не мог по уважительным причинам прибыть на суд, он должен был уведомить об этом всех участников процесса: своего клиента, судей и противоположную сторону. В противном случае он должен был компенсировать все убытки, нанесенные сторонам, и подлежал наказанию розгами у городского столба, после чего его изгоняли из города [5, с. 202–203].

В городах с магдебургским правом услуги прокураторов (пленипотариев, как их еще называли) оплачивались по определенной тарифе: клиент платил им 4 деньги в день [5, с. 202]. Судебное представительство в украинских городах с магдебургским правом было организовано по четко определенной системе. Юристы того времени считали его необходимым институтом правосудия.

Следовательно, можно считать, что судебное представительство заложило основы института адвокатуры и что адвокатура как профессия изначально начала формироваться в городах с магдебургским правом.

Однако первую попытку упорядочить дело судебной защиты и четко выделить адвокатскую деятельность как профессию сделали Статуты Великого княжества Литовского.

Как и в городских судах с магдебургским правом в земских судах также существовал институт адвокатуры. И вот здесь мы отмечаем, что в отличие от адвокатуры, которая образовалась на почве магдебургского права, адвокатура, которую претворили в жизнь Статуты Великого княжества Литовского, возникла не как правозащитный институт, а как судебное представительство. Замена обычного права писанным сделала невозможным для неопытных людей ведение дел в судах. Нужны были услуги тех, кто хорошо разбирался в законах. В начале XVI в. представителями потерпевших в суде преимущественно выступали писари, которые имели практический правовой опыт. Также доверенными лицами, которые посылались в суды, могли быть бояре, купцы, родственники, приятели и другие [6, с. 33]. Практика ведения чужих дел в суде была достаточно распространенной, но адвокатура еще не становится профессиональной, хотя и попадались случаи представительства в суде за вознаграждение. Первыми допустили представительство в судебном процессе земские суды. Ведение дела могло поручаться доверенному лицу — речнику или прокуратору.

Появление профессиональных судебных представителей в украинских судах связано с принятием Статута Великого княжества Литовского 1529 года. В арт. 8 и 9 разд.VI содержатся правовые нормы, позволяющие замещать в суде стороны, которые будут судиться (как правило, одну из них) [7]. Арт. 8 устанавливает ответственность такого заместителя перед судом — если ведение судебного дела перебирает другое лицо, то и судебный приговор будет направлен на него, а ответчик полностью освобождается от любой ответственности по этому делу: «...если бы какой-либо человек заменил другого в суде по какому-либо делу, то он будет обязан сам за него отвечать, а привлеченный по делу ответчик будет освобожден от явки... в суд». Но все же ответчик хотя бы один раз должен был появиться в суде, поскольку его заместитель «...не должен выступать в суде до тех пор, пока его доверитель не появится лично и не поручит ему дело в суде». Исключением могла быть только болезнь доверителя. В этом случае он «...должен был дать ему [заместителю] поручение со своей печатью». Согласно Статуту 1529 года выступление в суде на основании фальсифицированного поручения влекло за собой недействительность судебного решения. Если же в судебном заседании выяснялось, что ответчик не поручал вести дело в суде заместителю, а тот «это сделал умышленно и проиграл чужое дело ...тогда снова должно состояться судебное разбирательство». Если на таком судебном заседании факт фальсификации поручения был доказан, то виновного «должно быть наказано как подделывателя ни чем иным, а только сожжением на костре» (арт. 8, разд. VI).

Продолжением арт. 8 является арт. 9, который исключает из числа

доверенных лиц иностранцев: «...никакой чужестранец не может быть прокуратором ни перед нами, господарем, ни в земском суде, но только тот, кто имеет недвижимость в Великом княжестве Литовском». В арт. 8 термин «прокуратор» не упоминается. Возникает вопрос, есть ли разница между доверенными лицами, о которых говорит арт. 8, и прокураторами по арт. 9 Статута 1529 года. В законодательстве средневековой Европы термин «прокуратор» был достаточно распространенным. Под ним понималось именно доверенное лицо, которому поручалось ведение дела одной из сторон, которые судились. В таком значении этот термин употребляется и в Статуте 1529 года. Однако как судебная практика, так и содержание арт. 8 показывают, что для литовско-русского права это еще достаточно новое явление. Отсутствует четкая граница между «заместителем» (арт. 8) и «прокуратором» (арт. 9). Только при тщательном анализе указанных артикулов и судебных дел можно усмотреть эту границу: услугами первого пользовались родственники, больные и немощные люди, услугами второго — зажиточные шляхтичи. Такая нечеткость в регламентации правового статуса прокуратора не определяла и его ответственности за проигранное дело. Однако эта ответственность прослеживается в запрещении быть прокуратором лицу, которое не имеет оседлости, то есть земельных владений в Великом княжестве Литовском, и с которого, в случае проигрыша дела, нечего взыскать. Эта норма и дает основание говорить о прокураторе как специалисте, для которого заместительство стало профессией и услуги которого стали оплатными, то есть идет речь об адвокате в современном его понимании. Большинство исследователей литовско-русского права допускают ошибку, когда отождествляют прокуратора с адвокатом [см., например: 8, с. 51; 9, с. 110–115]. На самом же деле во времена, которые исследуются, термин «адвокат» имел совсем другое значение. Как уже указывалось, он сложился в городах с магдебургским правом и дословно переводился как «войт», наместник. Именно в этом значении он и использовался в Великом княжестве Литовском и в других странах Европы [10, с. 378].

Последующее развитие института судебного представительства получил в Статутах Великого княжества Литовского 1566 и 1588 годов, где ему посвящено значительно больше артикулов: во II Статуте — арт. 31—37 разд. IV, в III Статуте — арт. 55—61 разд. VI [11; 12]. В Статуте 1566 года четко разграничиваются заместитель как уполномоченный ответчика и прокуратор как адвокат. Статут устанавливает, что сторона и представитель стороны равны в правах. Тем лицам, которые недостаточно осведомлены в вопросах права, предоставляется право поручить ведение своего дела прокуратору. Суд должен дать прокуратора тем, кто «...не будучи в состоянии сам вести дело свое в суде и не умея молвить, прокуратора требовал; тогда суд должен ему из вряда прокуратора дать и приказать прокуратору от его имени молвить и дело его вести» (арт. 33). Статут называет и другие случаи, в которых суд должен был

предоставить стороне прокуратора. В частности, суд обязан был «...за оскорбление достоинства нашего господарского ...прокуратора обвиняемой стороне дать». Кроме того, прокуратор предоставлялся тем, кто не имел возможности его нанять. К таким относились сироты, вдовы, которые остались без наследства, все те, кто «...убожеством своим прокуратора иметь и сами дела свои за несостоятельностью своей в суде вести не могли» (арт. 33). Что интересно, так это то, что суд, предоставляя этим категориям лиц прокуратора, обязывал его «даром молвить», то есть предоставлял бесплатные услуги прокуратора тем, кто не имел средств для найма защитника. Прокуратор не имел права отказаться от защиты такого лица под угрозой запрета заниматься представительской деятельностью.

Артикул 54 разд. VI Статута 1588 года разрешает представительство как в гражданских, так и в уголовных делах. Следует отметить, что эта норма нарушает принцип личной ответственности, который провозглашается арт. 18 разд. II этого же Статута: «...каждый сам за свое преступление должен терпеть и наказанным быть».

Артикул 34 разд. IV Статута 1566 года и арт. 58 разд. IV Статута 1588 года открывают ряд норм, посвященных требованиям, которым должен был отвечать прокуратор. У них перечисляются его профессиональные и человеческие качества, определяются основы адвокатской этики, ответственность за ведение дела. Как и арт. 34, арт. 58 запретил членам судебных врядов заниматься адвокатской деятельностью в своих судебных уездах, уточнив, что в других судах они могут выступать как прокураторы. Прокурорами не могли быть «судья, подсудок и писарь, так и те, кто только духовные имения держат» (арт. 34). Духовные лица быть прокурорами также не могли, а «только по своему собственному делу каждому из них разрешено будет в суде отвечать» (арт. 58). Определялись и моральные качества прокуратора. Из документов судебной практики того времени видно, что прокурорами не могли быть люди неосмотрительного поведения, лица, которые были пойманы на месте преступления, или записанные в книгах «Злодейских поволаний», или платили раньше когда-либо за «злодейство», или откупались от казни. Они должны быть «не воры, не плуты, не ябетники, ни корыстовники» [2, с. 53].

Начиная с норм Статута 1529 года, полномочия прокуратора утверждались на судебном заседании при обязательном присутствии на нем ответчика, который устно должен был подтвердить, что он передает ведение своего дела прокуратору. Полномочия прокуратора могли утверждать также «в канцелярии нашей, господарской, или перед врядом земским и гродским, и с того вряда выписка из книг должна взята быть и ее потом прокуратору своему дать, и за таким врядовым свидетельством могут быть прокурорами и неоседлые люди» (арт. 56 разд. IV Статута 1588 года). В случае же болезни ответчика и его невозможности лично засвидетельствовать в суде полномочия прокуратора последний

получал поручительное письмо. Их предоставляли как государственные органы (например, Паны-Рада), так и физические лица.

На судебном заседании прокуратор объявлял, что ему поручено вести чье-то дело, и предъявлял поручительное письмо, которое давало право на выступление в суде: «от господина подкоморого стал господин Юрий Сирутевич и напервей показал лист его под печатью его, в котором пишет господин подкоморый, давая ему моц зуполную стать за себя в праве и отказывати»; «А сам владыка Иосифъ перед нами очевисте не стоял, а речь свою поручил от себя молвить писарю нашему Ивашке Сопезе» [13, № 94, 64].

Оформление поручительного письма должно было отвечать определенным требованиям. Поручительные письма выдавались «с печатью и с подписью руки своей собственной» (арт. 56). Несоблюдение формы лишало поручительное письмо юридической силы. В книге Кременецкого земского суда от 13 января 1571 г. имеется запись об освобождении от явки в суд князя Константина Вишневецкого в деле с панами Челганскими через неправомочие уполномоченного госпожи Челганской [14].

Нарушение прокуратором своих обязанностей (неправильное ведение дела, измена интересам стороны, которая нанимала его и тому подобное) сурово каралось: «...такий, если есть шляхтич, честь теряет, а не шляхтич — жизнь теряет» (арт. 35 разд. IV Статута 1566 года). Статут 1588 года усилил наказание для прокураторов-шляхтичей — они также карались смертью (арт. 59 разд. VI). Подделка вышеупомянутых поручительных писем также каралась смертью: «...если бы кто-нибудь, предпочитая кому-то вред нанести, и прокуратор это совершил и письма от него с печатью его произвел [подработал], а того бы ему сторона не поручала, и через то что-то потеряла... тот прокуратор, кто бы то совершил, никак иначе, только смертью должен быть наказуем» (арт. 36 разд. IV Статута 1566 года).

Страна могла отказаться от услуг судебного представителя или заменить его другим на любой стадии процесса: «А кто бы тоже, стоя перед судом, хотел устраниТЬ прокуратора и сам дело свою вести, или другому прокуратору дело свою поручить; то ему свободно будет» (арт. 36 разд. IV Статута 1566 года).

В результате злоупотреблений прокураторов своими полномочиями, сословия сейма просили Господаря упразднить этот институт в судах Великого княжества Литовского. По этой просьбе Господарь ответил, что привлечение прокуратора к судебному разбирательству — дело частное и добровольное, и если никто не будет нанимать прокураторов, то этот институт исчезнет сам собой [15, с. 347].

Следовательно, приходим к выводу, что невзирая на определенные недостатки, институт судебного представительства крепко укоренился в судебном процессе и стал обязательным фактором демократизации судебной системы на украинских землях в XIV—XVI вв., который в итоге привел к образованию института адвокатуры.

Л и т е р а т у р а

1. Васьковский Е. В. Организация адвокатуры / *E. V. Васьковский*. — С.Пб., 1893.
2. Тарло Е. Г. Проблемы профессионального представительства в судопроизводстве России : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.09; 12.00.11 / *Е. Г. Тарло*. — М., 2004.
3. Российское законодательство X—XX веков. Т. 1. Законодательство Древней Руси. — М., 1984.
4. Слабченко М. Судівництво на Україні XVII—XVIII ст. / *M. Слабченко*. — Х., 1919.
5. Василенко М. Матеріали до історії українського права. В 2 т. Т. 1 / *M. Василенко*. — К., 1929.
6. Борисенок С. Утворення професійної адвокатури в Литовсько-Руській державі / *C. Борисенок*. — К., 1927.
7. Статути Великого князівства Литовського. У 3 т. Т. 1. Статут Великого князівства Литовського 1529 року / за ред. С. В. Ківалова, П. П. Музиченка, А. І. Панькова. — О. : Юрид. л-ра, 2002.
8. Юхो И. А. Основные черты судоустройства и судопроизводства по Статуту Великого княжества Литовского 1529 года / *И. А. Юхо* // Первый Литовский статут 1529 года : материалы resp. науч. конф. — Вильнюс, 1982.
9. Музиченко П. П. Інститут адвокатури в джерелах права українських земель XIV—XVI ст. / *П. П. Музиченко* // Актуальні проблеми держави та права : зб. наук. пр. — О., 1999. — Вип. 6, ч. 1.
10. Лазутка С. Первый Литовский Статут (1529 г.) / *C. Лазутка, И. Валиконите, Э. Гудавичюс*. — Вильнюс, 2004.
11. Статути Великого князівства Литовського. У 3 т. Т. 2. Статут Великого князівства Литовського 1566 року / за ред. С. В. Ківалова, П. П. Музиченка, А. І. Панькова. — О. : Юрид. л-ра, 2003.
12. Статути Великого князівства Литовського. У 3 т. Т. 3. Статут Великого князівства Литовського 1588 року. У 2 кн. Кн. 2 / за ред. С. В. Ківалова, П. П. Музиченка, А. І. Панькова. — О. : Юрид. л-ра, 2004.
13. Акты, издаваемые Виленскою комиссию для разбора древних актов. Т. XVIII. — Вильна, 1891.
14. Кременецький земський суд. Описи актових книг. Вип. 1. Кн. 1—11. — К., 1959. — Док. № 53, арк. 68.
15. Максимейко Н. Сеймы Литовско-Русского государства до Люблинской унии 1569 г. / *N. Максимейко*. — Х., 1902.

А н о т а ц і я

Аракелян М. Р. Розвиток інституту судового представництва у Великому князівстві Литовському. — Стаття.

Стаття присвячена проблемі становлення та розвитку інституту судового представництва у Великому князівстві Литовському, складовими частинами якого були українські землі. Розглядаються повноваження судового представника, його обов'язки, вимоги до особи, яка займала цю посаду. Визначається місце судового представника у судовому процесі.

Ключові слова: інститут судового представництва, судове представництво, судовий представник, прокуратор, адвокат, Статути Великого князівства Литовського, судовий процес.

S u m m a r y

Arakelyan M. R. Development of Institute of Judicial Representation in the Grand Duchy of Lithuania. — Article.

The article is devoted to the problem of becoming and development of institute of judicial representation on Ukrainian lands of the Grand Duchy of Lithuania. Plenary powers of judicial representative, his duties, are examined, requirement to the person, which held this position. The position of judicial representative in a trial is determined.

Keywords: Institute of judicial representation, judicial representation, the judicial representative, the public prosecutor, the lawyer, Statutes of the Grand Duchy of Lithuania, trial.

УДК 340.15:343.296

П. П. Музиченко

СОЦІАЛЬНИЙ ЗМІСТ ГОЛОВЩИНИ І НАВ'ЯЗКИ В СТАТУТІ ВЕЛИКОГО КНЯЗІВСТВА ЛИТОВСЬКОГО 1529 РОКУ

Розділ XI Статуту Великого князівства Литовського 1529 року зветься «Про головщини людей путних, селян і паробків». Серед науковців не існує чіткої думки про те, до якої галузі права слід віднести цей розділ. Відомий білоруський історик права І. А. Юхो беззастережно відносив його до кримінального права й процесу [1, с. 58]. Близчою до істини є точка зору С. А. Лазутки, який вважає, що «строгого правового визначення XI розділу дати не можна, тому що в ньому поряд з нормами кримінального права подекуди сусідять норми цивільного, адміністративного й речового права» [2, с. 427]. На наш погляд, незаперечним позитивом цього розділу є не те, що в ньому відбиті норми різних галузей права, а те, що застосовуючи ці норми до різних груп селянства — цієї основної маси населення Великого князівства Литовського, законодавець дає можливість провести його внутрішньосоціальну диференціацію. Критерієм цієї диференціації є такі види майнової винагороди як головщина і нав'язка.

На початку ХХ ст. розгорнулася жвава дискусія з приводу оцінки інституту головщини. Українські дослідники І. Малиновський і Г. Демченко зараховували цей правовий інститут до кримінального права [3; 4], а польський вчений А. Дубенський [5] — до цивільного. Литовський учений В. Андрюліс не відносив головщину ні до цивільного, ні до кримінального права, оскільки в часи Великого князівства Литовського не існувало поділу норм права на галузі [6]. Поділ на галузі права почав застосовуватися тільки з середини XIX ст. Основою системи права періоду, що розглядається, був поділ права на публічне і приватне. Кримінальні норми зливалися як з публічним, так і з приватним правом. Майнові відносини людей розглядалися як відносини людини з річчю. Порушення приватного права тягнуло за собою зобов'язання, виникнення, дія і припинення яких регулювалися зобов'язальним правом. Отже,

головщина — це не кримінальне покарання, а тільки зобов'язання відшкодувати сім'ї забитого нанесені збитки і тому її слід вважати одним із видів зобов'язань. Головщина вважалася додатковим покаранням і її розмір залежав від станової приналежності вбитого. Грошовим штрафом, який призначався за нанесення ран, побоїв, незначну крадіжку, яку було скоєно вперше, була так звана нав'язка. За Статутом 1529 року вона застосовувалася як основна і як додаткова міри покарання. Виникає запитання, чому законодавець цілий розділ присвятив головщині та нав'язці селянам?

Селянство було головним виробником продуктів. Селяни господарювали її обслуговували в порядку панщинних повинностей господарства феодалів. Вони ж становили її значну частину армії під час збору ополченъ (посполитого рушення). У правових та інших актах того часу селян іменували людьми, простими людьми, підданими. Ці терміни охоплювали всіх селян або навіть усіх простих людей, включаючи її міське населення, без врахування їх майнового й правового становища.

Усі залежні селяни підрозділялися на людей господарських, залежних безпосередньо від великої князівської адміністрації, людей панських (власницьких), залежних від окремих феодалів, і церковних, залежних від церков, монастирів і вищого духовництва. Найбільш заможні селяни, що виконували військову повинність чи несли іншу службу (гінці, візники, ловчі тощо), іменувалися боярами, путними людьми, боярами панцирними, боярами-слугами. Вони визнавалися вільними й за певних умов мали право переходу до іншого феодала. Основну масу залежних від феодала селян становили люди тяглі, нижчу сходинку яких займали паробки.

Зміст норм XI розділу Статуту Великого князівства Литовського 1529 року виділяє три категорії «простих людей». До першої, вищої, категорії належали путні люди й бортники (садівники, псарі, осочники, ловчі та ін.), які окремими артикулами Статуту поставлені в привілейоване становище. Ця вища категорія селян, як свідчать джерела, не була численною. За вбивство представників цієї категорії встановлювалися більш високі суми головщини. Відомості про них зафіксовані в більшості книг записів Литовської Метрики, поряд з путними й тяглими селянами перевраховуються й згадані категорії селян. Наприклад, у становому записі Григорієві Астикасу на Дорсунишкський двір великого князя говориться: «Маеть онъ тотъ двор нашъ Дорсунишки в той сume пенезей деръжати з местомъ и зо всими людми... путъными и данъными, и тяглыми, и с конюхи, и с конокормъцы и з лейти, и съ псарцы, и з ловцы, и осочники, и съ соленики...» [2, с. 427].

Розподіл населення непривілейованого стану на різні категорії знаходимо в найдавніших пам'ятках права, починаючи із Законів Хаммурапії. Досить докладний розподіл селянського стану на різні категорії: вільних людей, смердів, слуг, холопів, челядь та ін. дається в статтях Руської Правди. Такий розподіл є й у Саксонському Зерцалі, й в інших пам'ятках

середньовічного права. Однак можна із упевненістю стверджувати, що такої докладної класифікації селянства на категорії, обумовлені їх головшинами, яку бачимо в артикулах XI розділу Статуту 1529 року, немає в жодній феодальній пам'ятці права. Звичайно, у реальному житті категорій селян, як уже вказувалося, було значне більше.

Головною ознакою, що визначала ту чи іншу категорію селян, залишався характер феодальної повинності або служби кожному феодалові окрім й феодальному господарству, феодальному суспільству у цілому. Саме ця ознака є вирішальною при визначенні привілейованого становища окремих категорій селян серед основної маси тяглого селянства. Між іншим, ця основна його маса в Статуті 1529 року досить стійко іменується одним терміном «чоловек». Якщо в артикулах розділу зустрічається термін «люди» без усякого додаткового пояснення (арт. 3 і 4), він означає тяглого, залежного селянина.

На найнижчому щаблі цієї категорії селян знаходилися невільні, визначеню правового статусу яких так чи інакше присвячена більшість артикулів розділу. Як підкреслює С. А. Лазутка, у нормах Статуту «переплітаються основи старого рабовласницького права з нормами, продиктованими феодальними відносинами» [2, с. 428]. І все-таки, у цьому синтезі норм двох правових епох переважають перші. Особливо яскраво рабовласницький і феодальний принципи права переплітаються в артикулах, що встановлюють подвійний штраф за побиття заміжніх жінок. Джерела свідчать, що в першій половині XVI ст. норма подвійного штрафу у Великому князівстві Литовському діяла й стосовно незаміжніх дівчат, як вільних, так і невільних, хоча в артикулах Статуту 1529 року вона й не була узаконена. Тим часом, в арт. 1 розділу визначена однакова винагорода за побиття й однакова головщина за вбивство вотчинних ремісників, і чоловіків і жінок усіх категорій селян, як вільних, так і невільних. Очевидно, що тут вартість жінки оцінюється виключно з погляду імунного права феодала, з позиції того, наскільки значим був нанесений йому збиток. Подібна правова норма зафіксована й в арт. 3, який встановлює однаковий штраф за невільних — чоловіків і жінок, оскільки вони є лише власністю феодала. Невільні («челядь невільна») у Статуті 1529 року визначаються декількома термінами: «челядин» (XI, арт. 8, 9; XII, арт. 7), «челядь» (VII, арт. 2; XI, арт. 5, 9, 11; XII, арт. 7), «челядь невільна» (XI, арт. 11; XII, арт. 7), «челядин невільний» (XI, арт. 8) або просто «невільний» (XI, арт. 1, 11), «невільник» (V, арт. 14; XI, арт. 12), «жонка невільна» (XI, арт. 3, 9, 12; XII, арт. 6), «паробок» (XI, арт. 2-4; XII, арт. 6) [7]. І хоча ця категорія селянства в період підготовки Статуту 1529 року була вже незначною, такою, що вже зникала з історичної арени, її кодифікатори, як у цьому розділі Статуту, так і в інших (XII, XIII), приділили чимало уваги. Найбільш важливим положенням Статуту 1529 року про невільних є його узагальнююча норма про те, що «людина вільна ні за який злочин у неволю не повинна взяти бути» (арт. 6). Тим самим Статут звужував джерела інституту неволі, але не

ліквідовував його. У тимчасову неволю попадали так звані закупи (арт. 7). Закупництво є прадавнім правовим інститутом, відомим ще Руській Правді. Хоча закупництво у Великому князівстві Литовському, точніше в землях колишньої Київської Русі, було досить розповсюдженім, однак правове закріплення його норми одержали тільки в одному — арт. 7 XI розділу. Закупництво тісно перепліталося з інститутом неволі, а види його джерел ще мали багато рабовласницьких рис. Артикули XI і деяких інших розділів Статуту 1529 року повністю гарантували захист інтересів тих осіб, які надавали «купу» селянам. За своєю внутрішньою суттю тимчасова боргова залежність у цей період є скоріше кріпосницьким ніж рабовласницьким правовим інститутом. Саме цей факт і визначає певну дієздатність тимчасово невільних у Статуті 1529 року в арт. 5, 6 XI розділу. Судова практика того часу іноді визнає за невільними навіть право на викуп. Як правильно відзначав Г. В. Демченко, хоча в період кодифікації Статуту інститут неволі ще зберігався, він, однак, «уже втратив свій первісний характер: раб досягає деякого ступеня правозадатності й дієздатності» [4, с. 124].

Розділ XI починається ненумерованим артикулом: «Перш за все про головщини путної людини і бортника». Вартість життя селянина і, в якійсь мірі, його місце в ієрархічній градації феодального суспільства визначалися важливістю служби, що виконувалася ним, а часто від цього залежало і його майнове становище. Це й регламентувало розміри головщини, яка, на думку Г. В. Демченка, уже в Статуті 1529 року мала «каральний характер» [4, с. 63]. Отже, вираз «перш за все...» у назві артикула висунув на перше місце дві категорії селян — людей путних і бортників. Вони йдуть поперед ремісників і навіть посадових осіб маєтку феодала, яким визначена та ж, в 12 рублів, головщина й в 3 рублі винагорода — нав'язка за побиття. Виникає питання, чи було правомірним таке їхнє піднесення? Про людей путних («бояри путні», «бояри панцирні»), як найбільш заможну верхівку селянства, можна відповісти ствердно, без усяких застережень. У всіх велиkokнязівських пожалуваннях при перерахуванні селян різних категорій вони завжди йдуть першими [2, с. 429]. Їхнє становище визначалося важливістю роботи, що виконувалася, зокрема путної, свого роду поштової, служби, яка вимагала наявності коней і в цілому заможного селянського господарства. Путні люди не тільки виконували різні дорожні доручення феодала, але й, як правило, супроводжували його у військових походах. Вони, на відміну від інших категорій селян, мали право на купівлю та продаж землі. В одному з актів за 1524 р., тобто ще до прийняття Статуту 1529 року, говорилося: «...иж тые люди путные, а земли под собою мають купленые...» [8, с. 135]. Ось чому за їхні голови, як і за голови тіунів, ключників та інших селян, які виконували адміністративну службу в господарстві феодала, призначалася найвища головщина в 12 рублів. Такі розміри головщин затвердилися в судовій практиці, по суті, ще до прийняття Статуту й строго дотримувалися, особливо після його прийняття.

Точно так само ї за побиття путного селянина присуджувалася більш висока винагорода — нав'язка в 3 рублі [9, с. 161].

Трохи проблематичним і не цілком виправданим є винесення в початок розділу бортників і об'єднання їх з путними людьми — вищою категорією селянства. Тим більше, що ї головщини їх значно нижчі (8 рублів) наступних за ними в арт. 1 ремісників і в арт. 2 — представників адміністративного апарату маєтку феодала. В науковій літературі немає однозначного визначення цієї категорії селян. Справа в тому, що в деяких джерелах бортниками називаються мостобудівники воєнного часу, повинністю яких здавна було «будувати мости, проходи й інші військові спорудження» [2, с. 430]. Із цього випливає, що у Великому князівстві Литовському існували дві різні служби селян-бортників. У зв'язку з цим при трактуванні цієї категорії селянства виникає сумнів, про яких бортників йдеться в Статуті 1529 року. М. К. Любавський трактує їх як бджолярів і виробників меду [10, с. 323]. У Статуті дійсно мова йде про категорію селян, що займаються бджолиним промислом. Це підтверджує ї переклад цього терміна на латинську мову словом *mellificarius* (збирач меду). Дійсно, виробництво меду у феодальному господарстві того часу було важливою дохідною статтею. І все-таки, виносячи цю категорію селянства у своєрідне введення XI розділу, кодифікатри порушили послідовність. По-перше, як побачимо далі, у наступному арт. 1 цього розділу ряд селянських служб перераховується поряд з ремісниками, а їх головщини вище (12 рублів), інші ж категорії селян з такими ж розмірами головщин взагалі не внесені до артикулів розділу. Наприклад, за селян-данників встановлювалася, як і за бортників, така ж (8 рублів) головщина. Ця сума прямо зазначена в одній із справ від 13 листопада 1533 г. (тобто після прийняття Статуту), яку розглядав комісарський суд господарського маршалка Матея Войтеховича Яновича [9, с. 133]. Тому логічно бортники мали б стояти після ремісників і представників адміністрації господарства феодала в окремому арт. 4 разом із представниками інших категорій селянства, рівними їм за розмірами головщини. Цю «непослідовність» певною мірою усунули кодифікатри Статуту 1566 року, об'єднавши в арт. 1 відповідного розділу всі категорії селянства від вищої — панцирних слуг до нижчої — паробків [11].

В арт. 1 продовжене визначення головщин і нав'язок вотчинних селян-ремісників. Та обставина, що тут мова йде про вотчинних ремісників, підтверджують акти того часу. Крім того, ряд селянських служб: сокольники, візники, псари, старші конюхи, які зазвичай в актах того часу перелічуються поряд з путними й тяглими селянами, не тільки в Першому, але й у Другому, і в Третьому Статутах занесені до артикулу, що встановлює головщини вотчинним ремісникам. Дійсно, їхня служба, пов'язана з безпосереднім задоволенням особистих потреб феодала, близька до перерахованих професій ремісників. Звідси й більш високі головщини. З іншого боку, аж до Статуту 1588 року немає ще чіткого

розмежування між вотчинними ремісничими ї чисто селянськими службами. Виходячи саме із цього, кодифікатори й включили такі селянські служби, як візники, старші конюхи, сокольники та інші до розряду ремісничих. Головним вододілом між цими вищими категоріями селян, якщо навіть вони займаються ремеслом, є не реміснича, а тягла служба.

В артикулі встановлюється однаковий розмір головщини в 12 рублів як для ремісників, так і для ремісниць, незважаючи на те, чи будуть вони тяглими чи невільними: «І якби хто із цих ремісників був тяглий або невільний, то йому головщина така сама, а нав'язка — рубль». Ко-дифікатори, встановлюючи однакові високі головщини за селян-ремісників обох статей всіх категорій, виходили тут виключно із власницьких інтересів феодала.

У всіх пам'ятках феодального права адміністрація феодала, яка складалася, як правило, з тих же селян, навіть невільних, займала більш високе становище. Феодал прагнув провести грань між адміністрацією свого господарства й основною масою селянства. Це положення закріплене й у Статуті 1529 року, зокрема, в більш високих головщинах представникам адміністративного апарату господарства феодала: тіунам, приставам, ключникам та іншим, що й зафіковане в арт. 2 XI розділу: «Головшину тіуну, приставу, ключнику, якби хто вбив кого із них на цій посаді, дванадцять рублів грошей, нав'язка за побиття при виконанні посади три рублі грошей». Слова з тексту артикула «при виконанні посади», «на цій посаді» саме й підкреслюють межу між селянами, що виконують адміністративні посади феодального господарства, та іншими. Така висока головщина й така висока нав'язка, рівні компенсаціям вищої категорії селянства — путним людям, покладаються їм лише під час перебування на цих посадах. Друга частина артикула: «А якби який тіун або пристав були звільнені з посади, то головщина їм і нав'язка такі самі, як тяглій людині», виразно вказує на це. Як свідчать джерела, такі такси головщин і винагород посадовим особам адміністративного вотчинного апарату мали давні традиції й особливо строго дотримувалися після прийняття Статуту 1529 року. Тіуни, пристави й ключники були найбільш діяльною частиною вотчинного адміністративного апарату. Умовно цю категорію селян можна було б назвати служивим селянством. Наступні два артикули — 3 і 4, які встановлювали головщини й нав'язки нижчим категоріям селянства — тяглим і паробкам, є своєрідним продовженням перших трьох. Тут головщини значно нижчі, ніж по-передні: за тяглого селянина — 6 рублів, за паробка — 3 рублі; відповідно нижче й нав'язки: тяглому — піврубля, паробку — півкопи грошей.

Звертає на себе увагу те, що в арт. 3 і 4 законодавець, встановлюючи головщини й нав'язки вищим категоріям селянства й вотчинним ремісникам відхилився від формуляра, прийнятого в попередніх артикулах.

По-перше, у трьох перших артикулах усім перерахованим категоріям селянства й ремісникам головщини й нав'язки визначаються разом в од-

ному артикулі. В арт. 3 і 4 вони розмежовані: в арт. 3 встановлюються головщини за тяглих і паробків, в арт. 4 — нав'язка. По-друге, в арт. 4 розділу досить чітко визначені подвійні компенсації дружинам тяглих і паробків: першим — рубль, другим — копа грошей. Цієї норми неухильно дотримувалися й у судовій практиці того часу на всій території Великого князівства Литовського. У деяких актах навіть підкresлювалося, що така нав'язка призначається їм «водлугъ звичаю правъ», «водълугъ уфалы правъ» [12, с. 161]. Проте у всіх цих актах мова йде про замужніх селянок. У перерахованих артикулах XI розділу нічого не говориться не тільки про головщини, але й про нав'язки незаміжнім жінкам-селянкам. Відповідь на це питання також знаходимо в судових актах того часу. У судовій справі за 1517 р. дочці путного слуги Губи призначена подвійна нав'язка за те, що вона була викрадена якимось Давидком Світчичем. При цьому підкresлювалося, що така сума призначається саме тому, що її батько — путний слуга: «...дочку его казали есмо ему навязати два рубли грошей, бо онъ слуга путный» [13, № 333]. Наведений приклад дає підставу стверджувати, що на початку XVI ст., ще до прийняття Статуту 1529 року, незаміжнім вільним селянкам також призначалася подвійна нав'язка. Але з якихось причин цю поширену на той час норму звичаєвого права не узаконив Статут, хоча така норма продовжувала діяти, що знов-таки підтверджують акти судової практики після прийняття Статуту. Так, в одному з них за 1550 р. знаходимо рішення віленського намісника Єпімаха, у якому за нанесення побоїв тіунові Янушу і його дочці Зофеї винуватцеві пропонувалося: «...тивуну Янушу, паробку его, водле статуту, рубль грошей, а дочце тивунової — копу грошей заплатити» [2, с. 434]. Тіун був, очевидно, «у вряді» і відповідно до арт. 2 йому покладалася нав'язка в один рубль. Дівчина — дочка паробка, хоча й тіуна, який перебував на посаді, нав'язку одержує лише як дочка паробка. Така нав'язка дружині паробка узаконена в арт. 4. Отже, цей артикул у судовій практиці застосовувався й до дочек селян тяглих і невільників. Таким чином, усі селянки: і дружини, і вдови, і дочки, відповідно до звичаєвого права, яке збереглося й після прийняття Статуту 1529 року, за побиття або нанесену яким-небудь шляхом образу одержували в порівнянні із чоловіками подвійну винагороду. Артикул 4 розділу завершує узаконення досить важливих правових норм, що визначають розміри головщин і винагород усім категоріям селянства Великого князівства Литовського, починаючи з вищої — путних людей і закінчуючи нижчою — невільниками.

Таким чином, аналіз артикулів XI розділу Статуту Великого князівства Литовського 1529 року, які встановлювали головщини і нав'язки для селян, вказує, з одного боку, на значення селян для економічного розвитку держави, а з іншого — на існування соціальної диференціації селянства, яка з часом призвела до встановлення кріпосних відносин.

Література

1. Юхно И. А. Правовое положение населения Белоруссии в XVI в. / И. А. Юхно. — Минск, 1978.
2. Лазутка С. Первый Литовский Статут (1529 г.) / С. Лазутка, И. Валиконите, Э. Гудавичюс. — Вильнюс, 2004.
3. Малиновский И. Учение о преступлении по Литовскому Статуту / И. Малиновский. — К., 1894.
4. Демченко Г. В. Наказание по Литовскому Статуту в его трех редакциях (1529, 1566, 1588 гг.) / Г. В. Демченко. — К., 1894.
5. Dubienski A. Glowszczyzna w Statucie litewskim trzecim / A. Dubienski. — Lwow, 1906.
6. Андрюлис В. Некоторые процессуальные особенности судебной защиты феодально-го движимого имущества по Литовскому Статуту 1529 года / В. Андрюлис // Первый Литовский Статут 1529 года : материалы респ. науч. конф., посвящ. 450-летию Первого Статута. — Вильнюс, 1982.
7. Статути Великого князівства Литовського. У 3 т. Т. 1. Статут Великого князівства Литовського 1566 року / за ред. С. В. Ківалова, П. П. Музиченка, А. І. Панькова. — О. : Юрид. л-ра, 2002.
8. Литовская Метрика (1522—1530). 4-я книга судных дел. — Вильнюс, 1997.
9. Литовская Метрика (1528—1547). 6-я книга судных дел. — Вильнюс, 1995.
10. Любавский М. К. Областное деление и местное управление Литовско-Русского государства до Люблинской унии включительно / М. К. Любавский. — М., 1915.
11. Статути Великого князівства Литовського. У 3 т. Т. 2. Статут Великого князівства Литовського 1566 року / за ред. С. В. Ківалова, П. П. Музиченка, А. І. Панькова. — О : Юрид. л-ра, 2003.
12. АВАК. Т. XVII. — Вильна, 1890.
13. Русская историческая библиотека. Т. XX. — Петербург, 1903.

Анотація

Музиченко П. П. Соціальний зміст головщини і нав'язки у Статуті Великого князівства Литовського 1529 року. — Стаття.

У статті аналізуються норми, присвячені інститутам відшкодування шкоди за вбивство чи побиття селян — головщинам і нав'язкам. Робиться висновок про прямий зв'язок цих інститутів з соціальною диференціацією селян.

Ключові слова: селяни, головщина, нав'язка, відшкодування шкоди, Статут Великого князівства Литовського.

S u m m a r y

Muzichenko P. P. Social Contents of «Golovshchina» and «Naviazka» in Statut of the Grand Duchy of Lithuania 1529. — Article.

Norms, devoted the institutes of compensation of harm for murder or beating of peasants, are analysed in the article — «golovshchina» and «naviazka». Drawn a conclusion about direct connection of these institutes with social differentiation of peasants.

Keywords: peasants, «golovshchina», «naviazka», compensation of harm, Statut of the Grand Duchy of Lithuania.

УДК 342:340.113(477)

M. П. Орзіх

КОНСТИТУЦІОНАЛІСТИКА У СКЛАДІ ЮРИДИЧНИХ ТЕРМІНО-ПОНЯТЬ

Конституційна дійсність зазвичай уявляється через традиційні категоріальні визначення конституційного права як галузей права і законодавства, науки та навчального курсу, конституційної практики. Це є повністю обґрутованою та визнаною науковою позицією, тому що категорії є «основним «носієм» теоретичної енергії права, що складає інтелектуальний момент його змісту», «нова категорія — завжди еквівалент нового знання» [1]. «Усвідомлює окремий дослідник або ні, ефект його занять, — підкреслював М. Ярошевський, —... залежить від якості тієї категоріальної теоретичної схеми, що працює в його голові і керує його дослідницькими діями» [2].

Але категоріальний склад щодо конституційної дійсності недостатній для її визначення. Поряд зі сталими категоріями виникають нові терміно-поняття, які не сягають до рівня категорій — першопонять, гранично загальних, основоположних понять, що визначають предмет дослідження або практичної діяльності, їх співвідношення та взаємодію.

Такий зв'язок спостерігається історично з давніх часів між науковою та навчальним курсом конституційного права, що обумовлено взаємопроникненням юридичної освіти і науки, розвитком юридичної науки у навчальних, університетських центрах. Слушні судження про те, що право «говорить доктринальною мовою» (В. Нерсесянц), доктринальне та законодавче у праві «практично зрівнюються» (Р. Давид), доктрина стає «ненормальним джерелом права» (М. Марченко) та «повноцінним джерелом правозастосовчої практики» (Т. Пряхіна) перш за все стосуються конституційного права. Водночас об'єкт науки, що В. Нерсесянц суттєво відрізняє від її предмета, є «те, що підлягає науковому вивченню» [3], доктринальному осмисленню, що здійснюється не тільки у сфері «чистої» науки, але ж й у процесі освіти, викладання навчальних курсів, які можливо розглядати «як адаптовану для цілей викладання доктрину» [4].

Переконливою ілюстрацією є основоположний принцип конституційного права — верховенство права, який, до того як стати принципом права, мав багаторічну історію доктринального розвитку. «Мало-успішність вітчизняного пізнання» цього принципу, що визначається як «доктринальний» «глухий кут» [5], привело до законодавчого та право-застосовчого «різночитання» самого принципу (пор., наприклад, ст. 8 Конституції України, ст. 8 Кодексу адміністративного судочинства та Рішення Конституційного Суду України від 2 листопада 2004 року — справа про призначення судом більш м'якого покарання). Це не могло не відобразитися у навчальній літературі [6].

Тому турбота про динамічне наповнення навчального курсу конституційного права новою проблематикою, «що ще підлягає науковому вивченню», дає науково-освітній та практично-прикладний поштовх щодо розвитку конституційного права (за всіма його іпостасями) та підготовки вітчизняних фахівців, отже й до розвитку юридичної практики.

Органічний зв'язок права — науки — освіти — практики переконливо доводиться в умовах переходу сучасного світу від індустріального до інформативного суспільства, коли «інформаційний простір, інформаційні ресурси, інформаційна інфраструктура та інформаційні технології значною мірою впливають на рівень і темпи соціально-економічного, науково-технічного і культурного розвитку» [7].

Інформація, що є у науковій сфері, орієнтована на практику (у широкому соціальному розумінні, включаючи освіту та просвіту), яка є користувачем її результатів та критерієм істинності результатів наукових досліджень. Однак в юридичній сфері суспільної діяльності, по-перше, не будь-яка практика може бути критерієм істини (наприклад, у сferах нормотворчої, адміністративної чи судової діяльності), сама практика може бути неістинною, не відповідати об'єктивно діючим закономірnostям суспільства, «соціальній константі» права [8] вже тому, що вона не завжди відповідним чином зацікавлена у реалізації раціональних пропозицій науки, що ґрунтуються на узагальненні суспільного досвіду.

По-друге, не завжди практика у наведеному сенсі може справитися з потоком тверджень, які формулюються у ролі істин, нерідко потрібним є попередній «переклад» наукових істин та висновків на прикладну мову освіти та практичної юриспруденції. Крім того, є якийсь період між встановленням та загальним визнанням істини, її реалізації, обумовлений рівнем та обмеженими можливостями діючих організацій науки та освіти, технології наукового пошуку та дидактики освіти, ресурсів науки та освіти, напрямів, тенденцій, підходів у практиці, що орієнтована, наприклад, на догму права або «живе право», нарешті, особливостями діяльності вченого-юриста, викладача, практикуючого юриста, що зв'язані з необхідністю визнання результатів науки.

По-третє, залишається нерозв'язаною проблема формалізованих показників якості та ефективності юридичної науки, освіти та практики, методик їх визначення, які зазвичай «переносяться» з других галузей

науки чи розраховуються, наприклад, по рейтингах, критерії яких викликають сумнів [9] чи по показниках економічного ефекту. Економіко-практичний підхід (за підрахунками очікуваного, а не реального економічного ефекту) у подібних випадках достатньо складний та методологічно не завжди доцільний.

Ці судження відображають процеси, які відбуваються у суспільстві та в освіті, що «має ключеве значення для майбутнього України» (О. Кендюхов), з врахуванням того, що освіта — це не тільки передача інформації, але ж її виробництво, накопичення, примноження знань, умінь та навичок, що відображаються на соціальній практиці та опосередковано — в науці.

Щодо конституційного права тут виникає проблема нових знань, що не одержали єдиного розуміння в науці, освіті, практиці, не мають ще науково обґрунтованого та загальновизнаного змісту, структури, місця в навчальному курсі. Ці знання лише є об'єктом науки, що підлягає науковому вивчення. Але ж вимоги до сучасної підготовки фахівців, особливості предмета конституційного права, його ролі в інтеграції соціально-політичних думок кожного громадянина в єдину правову позицію громадянського суспільства, що одержує у цьому процесі самостійну конституційну правосуб'єктність, потребують звернення до цієї проблематики. Вона включається як необхідна складова у безперервний процес: наука — освіта — практика — інновації — упровадження — результат.

Додаткові складності щодо конституційного права виникають у зв'язку із тим, що «на відміну від інших юридичних наук, предметом вивчення яких є відповідні одноіменні галузі права, наука конституційного права досліджує не тільки конституційно-правові норми і інститути, а її процеси, пов'язані з їх реалізацією», тобто її предмет — «вся сфера суспільних відносин, що підпадають під конституційно-правове регулювання» [10]. Цим пояснюється потреба звернення науки конституційного права, зокрема, до теорії систем, інформатики, кібернетики, конституційної соціології, конфліктології, електоральної технології.

У цьому ж зв'язку найважливіша характеристика науки — її методологія не може бути, стосовно конституційного права, представлена як «вчення про методи пізнання конституційно-правових реалій» [11], «суміність основних положень та вимог теорії пізнання» (Н. Пархоменко). Методологія не може уявлятися тільки як сфера гносеології, вона має вирішувальне для конституційної практики значення. Взагалі навряд чи можливо обмежувати методологію методами пізнання або вченням про них.

У дійсності методологія конституційного права — це передусім теорія і практика концептуального підхода не тільки до конституційно-правових інститутів, нормативних правоположень, конституційних постулатів (аксіоматичних положень, принципів), але ж її до конституційних процесів (конституціоналізації), які за своєю природою «втягають» практично увесь спектр суспільних відносин, що впливають на конституційну

дійсність та не обмежені загальновизнаними науковою і практикою суто конституційними явищами.

Як переконливий приклад можливо навести необхідну в сучасних умовах діяльності конституційної юстиції науково-практичну настанову від позитивізму та неопозитивізму, його подолання з позицій загальних принципів конституційного права та цінностей природно-правової доктрини до концептуалізації юридичного реалізму. При цьому ці настанови-позиції можуть на практиці зближуватися, але їх можуть взаємовиключатися, вирішально визначаючи конституційну практику. Так, постійний представник Верховної Ради України у Конституційному Суді України А. Селиванов стверджує, що «аналітичному праворозумінню нема альтернативи у діяльності Суду» [12].

А суддя Конституційного Суду України О. Мироненко вперше в офіційний конституційній практиці фактично заперечує цьому, звертаючись до деонтологічної аргументації, що ґрунтуються на розрізненні природного та позитивного права, в окремій думці стосовно вельми резонансної справи (справа про застосування української мови), що, безумовно, спричинила вплив на загальну соціально-політичну обстановку в країні, уявила «реальну загрозу розпалювання міжетнічних, соціальних конфліктів, суттєвого підриву авторитету української мови... (яка. — M. O.) має близькі перспективи, але тільки у тому разі, якщо вона буде еволюціонізувати природним шляхом, у руслі вимог статті 10 та інших положень Конституції України, без політичного чи юридичного авантюризму» [13]. Суддя, зокрема, вказує, що конституційне провадження у справі відкрито «на підставі умоглядних, суб'єктивних припущень у формі політичних гасел, без будь-яких правових обґрунтувань», у результаті чого перед судом поставлено «політичне, а не юридичне питання, тобто судова влада втягується у вирішення виключно політичних питань... (що. — M. O.) несе загрозу повного руйнування правової системи України...».

Цього можливо уникнути тільки тоді, коли законотворення у Верховній Раді України та конституційне провадження у суді «буде здійснюватись з методологічних і концептуальних позицій дійсного, а не удаваного верховенства права, раціоналістичного (юснатуралістичного) праворозуміння, тобто з позицій «елегантної» юриспруденції, філософії права, а не застарілої юридичної докторатики нормативістів». Тільки тоді буде реалізовано постулат: «у правовій державі не можуть діяти неправедні норми».

Рефлексом науки у цій ситуації буде поява нових конституційних уявлень, що визначатимуться новими незвичними терміно-поняттями із цілеспрямованістю на категоріальну перспективу. Крім того, наведене є переконливим привідом щодо широкого теоретичного уявлення про зміст методології з включенням в її склад не тільки концепцій і методів як засобів пізнання, але ж їх засобів діяльності. Методологія, доводив П. Недбайло, це «теорія, що приведена у дію.» Поряд з методами пізнан-

ня і практичної діяльності методологія включає методики — засоби пошуку, збору, систематизації, використання конституційно-правової інформації, якість, повнота, вибірковість якої, як відомо, обумовлює ефективність будь-якої діяльності у сферах пізнання та суспільної практики.

У цьому сенсі недостатньо користуватися звичними узагальненнями — конституційне право, законодавство, наука, практика, навіть такими категоріями, як «поняття конституційного права, що є граничною категорією науки», чи конституційний устрій як «основна інтегрируюча та гранична категорія» конституційного права [14] або конституціоналізм — центр, навколо якого «обертається» вся конституційно-правова проблематика [15].

У наведеній ситуації виникає необхідність пошуку інтегративного початку, інструментального та достатньо універсального для науково-освітнього та практично-прикладного категоріального виміру конституційного права. Тут, в «категоріальному строю науки» [16], що становить внутрішню її логіку («будь-яка наука є прикладна логіка» [17]) та одночасно «живий дух дійсності» [18], виокремлюється «інваріантне ядро» [16] — основна «збірна» (С.Алексєєв) категорія, інтегруюча чи така, що має сучасний потенціал для більш загальної характеристики конституційної дійсності.

У цьому просторі виникають, одержують розвиток, трансформуються конституційні норми, інститути, постулати (догма права); конституційне законодавство (нормативно-правовий масив); конституційні правовідносини (соціологія права); конституційність (критеріальна ознака щодо правовідносин); конституціоналізація (процес, орієнтований не тільки на приведення суспільних відносин у відповідність конституційним вимогам та постулатам, але ж й на «примішування» конституційних ідей і норм до іногалузевих правовідносин); конституційна свідомість (знання, теорія, наука); конституційне конструювання у нормальніх, звичайних умовах або у «позаштатній», конфліктній ситуації (конституційна інженерія); конституційні уміння та навички (конституційна технологія); конституційна практика, що передбачає звернення не тільки до діючих у конституційно-правовій дійсності юридичних постулатів (на рівні догми) та конституційної ідеології у широкому розумінні, але ж й до презумпцій, традицій та звичаїв, навіть конституційно-правових фікцій, позаяких конституційна практика неможлива; навчальна дисципліна (навчальний курс). І цей змістовний перелік не є вичерпним, він постійно збагачується, наповнюється новим змістом, його складові розвиваються та упроваджуються у суспільне життя достатньо дискретно, щоб мати змогу на кожному історичному етапі висувати вимоги щодо системності цих конституційних явищ, навіть з огляду на елементарні вимоги до системи як, зокрема, наявність необхідних та достатніх складових для її функціонування.

Щодо такого виміру всього того, що «підпадає під конституційно-правове регулювання» (Н. Мяловицька), є конституціоналістика. На відміну

від, наприклад, уявлень у зарубіжній літературі, де зазвичай конституціоналістика ототожнюється з конституційним правом [19], адміністративистики, що представляється в літературі «як узагальнююча правова категорія, що уособлює публічне право» [20], цивілістики «на юридично-побутовому рівні, властивому для довідкових видань», що взагалі не є узагальнюючим поняттям щодо галузевих суспільних відносин, не є галуззю юридичної науки [21]. Це точніше, як переконливо доводить Є. Харитонов, є «відправним пунктом наукових розвідок у галузі цивільного (приватного) права» [22]. Але ж всупереч позиції автора, думається, що згадувані «розвідки» не одержують обов'язкової щодо їх ефективності «системності». Вони є об'єктом науки, що поступово змістово збагачуються, структуруються, «завойовують» своє місце, роль та значення у конституційно-правовій дійсності, що має визначатися не тільки категоріальним складом сучасної науки конституційного права, але ж й терміно-поняттями, що ще підлягають науковому вивченню та можуть інтегруватися як нове юридичне терміно-поняття — конституціоналістика.

Література і примітки

1. Кашанина Т. В. Оценочное понятие в советском праве : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Свердловск, 1974. — С. 4; Васильев А. М. Правовые категории. Методологические аспекты разработки системы категорий теории права. — М. : Юрид. лит., 1976. — С. 27.
2. Ярошевский М. Г. Психология в XX столетии. — М. : Политиздат, 1971. — С. 19.
3. Нерсесянц В. С. Юриспруденция. Введение в курс общей теории права и государства. — М., 1998. — С. 71.
4. Княгинин К. Н. Курс конституционного права и развитие конституционного законодательства, конституционной правореализационной практики, конституционной доктрины // Конституционное право: содержание и структура курса : материалы семинара. — Красноярск, 1999. — С. 5.
5. Головатий С. Верховенство права: український досвід. Кн. 3. — К. : Фенікс, 2006. — С. 1385, 1400.
6. Конституційне право України : підручник. — К.: Наук. думка, 1999. — С. 162; Фрицький О. Ф. Конституційне право України : підручник. — К.: Юрінком Інтер, 2004. — С. 103; Введение в украинское право. — О. : Юрид. л-ра, 2009. — С. 649.
7. Доктрина інформаційної безпеки України: Указ Президента України від 8 липня 2009 року // Офіційний вісник України. — 2009. — № 52. — Ст. 1783
8. Козловський А. А. Право як пізнання: Вступ до гносеології права. — Чернівці : Рута, 1999. — С. 118.
9. Садлак Я. Університетські рейтинги та їх вплив на якість вищої освіти // Дзеркало тижня. — 2008. — 26 квіт.; Кендюхов О. Ілюзія освіти // Дзеркало тижня. — 2008. — 22 листоп.; Юридична освіта в Україні потребує негайної реформи // Голос України. — 2008. — 28 листоп.; Каленюк І., Корсак К. «Вибухові явища у вищій освіті» // Науковий світ. — 2009. — № 5. Пор.: Лазарев В. В. Ефективность примененияльных актов. — Изд-во Казанского ун-та, 1975. — С. 90 и след.
10. Мяловицька Н. Конституційно-правова реформа і методологія науки конституційного права // Вісник Конституційного Суду України. — 2006. — № 2. — С. 24.
11. Тодыка Ю. Н. Конституционное право Украины: отрасль права, наука, учебная дисциплина. — Х. : Фолио, Райдер, 1998. — С. 176.

12. Сучасний конституціоналізм та конституційна юстиція : матеріали Міжнар. наук.-практ. конф. — О. : Юрид. л-ра, 2001. — С. 140.
13. Тут і далі наведені цитати з джерела: Вісник Конституційного Суду України. — 2000. — № 1. — С. 10–15.
14. Богданова Н. А. Система науки конституційного права. — М. : Юрістъ, 2001. — С. 12, 160.
15. Орзих М., Крусян А. Современный конституционализм в Украине. — К. : Алерта, 2006. — С. 4 та наст.
16. Ярошевский М. Г. Логика развития науки и научная школа // Школы в науке. — М., 1977. — С. 23.
17. Ленин В. И. Полное собрание сочинений. Т. 29. — С. 183.
18. Гегель. Сочинения. Т. 1. — М., 1930. — С. 238.
19. Bobus Tomsa. O filosoficke vychove pravnika.-csp. — Bratislava, 1927. — S. 399; Common Market Law Review. — 2005. — Vol. 42. — P. 9.
20. Ківалов С. В. Адміністративістика як об'єкт наукових пошуків: запрошення до обговорення // Часопис адміністративістики. — 2008. — Вип. 1. — С. 4.
21. Харитонов Є. О. Нариси теорії цивілістики (поняття та концепти). — О. : Фенікс, 2008. — С. 10 та наст.
22. Там само. — С. 12.

А н о т а ц і я

Орзіх М. П. Конституціоналістика у складі юридичних терміно-понять. — Стаття.

Конституційна дійсність зазвичай визначається традиційними категоріями. За підставою відмінності об'єкта науки від її предмета зроблена спроба довести необхідність збагачення терміно-понять інтегруючим терміном — конституціоналістика.

Ключові слова: конституціоналістика, категорія, об'єкт науки.

S u m m a r y

Orzikh M. P. Constitutionalistics in the System of Legal Termino-concepts. — Article.

The constitutional activity is usually defined with the traditional categories. It the article author states, that there is the necessity of an introduction of a new term — «constitutionalistics». This term has an integrative nature and is proposed on the basis of differentiation between the subject of the science and the object of the science.

Keywords: constitutionalistics, category, sciense subject.

УДК 342.72/73(477)

A. P. Крусян

КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВА СВОБОДА ЛЮДИНИ ЯК МЕТА СУЧАСНОГО КОНСТИТУЦІОНАЛІЗМУ

Людина у доктрині та практиці конституціоналізму посідає провідне місце. Бо людина — це енергетичний центр парадигми конституціоналізму, головний ціннісний орієнтир його подальшого розвитку, індикатор перевірки на можливість реалізації конституційної теорії, ідеології і практики, а визнання, забезпечення та захист конституційно-правової свободи, її вираження в правах та законних інтересах людини є практично кінцевою метою функціонування системи конституціоналізму.

Концепція свободи є однією з ключових у концептуальній парадигмі сучасного конституціоналізму. Свобода як стан особистості в суспільстві — це одна з найважливіших та дискусійних проблем у правовій науці. Водночас ця проблема є об'єктом та предметом дослідження філософії. Свобода завжди належала до вищих соціальних та політико-правових цінностей. Так, існує точка зору, згідно з якою «дійсна, справжня демократія — це демократія розвитку, де всі механізми державного регулювання, громадянського суспільства і приватної ініціативи відповідають демократичним цінностям» [19, с. 101]. При цьому визначення демократичних цінностей соціуму набуває гносеологічного значення для розкриття сутності свободи людини як цінності сучасного українського конституціоналізму. Так, у працях мислителів минулого (Платона, Арістотеля, Н. Макіавеллі, Дж. Локка, ідеологів Нового і Новітнього часу) можна знайти згадку про три найважливіші цінності політично організованого суспільства, без яких неможливо досягти соціальної справедливості та стабільності, — це свобода, рівність і власність.

Таким чином, ґрунтуючись на історії та теорії демократії, можна відлити три її постулати, значущі для сучасного конституціоналізму і навколо яких, в тій чи іншій мірі, обертаються всі концептуальні ідеї і доктрини, а саме: свобода, рівність і влада, що виражає волю більшості (народовладдя). Однак ці «вічні цінності» в різні історичні епохи,

в різних державах, в різних умовах набувають різного значення, тобто їх зміст представляється не статичним, а схильним до перманентних змін діалектичного характеру, відповідних розвитку конституціоналізму.

Із вказаних категорій найбільшою мірою вимагає своєї конкретизації з юридичної точки зору «свобода», оскільки це запозичена юриспруденцією філософська категорія і, крім того, саме вона найближча до юридичних фікцій. Тим більше, що Платон, міркуючи про свободу як про «благо демократії і до чого вона ненаситно прагне», застерігав, що «саме це (надмірна свобода. — А. К.) її й зруйнує». «Адже надмірна свобода, — міркував філософ, — мабуть, і для окремої людини, і для держави обертається не на що інше, як на надмірне рабство», «інакше кажучи, з крайньої свободи виникає найбільше і найлютіше рабство» [17, с. 92—93]. Проте свобода разом з рівністю і владою має безперечну цінність як для особи, так і для суспільства. Свобода більшою мірою, ніж інші демократичні цінності, потребує захисту, оскільки через об'єктивні та суб'єктивні чинники понад усе схильна до посягань.

Про свободу як соціальну цінність міркували країні уми людства. Так, у творах «отця класового компромісу», видатного англійського мислителя Дж. Локка розкриваються питання про сутність і ступені свободи (несвободи) людини. У «Двох трактатах про правління» Локк розрізняє «природну свободу людини», яка полягає в тому, «щоб не бути нічим зв'язаним, окрім закону природи», і «свободу людини в суспільстві», зокрема «свободу людей в умовах існування системи правління», яка полягає в тому, «щоб жити відповідно до постійного закону, спільногого для кожного в цьому суспільстві і встановленого законодавчою владою, створеною в ньому; це — свобода слідувати моєму власному бажанню у всіх випадках, коли цього не забороняє закон, і не бути залежним від непостійної, невизначеної, невідомої самовільної волі іншої людини» [12, с. 191].

Аналізуючи наведені ліберальні ідеї, англійський політолог В. Гринліф у своїй роботі «Британська політична традиція» резюмував, що в працях Локка «ми знаходимо вимоги свободи і недоторканності особи», при цьому першорядне значення має свобода окремої людини як самостійної розумної істоти, незалежної і рівної серед собі подібних одиниці утворення і соціально-політичної дії [3, с. 16]. Крім того, незаперечною позитивною якістю вчення Локка є зв'язок між свободою, владою держави і законом, який чітко простежується. Зокрема, свобода, за Локком, має межі. По-перше, людина підкоряється законодавчій владі, «яка встановлена за згодою в державі» (цей висновок ґрунтуюється на тезі: «свобода людини в суспільстві полягає в тому, що вона не підкоряється жодній іншій законодавчій владі, окрім тієї, яка встановлена за згодою в державі»), а також свобода обмежена рамками закону («свобода слідувати моєму власному бажанню у всіх випадках, коли цього не забороняє закон») [12, с. 191]. У цій інтерпретації принцип свободи стосується безпосередньо особи та полягає у відсутності заборон, прямо не встановлених законом.

Водночас, трактуючи свободу людини з юридико-правової точки зору, у контексті конституціоналізму, принципового значення набуває розкриття концепту свободи через визначення її співвідношення не тільки з законом, але й з правом. Зв'язок свободи та права знайшов своє обґрунтування у працях класиків правової думки. Так, за Гегелем, «підґрунтя права — це загалом духовне, а його найближче місце ї висхідна точка — це воля, яка вільна; тим-то її субстанцію ї визначення становить свобода; система права — це царство здійсненої свободи, світ духа, породжений ним самим, мовби другою натурою» [2, с. 24]. Таким чином, здійснення свободи відбувається у системі права, а свобода є субстанцією волі: «адже свобода — це таке саме визначення волі, як вага — основне визначення тіла» [2, с. 24]. Право у гегелівській філософії визначається через «вільну волю». «У тому, що буття взагалі — це буття вільної волі, — визначає філософ, — якраз і полягає право. Таким чином, право — це взагалі свобода у формі ідеї» [2, с. 43].

Розвивав ідею щодо взаємозалежності свободи та права представник історичної школи права Г.Ф. Пухта, який обґруntував вихідний тезис: «основне поняття права є свобода». За його думкою, саме «в силу свободи людина — суб'єкт права. Її свобода є фундамент права, всі юридичні відношення витікають із неї» [1, с. 279]. Г. Ф. Пухта також, як й Гегель, співвідносив свободу з волею. Зокрема, він підкresлював, що «людина тому суб'єкт права, що їй належить... можливість самовизначення, що вона має волю». Водночас в обґрунтуванні права «можливістю волі» відображеній ї такий принцип права як принцип рівності: «Право є визнання свободи, що рівномірно належить всім людям як суб'єктам волі» [1, с. 279]. Сучасні дослідники також наголошують на фундаментальному зв'язку права та свободи особистості: «Кінцевою метою права як соціального інституту є забезпечення свободи кожного та умов для розвитку особистості» [9, с. 98–99].

Таким чином, свобода людини у суспільстві має безпосередньо відображення у праві. Вона затвержується, утілюється та реалізується через право.

У сучасній конституційно-правовій науці дослідники найчастіше визначають свободу людини через її співвідношення з об'єктивним правом. Так, А. Ю. Олійник розрізняє поняття суб'єктивна свобода та конституційна суб'єктивна свобода. Порівняно-правовий аналіз цих концептів дозволяє зробити висновок, що вони співвідносяться як ціле та частина. Так і суб'єктивна свобода, і конституційна суб'єктивна свобода — обидві означають «юридичні можливості» особи з тією різницею, що в першому випадку вони (юридичні можливості) «закріплени об'єктивним правом» у цілому, а в другому — вони закріплени нормами безпосередньо конституційного права. Крім того, розкриваючи поняття конституційної суб'єктивної свободи, підкresлюється, що ці юридичні можливості «здійснюються людиною без втручання в процес їх реалізації з боку держави, її органів і посадових осіб, об'єднань громадян, громади,

органів, посадових і службових осіб місцевого самоврядування та гарантується ними» [15, с. 71].

Отже суб'єктивна свобода та конституційна суб'єктивна свобода припускають певні межі поведінки людини, яка має тільки ті можливості, що «закріплені» об'єктивним (та, зокрема, конституційним) правом. Безпосередньо з об'єктивним правом (у тому числі конституційним правом) детермінована свобода людини як цінність та мета конституціоналізму. Звідси можливим є її визначення як конституційно-правової свободи.

Конституційно-правова свобода — це свобода в межах, окреслених правом і основаною на ньому конституцією держави. У сучасному конституціоналізмі свобода має конституційно-правові межі. Як справедливо констатує М. П. Орзіх, право акумулює соціальний досвід спілкування людей, регулює, корегує взаємовідносини людей у суспільстві. Право забезпечує, і це є особливо важливим для торжества конституціоналізму, не тільки «свободу для» — для активної діяльності, дійового самовираження особистості, але й «свободу від» — від обмежень та втручання в життєдіяльність особистості [16, с. 98].

Виходячи з теорії та практики конституціоналізму, доктринального значення набуває концепт конституційно-правової свободи людини, яка визначає не межі поведінки, тобто робити тільки те, що передбачено (закріплено) об'єктивним правом, а межі свободи, яка окреслена правовими нормами та яка існує незалежно від того, законодавчо закріплена вона чи ні. Тому слушною уявляється думка А. М. Колодія, що конституційна свобода людини — це її можливість діяти в межах чинного законодавства за власним розсудом [18, с. 200]. Водночас у демократичному, правовому, конституційно організованому суспільстві межі свободи дії людини мають бути визначені Конституцією — Основним Законом держави та конституційним законодавством.

Свобода людини в контексті сучасного конституціоналізму — це конституційно-правова свобода, її іншої свободи в системі сучасного конституціоналізму бути не може при дії принципів: «дозволено все, що не заборонено законом» та «свобода однієї людини обмежена свободою іншої людини». Сутність та система конституціоналізму встановлюють характер і міру взаємовідносин публічної влади і людини, забезпечуючи тим самим для людини конституційно-правову свободу як відносини «проникаючих» можливостей права і «правовільного простору» [16, с. 92–94], а для публічної влади — правовий простір, вихід за межі якого означає неправомірне втручання публічної влади в життєдіяльність людини.

Конституційно-правова свобода належить людині і не залежить від держави, яка, обмежуючи (самообмежуючи) свою владу, визначає та конституційно закріплює межі невтручання у сферу індивідуальної свободи людини.

Конституційно-правова свобода людини як мета конституціоналізму виражається в існуванні сфери індивідуальної свободи від будь-яких

неправових (неконституційних) обмежень та втручання. Крім того, конституційно-правова свобода людини забезпечує свободу індивіда (індивідуальну свободу) щодо активної дії, самовираження особистості, тобто можливості індивідуального вибору варіанта поведінки.

Таким чином, індивідуальна свобода — це реально існуюча незалежність від неправового (неконституційного) втручання держави та інших соціальних суб'єктів (як зазначається в правовій літературі, однією з реалій сучасного життя виступає поява нових центрів влади, таких як асоціації різнопланового характеру, політичні партії, профспілки, корпорації тощо, а це означає, що індивід тепер зазнає тиску й відчуження не лише з боку державного апарату [7, с. 137]) у сферу індивідуальної життєдіяльності людини, можливість індивідуального вибору варіанта правової поведінки та його здійснення в особистих чи корпоративних, колективних, інших соціальних інтересах.

Конституційно-правова свобода людини, зміст якої виражається в індивідуальній свободі, у теорії та практиці конституціоналізму означає відсутність свавільного державного втручання у сферу індивідуальної життєдіяльності особи. У зв'язку з цим набувають принципового значення взаємовідносини, що складаються між державою та людиною. Проблема взаємовідносин між державою та людиною не втрачає своєї актуальності протягом всієї історії людства. В історичному розвитку підходів до цієї проблеми можливо відокремити системоцентристський та персоноцентристський напрямки. Персоноцентризм визначає людину як найвищу точку та «мірило всіх речей», а в системоцентристському (соціоцентристському) підході людина чи зовсім відсутня, чи розглядається як щось допоміжне, яке в змозі принести більшу чи меншу користь лише для досягнення якихсь надособистісних цілей [14, с. 9], — при цьому підході держава домінує над особистістю [22, с. 102]. Звідси виникає важливе питання щодо пріоритету прав людини перед державою чи навпаки. В науці існують різноманітні точки зору на цю проблему. Так, І. І. Лукашук підкреслює, що «значення визнання прав людини вищою цінністю особливо очевидно з урахуванням загальної закономірності: інтереси держави у тій мірі, в якій вони представляють інтереси суспільства в цілому, завжди будуть пріоритетними. Без цього є неможливим ні суспільство, ні держава» [13, с. 11]. Другий напрямок вирішення цієї проблеми ґрунтуються на універсальності та необоротності затвердження пріоритету прав і свобод людини перед правами колективними, будь то нація, держава, міжнародне співтовариство [8, с. 465].

У сучасній юридичній літературі набуває поширення та все більше прихильників третій напрямок, сутність якого полягає у тому, що він, за-перечуючи гіпертрофовані уявлення про індивідуальні чи колективні початки у концепції прав людини та її взаємовідносин з суспільством, державою та іншими формами колективного буття, що були притаманні мінулому, визнає необхідність органічного поєднання у змісті прав та обов'язків людини як особистих, так і колективних початків [4, с. 9]. Цей

підхід ґрунтуються на «законі рівноваги індивідуального та колективного», який є умовою еволюційного (а не революційного) розвитку суспільства та носить універсальний характер [4, с. 9]. В українській конституційно-правовій науці такого підходу додержуються Ю. М. Тодика та О. Ю. Тодика, вважаючи, що при цьому «важливо дотримати баланс інтересів громадянина та держави. Правове регулювання їх взаємовідносин повинно бути спрямовано на оптимальне поєднання публічних та приватних інтересів, але при цьому в жодному разі не можна приижувати роль держави» [22, с. 103]. Такі наукові напрямки можна охарактеризувати як концепцію балансу (рівноваги) інтересів людини та держави.

Безумовно, баланс інтересів держави та людини, партнерство між цими суб'єктами є привабливими науковими концепціями розвитку сучасного суспільства. Проте важко конструктувати партнерські відносини між суб'єктом (державою), який має владу та всі притаманні їй засоби та атрибути, і суб'єктом (людиною), який не має такої влади, а тільки є носієм свободи. Тому в їх взаємовідносинах завжди буде присутнім елемент субординації. Водночас природні права людини дають їй суверенне право вимагати від держави визнання, забезпечення та гарантування індивідуальної свободи у системі взаємозв'язків з іншими людьми, суспільством та державою. Міра цієї свободи залежить від міри обмежень (наприклад, у формі встановлення відповідних юридичних обов'язків), які держава встановить як для себе, так і для інших суб'єктів соціальних зв'язків. Тому в даному випадку необхідна інша концепція, яка б зв'язувала в єдину конструкцію обмеження (самообмеження) публічної влади та конституційно-правову свободу особистості.

Звідси заслуговує підтримки позиція В. М. Селіванова. Так, розглядаючи проблему взаємовідносин індивідів та держави, вчений вважав: «Дійсно, правовий порядок як організація взаємовідносин суб'єктів права у сфері правової регуляції в суспільстві можливий лише на основі чіткого розмежування сфер діяльності держави та активності індивідів, що певним чином впливає на визначення всіх прав і свобод людини й громадянина: як приватних громадянських прав, так і суб'єктивних публічних та політичних прав» [20, с. 169]. При цьому аргументується концепція, згідно з якою «як окремий індивід в своїх правах та свободах має бути обмеженим публічними інтересами суспільства, закріпленими в нормах публічного права, так і держава не є всевладною щодо людини, бо у своїй діяльності вона має бути обмеженою, «зв'язаною» конституційно закріпленими правами й свободами людини, нормами приватного права» [20, с. 173].

Думається, що таке обмеження є можливим тільки на основі визнання та конституційного закріплення принципу пріоритету прав та інтересів людини у відносинах з державою. Тільки за цих умов держава не буде мати глобального контролю над людиною, буде позбавлена можливостей свавільних дій, самоправства, неправового насильства тощо.

Конституційно-правова свобода пов'язана не тільки з проблемою взаємовідносин людини та держави, вона передбачає її відповідні відносини між вільними індивідами. Як слушно відмітили А. М. Колодій та А. Ю. Олійник, « кожен індивід дорівнює кожному і жоден не має переваг... Це положення фіксується у принципі рівності ». В. М. Шаповал вважає, що « як філософські категорії свобода і рівність взаємопов'язані і навіть взаємодоповненні . Разом з тим, — уточнює вчений, — юридичні категорії свободи і рівність відмінні... Якщо про рівність можна говорити стосовно як людини, так і громадянина, то категорія свободи, по суті, позначає людину » [23, с. 60]. У цілому, погоджуючись з тим, що ці категорії за своїм юридичним змістом різняться, все ж думається, що вони і пов'язані не тільки як філософські концепти, але й як юридичні. Правова (юридична) рівність забезпечує правову свободу людини.

Рівність стосовно конституціоналізму є не просто станом, при якому «ніхто не має більше іншого» (Дж. Локк), а уявляється таким принципом організованого суспільства, в якому сприйнятті і функціонує принцип справедливості.

Справедливість як філософсько-правова категорія і як прояв сутності конституціоналізму означає неупередженість органів правосуддя; політичну та ідеологічну нейтральність органів публічної влади та управління; непосягання індивідів на взаємні права і можливість законної протидії у разі подібних посягань; відплата по заслугах, особистих здібностях і якостях при гарантованості надання рівних можливостей; врахування взаємних інтересів.

Встановлення загальної рівності є несправедливим, що зумовлено природною сутністю і різними персоніфікованими, особистими якостями кожної окремої людини. Тому з метою встановлення справедливості об'єктивно необхідні обмеження рівності для «вирівнювання становища тих осіб, які через не залежні від них причини не можуть мати рівні з іншими права » [10, с. 461]. Подібні справедливі обмеження рівності слід відрізняти від дискримінації як нелегітимного утиску прав людини.

Конституційна рівність, основана на принципі справедливості, означає в розумінні демократично-правової сутності конституціоналізму рівні конституційні (основні, фундаментальні) права й обов'язки; надання гарантованих конституцією рівних правових, економічних, політичних та ін. можливостей; відсутність будь-якого прояву дискримінації. Конституція України досить повно і багатогранно закріплює принцип рівності (у ст. ст. 21, 24, 51, 52 Конституції України).

Змістом (проявом) конституційної свободи людини є її індивідуальна свобода. При цьому індивідуальна свобода має певні сфери свого прояву, які логічно виявляти за принципом виділення матеріального (фізичного) та нематеріального (духовного) буття людини. Для забезпечення матеріального існування людини необхідні фізична та економічна свободи. Нематеріальна (духовна) частина життєдіяльності індивіда залежить від його духовно-культурної та політичної свободи.

Проявом офіційного визнання конституційно-правової свободи людини в Україні є конституційне закріплення, що людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю (ст. 3 Конституції). При цьому філософська категорія «цинність» перетворюється в юридичний концепт (людина як найвища соціальна цінність), що набуває значення: основної конституційно-правової ідеї; принципу взаємовідносин між людиною, суспільством та державою; принципу, що визначає зміст і спрямованість діяльності суспільства і держави в інтересах людини з метою створення необхідних економічних, політичних, соціальних, інших умов для забезпечення всіх сфер індивідуальної свободи людини.

Забезпечення конституційно-правової свободи — це юридичне закріплення відповідного правового статусу людини, що забезпечує свободу для активної діяльності людини у всіх сферах індивідуальної свободи та свободу від свавільного втручання у всі ці сфери. Звідси для забезпечення фізичного, духовного існування та розвитку людини необхідне створення умов, перш за все, правового характеру, тобто конституційне закріплення та гарантування відповідних прав, свобод та обов'язків людини і громадянина.

При цьому сучасна концепція прав і свобод людини та вся система відповідного українського законодавства мають бути спрямовані на забезпечення конституційно-правової свободи як основної цінності та мети сучасного конституціоналізму. Виходячи з цього, концепція прав і свобод людини у контексті сучасного конституціоналізму повинна ґрунтуватися на оптимальному поєднанні (а не протистоянні) природно-правової та позитивістської теорій прав людини. Сутність такого симбіозу полягає у тому, що невід'ємні природні права і свободи людини мають бути закріплені у позитивному праві, тобто держава, як владний суверен, має визнавати (а не «дарувати») подібні права і свободи, забезпечувати їх реалізацію, охороняти та захищати від протиправних посягань. Думається, що підтвердженням цього висновку є думка М. Кепелетті, який зазначив, що «сучасний конституціоналізм... є єдиною реалістичною імплементацією цінностей природного права в нашому сучасному світі. ... Точніше... сучасний конституціоналізм є спробою зняти суперечності між позитивним та природним правом. Сучасні конституції, біллі про права, що їх складають, та судовий контроль являють собою синтез між позитивним та природним правом. Вони відбивають найважливішу спробу тисячоліть щодо «позитивації» цих цінностей, але без їхньої абсолютизації чи передачі їх під повний контроль ситуативних бажань парламентської більшості, що змінюються» [6, с. 210].

Таким чином, на конституційному рівні має бути закріплений такий обсяг прав і свобод людини, який би забезпечував всі сфери її індивідуальної свободи. Вони повинні ґрунтуватися на загальнолюдських цінностях та відповідати міжнародно-правовим стандартам у галузі прав людини.

В конституційно організованому суспільстві забезпечення цих свобод набуває юридичної форми у вигляді відповідних (кореспондуючих) прав та свобод людини і громадянина. Найбільш пошиrenoю в теорії конституційного права є класифікація прав і свобод за галузями життєдіяльності людини. Виходячи з такої класифікації, з урахуванням змісту суб'єктивних потреб та інтересів, що зумовлюють відповідні сфери індивідуальної свободи людини, можна провести таку кореляцію цих сфер індивідуальної свободи з конституційними правами і свободами людини.

Так, для забезпечення фізичної свободи необхідним є закріplення на конституційному рівні таких прав і свобод, якими наділяється чи може наділятися кожна людина для забезпечення її фізичного існування, захисту від незаконного втручання у сферу особистої життєдіяльності. Оскільки характер цих прав безпосередньо пов'язаний з природою людини, то їх відносять до природних прав людини. Як справедливо підкреслюється в правовій літературі, «природні права людини світовою спільнотою визнаються як явище об'єктивне і незалежне від визнання чи ігнорування їх державою та визначаються самим фактом людського буття» [11, с. 34]. В юридичній науці існують різні найменування цих прав: фізичні (життєві), особисті, громадянські, індивідуальні та ін. Конституція України закріплює їх у ст. ст. 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33 (право на життя, на повагу до людської гідності, на свободу та особисту недоторканність, недоторканність житла та кореспонденції, невтручання в особисте і сімейне життя, свободу пересування, вільний вибір місця проживання). Крім того, для фізичного буття людини необхідним є безпечне для життя і здоров'я довкілля, право на яке передбачене у ст. 50 Конституції України. Фізична свобода людини потребує і відповідного соціального захисту, який забезпечує система соціальних прав і свобод людини і громадянина, закріплених в Основному Законі держави (ст. ст. 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49).

Забезпечення духовно-культурної сфери індивідуальної свободи набуває юридичної форми в закріпленні в Конституції України права на свободу думки і слова, на вільне вираження своїх поглядів і переконань (ст. 34), право на свободу світогляду і віросповідання (ст. 35), а також в закріпленні культурних прав і свобод, які надають доступу до знань та інших духовних та культурних здобутків людства (ст. ст. 53, 54).

Сфера політичної свободи юридично оформлюється в сукупності політичних прав і свобод, які спрямовані на участь особи в політичному житті суспільства і держави (ст. ст. 36, 38–40 Конституції України).

Однак у сучасних умовах глобалізації (політичної, економічної, культурно-правової) сфери свободи особи розширюються, зокрема, конституційно-правова свобода не обмежується конституційно закріпленими і гарантованими державою правами і свободами особи щодо забезпечення фізичної, політичної та духовно-культурної сфер, а включає її економічну свободу особи. Як справедливо відмічається в літературі, «економічну основу демократичної держави становлять виробничі відносини, які ґрунт

туються на багатоукладності економіки, на різних формах власності і, перш за все, на економічній свободі особи» [21, с. 207]. Сутність конституціоналізму виражається, крім усього іншого, в симбіозі власності та свободи.

Конституція України закріплює право кожного володіти, користуватися і розпоряджатися своєю власністю, результатами своєї інтелектуальної, творчої діяльності. Конституція гарантує, що ніхто не може бути протиправно позбавлений права власності. Право приватної власності проголошується непорушним (ст. 41 Конституції України). Крім цього, Основний Закон держави встановлює право кожного на підприємницьку діяльність, яка не заборонена законом (ст. 42). Таким чином, ці конституційні права спрямовані на забезпечення економічної свободи людини. Проте існує чимало проблем, що пов'язані з процесом формування в Україні інституту приватної власності. Наприклад, залишається проблема формальної характеристики власності в Україні, існують недоліки у законодавстві про порядок реєстрації прав власності на нерухоме майно, актуальною є проблема набуття права приватної власності на землю та ін.

Як вже було аргументовано, конституційно-правова свобода не може бути необмеженою, тому що свобода не означає повного зневаження інтересів і прав інших людей, суспільства та держави. Більш того, держава, беручи на себе зобов'язання щодо утвердження і забезпечення прав і свобод людини (ч. 2 ст. 3 Конституції України), набуває права вимагати правомірної поведінки від людини і громадянина. Звідси логічним є конституційне закріплення обов'язків людини і громадянина. Тут доречний висновок про те, що включення обов'язків до правового статусу особистості не порушує принципу правової держави, оскільки права одних осіб, не підкріплених обов'язками інших, не можуть бути реалізовані [5, с. 43]. Крім того, положення щодо діалектичного поєднання свободи та обов'язків набуває статусу міжнародного стандарту (див., наприклад: ст. 29 Загальної декларації прав людини від 10 грудня 1948 р.). Думається, що Конституція України відповідає цим міжнародним стандартам, закріпивши обов'язки людини і громадянина (ч. 1 ст. 51, ч. 1 ст. 52, ст. ст. 65–68).

Таким чином, конституційно-правова свобода людини як цінність та мета сучасного конституціоналізму — це юридичний (конституційно-правовий) та фактичний стан людини в суспільстві та державі, при якому людина є фізично, економічно, політично, духовно незалежною (вільною) від будь-яких неправових (неконституційних) обмежень та втручань у всі сфери індивідуальної свободи з боку публічно-владних та інших соціальних суб'єктів.

Література

1. Антология мировой правовой мысли. В 5 т. Т. 3 / [нац. обществ.-науч. фонд; рук. науч. проект. Г. Ю. Семигин]. — М. : Мысль, 1999.

2. Гегель Г. В. Ф. Основи філософії права, або Природне право і державознавство / Г. В. Ф. Гегель ; [пер. з нім. Р. Осадчука та М. Кушніра]. — К. : Юніверс, 2000.
3. Greenlief W. H. The British political tradition. Vol. 1 / Greenlief W. H. — London ; New York, 1983.
4. Эбзеев Б. С. Диалектика индивидуального и коллективного в организации социума и ее отражение в конституции (к методологии исследования) / Б. С. Эбзеев // Государство и право. — 2004. — № 2.
5. Іерусалімов О. І. Конституційні права, свободи та обов'язки людини і громадянина / О. І. Іерусалімов, М. Ф. Стакурський, І. О. Іерусалімова ; за заг. ред. І. П. Голосіченка. — К. : ГАН, 2004.
6. Cappeletti M. The Judicial Process in Comparative Perspective / Cappeletti M. — Oxford : Clarendon Press, 1989.
7. Clapham A. Human Rights in the Private Sphere / Andrew Clapham. — Oxford : Oxford University Press, 1993.
8. Ковлер А. И. Антропология права : [учеб. для вузов] / А. И. Ковлер. — М. : НОРМА-ИНФРА-М, 2002.
9. Козловський А. Право як догма і право як ідея (гносеологічний аспект) / А. Козловський // Науковий вісник Чернівецького університету. Правознавство. — 1996. — Вип. 4—5.
10. Комкова Г. Н. Принцип равенства прав человека: конституционное закрепление в России и государствах СНГ / Г. Н. Комкова // Конституция как символ эпохи : в 2 т. / [под ред. С. А. Авакьяна]. — М. : Изд-во МГУ, 2004. — Т. 1.
11. Конституційні права, свободи і обов'язки людини і громадянина в Україні / [Ю. С. Шемшученко, Н. І. Карпачова, Т. А. Костецька та ін.] ; за ред. Ю. С. Шемшученко. — К. : Юрид. думка, 2008.
12. Локк Дж. Два трактата о правлении / Дж. Локк // Правовая мысль : антология. — М. : Акад. проект ; Екатеринбург : Деловая кн., 2003.
13. Лукашук И. И. Глобализация, государство, право, XXI век / И. И. Лукашук. — М. : Спарк, 2000.
14. Оболонский А. В. Драма российской политической истории: система против личности / А. В. Оболонский. — М. : Изд-во ИГиП РАН, 1994.
15. Олійник А. Ю. Конституційно-правовий механізм забезпечення основних свобод людини і громадянина в Україні / А. Ю. Олійник. — К. : Алерта, КНТ, Центр навч. л-ри, 2008.
16. Орзих М. Ф. Личность и право / М. Ф. Орзих. — О. : Юрид. л-ра, 2005.
17. Платон. Государство / Платон // Правовая мысль : антология. — М. : Акад. проект ; Екатеринбург: Деловая кн., 2003.
18. Правознавство : навч. посіб. / [А. М. Колодій, І. В. Опришко, С. Е. Демський] ; за ред. В. В. Копейчикова. — [3-те вид.]. — К. : Юрінком Інтер, 2001.
19. Романова Л. М. «Суверенная демократия» как политico-правовая категория / Л. М. Романова // Философия права. — 2006. — № 4 (20).
20. Селіванов В. М. Право і влада суверенної України: методологічні аспекти / В. М. Селіванов. — К. : Ін Юре, 2002.
21. Сухонос В. В. Динаміка сучасного державно-політичного режиму в Україні: анатомія демократизму і авторитаризму / В. В. Сухонос. — Суми : ВДТ «Університ. книга», 2003.
22. Тодыка Ю. Н. Конституционно-правовой статус человека и гражданина в Украине / Ю. Н. Тодыка, О. Ю. Тодыка. — К. : Ін Юре, 2004.
23. Шаповал В. Конституційні статуси людини і громадянина / В. Шаповал // Вісник Конституційного Суду України. — 2005. — № 5.

А н о т а ц і я

Крусян А. Р. Конституційно-правова свобода людини як мета сучасного конституціоналізму. — Стаття.

Конституційна свобода виражається в існуванні сфері особистої свободи від будь-яких незаконних (неконституційний) обмежень і втручань органів державної влади і інших соціальних суб'єктів. Категорія конституційної свободи — законне закріплення належного законного статусу особи, що забезпечує свободу для діяльності в політичній, економічній, духовній і іншій сферах свободи особи і свободи від свавільного втручання у всі ці сфери.

Ключові слова: конституціоналізм, свобода, конституційна свобода людини, особиста свобода, конституційно-правовий статус.

S u m m a r y

Krusian A. R. Constitutional Freedom of a Person as a Purpose of Modern Ukrainian Constitutionalism. — Article.

Constitutional freedom is expressed in the existence of the sphere of individual freedom of a person from any illegal (unconstitutional) restrictions and interventions from public authority and other social subjects. The provision of constitutional freedom is the legal fixing of the proper legal status of a person, that provides freedom for the activity in political, economic, spiritual and other spheres of individual freedom and freedom from self-willed interference in all these spheres.

Keywords: Constitutionalism, freedom, Constitutional freedom of a person, individual freedom, Constitutional legal status.

УДК 342.8(477)

M. В. Афанасьєва

ВИБОРЧІ ТЕХНОЛОГІЇ ТА ВИБОРЧЕ ПРАВО: ПРОБЛЕМА КОРЕЛЯЦІЇ

Перехідний характер політичних інститутів та процесів сучасної України визначає особливу актуальність концептуальної та практичної розробки політико-технологічної проблематики відносин між елементами громадянського суспільства та інститутами публічної влади.

Виборча практика в Україні все більше характеризується своєю технологічністю. У зв'язку з чим виборчі технології організації та проведення виборів потребують ефективного правового забезпечення, оскільки використання технологій, які не відповідають демократичним принципам та морально-етичним цінностям, веде до руйнування правопорядку, витіснення громадян та їхніх об'єднань на периферію політичної системи.

Процес організації та проведення виборів досліджується вченими різних наук, серед конституціоналістів це праці В. В. Копейчикова, О. Г. Мурашина, А. В. Нельги, Ю. Н. Тодики, В. М. Шаповала, М. І. Корніenko, В. Ю. Кравченко, М. І. Ставнійчук; окремим аспектам технологізації виборів присвячені роботи українських вчених-політологів, соціологів, психологів: В. М. Бебіка, К. А. Ващенка, В. Я. Матвієнка, А. М. Пойченка, В. А. Полторака, Г. Г. Почепцова, Н. В. Томенка та ін. Проте питання співвідношення виборчого права та виборчих технологій, конституційно-правового забезпечення технологій в політико-правовій сфері системно в Україні не досліджувалися.

Правове забезпечення використання виборчих технологій є одним з вирішальних питань для подальшого розвитку демократичних виборів в Україні. Сьогодні законодавство у цій сфері знаходитьться на стадії формування, що обумовлено не тільки інтенсивною динамікою інституціональної еволюції виборчих технологій та нестабільністю конституційного законодавства у цілому, але і специфікою виборчих технологій — нового для України явища.

Виборчі технології як складне політико-соціальне явище можна визначити через систему суспільних відносин, які виникають у процесі впливу суб'єктів виборчої кампанії на результат виборів. Визначення виборчих технологій через систему суспільних відносин дозволяє визначити співвідношення з правом, яке їх регулює.

При аналізові співвідношення виборчого права та виборчих технологій необхідно пам'ятати про об'єктивні межі правового регулювання та не ототожнювати предмет виборчого права з усіма відносинами, які опосередковують організацію та проведення виборів в Україні.

Очевидно, що фактичні виборчі відносини та виборче право як сукупність юридичних норм, що забезпечують їхне проведення, виступають як взаємозалежні, але не тотожні явища. Перші належать до фактичної сторони організації публічної влади, а інші пов'язані з їх конституційно-правовим проявом. Між фактичними виборчими відносинами та предметом виборчого права немає і не може бути жорсткої кореляції. При визначенні ролі виборчого права в регулюванні суспільних відносин, що складаються у ході виборів, необхідно виходити з того, що його юридичний ефект розрахований тільки на ті з них, які об'єктивно не можуть існувати поза правовим станом. Значна кількість соціальних зв'язків, які супроводжують вибори, цілком може не піддаватися правовій регламентації, оскільки не орієнтована на юридичні координати і характеризується наявністю нейтральних рис стосовно виборчого законодавства [1, с. 33]. До них можуть бути віднесені суспільні відносини, пов'язані з пошуком партнерів по об'єднанню у виборчі блоки, виявленням неформальних лідерів виборчих кампаній та попередньою соціологічною апробацією їхнього рейтингу та ін. Виникнення і розвиток цих і подібних їм виборчих зв'язків не тільки не має потреби в юридичній регламентації, але і додає правовому регулюванню виборчих кампаній підтримку у вигляді звичаїв та традицій, які сприяють ефективній адаптації законодавства про вибори до політичного середовища.

Отже, до предмета виборчого права належать тільки ті відносини, які у своїх розвиткові та значущості для суспільства та держави досягли такого рівня, який об'єктивно викликає необхідність їхнього правового забезпечення.

Правове регулювання виборчих технологій досить органічне з огляду на певну схожість, за своєю природою, технологій та правових норм. Технології являють собою відносно визначену алгоритмовану модель поведінки, водночас призначення правових норм, — моделювання поведінки суб'єктів. Норми права, зокрема процесуальні, містять правила-процедури, які відповідають на запитання: яким чином та в якому порядку повинна здійснюватися виборча діяльність, щоб досягти позитивного юридичного результату. Але на відміну від технологій правові норми мають такі властивості, як формальна визначеність, загальнообов'язковість, та забезпечуються можливістю державного примусу. Є підстави вважати, що право, впливаючи на виборчі технології за допомогою пра-

вових засобів, додає технологіям, які відповідають демократичним стандартам, названих властивостей. При цьому право, за допомогою застосування до порушників примусових заходів, забезпечує зменшення числа нелегальних та нелегітимних технологій.

Виборчі технології — сукупність організаційних відносин, які виникають у сфері реалізації виборчого права, іхне правове забезпечення здійснюється за допомогою конституційно-процесуальних норм. Цільове призначення процесуальних норм, у тому числі регулюючих організаційні відносини в ході виборів, полягає у закріпленні загальнообов'язкового, найбільш досконалого процесуального порядку діяльності суб'єктів (учасників) виборчої кампанії, який забезпечує послідовну, всебічну реалізацію виборчих прав громадян; вносить демократичні елементи наукового управління соціальним процесом; служить обов'язковою умовою законності у сфері виборчих правовідносин.

Важливим уявляється визначити ступінь деталізованості правового регулювання. Відповідно до такої ознаки, С. С. Алексєєв стосовно правового забезпечення в цілому виділяє зони так званого інтенсивного та неінтенсивного правового регулювання [2, с. 378]. Цій розподіл може бути поширеній і на правове забезпечення виборчих технологій.

Серед критеріїв, які обумовлюють необхідність інтенсивного правового регулювання виборчих технологій, можна виділити такі: а) особлива підвищена значимість, пов'язана з тим, що вони торкаються інтересів особистості, суспільства та держави і тому потребують правового забезпечення та державно-владного захисту; б) типовість та поширеність; в) зацікавленість державної влади в іхньому правовому регулюванні. Об'єктивність названих критеріїв обумовлюється внутрішніми та зовнішніми умовами життя та діяльності держави, інтересами гарантування прав особистості, зміцнення законності та правопорядку. В зонах інтенсивного правового регулювання існує детальне правове регулювання поведінки всіх суб'єктів (учасників) виборчої кампанії.

В зонах неінтенсивного правового регулювання С. С. Алексєєв відмежовує два якісно різних випадки, які у зв'язку з правовим регулюванням організаційних відносин у ході виборчої кампанії можуть бути визначені у такий спосіб: 1) існування таких організаційних відносин, які вимагають правового регулювання, але реально, фактично ще не урегульовані чи недостатньо урегульовані правом; 2) організаційні виборчі відносини, які не мають потреби в інтенсивному правовому регулюванні [2, с. 379]. У зонах неінтенсивного правового регулювання існує юридично «розріджений» простір, в якому найчастіше правові вимоги носять формальний характер. Використання виборчих технологій у такому просторі визначається лише загальними принципами здійснення виборчого процесу.

Надзвичайно інтенсивне чи недостатньо інтенсивне правове регулювання виборчих технологій може виникнути через суб'єктивні причини, насамперед, через зайву або, навпаки, недостатню законодавчу діяльність компетентних органів, помилкових рішень у цій сфері.

Набуття процесуальної форми очевидно потрібно не для будь-якої організаційної діяльності суб'єктів (учасників) виборчих кампаній, тому що зажадання формалізація діяльності у низці випадків може обмежити їх ініціативу в роботі. До процесуально-правових норм, які регулюють виборчі технології, щільно примикають організаційні норми, які не мають формально-юридичного значення, а носять здебільшого рекомендаційний характер. Багато організаційних відносин, які виникають при використанні виборчих технологій, знаходяться поза сферою правового регулювання, не мають жорсткої правової регламентації. Такі виборчі технології забезпечуються різного роду соціальними традиціями, процедурними нормами громадських організацій, тобто соціальними нормами неправового характеру. Однак від того, що ці правила встановлені не державою, а вироблені в процесі соціальної практики, вони не втрачають свого організаційного характеру. Таке становище частково обумовлюється тим, що громадяни, реалізуючи своє пасивне та активне виборче право, діють у правовільному просторі, керуючись принципом «дозволене все, що не заборонено».

Не будучи урегульовані правом безпосередньо, організаційні виборчі відносини піддаються правовому впливові, який включає ідеологічні, виховні, інформаційні, цінністно-орієнтаційні сторони впливу права. Правовий вплив — це статичний загальнорегламентаційний, орієнтаційно-змістовний вплив держави за допомогою права на систему суспільних відносин (і поведінку людей) з метою встановлення загального правового режиму їхнього функціонування, здійснюваний поза правовідносинами [3, с. 34].

Виходячи з наведеного, можна констатувати, що значення виборчого права по відношенню до виборчих технологій полягає у тому, що за його допомогою, по-перше, найбільш досконалі, науково обґрунтовані виборчі технології набувають загальнообов'язкового характеру; по-друге, забезпечується здійснення демократичних принципів виборчого процесу; по-третє, створюються юридичні передумови дотримання прав та інтересів суб'єктів (учасників) виборчої кампанії; по-четверте, здійснюється протидія різноманітним формам нелегальних виборчих технологій. За допомогою впливу виборчого права на виборчі технології держава моделює діяльність людей, їх права та обов'язки, закріплюючи у виборчих процесуальних нормах як бажані, так і необхідні варіанти поведінки суб'єктів (учасників) виборчої кампанії та забороняючи ті з них, які небажані для інтересів особистості, суспільства та держави.

Правова регламентація виборчої практики є найважливішим елементом сучасної правової політики України, свідченням соціальних змін у цій галузі. Регламентація виборчих кампаній в Україні виступає як органічна частина конституційно-правової та політичної реформи і виявляється у трьох її магістральних напрямках: по-перше, у стабілізації суспільно-політичної обстановки в державі; по-друге, у становленні системи виборчої демократії через призму визнання, поваги й охорони прав

людини і громадянина; по-третє, у виключенні із соціально-політичної та державно-правової практики нелегальних і нелегітимних технологій формування влади.

Л і т е р а т у р а

1. Князев С. Д. Предмет современного российского избирательного права / С. Д. Князев // Государство и право. — 2000. — № 5. — С. 31–40.
2. Алексеев С. С. Право: азбука — теория — философия: Опыт комплексного исследования / С. С. Алексеев. — М.: Статут, 1999. — 709 с.
3. Процессуальные нормы и отношения в советском праве (в нетрадиционных отраслях) / под ред. И. А. Галагана. — Воронеж : Изд-во Воронеж. ун-та, 1985. — 207 с.

А н о т а ц і я

Афанасьєва M. V. Виборчі технології та виборче право: проблема кореляції. — Стаття.

Стаття присвячена технологіям організації та проведення виборів в Україні та їх конституційно-правовому забезпеченню. В статті розглядаються спільні риси виборчих технологій та виборчого права. Встановлюються критерії та межі правового регулювання виборчих технологій. Визначаються напрямки розвитку виборчого законодавства України.

Ключові слова: вибори, виборчий процес, виборче право, виборчі технології, виборче законодавство.

S u m m a r y

Afanasieva M. V. Electoral Technologies and Voting Law: Problems of Correlation. — Article.

The article is devoted to the technologies of organization and carrying on Elections in Ukraine, as well as their Constitutional-legal ensuring. It describes common features of Electoral technologies and Electoral law. It also determines criteria and bounds for Constitutional-legal regulations of Electoral technologies, trends of progress of the Ukrainian Electoral legislation.

Keywords: elections, electoral process, voting law, electoral technologies, electoral legislation.

УДК 35.08

Л. Р. Біла-Тіунова

ПУБЛІЧНА СЛУЖБА ЯК АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВА КАТЕГОРІЯ

З'ясування сутності публічної служби є можливим тільки за умови дослідження особливостей тих видів діяльності, які в сукупності й становлять її як єдине публічно-правове явище. Враховуючи те, що в юридичній літературі зустрічаються такі поняття, як «служба», «публічна служба», «державна служба», «служба в органах місцевого самоврядування (муніципальна служба)», важливим є з'ясування їхнього співвідношення [1]. У загальному розумінні поняття «служба» може використовуватися для позначення: а) виду діяльності людей та відповідного соціально-правового інституту; б) найменування певного відомства, органу або його структурного підрозділу. Тобто служба, поряд із навчанням, виробництвом матеріальних цінностей та наданням господарських послуг, веденням домашнього господарства та ін., є різновидом суспільно корисної діяльності людини [2]. Вона пов'язана з управлінням та соціально-культурним обслуговуванням людей. Okремі дослідники вказують, що службовці — це ті особи, які займають посади в державних або громадських організаціях та за винагороду здійснюють управлінську або соціально-культурну діяльність [2, с. 4–5]. Службова діяльність розглядається їй як зовнішні зв'язки, військова справа, розподіл матеріальних та інших благ, охорона правопорядку [3, с. 4].

На підставі аналізу різних точок зору щодо поняття «служба» визначено, що її особливостями є: а) безпосередньо спрямована не на виробництво матеріальних цінностей, а на створення умов для матеріального виробництва; б) здійснення службової діяльності зумовлене володінням специфічним предметом праці — інформацією, яка водночас є засобом впливу (збирання, опрацювання, передача, зберігання, створення інформації) на об'єкти управління або об'єкти надання управлінських послуг; в) пов'язана, як правило, із зайняттям розумовою працею; д) є оплатною; е) здійснюється особами, які займають посади в держав-

них або муніципальних органах, корпоративних або громадських організаціях. Водночас служба як соціально-правова конструкція складається з елементів, які характеризують її як цілісну систему і водночас відрізняються своїми особливостями. Цю систему становлять: а) публічна, яка здійснюється на посадах у державних органах, їхніх апаратах та органах місцевого самоврядування і спрямована на здійснення суспільно-публічних функцій та надання управлінських послуг; б) корпоративна, яка здійснюється на підприємствах, в установах та організаціях всіх форм власності і спрямована на реалізацію внутрішньоорганізаційних (корпоративних) функцій та соціально-культурне обслуговування людей; в) громадська, яка здійснюється в громадських об'єднаннях, політичних партіях, фондах і спрямована на забезпечення реалізації власних політичних, громадських та інших інтересів. Таким чином, публічна служба є різновидом служби, якій притаманні, по-перше, загальні для всіх видів риси, по-друге, особливості, які їй виокремлюють її серед інших.

Особливістю законодавства про публічну службу є те, що: а) відсутній єдиний законодавчий акт, який передбачав би основоположні засади публічної служби (поняття, особливості, види, принципи публічної служби, поняття та види публічних службовців, способи вступу на публічну службу, основи проходження публічної служби, атестація публічних службовців, основні підстави припинення публічної служби, відповідальність публічних службовців); б) чинне законодавство є некодифікованим, несистемним, розрізняним і таким, в якому переважають підзаконні нормативні акти.

Основними джерелами правового регулювання публічної служби можна назвати такі:

1. Конституція України [4]. Саме вона визначає основні засади організації і діяльності публічної служби в цілому (не використовуючи, при цьому самого поняття «публічна служба») та її видів зокрема: державної політичної служби (розділи четвертий — Верховна Рада України, п'ятий — Президент України, шостий — Кабінет Міністрів України); державної служби (ст. ст. 3, 8, 19, 24, 35, 38, 55, п. 12 ст. 92,); суддівської служби (розділ восьмий — Правосуддя); служби в органах місцевого самоврядування (розділ одинадцятий — Місцеве самоврядування). Зокрема, право вступу на державну службу як різновид публічної служби визначається у: ст. 24 («не може бути привілеїв чи обмежень за ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовними та іншими ознаками») і ст. 38 визначили право рівного доступу до державної служби всіх громадян України. Принципи державної служби знайшли своє відображення у: ст. 3 — «людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю»; ст. 8 — принцип верховенства права; ст. 19 — принцип законності («органи державної влади та місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах

повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України); ст. 35 (право на свободу світогляду і віросповідання) і ст. 36 (право на свободу об'єднання у політичні партії та громадські організації) — принцип політичної і релігійної нейтральності тощо. Важливість державної служби як правової інституції підтверджується п. 12 ст. 92, якою встановлюється, що «виключно законами України визнаються організація і діяльність державної служби». Стаття 55 є важливим конституційним гарантом законності діяльності державних органів і державних службовців, передбачаючи, що кожному гарантується право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб.

2. Закони. Серед законів, які визначають правові засади публічної служби, особливе місце посідає Кодекс адміністративного судочинства України, який вперше на законодавчому рівні у п. 15 ст. 3 визначив поняття «публічна служба» як діяльність на державних політичних посадах, професійна діяльність суддів, прокурорів, військова служба, альтернативна (невійськова) служба, дипломатична служба, інша державна служба, служба в органах влади Автономної Республіки Крим, органах місцевого самоврядування. Okрім КАСУ, питання митної служби визначає Митний кодекс України. Центральну роль у законодавчому регулюванні питань публічної служби відіграють закони України [5]. Важливу роль у законодавчому регулюванні питань державної служби відіграв Закон «Про державну службу», прийнятий 16.12.1993 р. — перший в Україні закон стосовно державної служби [5]. Цей Закон регулює суспільні відносини, які охоплюють діяльність держави щодо створення правових, організаційних, економічних та соціальних умов реалізації громадянами України права на державну службу, а також визначає загальні засади діяльності і правовий статус державних службовців, які працюють в державних органах та їхньому апараті. Саме він вперше закріпив визначення понять «державна служба», «державний службовець», «посадова особа», «посада». Статтею 3 Закону закріплено основні принципи організації і діяльності державної служби, які стали основою для подальшого розвитку принципів функціонування інших видів державної служби. У Законі значної уваги приділено правовому статусу державного службовця: визначеню його обов'язків [5, ст. 10], прав [5, ст. 11], правообмежень [5, ст. ст. 12, 13, 16], відповідальності державного службовця [5, ст. 38].

Водночас важливо зазначити, що Закон свою важливу роль в історії організації і функціонування державної служби уже відіграв. Низка положень, передбачених у ньому, уже не відповідає вимогам сучасної державної служби. Попри це, у ньому існує низка прогалин, які вимагають нагального законодавчого вирішення, наприклад, не відображеного інститут атестації державного службовця, а про проведення конкурсного відбору на заміщення вакантної посади тільки згадується; не закріплено видів державної служби, видів посад державної служби

і видів державних службовців; не згадується про реєстр посад державних службовців і т. ін.

Наступним джерелом законодавства про державну службу є Закон від 5 жовтня 1995 р. «Про боротьбу з корупцією» [5], який визначив правові та організаційні засади запобігання корупції, виявлення та припинення її проявів, поновлення законних прав та інтересів фізичних і юридичних осіб, усунення наслідків корупційних діянь і дія якого припиняється з 1 січня 2010 р. у зв'язку з прийняттям законів «Про засади запобігання та протидії корупції», «Про відповідальність юридичних осіб за вчинення корупційних правопорушень», «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні право-порушення» [6].

3. Рішення Конституційного Суду України. Важливим джерелом права про публічну службу є рішення Конституційного Суду України з питань публічної служби. Слід зазначити, що кількість таких рішень останнім часом суттєво збільшилася, що свідчить про необхідність удосконалення законодавства про публічну службу і, насамперед, прийняття узагальнюючого закону про публічну службу, який передбачав би її основні положення [7].

4. Укази Президента України. Як глава держави та гарант державного суверенітету, територіальної цілісності України, додержання Конституції України, прав і свобод людини і громадянина Президент України наділений повноваженнями щодо вирішення цілого ряду питань публічної служби. Серед його основних актів у галузі публічної служби слід відзначити, насамперед, укази: «Про підвищення ефективності системи державної служби» [8]; «Про Координаційну раду з питань державної служби при Президентові України» [8]; «Про Стратегію реформування системи державної служби» [8]; «Про деякі питання впорядкування статусу державних службовців» [8] тощо. Водночас із внесенням змін до Конституції України щодо повноважень Президента України та Кабінету Міністрів України повноваження глави держави зазнали суттєвих змін у бік їх зменшення. Це пов'язано, перш за все, з тим, що такий вид публічної служби, як державна служба, яка раніше була йому безпосередньо підпорядкована, відповідно до Конституції України підконтрольна та підзвітна уряду. Таким чином, Президент України здійснює як глава держави керівництво (а не управління) державною службою, і це проявляється в тому, що: 1) він призначає на державні посади та звільняє з посад осіб, які є державними службовцями відповідно до своїх повноважень; 2) присвоює ранги, чини, спеціальні та військові звання. Okрім зазначених питань, Президент України вирішує й інші питання, проте не здійснює управлення державною службою.

5. Постанови і розпорядження Кабінету Міністрів України. Кабінет Міністрів України як вищий орган виконавчої влади в Україні покликаний забезпечувати реалізацію державної політики в усіх сферах суспільного життя, спрямовувати і координувати роботу міністерств, інших

органів виконавчої влади, в межах своїх повноважень приймати постанови і розпорядження щодо організації і діяльності публічної служби. На виконання цього конституційного положення урядом прийнято ряд постанов: «Про затвердження Положення про порядок стажування у державних органах» [9], «Про затвердження Порядку ведення особових справ державних службовців в органах виконавчої влади» [9], «Про затвердження Порядку проведення службового розслідування стосовно державних службовців» [9], «Про затвердження Положення про проведення атестації державних службовців» [9], «Про порядок обчислення стажу державної служби» [9], «Про Комплексну програму забезпечення житлом військовослужбовців, осіб рядового і начальницького складу органів внутрішніх справ, Державної кримінально-виконавчої служби, службових осіб митних органів та членів їх сімей» [9], «Про порядок і норми грошового та матеріального забезпечення військовослужбовців Збройних Сил, інших військових формувань, осіб начальницького складу органів внутрішніх справ, Державної служби спеціального зв'язку та захисту інформації, Державної кримінально-виконавчої служби, відряджених до органів виконавчої влади та інших цивільних установ» [9] та ін. З огляду на змінення статусу КМУ змінилися і його повноваження щодо публічної служби, особливо щодо державної служби. Особливо це стосується питання розширення повноважень щодо управління державною службою, яка ймує підпорядкована, підзвітна та підвідомча. Аналіз законодавчих актів, прийнятих КМУ щодо державної служби після змін у Конституції України, свідчить про те, що основна їх частина стосується саме питань управління державною службою.

6. Накази центральних органів виконавчої влади. Серед джерел правового регулювання публічної служби важлива роль відводиться нормативним наказам центральних органів виконавчої влади. Відповідно до предмета ведення та компетенції зазначені органи, повноважні видавати нормативні накази з питань публічної служби. Аналіз чинного законодавства про публічну службу свідчить про те, що кількість відомчих нормативно-правових актів щодо публічної служби невпинно зростає, що має як позитивне (оперативне вирішення важливих питань), так і, певною мірою, негативне значення, оскільки в ряді випадків нормативне регулювання окремих питань публічної служби підзаконними нормативними актами має свою метою ліквідувати прогалину законодавчого регулювання цього питання. Це стосується, насамперед, державної служби. Серед нормативно-правових актів, у першу чергу, слід виокремити накази Головного управління державної служби України (далі — Головодержслужби) як центрального органу виконавчої влади зі спеціальним статусом, наділеним повноваженнями видавати накази у сфері державної служби, зокрема: «Про затвердження Загальних правил поведінки державного службовця» [10], «Про ведення обліку державних органів, установ і організацій, керівні працівники та спеціалісти яких віднесені до категорій державних службовців, та реєстру посад державних служ-

бовців» [10], «Про внесення змін до Порядку оформлення документів для розгляду питання щодо погодження продовження терміну перебування на державній службі» [10], «Про затвердження Положення про конкурсний відбір талановитої молоді для навчання за освітньо-професійними програмами підготовки фахівців освітньої галузі «Державне управління» та професійними програмами функціональної спеціалізації «Державна служба» [10], «Про затвердження Загального порядку проведення іспиту кандидатів на заміщення вакантних посад державних службовців» [10] та ін. У межах своїх повноважень інші центральні органи виконавчої влади видають відповідно накази щодо питань публічної служби відповідно до предмета ведення: наказ Міністерства охорони здоров'я «Про затвердження форми і Порядку видачі медичної довідки про стан здоров'я претендентів на посади керівників, заступників керівників центральних органів виконавчої влади, а також голів місцевих держадміністрацій» [10]; наказ МВС України «Про затвердження Інструкції про порядок проведення атестування особового складу органів внутрішніх справ» [10] та ін.

Вперше на законодавчу рівні визначення поняття «публічна служба» закріплено у п. 15 ст. 3 КАСУ, відповідно до якого публічна служба — це діяльність на державних політичних посадах, професійна діяльність суддів, прокурорів, військова служба, альтернативна (невійськова) служба, дипломатична служба, інша державна служба, служба в органах влади Автономної Республіки Крим, органах місцевого самоврядування [11]. Слід зазначити, що наведене визначення, власне, навряд чи можна вважати визначенням поняття «публічна служба», оскільки воно тільки передбачає перелік тих видів служби, які належать до публічної служби, а не її завдання та основні риси, як це повинно бути. Більше того, важко зрозуміти логіку законодавця щодо запропонованого переліку видів тих служб, які становлять публічну службу. Зокрема, законодавець зазначає, що публічна служба — це ... «військова служба ... дипломатична служба, інша державна служба». Але ж власне і військова служба, і дипломатична є різновидом державної служби. Отже, зазначаючи ці види державної служби, варто було б перелічити всі види державної служби.

Вищезазначене свідчить, що надзвичайно важливим є питання щодо класифікації видів як публічної, так і державної служби, особливо з огляду на те, що на законодавчу рівні це питання не знайшло свого визначення, а в науковій літературі із цього приводу висловлюються різноманітні точки зору, інколи навіть протилежні. Аналіз цих точок зору, правової природи публічної служби, особливостей їх правового регулювання та проходження дають підстави виокремити такі види.

1. Політична служба. Основним завданням цієї служби є визначення та реалізація державної політики у всіх сферах суспільного життя держави. Вона характеризується: а) особливостями вступу на службу та її проходженням; б) політичною відповідальністю, яка є основною для

політичних службовців; в) зайняттям державних посад у державних органах для здійснення політичної діяльності; г) оплата праці за рахунок державного бюджету. Цей вид публічної служби, у свою чергу, поділяється на підвиди: а) служба на посту Президента України; б) служба на посадах народних депутатів у Верховній Раді України; в) служба на посадах членів Кабінету Міністрів України [12]. При цьому політичний характер діяльності осіб, які займають державні політичні посади, зводиться до того, що вони визначають державну політику у всіх сферах суспільного життя, розв'язують стратегічні проблеми економічного і соціального розвитку суспільства та відповідної сфери управління та ін. Водночас важливо зазначити, що політичний характер статусу політичної посади не зводиться до факту обов'язкової належності осіб, які виконують ці посади, до певної політичної партії (критерій необов'язковий, хоч і цілком можливий). Тобто на відміну від адміністративних посад до осіб, які виконують політичні посади, не ставиться вимога щодо політичної нейтральності при виконанні своїх посадових обов'язків [13, с. 125].

Специфіка статусу державного політичного службовця проявляється в: а) особливому порядку обрання (чи призначення) на політичні посади, який регламентується насамперед Конституцією України; б) специфічному порядку звільнення з політичних посад зазначених осіб і припинення їхніх повноважень; в) особливому виді відповідальності — політичній, яка має відкритий публічний характер (усунення з посади; оголошення резолюції недовіри; відставка; необрання повторно на посаду як опосередковане «притягнення до відповідальності»; процедура імпічменту). Державні політичні посади не належать до посад державної служби, а службовці, які займають політичні посади, є політичними діячами держави, або, як називає їх О. В. Петришин, — політичними державними службовцями, або державними діячами [14, с. 22].

Вирішення потребує питання вичерпного переліку посад, які слід віднести до категорії політичних посад. Це питання немає свого вирішення в Законі «Про державну службу», хоча ч. 1 ст. 9 Закону і передбачає певні штрихи його вирішення [5]. Як уже зазначалося, ч. 1 ст. 9 Закону не відповідає (та й не може відповідати) як назві цієї статті — «Особливості правового регулювання статусу державних службовців державних органів та їх апарату», оскільки посади, перераховані у цій частині, не належать до посад державних службовців. Частина з перелічених у ч. 1 ст. 9 посад — це політичні посади: Президент України, Голова Верховної Ради України та його заступники, голови постійних комісій Верховної Ради України та їх заступники, народні депутати України, Прем'єр-міністр України, члени Кабінету Міністрів України. Окремі з названих посад нормативно визначені як політичні посади. Вперше належність посади міністра до політичних посад було закріплено в Указі Президента України від 11.06.2001 р. «Про деякі питання впорядкування статусу державних службовців» [125]. Це положення знайшло своє

подальше закріплення в Указі Президента від 29.06.2001 р. «Про чергові заходи щодо подальшого здійснення адміністративної реформи в Україні», який визначив, що міністри та іх заступники є політичними діячами і, відповідно, здійснюють політичне керівництво міністерством. Перший крок у цьому напрямку зроблено. Однак, якщо врахувати важливість питання видів державних посад для інституту державної служби, то навряд чи можна це питання вирішувати на рівні підзаконного нормативного акта. Адже мова йде про одну з основ державної служби, а відповідно до п. 12 ст. 92 Конституції України, основи державної служби закріплюються тільки на рівні закону, у даному випадку Закону «Про державну службу» [5]. Водночас до політичних діячів не можуть бути віднесені депутати місцевих рад і місцеві голови, оскільки органи місцевого самоврядування не входять до системи органів державної влади.

2. Державна служба — це професійна діяльність осіб, які займають посади в державних органах та їх апараті щодо практичного виконання завдань і функцій держави та одержують заробітну плату за рахунок державних коштів.

Цей вид публічної служби характеризується тим, що: а) здійснюється на державних посадах в державних органах або їх апараті; б) має своєю метою реалізацію завдань і функцій держави; в) регламентується Законом «Про державну службу» та іншими спеціальними законами; г) характеризується особливістю вступу на державну службу, її проходженням, припиненням службових відносин; д) пов'язана з присвоєнням рангів, чинів, спеціальних і військових звань; е) характеризується безпартійністю або політичною нейтральністю державних службовців; г) оплачується за рахунок державного бюджету.

Поряд із загальними рисами, що визначають правову природу державної служби, вона як багатогранне та складне явище характеризуються своєю структурою, яку становлять:

1) адміністративна служба в апараті Верховної Ради України, Секретаріаті Президента України, Секретаріаті Кабінету Міністрів України, апараті судових органів, апаратіх військових формувань, апараті Ради національної безпеки і оборони України, Рахунковій палаті України, антимонопольних органах, органах контрольно-ревізійної служби, Центральній виборчій комісії України, Національному банку України, місцевих державних адміністраціях, Державній виконавчій службі України, патронатна служба. Однією з особливостей цього виду служби є те, що вона регламентується Законом «Про державну службу» повністю або частково у тій частині, яка не урегульована спеціальним законом [13];

2) спеціалізована служба у митних органах, податкових органах, органах прокуратури, органах внутрішніх справ, органах пожежної безпеки, дипломатична служба. Цей вид державної служби характеризується особливостями правового регулювання, вступу на службу та її проходження, присвоєнням спеціальних звань, особливістю соціально-правового захисту [13];

3) військова служба: у Збройних Силах України (військова), Військовій службі правопорядку у Збройних Силах України, Внутрішніх військах МВС України, військах Цивільної оборони України, Державній прикордонній службі України, Службі безпеки України, Державній кримінально-виконавчій службі, органах спеціального зв'язку та захисту інформації, Державній охороні України [13]. Військова служба є державною службою особливого характеру, яка полягає у професійній діяльності придатних до неї за станом здоров'я і віком громадян України, пов'язаній із захистом Вітчизни. Її притаманні такі ж ознаки, як і державній службі: а) професійна діяльність; б) зайняття посад у військових підрозділах Збройних Сил України та інших військових формуваннях, утворених відповідно до законів України; в) виконання державних завдань і функцій; г) грошове забезпечення за рахунок державного бюджету. Водночас військова служба має свої власні особливості, які дають підстави виокремити її в окремий вид державної служби — мілітаризовану службу: а) основним завданням військової служби є оборона України, захист її суверенітету, територіальної цілісності і недоторканності; б) як правило, суб'єктами військової служби є військовослужбовці та військовозобов'язані; в) проходження військової служби пов'язано з присвоєнням військових звань; г) військова служба чітко і детально регламентована чинним законодавством; д) для військової служби є характерним надзвичайно високий рівень субординації; ж) військова служба пов'язана з носінням зброї [13].

Характеристика військової служби як виду публічної служби була би неповною без урахування й альтернативної (невійськової) служби, яка зазначеною статтею КАСУ також віднесена до публічної служби. Якщо принадлежність військової служби до публічної не викликає запитань та дискусій, то віднесення альтернативної служби є досить дискусійним та суперечливим. Якщо виходити з того, що: 1) альтернативна служба є заміною військової службі для певної категорії фізичних осіб; 2) особи призываються на альтернативну службу (тобто в примусовому порядку); 3) є специфічною формою виконання особою свого військового обов'язку; 4) гарантується державою, у т.ч. її заходами державного примусу, то альтернативна служба може бути різновидом публічної служби [15]. Водночас, її природа характеризується й іншими ознаками: а) її проходження здійснюється не в державних органах, а на державних підприємствах, в установах та організаціях соціального захисту, охорони навколошнього середовища, а також у сфері комунального, сільського господарства (відсутній публічний характер діяльності); б) діяльність пов'язана з укладенням трудового договору, тобто регламентується нормами трудового права; в) альтернативна служба не пов'язана із прийняттям присяги.

3. Служба на посаді судді. Цей вид публічної служби стосується тільки однієї категорії — професійних суддів при здійсненні ними право-суддя — і характеризується: а) зайняттям суддею державної посади у державному органі (суді) і неналежністю до категорії як політичних

службовців, так і державних службовців; б) особливим порядком призначення на посаду судді і проходження суддівської служби; в) незалежністю суддів і підпорядкуванням тільки закону; г) пожиттевим статусом судді; г) оплатою праці за рахунок державного бюджету [16]. Згадувана ч. 1 ст. 9 Закону «Про державну службу» зазначає, що правовий статус Голови та членів Конституційного Суду України, Голови та суддів Верховного Суду України, Голови та суддів вищого спеціалізованого суду України регулюється Конституцією та спеціальними законами України. Тобто ч. 1 ст. 9 не відносить судові посади ні до політичних, ні до адміністративних посад. Водночас, виходячи з назви ст. 9 «Особливості правового регулювання статусу державних службовців державних органів та їх апарату», логічно було б стверджувати, що судові посади — це посади державних службовців. Водночас така логіка зовсім не випливає із завдань і функцій судів, сутності тих повноважень, якими наділені судові посади, а саме: здійснення правосуддя.

4. Служба на посаді в органі місцевого самоврядування — це професійна, на постійній основі діяльність громадян України, які займають посади в органах місцевого самоврядування, що спрямована на реалізацію територіальною громадою свого права на місцеве самоврядування та окремих повноважень органів виконавчої влади, наданих законом. На відміну від вищезазначених видів публічної служби, цей вид не пов'язаний з державною діяльністю, державною посадою та, як правило, з реалізацією державних функцій і повноважень (окрім делегованих). Її особливостями є: а) забезпечення реалізації завдань і функцій органів місцевого самоврядування та делегованих державних повноважень; б) зайняття посад в органах місцевого самоврядування; в) регламентація Законом «Про службу в органах місцевого самоврядування»; г) вибори як один із способів (окрім конкурсу, призначення, зарахування) заміщення посади в органі місцевого самоврядування; д) оплата праці за рахунок місцевого бюджету [17].

Вищепередане дає підстави вважати, що публічна служба є комплексним правовим інститутом, який регламентується переважно нормами публічних галузей права, серед яких центральне місце належить нормам адміністративного права. При цьому мова йде не тільки про матеріальні адміністративні норми, а, насамперед, процедурні адміністративні норми, які їй забезпечують функціонування публічної служби.

Література

1. Адміністративна реформа для людини (науково-практичний нарис) / І. Б. Коліушко, В. Б. Авер'янов, В. П. Тимощук [та ін.]. — К. : Факт, 2001; Алехин А. П. Адміністративное право Российской Федерации / А. П. Алехин, А. А. Кармолицкий, Ю. М. Козлов. — М. : Зерцало, 1996; Атаманчук Г. В. Сущность государственной службы : история, теория, закон, практика : монография / Г. В. Атаманчук. — М. : Изд-во РАГС, 2004; Битяк Ю. П. Державна служба в Україні : організаційно-правові

- засади : монографія / Ю. П. Битяк. — Х. : Право, 2007; Біла Л. Р. Види державних посад : проблеми теорії та правового регулювання / Л. Р. Біла // Актуальні проблеми держави і права : зб. наук. пр. — О., 2007. — Вип. 35; Іншин М. І. Правові питання розвитку службово-трудових відносин в сфері державної служби України / М. І. Іншин // Право і безпека. — 2002. — № 4. — С. 67–71; Ківалов С. В. Державна служба в Україні : підручник / С. В. Ківалов, Л. Р. Біла. — О. : Юрид. л-ра, 2003. — 368 с. та ін.
2. Битяк Ю. П. Державні секретарі в системі органів виконавчої влади / Ю. П. Битяк, О. В. Петришин // Державне будівництво та місцеве самоврядування : зб. наук. пр. — Х. : Право, 2001. — Вип. 1. — С. 91–98.
 3. Манохин В. М. Служба и служащий в Российской Федерации: правовое регулирование / В. М. Манохин. — М. : Юристъ, 1997.
 4. Конституція України : прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28.06.1996 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 30. — Ст. 141.
 5. Про державну службу : Закон України від 16.12.1993 р.; Про боротьбу з корупцією : Закон України від 05.10.1995 р.; Про дипломатичну службу : Закон України від 20.09.2001 р.; Про міліцію : Закон УРСР від 20.12.1990 р.; Про Службу безпеки України : Закон України від 25.03.1992 р.; Про загальний військовий обов'язок і військову службу : Закон України в ред. від 18.06.1999 р.; Про державну виконавчу службу : Закон України від 24.03.1998 р.; Про вибори Президента України : Закон України від 05.03.1999 р.; Про Кабінет Міністрів України : Закон України від 16.05.2008 р.; Про статус народного депутата України : Закон України від 17.11.1992 р.; Про комітети Верховної Ради України : Закон України від 04.04.1995 р.; Про вибори народних депутатів України : Закон України від 25.03.2004 р.; Про Конституційний Суд України : Закон України від 16.10.1996 р.; Про Раду національної безпеки і оборони України : Закон України від 05.03.1998 р.; Про Рахункову палату : Закон України від 11.07.1996 р.; Про Національний банк України : Закон України від 20.05.1999 р.; Про місцеві державні адміністрації : Закон України від 09.04.1999 р.; Про державну податкову службу в Україні : Закон України від 24.12.1993 р. та ін. (всі — www.rada.gov.ua).
 6. Про засади запобігання та протидії корупції : Закон України від 11.06.2009 р.; Про відповідальність юридичних осіб за вчинення корупційних правопорушень : Закон України від 11.06.2009 р.; Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення : Закон України від 11.06.2009 р. (всі — www.rada.gov.ua).
 7. Рішення Конституційного Суду України: від 18.04.2000 р. у справі за конституційним поданням 47 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положення частини другої статті 5 Закону України «Про Уповноваженого Верховної ради України з прав людини» (справа про віковий ценз); від 04.12.2001 р. у справі за конституційним поданням 49 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положення частини другої статті 12 Закону України «Про місцеві державні адміністрації» (справа про поєднання посади в місцевій державній адміністрації з мандатом депутата місцевої ради); від 08.07.2003 р. у справі за конституційним поданням 51 народного депутата України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Постанови Кабінету Міністрів України «Про затвердження Положення про проведення атестації державних службовців» (справа про атестацію державних службовців); від 13.10.2005 р. у справі за конституційним поданням 61 народного депутата України про офіційне тлумачення положень пункту 10 частини першої статті 106, частини першої, другої, четвертої статті 118, частини третьої статті 133, частини другої статті 140 Конституції України, частини четвертої статті 1, частини другої статті 8, частини четвертої статті 9 Закону України «Про місцеві державні адміністрації», пункту 2 розділу VII «Прикінцеві положення» Закону України «Про столицю України — місто-герой Київ» (справа про особливості здійснення виконавчої влади та

- місцевого самоврядування в районах міста Києва); від 16.10.2007 р. у справі за конституційним поданням 47 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 23 Закону «Про державну службу», статті 18 Закону України «Про службу в органах місцевого самоврядування», статті 42 Закону України «Про дипломатичну службу» (справа про граничний вік перебування на державній службі та на службі в органах місцевого самоврядування) (всі — www.rada.gov.ua).
8. Про підвищення ефективності системи державної служби : Указ Президента України від 11.02.2000 р.; Про Координаційну раду з питань державної служби при Президентові України : Указ Президента України від 21.03.2000 р.; Про стратегію реформування системи державної служби : Указ Президента України від 14.04.2000 р.; Про деякі питання впорядкування статусу державних службовців : Указ Президента України від 11.06.2001 р. (всі — www.rada.gov.ua).
 9. Про затвердження Положення про порядок стажування у державних органах : постанова Кабінету Міністрів України від 01.12.1994 р.; Про затвердження Порядку ведення особових справ державних службовців в органах виконавчої влади : постанова КМУ від 25.05.1998 р.; Про затвердження Порядку проведення службового розслідування стосовно державних службовців : постанова КМУ від 13.09.2000 р.; Про затвердження Порядку проведення службового розслідування стосовно державних службовців : постанова КМУ від 13.09.2000 р.; Про Комплексну програму забезпечення житлом військовослужбовців, осіб рядового і начальницького складу органів внутрішніх справ, Державної кримінально-виконавчої служби, службових осіб митних органів та членів їх сімей : постанова Кабінету Міністрів України від 29.11.1999 р.; Про порядок і норми грошового та матеріального забезпечення військовослужбовців Збройних Сил, інших військових формувань, осіб начальницького складу органів внутрішніх справ, Державної служби спеціального зв'язку та захисту інформації, Державної кримінально-виконавчої служби, відряджених до органів виконавчої влади та інших цивільних установ : постанова Кабінету Міністрів України від 07.02.2001 р. (всі — www.rada.gov.ua).
 10. Про затвердження Загальних правил поведінки державного службовця : наказ Головодержслужби від 23.10.2000 р.; Про ведення обліку державних органів, установ і організацій, керівні працівники та спеціалісти яких віднесені до категорій державних службовців, та реєстру посад державних службовців : наказ Головодержслужби від 18.12.2000 р.; Про внесення змін до Порядку оформлення документів для розгляду питання щодо погодження продовження терміну перебування на державній службі : наказ Головодержслужби від 26.12.2003 р.; Про затвердження Положення про конкурсний відбір талановитої молоді для навчання за освітньо-професійними програмами підготовки фахівців освітньої галузі «Державне управління» та професійними програмами функціональної спеціалізації «Державна служба» : наказ Головодержслужби від 12.12.2001 р.; Про затвердження Загального порядку проведення іспиту кандидатів на заміщення вакантних посад державних службовців : наказ Головодержслужби від 10.05.2002 р.; Про затвердження Інструкції про порядок проведення атестування особового складу органів внутрішніх справ : наказ Міністерства внутрішніх справ України від 22.03.2005 р.; Про затвердження форми і Порядку видачі медичної довідки про стан здоров'я претендентів на посади керівників, заступників керівників центральних органів виконавчої влади, а також голів місцевих держадміністрацій : наказ Міністерства охорони здоров'я від 10.01.2000 р. (всі — www.rada.gov.ua).
 11. Кодекс адміністративного судочинства України : наук.-практ. комент. / за ред. С. В. Ківалова, О. І. Харитонової. — Х., 2005.
 12. Ківалов С. В. Публічна служба в Україні : підручник [для студ. вищ. навч. закл.] / С. В. Ківалов, Л. Р. Біла-Тіунова. — О. : Фенікс, 2009. — 688 с.
 13. Біла Л. Р. Види державних посад : проблеми теорії та правового регулювання / Л. Р. Біла // Актуальні проблеми держави і права : зб. наук. пр. — О., 2007. — Вип. 35.

14. Петришин А. В. Государственная служба. Историко-теоретические предпосылки, сравнительно-правовой и логико-понятийный анализ : монография / А. В. Петришин. — Х. : Факт, 1998. — 168 с.
15. Про альтернативну (невійськову) службу : Закон України від 18.02.1999 р. — Режим доступу : //www.rada.gov.ua.
16. Про статус суддів : Закон України від 15.12.1992 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1993. — № 8. — Ст. 56.
17. Про службу в органах місцевого самоврядування: Закон України від 07.06.2001 р. — Режим доступу : // www.rada.gov.ua.

A н о т а ц і я

Біла-Тіунова Л. Р. Публічна служба як адміністративно-правова категорія. — Стаття.

З'ясування сутності публічної служби є можливим тільки за умови дослідження особливостей тих видів діяльності, які в сукупності її становлять її як єдине публічно-правове явище. Публічна служба є комплексним правовим інститутом, який регламентується переважно нормами публічних галузей права, серед яких центральне місце належить нормам адміністративного права. При цьому мова йде не тільки про матеріальні адміністративні норми, а, насамперед, процедурні адміністративні норми, які й забезпечують функціонування публічної служби.

Ключові слова: адміністративне право, адміністративна процедура, публічна служба, категоріальний апарат адміністративного права.

S u m m a r y

Bila-Tiunova L. R. Public Service as an Administrative Law Category. — Article.

Finding out of essence of public service is possible only in condition of research of features of those types of activity, which makes it unique public legal phenomenon. Public service is a complex legal institute, which is regulated mainly the norms of the public fields of law, among which a central place belongs to the norms of administrative law. Thus, the question is not only about material administrative norms, and, above all things, procedural administrative norms which provide public service functioning.

Keywords: administrative law, administrative procedure, public service, categories of administrative law.

УДК 352(477)

P. M. Мінченко

МІСЦЕВЕ САМОВРЯДУВАННЯ ЯК ЛОКАЛЬНИЙ ВИМІР ДЕМОКРАТИЧНОЇ ДЕРЖАВНОСТІ

Будь-яке суспільство, поза залежністю від того внутрішнього або зовнішньополітичного курсу, який обирає держава — основний репрезентант суспільних інтересів, — багатогранне та складне явище, яке включає різні форми інтеракцій людей, різноманітні явища та процеси. Надзвичайно багатоманітним є й соціально-політичний спектр українського суспільства. Перманентні політико-правові перетворення в суспільстві та державі призвели до того, що деякі політико-правові інститути пішли в небуття, не витримавши випробування часом або втративши свої потенційні можливості впливати на подальший розвиток суспільства. Інші інституції внаслідок певних демократичних перетворень тільки народжуються або перебувають у стадії перманентного становлення, треті — є вимогою часу або далекою перспективою.

Зокрема, сучасна політична реформа в Україні, як складова процесу демократичної модернізації національної державності, це передусім визнання людини серцевиною та мірилом усіх державотворчих та правотворчих процесів, тому вона (політична реформа) об'єктивно передбачає посилення ролі місцевого самоврядування і децентралізації державної влади. Це і має бути певною передумовою забезпечення процесу демократичної трансформації українського суспільства та політичної модернізації національної державності, у тому числі та насамперед через зміцнення місцевого самоврядування в Україні [1].

У зв'язку з цим значний теоретико-методологічний потенціал має позиція одного з найбільш видатних теоретиків демократичної державності та місцевого самоврядування XIX століття Л. Штейна, який, акцентуючи увагу на пріоритетності територіальної громади як «еволюціонуючої організації місцевого самоврядування» у процесі становлення муниципальної демократії, зазначав, що «її призначення і здатність незначною мірою, для своєї обмеженої сфери, — утворювати основні форми

й органи держави і таким чином застосовувати в себе великі принципи згідно з державним устроєм урядового права... Саме тому громадівський устрій є зерном будь-якого самоврядування, громада є батьківчиною вільного управління, а народ без вільної громади за будь-якого вільного державного устрою не буде вільним, а адміністративно рабським народом». Тобто «державний устрій є тільки першим, а вільне управління в громаді другим кроком до свободи народу» [2, с. 27–30].

Не менш ілюстративною є позиція видатного американського теоретика демократії Алексіса де Токвіля, ідеалом якого було суспільство, що функціонує як сукупність багатьох вільних і самоврядних асоціацій та громад. Теорія природних прав вільної громади, яку сформулював він та його послідовники, виникла на початку XIX століття як реакція на чиновницьке управління з усіма негативними сторонами, коли увага теоретиків філософії держави та права перемістилася з конституційної монархії на представницьку демократію як більш прогресивне втілення ідей правової держави, коли в політичній та філософсько-правовій думці відбулися суттєві зміни поглядів на проблеми демократії та суспільної свободи. У своєму знаменитому творі «Про демократію в Америці» А. де Токвіль писав: «Громадські інститути відіграють для встановлення незалежності ту саму роль, що і початкові школи для науки; вони відкривають народу шлях до свободи та вчать його користуватися цією свободою, насолоджуватися її мирним характером. Без громадських інститутів нація може сформувати вільний уряд, однак істинного духу свобод вона так і не здобуде. Швидкоплинні пристрасті, хвилинні інтереси, випадкові обставини можуть утворити лише видимість незалежності, однак деспотизм, загнаний усередину суспільного організму, рано чи пізно знову з'явиться на поверхні» [3, с. 65].

Далекоглядність великого мислителя, універсальність його поглядів у контексті становлення демократій у будь-яких країнах та в будь-які часи вражає. Зокрема, свідченням державного визнання та підтвердження колосальної ролі місцевого самоврядування в процесах еволюції національної державності, як «особливо важливого фактора становлення громадянського суспільства», є не тільки його проголошення як «одного з найприоритетніших напрямів державної політики України», яка має бути спрямована на «вдосконалення управлінської вертикалі та структури органів виконавчої влади на місцях, розмежування і збалансування повноважень та відповідальності органів влади та місцевого самоврядування у сфері державних і громадських послуг», приводити до «zmіни відносин між місцевим самоврядуванням та державою», «збільшення обсягу послуг для людей» та на основі цього «формування системи ефективної, відповідальної, по-справжньому народної влади, здатної діяти в інтересах людей», а й визнання того, що майбутнє об'єднаної Європи неможливе без сильної місцевої демократії, та через це — концептуальне обґрунтування глобальності впливу місцевого самоврядування на майбутнє людства. Не випадково одним із визначальних концептуальних вимірів сучасної державної

політики у сфері місцевого самоврядування, який має стати не тільки одним із десяти кроків назустріч людям, а й одним із визначальних чинників еволюції сучасної державності, за словами Президента України В. А. Ющенка, є формування «нації самоврядних громад» [4].

Така висока та відповідальна місія муніципальної демократії в державотворчих процесах є не лише офіційним підкресленням значення місцевого самоврядування, його системоутворюючої ролі в демократичних перетвореннях, а і його легалізацією та піднесенням у ранг національного інтересу. Відображення цього інтересу в Конституції України: «В Україні визнається і гарантується місцеве самоврядування» (ст. 7), а також законах та інших актах — це правове визнання, піднесене в ранг конституційної доктрини муніципальної демократії в Україні, по суті — концептуально-конституційне оформлення національної муніципальної ідеології [5, с. 51].

Слід наголосити, що місцеве самоврядування вимагає не тільки такого державного визнання, а й обов'язково передбачає готовність та здатність органів місцевого самоврядування взяти на себе повноваження щодо захисту інтересів пересічної людини. Тому її процес удосконалення місцевого самоврядування в Україні становить важливий, складний (бо йдеться про виховання людей) складовий етап політичної реформи. Без цього етапу не можна, як видається, говорити про реальний прогресивний регіональний розвиток в Україні, повноцінну демократизацію українського суспільства, у тому числі й систему державного управління, а отже, про ефективну політичну реформу. Тобто цей етап, по суті, має стратегічний характер, бо без забезпечення належної організації державної влади та місцевого самоврядування в Україні не можна говорити про неї як сучасну демократичну країну [6].

Отже, демократична модернізація України включає як трансформацію вищих та центральних і місцевих органів державної влади, так і органів місцевого самоврядування, безпосередньо пов'язаних з територіальними громадами — первинними суб'єктами місцевого самоврядування. На цій ділянці конституційного будівництва в суверенній Україні тривають перманентні спроби знайти оптимальне поєднання зазначених державних та місцевих інтересів через створення ефективного механізму взаємодії органів державної влади, зокрема місцевих органів виконавчої влади з органами місцевого самоврядування. Існування сьогодні в Україні неузгоджених систем організації державної влади на місцях і місцевого самоврядування є результатом передусім суперечностей в актах чинного законодавства, що визначають функції і повноваження місцевих органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування. Через неконкретність цих норм, певну концептуальну неузгодженість, у деяких випадках — і їх відсутність, виникають суперечності в діяльності місцевих органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування, що спричиняє неефективність дій цих органів у процесі вирішення проблем розвитку сіл, селищ, міст та регіонів.

Без органічної взаємодії державної влади та місцевого самоврядування не може бути правової, соціальної держави, не може бути демократії. Демократизація українського суспільства має розглядатися найефективнішим засобом його стабілізації. А це, як видається, означає обов'язкове системне бачення і розуміння України як демократичного державно упорядженого суспільства, що передбачає, як зазначалося раніше, засолосування системного підходу як до пізнання, так і до перетворення вітчизняних, зокрема, права і держави.

Важливе теоретико-методологічне значення для розуміння системоформуючої ролі місцевого самоврядування в процесах еволюції сучасної державності має аналіз її органічного взаємозв'язку з радянським минулім. Адже радянський державно-конституційний устрій, становлення якого в цілому відбувалося на теоретичному ґрунті марксизму в його більшовицькому тлумаченні, практично втілював ідеал людини як функції економіки. Відповідно до однієї з основних зasad державної економічної політики, яку проводила більшовицька влада у сфері народного господарства, економіка визначала весь спектр людського життя — як матеріальні відносини, так і відносини у сфері ідеології, духовної культури. Абсолютизувався лінійно-висхідний розвиток суспільства і, відповідно, лінійно-висхідний підхід до аналізу й оцінки руху суспільних відносин — за капіталізмом обов'язково мав наставати історичний період розвитку соціалізму. Така абсолютизація була однією з основних ідей радянської правової доктрини, що мала в цілому примусовий характер, основою радянської юридичної ідеології правового прогресу та державної практики. Такий методологічний підхід позбавляв можливості усвідомлювати об'єктивну багатофункціональну сутність реально існуючої в конкретно-історичний час правової форми соціального буття. Ця форма розумілася лише як суб'єктивний політичний чинник і засіб подальшого суспільного руху, а вдосконалення такого засобу начебто залежало від державної влади і політики. Тим самим, незважаючи на ідеологічне гасло, що радянський державний устрій спрямований на формування нової, вільної людини, насправді відбувався процес поступової дегуманізації, деморалізації людського життя на догоду зміцнення радянської держави. Найвищою соціальною цінністю визнавалася не людина, не її унікальність, не її особистість, а знеособлена маса, інтереси якої мала представляти держава, і, безумовно, не йшлося про закріплення в Основному Законі положення про людину як найвищу соціальну цінність.

У умовах реформи інститутів державної влади та еволюції вітчизняної державності особливо важливе значення має проблема теоретико-правового та політичного аналізу одного з ключових інститутів демократичної державності — місцевого самоврядування. Можна без перебільшення сказати, що без відповідного з'ясування питання про анатомію, конфігурацію та інституціональні суб'єкти політичної системи, їх структурні взаємовідносини не може бути й серйозної розмови про мету, завдання, об'єкти та функції держави, державної влади та політичної системи

в цілому, її взаємодію з іншими системами суспільства (економічною, соціальною, духовною), умови та принципи поділу та реалізації публічної влади та багато інших ключових проблем модернізації суспільства і держави.

Водночас абсолютно правомірними та конструктивними є висновки про те, що стрижнем всієї теорії місцевого самоврядування є місце та функції самоврядних структур в існуючій політичній системі, механізм здійснення ними політичної влади, а наявність і ступінь розвиненості інституту місцевого самоврядування є одним із найважливіших показників зрілості держави і суспільства, демократичності її політичної системи.

Отже, можна дійти висновку, що саме розвинуте місцеве самоврядування є одним із ключових інститутів демократичної державності, її іманентною ознакою та неодмінним атрибутом. Адже процеси становлення місцевого самоврядування нерозривно пов'язані з демократизацією державного і громадського життя, з розвитком в Україні інститутів громадянського суспільства і правової держави, що об'єктивно приводить до самообмеження держави, прерогатив державної влади та органів, які її реалізують на користь інших суб'єктів політичної системи, а також детермінує визнання та легалізацію державою інших, недержавних інтересів, які продукують локальні соціальні утворення — територіальні громади. Ці глибинні процеси привели до модифікації та докорінної перебудови відносин у політичній системі: у формулі соціальних та політичних зв'язків типу «держава — громадянин» починає змінюватися домінуюча роль держави, квінтесенцією якої є принцип, за якого «не людина для держави, а держава для людини», тобто звужується сфера державного впливу на визначення поведінкових настанов інших суб'єктів політичної системи, передусім громадян та територіальних громад, розширяються можливості вибору останніми різнопланових варіантів поведінки в умовах правовільного простору, утвореного громадянським суспільством.

Важливість інститутів місцевого самоврядування в процесі модернізації державності в Україні обумовлена також тенденціями розвитку Конституції України. Адже більшість конституційно-проектних пропозицій щодо внесення змін до Конституції України, які були підготовлені протягом останніх років, прямо або опосередковано стосуються інститутів місцевого самоврядування

Достатньо чітко роль місцевого самоврядування в процесі еволюції національної державності простежується в контексті дослідження прав та свобод людини і громадянина. Адже визнання державною владою прав людини — не абстрактний факт, не умоглядне твердження, а офіційна акція, яка знаходить своє підтвердження в політичному курсі держави, її правовій політиці, публічних заявах посадових осіб щодо прихильності до відповідної ідеології. У правовій, демократичній, соціальній та екогуманістичній державі права людини, з одного боку, утворюють самостійний напрям загальнонаціональної політики, а з іншого — прони-

зують як мета, цінність та принцип усі інші види державної політики — економічну, соціально-культурну, військову, міжнародну тощо.

Слід ураховувати, що на рівні місцевого самоврядування, у межах територіальної громади, знаходить прояв і реалізацію переважна частина прав і свобод людини і громадянина. Цивілізаційна роль прав та свобод людини відбивається передусім у впорядкуванні політичних, економічних, соціальних та інших суспільних відносин, забезпечені автономії та свободи особи та її асоціацій — територіальних громад. Потреба в загальновизнаному порядку та справедливості закономірна для будь-якого соціуму, у тому числі такого локально організованого соціуму, яким є територіальна громада. Право та права людини встановлюють певні норми поведінки людей, які не повинні порушуватися, щоб не виникало конфліктів та ущемлення прав та свобод інших членів суспільства. Тому права людини відбивають загальний масштаб і рівну міру свободи та відповідальності. Тільки в умовах послідовної реалізації принципу «людина — найвища соціальна цінність» національна державність отримує «людське обличчя» та створюються конституційні передумови формування громадянського суспільства [7, с. 13–14].

Про пильну увагу європейського співтовариства до становлення і функціонування інститутів місцевого самоврядування в державах — учасницях Ради Європи як важливого інструменту демократичного розвитку свідчить той факт, що в Рекомендації Парламентської Асамблеї Ради Європи від 26 вересня 1995 року № 190 щодо вступу України до цієї організації процес вступу передбачав виконання ряду зобов'язань, значне місце серед яких належало реформуванню системи місцевого самоврядування.

Отже, актуальність дослідження проблем місцевого самоврядування в контексті еволюції державної влади в сучасній Україні не викликає сумнівів. Місцеве самоврядування стосується або може зачіпати практично всі елементи політичної системи суспільства та навіть може виходити й іноді за рамки власне політичної системи суспільства. По суті, місцеве самоврядування, будучи одним із найважливіших інститутів демократичної державності, є своєрідною політичною системою суспільства в мініатюрі, хоча не будь-яке самоврядування носить політичний характер. У зв'язку з цим заслуговує на увагу позиція О. М. Кокотова, який визначає місцеве самоврядування як процес управління низовими територіальними спільнотами жителів, який заснований на таких принципах: розумне поєднання представницьких інститутів та інститутів безпосередньої демократії, а також представницько-професійного управління та самоздійснення людьми своїх запитів, надання всім суб'єктам місцевих спільнот широких можливостей заявляти, відстоювати та проводити в життя власних інтересів; політико-правова прив'язка органів місцевого самоврядування до корінних потреб населення [8, с. 33].

З вищезазначеного також випливає істотне значення місцевого самоврядування в соціологічному аспекті. Варто враховувати, що сфера

місцевого самоврядування формується, діє та поширюється на «нижніх поверхах» соціуму, де функціонує конкретна особистість, мікро- й мезо-колективи людей (трудовий колектив підприємства, установи, організації; локальні асоціації індивідів, утворені за різними ознаками; суб'єкти міжособистісного спілкування; нарешті, сам територіальний колектив, місцеве співтовариство) — жителів певної території, об'єднаних єдиними інтересами, що носять колективний характер.

Щодо цього муніципальна влада як форма реалізації місцевого самоврядування має системні властивості: вона сама формується територіальним колективом з його ж членів; вона насамперед відображає, продукує, охороняє та захищає законні інтереси, права і свободи членів територіального колективу та компетенційні повноваження органів, які він утворює; вона має структуроутворюючі властивості, тобто функціонує зовні у вигляді системи органів місцевого самоврядування та організаційно-правових форм діяльності самого територіального колективу; у результаті її функціонування утворюється локальна сфера соціального управління, що збігається з територіальними межами, у рамках яких діє місцеве співтовариство.

На завершення можна виділити ключові, найбільш важливі концептуальні питання, які ілюструють демократичну та багато в чому державоформуючу сутність місцевого самоврядування:

по-перше, під час аналізу еволюції вітчизняної моделі місцевого самоврядування під кутом розвитку вітчизняної державності, оскільки тільки через проникнення в гносеологію національного державотворення можна більш-менш точно спрогнозувати і розвиток місцевого самоврядування, показати безпосередній зв'язок між моделлю політичної системи суспільства та моделлю місцевого самоврядування як інституту громадянського суспільства;

по-друге, характеристика суб'єктно-об'єктних та функціональних властивостей місцевого самоврядування в їх порівнянні з аналогічними параметрами державної влади;

по-третє, аналіз особливостей організації та функціонування державної влади в умовах становлення реального місцевого самоврядування;

по-четверте, концептуальне бачення ролі місцевого самоврядування в процесі еволюції механізму сучасної держави.

Література

- Горбатенко В. П. Політична модернізація і місцеве самоврядування / В. П. Горбатенко // Правова держава : щор. наук. пр. конф. / Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. — К., 1996. — Вип. 7. — С. 199—205.
- Штейн Л. Ученіе объ управлении и право управленье: съ сравненiemъ литературы и законодательствъ Франціи, Англіи и Германіи / Л. Штейн. — С.Пб., 1874. — 230 с.
- Токвиль А. Демократия в Америке / А. Токвиль. — М. : Прогресс, 1992. — 559 с.

4. З виступу В. А. Ющенка на Майдані Незалежності в Києві 23 січня 2005 року в день інагурації Президента України // Голос України. — 2005. — 25 січ. — С. 1–2, 7.
5. Батанов О. В. Демократична муніципальна ідеологія та проблеми формування муніципальної влади в Україні / О. В. Батанов // Вісник Запорізького національного університету. Сер. «Юридичні науки». — 2005. — № 2. — С. 36–41.
6. Мінченко Р. М. Взаємодія державного управління і місцевого самоврядування як сутність демократизації вітчизняної державної влади / Р. М. Мінченко // Актуальні проблеми держави та права. — 2008. — Вип. 39. — С. 11–20.
7. Любченко П. М. Місцеве самоврядування в системі інститутів громадянського суспільства: конституційно-правовий аспект : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.02 — конституційне право / П. М. Любченко ; Нац. юрид. акад. ім. Я. Мудрого. — Х., 2008. — 40 с.
8. Выдрин И. В. Муниципальное право России : учеб. для вузов / И. В. Выдрин, А. Н. Кокотов. — М. : НОРМА-ИНФРА-М, 1999. — 368 с.

А н о т а ц і я

Мінченко Р. М. Місцеве самоврядування як локальний вимір демократичної державності. — Стаття.

У статті розкривається роль місцевого самоврядування в модернізації української державності і впливу місцевого самоврядування на розвиток громадянського суспільства. Зроблено висновок, що муніципальна влада має системні властивості: вона формується територіальним колективом, відображає, продукує, охороняє та захищає законні інтереси, права і свободи членів колективу.

Ключові слова: місцеве самоврядування, демократична влада, самоорганізація населення.

S u m m a r y

Minchenko R. M. Local Self-government as a Measuring of Democratic State System. — Article.

In the article open up role of local self-government in modernization of the Ukrainian state system to influence of local self-government on development of civil society. A conclusion is done, that municipal power has system characteristics: it is formed by territorial collective, represents, products, guards and protects legal interests, rights and freedoms of members of collective.

Keywords: local self-government, democratic power, self-organization of population.

УДК 352.07(477)

H. B. Mішина

ТЕОРІЇ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ І САМООРГАНІЗАЦІЯ НАСЕЛЕННЯ

На сучасному етапі в Україні триває муніципальна реформа, яка є органічною частиною адміністративної реформи. Цій реформі приділяється значна увага, про що свідчить, наприклад, те, що у квітні 2009 року для проведення аналізу державної регіональної політики щодо розвитку місцевого самоврядування, для пошуку ефективних шляхів її вдосконалення, для удосконалення законодавства з питань регіонального розвитку, місцевого самоврядування, адміністративно-територіального устрою держави було утворено Раду з питань регіонального розвитку та місцевого самоврядування; її очолив прем'єр-міністр України [1].

Концепція адміністративної реформи передбачає, що головним завданням муніципальної реформи є усунення недоліків, які істотно впливають на здійснення управлінської діяльності. При проведенні реформи, при її законодавчому забезпеченні особлива увага приділяється вивченю, аналізу, узагальненню і впровадженню кращого вітчизняного та міжнародного досвіду у сфері розвитку місцевого самоврядування. Одним із важливих практичних завдань на цьому етапі є пожвавлення участі населення у здійсненні локальної демократії, в тому числі — у роботі органів самоорганізації населення (далі — органів СОН), — будинкових, квартиральних, вуличних тощо комітетів. Важливим науковим завданням є доктринальне забезпечення цього процесу. Розмірковуємо, що внесок правознавців, в першу чергу, полягає у створенні ефективного нормативно-правового забезпечення створення і функціонування органів СОН як елемента системи місцевого самоврядування.

Місцеве самоврядування привертало увагу В. Б. Авер'янова, М. О. Баймуратова, О. В. Батанова, В. М. Камп, М. І. Корнієнка, В. В. Кравченка, В. С. Куйбіди, В. Ф. Мелещенка, М. П. Орзіха, Б. А. Пережняка, М. В. Пітника, В. Ф. Погорілка, М. О. Пухтинського, А. О. Селіванова, В. Ф. Сіренка, А. С. Ткачука, Ю. М. Тодики, О. Ф. Фрицького та ін.

Але жоден з цих авторів не розглядав вплив теорій місцевого самоврядування на органи СОН, — у першу чергу, на політику держави по відношенню до цих органів та на нормативно-правову регламентацію їхньої діяльності. Саме це і є метою статті.

Погляди, підходи і пропозиції вчених, коли йдеться про місцеве самоврядування, є досить різноманітними залежно від того, якою, на думку дослідника, є природа цього інституту. На сучасному етапі питання природи місцевого самоврядування розглядається у громадській, державній і громадсько-державній теоріях місцевого самоврядування. Найбільш докладно сутність цих теорій і їхні переваги і недоліки охарактеризовано у роботах М. І. Корнієнка [див., наприклад: 2, с. 625–628], П. М. Любченка [3, с. 131–142], Б. А. Пережняка [4, с. 58–62] і О. В. Батанова [5, с. 71–83].

Громадська теорія місцевого самоврядування виходить із того, що первинними суб'єктами місцевого самоврядування є територіальні громади, а природа влади, яку вони здійснюють — публічна, але не публічна державна, а публічна муніципальна. Як влучно зазначили Б. А. Пережняк і О. В. Батанов, ця теорія «виходить з протиставлення територіальної громади державі, громадських інтересів — політичним, вимагаючи, щоб суспільство та держава здійснювали свої власні інтереси». Ця теорія виникла у США, саме про неї писав А. Токвіль, коли зазначав, що «мешканець Нової Англії інтересується справами громади, тому що бере участь в управлінні нею; ...він втручається у будь-який, навіть самий малий інцидент у житті громади, бо у цій доступній йому, нехай і в обмеженій сфері діяльності він вчиться управляти суспільством» [6, с. 71].

Серед пересічних громадян США і вчених і досі переважає думка, що влада належить асоціаціям людей на місцевому рівні (територіальним громадам), які делегували її навищі рівень (суб'єктам федерації і державі). Популярність такої ідеї підкреслює течія у політології, яка сформувалася у США у 1990-ті роки і отримала назву «комунітаризм» (від англійського «community» — громада).

За думкою прихильників комунітаризму, найважливіші рішення було б більш вірним приймати саме на рівні територіальних громад, — і тому державні органи і органи суб'єктів федерації розглядаються як « зло», якому протистоять муніципальні органи. Ідеальні управлінські рішення, продовжують прихильники цієї точки зору, повинні бути прийнятими або внаслідок безпосередньо укладеної угоди між особами, або, якщо це є неможливим, повинні бути схвалені на референдумі. Ця ідея у США частково втілена на муніципальному рівні. Так, у таунах і тауншипах найбільш важливі рішення приймаються зборами тауна (тауншипа). У великих містах — сіті (наприклад, у Лос-Анджелесі), де це зробити неможливо, найбільш важливі рішення повинні бути схвалені на референдумі.

Проявом реалізації громадської теорії у США є і організація муніципального управління у столиці держави. За своїм статусом Вашингтон є інкорпорованим сіті, який територіально не входить до жодного штату,

він розміщується на території округу Колумбія. Цей федеральний округ у 1971 році було виділено із території штату Меріленд спеціально для розміщення столиці США. Тоді він мав назву «Територія Колумбія та федеральний сіті Вашингтон Сіті», назва була змінена на сучасну у 1793 році. З 1878 року межі округу збігаються з межами сіті Вашингтон. Конгрес США має право «здійснювати в усіх випадках виключні законодавчі повноваження відносно округу (який не перевищує десять квадратних миль), відступлений окремими штатами та прийнятий Конгресом, який стане місцем перебування уряду Сполучених Штатів» [7]. Конституція США відносить вирішення питань управління столицею до компетенції федеральної влади. Протягом певного часу у Вашингтоні муніципальні органи взагалі не обиралися населенням, але, посилаючись на положення громадської теорії місцевого самоврядування, мешканці сіті отримали право брати безпосередню участь у формуванні муніципальних органів. Бюро переписів США класифікує органи муніципального управління на органи загальної компетенції і на органи спеціальної компетенції (спеціальні округи і шкільні округи [8]); органи спеціальної компетенції на території сіті Вашингтон поки що не утворюються.

До переваг громадської теорії відноситься те, що вона надає територіальній громаді найбільший обсяг прав при здійсненні місцевого самоврядування. Таким чином збільшується ймовірність максимального врахування думки членів територіальної громади, підвищується рівень довіри до органів і посадових осіб місцевого самоврядування. Крім того, ця теорія надає органам і посадовим особам місцевого самоврядування найбільшу незалежність від органів державної влади.

Ще одною перевагою є те, що у відповідності до цієї теорії, місцеве самоврядування певним чином «збалансоване» державну владу, якщо органи державної влади виходять із того, щоб забезпечити кожному громадянину однакові умови життя, то органи місцевого самоврядування прагнуть того ж самого, але для членів територіальної громади, яка їх сформувала. Таким чином, державна влада балансується «по горизонталі» завдяки застосуванню теорії розподілу державної влади на законодавчу, виконавчу і судову, а «по вертикалі» збалансовується іншим різновидом публічної влади — самоврядною (муніципальною) публічною владою. Як при розподілі державної влади «по горизонталі» необхідною є система стримань і противаг, так і при балансуванні державної влади місцевим самоврядуванням необхідними є аналогічні заходи. Найефективнішим з них є відносна незалежність місцевого самоврядування від державної влади, — чим більш незалежним є місцеве самоврядування, тим ефективніше воно врівноважує державну владу. О. Ф. Фрицький характеризує це явище так: «принцип розподілу влад пов'язаний з принципом місцевого самоврядування, який забезпечує, поряд з централізацією системи управління, її децентралізацію на місцевому рівні» [9, с. 478].

Вважаємо, що при впровадженні державної теорії місцевого самоврядування такий баланс буде відсутнім взагалі, при впровадженні гро-

мадсько-державної теорії — баланс існуватиме, але найефективнішим він буде у разі практичної реалізації громадської теорії місцевого самоврядування.

Підхід, у відповідності до якого державна влада балансується місцевим самоврядуванням, має відношення до органів СОН тому, що у випадку наявності такого балансу органи СОН виступають як одна з його складових частин. Тому органи СОН матимуть найбільший обсяг незалежності у разі втілення в державі громадської теорії місцевого самоврядування, менший — у разі втілення громадсько-державної теорії і будуть майже повністю залежними від державних органів у разі втілення державної теорії місцевого самоврядування. Звісно, це тільки один із чинників, які впливають на ступінь незалежності органів СОН, але один з найвагоміших чинників.

Наведені міркування надають вченим підстави стверджувати, що громадська теорія місцевого самоврядування «суперечить теорії суверенітету народу як єдиного джерела державної влади», і зазначати, що «суверенітет» територіальної громади і її органів є небезпечним для держави» (М. І. Корнієнко). Більш лояльно налаштований до цієї теорії Б. А. Пережняк зазначає також, що недоліком її є те, що «прихильники громадської теорії певним чином виправдовують ті прояви місцевого (мікротериторіального) егоїзму, які мають місце в житті кожної країни». Цей недолік є найбільш вагомим і уявляється, що саме йому громадська теорія місцевого самоврядування «завдячує» тим, що на сучасному етапі вона у чистому виді не використовується. У США на сучасному етапі громадська теорія місцевого самоврядування трансформувалася у громадсько-державну завдяки двом факторам:

- 1) повноваження муніципальних органів визначаються органами державної влади та органами суб'єктів федерації (правило Діллона);
- 2) розподіл повноважень проводиться із урахуванням принципу субсидіарності (поправка X до Конституції США).

До недоліків громадської теорії місцевого самоврядування М. І. Корнієнко також відносить те, що у разі її імплементації «місцеве самоврядування можливо лише на рівні населених пунктів; на рівні районів, областей воно можливе лише у формі добровільних об'єднань територіальних громад».

Розмірковуємо над тим, що різке неприйняття багатьма дослідниками громадської теорії місцевого самоврядування навряд чи має під собою достатні підстави. Дійсно, на сучасному етапі ця теорія не використовується жодною державою. Дійсно, ця теорія є дещо ідеалістичною. Але вважаємо, що втілення її у життя призведе до найдемократичнішої організації місцевого самоврядування у країні. Безперечно, це вимагатиме політичної стабільності, економічної стабільності, високого рівня правової культури населення, але навряд чи варто різко критикувати і відкидати цю теорію. Більш плідним був би підхід до неї як, наприклад, до теорії правової держави.

Державна теорія місцевого самоврядування виходить з того, що природа влади, яку здійснюють органи місцевого самоврядування, — публічна державна. На відміну від прихильників громадської теорії місцевого самоврядування, які вважають, що джерелом влади є народ, прихильники державної теорії послідовно реалізують тезу, відповідно до якої джерелом влади є держава, яка на свій розсуд наділяє владою інших суб'єктів. Саме тому прихильники державної теорії місцевого самоврядування вважають неможливим поділ публічної влади на публічну державну і публічну муніципальну (самоврядну) владу.

Відповідно, місцеве самоврядування за державною теорією полягає в тому, що «державна влада децентралізується таким чином, щоб вона здійснювалася і на рівні територіальних спільнот громадян» (М. І. Корнієнко). Б. А. Пережняк і О. В. Батанов додають, що «на відміну від центрального державного управління місцеве самоврядування здійснюється не урядовими чиновниками, а за допомогою місцевих спільнот (територіальних громад), місцевих жителів, які зацікавлені в результатах місцевого управління».

На думку О. Ф. Фрицького, саме ця теорія, із деякими модифікаціями, втілена на сучасному етапі в Україні. Він зазначає: «В Україні запропоновано державну концепцію місцевого самоврядування із залишками «радянської» моделі, що на практиці означає безпосереднє втручання в діяльність органів і посадових осіб місцевого самоврядування виконавчої влади в особі місцевих державних адміністрацій» [9, с. 478].

Прихильником державної теорії місцевого самоврядування є М. І. Корнієнко, який до переваг цієї теорії відносить те, що завдяки її використанню здійснення місцевого самоврядування є можливим і на регіональному рівні, а не тільки на рівні територіальної громади. Перевагою державної теорії місцевого самоврядування є і те, що у випадку її реалізації конфлікти між органами державної влади і органами місцевого самоврядування майже відсутні, а ті, що з'являються, можуть бути вирішенні більш швидко і ефективно, ніж конфлікти між цими органами у разі застосування іншої теорії місцевого самоврядування. Ще одною перевагою є послідовна реалізація на усій території держави єдиної політики.

До недоліків державної теорії місцевого самоврядування П. М. Любченко відносить заниження ролі ініціативи населення, ущемлення демократичних принципів участі громадян у вирішенні питань місцевого значення. Крім того, істотним недоліком є те, що органи місцевого самоврядування у разі застосування державної теорії будуть мати найнижчий ступінь автономії від органів державної влади, якщо взагалі матимуть її. Історичний досвід свідчить, що у державах з антидемократичним політичним режимом місцеве самоврядування або відсутнє взагалі, або будується з використанням державної теорії місцевого самоврядування.

Громадсько-державна теорія (теорія муніципального дуалізму) виходить з того, що органи місцевого самоврядування є незалежними від

держави, коли виконують свої власні повноваження. Коли ж органи місцевого самоврядування виконують функції держави (делеговані повноваження), то вони розглядаються як державні органи. Відповідно, природа їхньої влади є змішаною: при виконанні функцій держави — публічною державною, в інших випадках — публічною муніципальною. Інакше кажучи, за словами П. М. Любченка, «місцеве самоврядування незалежне від держави лише при розв'язанні суто господарських та громадських справ, а в політичній сфері воно розглядається як агент держави, що виконує державні функції».

Поєднуючи точки зору обох теорій на природу муніципальної влади, громадсько-державна теорія місцевого самоврядування є все ж таки більжою до громадської теорії, тому що виходить із наявності двох різновидів публічної влади — державної і муніципальної, а отже, допускає незалежність органів місцевого самоврядування від державних органів, хоча і не завжди.

Найвагомішою позитивною рисою громадсько-державної теорії є її гнучкість у поєднанні переваг громадської і державної теорій. Б. А. Пережняк відзначає, що, у разі застосування громадсько-державної теорії місцевого самоврядування виключається роздвоєння влади, яке веде до політичної нестабільності та послаблення держави й її інститутів; утворюються можливості для більшості людей — участь в управлінні справами суспільства та держави, що підвищує культурно-правовий рівень громадян та виховує в них відчуття поваги до законів; ліквідується розрив між суспільством та державою; досягається єдина мета — збереження та зміцнення суспільства і держави за наявності демократичних інститутів; держава в більшій мірі входить у курс місцевих справ та приймає відповідні рішення, сутність яких узгоджується з інтересами людей; породжується спільний інтерес для громадян та державних органів, сутність якого полягає в будівництві життя, достойного кожної людини та суспільства в цілому.

Однак, поєднуючи переваги громадської і державної теорії, громадсько-державна теорія поєднує і їх недоліки, які вже було розглянуто. Крім того, М. І. Корніenko до негативних рис громадсько-державної теорії також відносить те, що існування в системі місцевого самоврядування суб'єктів із подвійною природою суперечило б:

— теорії цілісних соціальних систем; на його думку, один і той же елемент не може одночасно належати двом різним системам: територіальним громадам чи іншим територіальним спільнотам і державі; рано чи пізно він повністю буде підпорядкований лише одній з таких систем;

— принципові поділу влади, який є основною ознакою правової держави.

На жаль, останнє твердження не розвинуто у працях М. І. Корніенко, тому не дуже зрозуміло, чому наявність публічної муніципальної влади входить у суперечність із принципом розподілу публічної державної влади на законодавчу і судову гілки.

Громадсько-державна теорія є найменш збалансованою і виваженою тому, що досить важко зберегти баланс між «державним» і «громадським» у разі її застосування. А отже, законодавство у країнах, які застосовують цю теорію, тяжіє або до громадської, або до державної теорії місцевого самоврядування.

Вважаємо, що на сучасному етапі в Україні використовується громадсько-державна теорія місцевого самоврядування, яка тяжіє до державної теорії. На жаль, законодавство України про місцеве самоврядування містить елементи усіх трьох теорій. У зв'язку з цим нагальним є його приведення у відповідність до громадсько-державної теорії. Маємо підстави вважати, що цей процес буде тривалим, тому що таких змін потребує не тільки чинне законодавство, але й певні норми Конституції.

Значущість органів СОН для прихильників кожної із цих теорій:

— громадська теорія місцевого самоврядування: розглядає асоціації людей за місцем проживання (аналоги органів СОН) як первинні джерела влади. Відповідно до думки прихильників цієї теорії, чим нижчим є рівень, на якому приймається рішення, тим більш ефективним є таке рішення. Таким чином, у разі впровадження громадської теорії місцевого самоврядування, органи СОН отримують широку підтримку як від органів місцевого самоврядування, так і від органів державної влади, причому значна увага буде приділятися їхній незалежності;

— державна теорія місцевого самоврядування: органи СОН розглядаються як «продовження» державної влади на рівні мікрорайонів, кварталів, вулиць тощо. Таким чином, органи СОН отримують широку підтримку від органів державної влади і органів місцевого самоврядування (останні, по суті, розглядаються також як органи державної влади). Однак органи СОН не будуть незалежними тому, що їх буде включено до «вертикалі» органів державної влади;

— громадсько-державна теорія місцевого самоврядування: ставлення до органів СОН буде залежати від того, до громадської чи до державної теорії місцевого самоврядування тяжітиме держава, у якій впроваджено цю теорію.

Вважаємо, що ефективному розвитку органів СОН як невід'ємному елементу системи місцевого самоврядування сприятиме: 1) визначення на державному рівні теорії місцевого самоврядування; 2) послідовна реалізація положень цієї теорії у чинному законодавстві. На жаль, на сучасному етапі в Україні це не відбувається, що істотно гальмує розвиток інституту самоорганізації населення.

Перспективи подальших досліджень у цьому напрямку вбачаються у необхідності надати більш конкретні рекомендації стосовно ефективного нормативно-правового регулювання створення та діяльності будинкових, квартальних тощо комітетів. Припускаємо, що доцільно почати з аналізу поточної регламентації цього інституту і визначення кола органів, які здійснююватимуть цю регламентацію найбільш ефективно.

Л і т е р а т у р а

1. Про утворення Ради з питань регіонального розвитку та місцевого самоврядування : постанова Кабінету Міністрів України від 2 квітня 2009 року № 309 // Офіційний вісник України. — 2009. — № 25. — Ст. 838.
2. Конституційне право України / [В. Ф. Погорілко, О. Ф. Фрицький, О. В. Городецький, М. І. Корніenko та ін.]; за ред. В. Ф. Погорілка. — [2-ге вид.]. — К. : Наук. думка, 2002. — 735 с.
3. Любченко П. М. Конституційно-правові основи розвитку місцевого самоврядування як інституту громадянського суспільства : монографія / П. М. Любченко. — Х. : Одіссея, 2006. — 352 с.
4. Муніципальне право України : підручник / [В. Ф. Погорілко, О. Ф. Фрицький, М. О. Баймуратов та ін.]; за ред. В. Ф. Погорілка, О. Ф. Фрицького. — К. : Юрінком Інтер, 2001. — 352 с.
5. Муніципальне право України : підручник / [В. Ф. Погорілко, О. Ф. Фрицький, М. О. Баймуратов та ін.]; за ред. В. Ф. Погорілка, О. Ф. Фрицького. — К. : Юрінком Інтер, 2006. — 592 с.
6. Токвиль А. Демократия в Америке : пер. с фр. / *Токвиль Алексис де* ; предисл. Гарольда Дж. Ласки. — М. : Прогресс, 1992. — 554 с.
7. Мишин А. А. Конституция США: Политико-правовой комментарий / А. А. Мишин, В. А. Власихин. — М. : Междунар. отношения, 1986. — 334 с.
8. Census Bureau. Government Organization, 2002. — Режим доступу : <http://www.census.gov>.
9. Фрицький О. Ф. Конституційне право України : підручник / О. Ф. Фрицький. — 3-те вид., переробл. і допов. — К. : Юрінком Інтер, 2006. — 512 с.

А н о т а ц і я

Мішина Н. В. Теорії місцевого самоврядування і самоорганізація населення. — Стаття.

У статті розглянуті теорії місцевого самоврядування, в яких мова йде про його природу, — суспільна, державна, суспільно-державна теорії. На підставі аналізу цих теорій зроблені висновки про характерну політику відносно органів самоорганізації населення в разі використання в державі тієї або іншої теорії. Вироблені рекомендації для України: на державному рівні визначиться з переважною теорією місцевої самоврядності (найімовірніше, нею стане суспільно-державна теорія), і привести чинне законодавство у відповідність з цією теорією. Реалізація рекомендацій позначиться на динаміці розвитку інституту місцевого самоврядування в Україні.

Ключові слова: місцеве самоврядування, самоорганізація населення, органи самоорганізації населення.

S u m m a r y

Mishyna N. V. Municipal Theories and the Citizens' Self-organization. — Article.

The article is dedicated to the correspondence of the municipal theory, which is applied in the country's legislation, and the policy about the citizens' self-organization bodies. The author researches the community theory, the state theory and the community-state theory and makes the conclusions about their adept's attitude to the citizens' self-organization bodies. Also the author gives recommendations, which could be applicable in Ukraine: to select the preferable municipal theory on the state level and to harmonize the legislation with this theory. This will have a positive effect on the development of the institute of self-organization in Ukraine.

Keywords: local government, citizens' self-organization, citizens' self-organization bodies.

УДК 348.328(477)

Є. Є. Додіна

СТВОРЕННЯ І РЕЄСТРАЦІЯ РЕЛІГІЙНИХ ОРГАНІЗАЦІЙ В УКРАЇНІ

Постановка теми. Вивчення питань створення і реєстрації релігійних організацій, принципів створення релігійних громад, забезпечення міжнародних стандартів щодо створення і реєстрації релігійних організацій в Україні.

Вивчення проблеми. До розгляду питань, пов'язаних з забезпеченням правового регулювання державно-конфесійних відносин на демократичних засадах зверталось широке коло видатних українських і закордонних мислителів, вчених, юристів. Теоретичні основи вивчення цього питання закладені у працях фахівців у сфері загальнотеоретичної юриспруденції Ю. М. Оборотова, П. М. Рабиновича, М. М. Азаркіна, Г. Дж. Бергмана, А. Б. Венгерова, М. Ю. Вар'яса, Р. А. Папаяна, В. О. Ципіна, а також вчених-адміністративістів, дослідження яких були поєднані з визнанням питань адміністративної правосуб'єктності, серед яких необхідно зазначити В. Б. Авер'янова, Є. В. Додіна, С. В. Ківалова, Л. Р. Білу-Тіунову. Необхідно звернути увагу на певні дослідження, зроблені такими вченими, як А. Колодний, Л. Филипович, О. Заєць, Г. Друzenko, Ю. Решетніков, М. Новицьенко.

Завдання цієї статті полягає в тому, щоб вивчити питання створення і реєстрації релігійних організацій, принципів створення релігійних громад, забезпечення міжнародних стандартів щодо створення і реєстрації релігійних організацій в Україні, у тому числі стандартів ОБСЄ.

Відповідно до ст. 8 ч. 3 Закону України «Про свободу совісті та релігійні організації» [1] повідомлення про утворення релігійної громади не є обов'язковим. З цього законодавчого положення випливає, що релігійні спільноти, які утворені як релігійні громади, можуть існувати в Україні без реєстрації на відміну від об'єднань громадян, які були утворені як громадські організації, де легалізація є обов'язковою. Відповідно до Закону України «Про об'єднання громадян», ст. 14, легалізація

об'єднань громадян повинна бути здійснена шляхом реєстрації або по-відомленням про заснування [2].

Релігійні громади мають право існувати в Україні без державної реєстрації. Це положення закону безпосередньо випливає з положень Конституції України, де зазначено, що право кожного на свободу світогляду, віросповідання включає в себе, зокрема, можливість безперешкодно відправляти колективно релігійні культури, ритуальні обряди, вести релігійну діяльність [3]. Це положення також відповідає директивам для аналізу законодавства стосовно релігії і віри, схваленим Парламентською Асамблеєю ОБСЄ на щорічній сесії в Единбурзі у 2004 році, де зазначено, що держава не повинна накладати санкції, чи обмеження на релігійні групи, які вирішили не реєструватися [4]. Тому вимоги українського правового поля стосовно питання легальності існування релігійних громад відповідають міжнародним стандартам.

Разом з тим міжнародні стандарти визнають, що у сучасних законодавчих рамках більшість релігійних громад віддає перевагу отриманню статусу юридичної особи для того, щоб мати змогу займатися своєю діяльністю зручним та результативним чином. З причин типової важливості статусу юридичної особи ряд рішень Європейського суду з прав людини визнали доступ до такого статусу як один з найбільш важливих аспектів права на об'єднання. Передусім, це випливає із справи Сідіропулос проти Греції 1998 року [5], Об'єднана комуністична партія проти Туреччини 1998 року [6], Горзелік проти Польщі 2001 року [7].

Реєстрація статутів (положень) релігійних організацій являє складний процес, при якому релігійні організації вступають в адміністративно-правові відносини з органами влади. Юридичну природу державної реєстрації досліджував Ю. Л. Тихомиров, який підкреслював, що державна реєстрація юридичних осіб є легальним офіційним визнанням їхньої правозадатності і засобом посвідчення їхніх дій, сприяє обліку і повній, достовірній інформації про їхню динаміку учасників. Реєстрація юридичних осіб означає їх державний облік як суб'єктів права. Збирання публічно-достовірних даних про їхне становище, контроль за законністю їх виникнення, реорганізації і ліквідації [8, с. 479].

Відповідно до Закону України «Про свободу совісті та релігійні організації», документи, подані для реєстрації, можуть підлягати правовій експертізі, при якій перевіряються в тому числі правомочності засновників на створення юридичної особи, дотримання встановленого порядку створення, реорганізації, ліквідації юридичної особи, повнота поданих на реєстрацію документів, наявність у документах необхідних реквізитів і підписів, відповідність установчих документів Конституції і чинному законодавству України.

У необхідних випадках орган, який здійснює реєстрацію статутів (положень) релігійних організацій може зажадати висновок місцевої державної адміністрації, виконавчого комітету сільської, селищної, міської рад народних депутатів, а також спеціалістів.

Релігійні громади, які вирішили не реєструвати свого статуту (положення) з метою набуття статусу юридичної особи, як і релігійні громади, які вирішили зареєструвати свій статут (положення) з метою набуття статусу юридичної особи, є суб'єктами адміністративного права, вони мають певні права, обов'язки, гарантії діяльності, відповідальність, яка передбачена нормами адміністративного права, але зміст адміністративно-правового статусу значно вужчий, тому багато релігійних громад бажають набути статус юридичної особи, зареєстрував свій статут (положення) у визначених законодавством органах.

Перш за все слід зазначити, що в Україні на відміну від деяких інших країн, наприклад Російської Федерації, не існує режиму очікування. Так, наприклад, у Законі Російської Федерації «Про свободу совісті, релігійні об'єднання» від 19 вересня 1997 р. [9] зазначено, що релігійна група, що не входить до складу централізованого релігійного об'єднання повинна пройти необхідний адаптаційний період не менше 15 років.

Українське законодавство не передбачає необхідності існування у державі релігійних груп певний час, який би давав можливість звернення за набуттям статусу юридичної особи, що відповідає міжнародним стандартам.

Для реєстрації релігійної громади в Україні повинно бути звернення з заявою про реєстрацію не менш 10 чоловік, які її утворили, обов'язковим є вимога, що усі ці особи досягли 18-літнього віку. Різні країни щодо вимог кількості осіб, які звертаються з заявою про набуття релігійною організацією статусу юридичної особи, вирішують по-різному: у Російській Федерації — 10 осіб, у Казахстані — 10 осіб, у Польщі — 15 осіб, у Греції — 20 осіб, в Угорщині — 100 осіб. Разом з тим Європейський суд по правах людини у справі Свято-Михайлівська парафія проти України [10] зазначив, що вимоги щодо кількості осіб, які звертаються за реєстрацією статутів (положень) релігійних громад, повинні бути такими, як і інших об'єднань громадян. Звідки випливає, що питання щодо кількості осіб, які звертаються за реєстрацією статутів (положень) релігійної громади, повинно бути переглянуто законодавцем, якщо Закон України «Про об'єднання громадян» виявляє наявність трьох заявників.

Необхідно також зазначити, що в Україні визначено, що усі релігії, віросповідання та релігійні організації є рівними перед законом. Встановлення будь-яких переваг або обмежень однієї релігії, віросповідання чи релігійної організації щодо інших не допускається, як вказано у ст. 5 п.п. 4, 5 Закону України «Про свободу совісті та релігійні організації», тобто, звертаючись за державною реєстрацію статутів (положень), релігійні організації набувають статусу юридичної особи незалежно від віросповідання. На відміну від України, у таких європейських країнах, як Італія, Іспанія, існує система угод з основними церквами або з федераціями релігійних об'єднань, які дають якісні переваги. В Австрії офіційні церкви мають більші привілеї у суспільному становищі, ніж інші громади

віруючих, які мають державну реєстрацію, або релігійні громади, які не мають державної реєстрації.

В Україні реєстрація статутів (положень) релігійних організацій здійснюється на двох рівнях: релігійні громади можуть реєструватись у обласних державних адміністраціях, у Київській та Севастопольській державних адміністраціях, уряді Республіки Крим. Монастири та релігійні братства можуть бути утворені у порядку для утворення релігійних громад з реєстрацією їх статутів (положень).

Релігійні центри, управління, монастири, релігійні братства, місії та духовні навчальні заклади подають на реєстрацію статут (положення) до державного органу України у справах релігій.

Закон України «Про свободу совісті та релігійні організації» визначає, що релігійна громада є місцевою релігійною організацією віруючих громадян одного й того ж культу, віросповідання, напряму, течії або толку, які добровільно об'єдналися з метою спільногого задоволення релігійних потреб.

Створення релігійної організації — складний процес. Відповідно до чинного законодавства група осіб, яка бажає набути статусу суб'єкта адміністративного права, повинна бути персоніфікована, тобто повинна соціально визначитись у ролі уособленого суб'єкта, який здібний виробляти і здійснювати єдину волю.

Персоніфікація релігійної громади відбувається за певними принципами. Принципи є основними, вихідними положеннями і становлять певну систему, де вони безпосередньо пов'язані один з одним, зміст яких може бути розкритий при застосуванні комплексного підходу. Саме тут набуває свої ознаки принцип добровільності утворення релігійної громади, які утворюються з метою задоволення своїх релігійних потреб щодо сповідування і поширення віри.

Конституцією України гарантовано право кожного на свободу совісті, яке включає свободу мати, приймати, змінювати релігію або переконання за своїм вибором. Це означає, що особа вільна у своєму виборі належати до певної релігійної групи, але ця ж особа може змінювати свою релігію або не сповідувати ніякої і у цьому виборі не може бути поставлено ніяких перешкод.

Розкриваючи значення принципу добровільності, Парламентська Асамблея ОБСЄ у 2004 році у п. Д директиви для аналізу законодавства стосовно релігії і віри визнала: якщо доктрина релігійної групи забороняє особам покидати групу, держава може втручатися для того, щоб упередити застосування фізичного примусу для дотримання доктрини.

У директивах для аналізу законодавства стосовно релігії чи віри, п. F п.п. 1, зазначається: зареєстровані релігійні об'єднання не повинні мати права вето щодо реєстрації будь-якого іншого релігійного утворення.

Крім принципу добровільності заснування релігійної громади, слід зазначити принцип рівноправності членів. Цей принцип випливає з конституційного положення рівності і вільності усіх осіб у своїй гідності

і правах, які є невідчужуваними та непорушними. Конституція України встановлює, що не може бути привілеїв чи обмежень за ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, мовними або іншими ознаками.

Самоврядування релігійної організації є одним з найголовніших принципів у створенні і діяльності релігійних організацій. Релігійна організація сама визначає свою структуру, керівні органи, права і обов'язки своїх членів, підстави відповідальності. Держава визнає право релігійної громади на підлеглість у канонічних та організаційних питаннях будь-яким діючим в Україні та за межами України релігійним центрам (управлінням), вільну зміну цієї підлегlostі.

Аналізуючи принципи самоврядування ОБСЄ, у директивах для аналізу законодавства стосовно релігії і віри визначено, що у держав, які входять до складу ОБСЄ, існує багато практик стосовно автономії чи самовизначення релігійних чи віросповідних груп. Ці практики охоплюють спектр від тієї ситуації, коли держава формально має владу над доктринами заснованих церков, до ситуацій, коли держава неохоче втручається в будь-яку справу, яка може вважатися релігійними організаціями «внутрішньою» чи «доктринальною». Існує тенденція усунення держав від доктринальних чи теологічних справ, і ця тенденція імовірно буде продовжуватись. Розумно буде запропонувати, що держава повинна бути дуже неохочою до втручання в будь-які справи, які стосуються віри, вірування чи внутрішньої організації релігійної групи, крім випадків, коли інтереси релігійних чи віросповідних груп конфліктують з іншими суспільними інтересами [4].

Важливе місце займає принцип законності. Нормами Конституції України передбачено, що право сповідувати релігію може бути обмежено законом лише в інтересах охорони громадського порядку, здоров'я, моральності населення або захисту прав свобод інших людей. Законодавець визнає, що держава захищає права і законні інтереси релігійних організацій; сприяє встановленню відносин взаємної релігійної і світоглядної терпимості й поваги між громадянами, які сповідують релігію або не сповідують її, між віруючими різних віросповідань та їх релігійними організаціями; бере до відома і поважає традиції та внутрішні настанови релігійних організацій, якщо вони не суперечать чинному законодавству.

Держава не втручається у здійснювану в межах закону діяльність релігійних організацій, не фінансує діяльність будь-яких організацій, створених за ознакою ставлення до релігії.

Законність діяльності релігійних організацій нерозривно пов'язана з забороною втручання в діяльність інших релігійних організацій, в будь-якій формі проповідувати ворожнечу, нетерпимість до віруючих інших віросповідань.

Релігійна організація зобов'язана додержуватись вимоги чинного законодавства і правопорядку, як це зазначено у ст. 5 Закону України

«Про свободу совісті та релігійні організації» про відокремлення церкви (релігійних організацій) від держави.

Проблема розуміння правопорядку і правового порядку є складною у юридичній науці. Як визначає А. Ф. Крижанівський [11, с. 5], категорія «правопорядок» обмежує свою змістовність «порядком у праві». Адекватною широкому розумінню правового упорядкування суспільної життєдіяльності є категорія «правовий порядок», яка вказує на те, що правовий порядок існує і поза межами права; а також як специфічна правова реальність, унікальна природа якої набуває специфічних форм (іпостасей) буття і сприйняття її людиною.

Правовий порядок не належить до числа тих правових явищ, які у всій повноті можуть спостерігатися як щось конкретно-опредмечене. Матеріального, предметного характеру правовий порядок набуває від правозначущих дій соціальних суб'єктів. Відтак, він є наявною правою реальністю, яка складається з матеріального та ідеального компонентів, і поєднує в собі загальнолюдські, соціальні та правові витоки.

Реальне ж правове буття суспільства, окрім людей та їхніх об'єднань повсякчас вказує на те, що ця особлива правова реальність утворюється (відокремлюється) від правої поведінки, правових відносин, реалізації права, правозастосування, правових актів і додається до них уже як новий компонент правої реальності. Правовий порядок є одним із вимірів людського буття поряд із політичним, економічним, релігійним та ін. Правовий порядок — це втілене у дійсність (реальність) право, правова поведінка, правові відносини, образ правового порядку у людській свідомості. Визначальна іпостась правопорядку — це його «буття» у свідомості особи, групи людей, цілого суспільства, яке набуває форми образів ідеального і реального упорядкування правом суспільного життя [12].

Важливе місце набуває принцип гласності. Принцип гласності взагалі є нормою реалізації контролю суспільства. Кожна особа, яка створює або входить вже до створеної релігійної організації, має право знати традиції, внутрішні настанови релігійних організацій так само, як віроповідання.

Висновки. Законодавством України визначено, що релігійні громади у Україні можуть існувати без реєстрації їх статутів (положень), тобто релігійна громада створюється вірючими одного і того ж культу, віроповідання, напряму, течі або толку для спільногого задоволення релігійних потреб і з цього моменту вона може персоніфіковано виступати у правовому полі. Законодавець визначив, що держава проводить не реєстрацію релігійних громад, а реєстрацію статутів (положень) релігійних організацій. Це підкреслює те, що релігійна громада є персоніфікованим суб'єктом права з моменту її створення. Якщо релігійна громада бажає отримати статус юридичної особи, вона звертається за державною реєстрацією статуту (положення) релігійної організації.

Чинне законодавство України не передбачає обов'язкової реєстрації

релігійної організації, як це було за радянські часи, де за недодержання вимог щодо обов'язкової реєстрації наступала правова відповіальність.

Література

1. Про свободу совісті та релігійні організації: Закон України за станом на 23 лип. 2009 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1991. — № 25. — С. 28.
2. Про об'єднання громадян: Закон України станом на 23 лип. 2009 р. / Верховна Рада України [Електронний ресурс]. — Режим доступу : www.rada.gov.ua.
3. Конституція України : прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 30. — С. 141.
4. Guidelines for Review of Legislation Pertaining to Religion or Belief. // OSCE|ODIHR, welcomed by the OSCE Parliamentary Assembly at its Annual Session,Edinburg, 5–9 July 2004.
5. Рішення Європейського суду з прав людини : справа Сідіропулос проти Греції, 1998. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.eurocourt.org.ua/>
6. Рішення Європейського суду з прав людини : справа Об'єднана комуністична партія проти Туреччини, 1998 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.eurocourt.org.ua/>
7. Рішення Європейського суду з прав людини : справа Горзелік проти Польщі 2001. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.eurocourt.org.ua/>
8. Тихомиров Ю. Л. Курс адміністративного права и процесса / Ю. Л. Тихомиров. — М., 1998.
9. О свободе совести и религиозных объединениях : Закон Российской Федерации [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://www.pravbeseda.ru/library/index.php?page=book&id=571>
10. Рішення Європейського суду по правах людини : справа Свято-Михайлівська Парафія проти України 2007 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.eurocourt.org.ua/>
11. Крижанівський А. Ф. Правопорядок суверенної України: становлення та тенденції розвитку (загальнотеоретичне дослідження) : автореф. дис. ... д-ра юрид наук / А. Ф. Крижанівський. — О., 2009.

Анотація

Додіна Є. Є. Створення та реєстрація релігійних організацій в Україні. — Стаття.

У статті розглядають питання створення і реєстрації релігійних організацій, принципи створення релігійних громад, питання, які пов'язані з забезпеченням правового регулювання державно-конфесійних відносин в Україні на демократичних засадах.

Ключові слова: реєстрація, релігійна громада, релігійна організація, регулювання, державно-конфесійні відносини, створення, принципи створення.

S um m a r y

Dodina E. E. Creating and Registration of the Religious Organizations in Ukraine. — Article.

In the article made an analysis of the question concerning the creating and principles of the registration of religious organizations, and questions of the legal regulating of the relationships between a church and a state on the democratic basis.

Keywords: the registration, religious organization, regulating, relationships between a church and a state, creating, principles of creating.

УДК 342.72/73(477)

Ю. Є. Полянський

ГАРАНТІЇ КОНСТИТУЦІЙНИХ ПРАВ І СВОБОД ЛЮДИНИ В УКРАЇНІ: ШЛЯХИ УДОСКОНАЛЕННЯ

Проголошення України демократичною, соціальною і правовою державою (стаття 1 Конституції) поставило на чільне місце у діяльності державних органів і посадових осіб забезпечення людських прав. «Права і свободи людини та їх гарантії, — зазначено у ч. 2 ст. 3 Основного Закону, — визначають зміст і спрямованість діяльності держави».

У зазначеній вище нормі проголошення прав і свобод не випадково пов'язано з їх гарантуванням, оскільки відсутність чи недостатність гарантій роблять реалізацію прав і свобод практично нездійсненою. При цьому однак потрібно враховувати, що ступінь цього гарантування з боку держави може бути різним і здебільшого не носить абсолютноного характеру. У зв'язку з ним можна виділити декілька рівнів гарантування.

Перший рівень: створення державою нормативних передумов для найповнішої реалізації прав і свобод самими громадянами як через правовідносини з іншими суб'єктами (реалізація права на працю, на освіту, на соціальне забезпечення тощо), так і шляхом надання їм можливості діяти на свій розсуд (свобода пересування, вільний вибір місця проживання і ін.). Такий правовий режим, заснований на т. з. загальнодозвільному способі правового регулювання, властивий сучасній демократичній державі, його суть відбувається у відомому загальноправовому принципі «дозволено все, що не заборонено законом».

У ст. 23 Конституції України цей принцип сформульовано в дещо інших виразах. З одного боку, згадана норма формулює свого роду універсальне право людини, а саме, «право на вільний розвиток своєї особистості», яке носить узагальнюючий характер стосовно всіх інших прав і свобод. І справді, особистість можна реалізувати і в трудових відносинах, і шляхом використання права на свободу совісті, і беручи участь у мітингах та демонстраціях тощо. З іншого боку, засоби самовираження особистості та її вільного розвитку визнаються припустимими лише за

умови, коли вони не порушують прав і свобод інших людей і коли здійснення прав і свобод гармонійно поєднується з виконанням особою своїх обов'язків перед суспільством.

Принцип дозволення всього, що не заборонено законом, певною мірою поширюється також на діяльність юридичних осіб — суб'єктів підприємництва та громадських об'єднань за умови, якщо ця діяльність відбувається у межах т. з. «спеціальної правозадатності», тобто відповідає установчим документам.

Другий рівень: законодавче обмеження компетенції органів держави, місцевого самоврядування та посадових осіб за принципом «дозволено лише те, що передбачено законом». Послідовне проведення в життя цього принципу здатно суттєво обмежити сваволю урядовців стосовно громадян і таким чином запобігти порушенням їх прав і свобод.

У найзагальніших рисах цей принцип сформульовано у ч. 2 ст. 19 Конституції, відповідно до якого «органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України».

Існування цієї норми, яка цілком може розглядатись як норма прямої дії (ч. 3 ст. 8 Конституції), дозволяє судам і прокуратурі успішніше боротися зі спробами органів влади та окремих урядовців з мотивів господарської та іншої доцільності самочинно розширяти коло своїх повноважень у порівнянні з нормативними документами, що регламентують їх діяльність.

Закріплення у Конституції загальноправового принципу «дозволено лише те, що передбачено законом», стосовно владних установ і посадових осіб поєднується з встановленням конкретних заборон і обмежень, які також спрямовані на захист найсуттєвіших прав і свобод людини і громадянина. Йдеться, зокрема, про заборону цензури (ч. 3 ст. 15), арешту особи і тримання її під вартою інакше, як за вмотивованим рішенням суду (ч. 2 ст. 29), «використання у кримінальному процесі доказів, одержаних незаконним шляхом (ч. 3 ст. 62 Конституції) і т. ін. Відповідно до ч. 1 ст. 64 Основного Закону «конституційні права і свободи людини і громадянина не можуть бути обмежені, крім випадків, передбачених Конституцією України».

Третій рівень: створення державою в обмеженому обсязі матеріально-фінансових можливостей для реалізації громадянами окремих суб'єктивних прав, наприклад, реалізація програм професійно-технічного навчання, підготовки і перепідготовки кадрів (ч. 2 ст. 43), надання безоплатної медичної допомоги у державних і комунальних закладах охорони здоров'я (ч. 3 ст. 49), надання права безоплатно здобувати вищу освіту в державних і комунальних навчальних закладах на конкурсній основі (ч. 4 ст. 53 Конституції) і т. ін.

Будь-яка сучасна соціально орієтована держава (за винятком хіба що країн, які домоглися найвищого рівня добробуту за рахунок реалі-

зациї нафти — Кувейт, Бруней і деякі інші) не в змозі взяти на себе повне задоволення потреб громадян, перетворюючи їх у соціальних утриманців. Тим більше на це не здатна Україна з її більш ніж обмеженими матеріальними можливостями. З цього робляться відповідні практичні висновки для нормативного регулювання суспільних відносин. Наприклад, на відміну від ст. 42 Конституції Української РСР 1978 року чинна Конституція України уже не проголошує обов'язку держави забезпечити житлом всіх, хто цього потребує, а зобов'язує її надавати житло безплатно або за доступну плату лише окремим категоріям громадян. Йдеться передусім про громадян, які потребують підвищеного соціального захисту (інваліди, підлітки, позбавлені батьківського піклування, жертви чорнобильської катастрофи тощо), оскільки правом на соціальний захист у широкому розумінні наділена кожна людина.

Четвертий рівень: взяття державою під свою повну опіку певних категорій громадян, серед яких є особи з різним соціальним статусом. З одного боку, це люди, які перебувають на найнижчому щаблі соціальної драбини, оскільки через поганий стан здоров'я і відсутність засобів до існування не в змозі самі себе утримувати. З іншого боку, — це найвищі посадові особи, яким для безперешкодного здійснення їх владних функцій забезпечується не лише підвищений рівень матеріального забезпечення і побутового комфорту, але й повні гарантії особистої безпеки. Стосовно переважної більшості громадян України норма ст. 27 Конституції щодо обов'язку держави захищати життя людини є хоча і не цілком декларативною, але все ж недосить конкретною. На практиці її застосування зводиться до рятувальних заходів під час стихійних явищ та інших надзвичайних ситуацій, заходів профілактики і припинення злочинних посягань на життя і здоров'я людей. При цьому, на жаль, вирішенням деяких проблем захисту українських громадян, зокрема звільнення екіпажів суден з піратського полону, держава практично не займається.

Підвищенні гарантії особистої безпеки встановлені для деяких гарантій державних службовців, зокрема, відповідно до закону України «Про державний захист працівників суду і правоохоронних органів» [1]. Повні ж гарантії особистої безпеки встановлені лише для найвищих посадових осіб, таких як Президент України, Голова Верховної Ради України та деякі інші, але, на відміну від практики тоталітарних часів, ці питання врегульовані не в директивному порядку, а в законодавстві.

Зміст і межі конституційних гарантій прав і свобод громадян України обумовлюють способи їх захисту, що випливають не лише з Конституції, але й з інших актів законодавства України. Ці способи є досить різноманітними, взаємопов'язаними, а їх застосування у конкретних життєвих ситуаціях обумовлено характером і особливостями конфліктів на грунті реалізації права, які виникають у нашому суспільстві. До цих способів можна віднести такі:

- захист прав і свобод у судах загальної юрисдикції;

- адміністративно-правовий захист;
- парламентський контроль;
- прокурорський нагляд;
- використання конституційно-судового механізму;
- використання міжнародно-правових механізмів;
- законний самозахист.

Сфера судового захисту прав і свобод людини і громадянина у радянський період нашої історії, особливо у стосунках людей з органами влади, була дуже обмеженою, що випливало з нерівноправного становища громадянина перед державою та її органами. Оскільки для правової держави, якою проголошена Україна у ст. 1 Конституції, є властивою рівна відповідальність держави перед громадянином і громадянина перед державою, то цілком природним є запровадження такого порядку, за яким особа мала б можливість вдатися до судового захисту у всіх випадках виникнення конфліктних ситуацій між нею та іншими фізичними та юридичними особами. У ст. 8 Загальної декларації прав людини, прийнятої ООН у грудні 1948 року, урочисто проголошено «право кожної людини на ефективне поновлення у правах компетентними національними судами в разі порушення її основних прав, наданих їй Конституцією або законом».

Для сучасного конституційного ладу України є властивою дія *принципу універсальності* права людей на звернення за судовим захистом. В узагальненому вигляді цей принцип сформульовано у ч. 1 ст. 8 Конституції, відповідно до якої «звернення до суду для захисту конституційних прав і свобод людини і громадянина безпосередньо на підставі Конституції України гарантується». Підтвердженням реальності запровадження у державно-правову практику України принципу універсальності права на звернення за судовим захистом є, по-перше, закріплення цього за кожною людиною (тобто громадянином України, особою без громадянства або громадянином іншої держави), по-друге, відсутність обмежень для використання цього права залежно від характеру юридичних спорів, по-третє, надання зацікавленим особам можливості захистити свої права і свободи від противправних посягань не лише з боку інших фізичних та юридичних осіб, але й з боку органів держави, органів місцевого самоурядування, посадових і службових осіб.

У проекті нової редакції Конституції України, внесеному Президентом України на всенародне обговорення (ч. 2 ст. 135), зазначено, що «юрисдикція судів поширюється на всі правовідносини, що виникають в Україні» (виділено мною. — Ю. П.). Це формулювання є досконалішим від того, яке міститься у ч. 2 ст. 124 чинної редакції Основного Закону, де йдеться про правовідносини, що виникають у державі [2]. Звичайно, більш вірно говорити про поширення юрисдикції судів на правовідносини, що виникають в Україні, тобто в українському суспільстві, оскільки держава як сукупність державних органів є частиною суспільства.

Звернення громадянина до суду є проявом реалізації ним т. з. «захис-

ного права». Тим самим створено реальний механізм відповіальності держави перед людиною за свою діяльність, здійснення нею обов'язку утвердження і забезпечення прав і свобод людини.

З правом людини на судове оскарження рішень, дій та бездіяльності владних органів і посадових осіб тісно пов'язано право на відшкодування заподіяних цим збитків.

Відповідно до ст. 56 Конституції «кохен має право на відшкодування за рахунок держави чи органів місцевого самоврядування матеріальної та моральної шкоди, завданої незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб при здійсненні ними своїх повноважень». Це загальне правило доповнюється нормою ч. 4 ст. 62 Основного Закону, якою передбачено, що «у разі скасування вироку суду як неправосудного держава відшкодовує матеріальну і моральну шкоду, завдану безпідставним засудженням».

Відповідно до ст. 2 Закону України «Про судоустрій України» [3], «суд, здійснюючий правосуддя, на засадах верховенства права забезпечує захист гарантованих Конституцією України та законами прав і свобод людини і громадянина, прав і законних інтересів юридичних осіб, інтересів суспільства і держави».

У країнах з розвиненою демократією і досконалою судовою системою забезпеченняю право громадян на судовий захист приділяється велика увага. Відповідно до ч. 1 ст. 6 Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, «кохен має право при вирішенні спору щодо його прав і обов'язків цивільного характеру або при встановленні обґрунтованості будь-якого висунутого проти нього кримінального обвинувачення на справедливий і публічний розгляд у межах розумного строку незалежним і безстороннім судом».

Проте слід відзначити, що судовий порядок розв'язання спорів про право, як правило, є несумісним з оперативним усуненням порушень законності щодо громадян. Для досвідчених юристів не становить особливих труднощів не на місяці, а на роки затягувати розгляд справ або виконання судових рішень. Безприкладна тяганина, властива нашому правосуддю, не сприяє зміцненню у громадській свідомості довіри до судової влади і викликає скептицизм у більшості громадян щодо перспектив судового захисту прав і свобод. Не на висоті кадрове і матеріально-технічне забезпечення судів, адже останнім часом утверджується практика покладення на учасників процесу обов'язку придбання паперу, конвертів тощо. А оскільки суди змушені вдаватися до спонсорської допомоги при вирішенні господарських питань, то і конституційний принцип незалежності суддів часто дає збої при вирішенні конкретних справ.

Не слід забувати і про таку істотну обставину, як поширеність у суспільстві невірних уявлень про роль і функції судової влади. Переважна більшість громадян, виходячи з життєвого досвіду попередніх поколінь, звикла дивитись на суд виключно як на частину каральної сис-

теми, від якого можна чекати не захисту своїх прав, а самих лише неприємностей. Потрібні десятиріччя розвитку демократичного суспільства, щоб побороти цей стереотип.

Варто відзначити, що дослідження, проведене представниками проекту «USAID — Україна: верховенство права» у 2009 році показали, що 30,1 % громадян України зовсім не довіряють судам, 33,4 % — загалом не довіряють, загалом довіряють — 16,8 % і повністю довіряють лише 1,2 % (не визначилось 18,4 %) [4].

Важливим кроком щодо розширення доступу громадян до суду, використання ними «права на суддю» стало створення з Україні підсистеми адміністративних судів за прикладом провідних європейських країн (Німеччини, Франції та ін.). Свого часу було висловлено переконання, що призначення цього суду — захист людини від сваволі держави [5, с. 47]. На відміну від цієї полемічно загостреної думки у ч. 1 ст. 2 Кодексу адміністративного судочинства України його завдання визначено як «...захист прав, свобод та інтересів фізичних осіб та інтересів юридичних осіб у сфері публічно-правових відносин від порушень з боку органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб». Очевидно, щодо юридичних осіб теж йдеться про захист не лише їх інтересів, але й прав. Проте передусім адміністративні суди розглядають справи за позовами громадян.

Захисту прав у сферах цивільних і господарських правовідносин сприяє розвиток третейських судів в Україні, правовою базою для яких є закон України «Про третейські суди» [6]. У президентському конституційному проекті (ч. 3 ст. 135) спеціально передбачено, що «з метою захисту прав і свобод у сфері приватноправових відносин можуть утворюватися третейські суди та інші органи добровільного врегулювання спорів». На наш погляд, така конституційна новизна є недоречною, оскільки третейські структури не входять до судової системи України і їх діяльність не охоплюється розділом VII проекту «Суди і правосуддя» [2].

І все ж існуючі гарантії забезпечення права громадян на судовий захист не можуть бути визнані достатніми.

Концепція вдосконалення судівництва для утвердження справедливо-го суду в Україні, схвалена указом Президента України від 10 травня 2006 року [7], виходить з того, що ця проблема носить комплексний характер і має вирішуватися з використанням комплексу заходів, спрямованих на удосконалення діяльності як судів, так і суміжних інституцій. Такий підхід було проявлено і Радою суддів України, яка на своєму засіданні 26 травня 2006 року визнала за потрібне подальше реформування судової системи на чіткій концептуальній основі [8, с. 313].

Діяльність судів не може розглядатись як єдиний спосіб правозахисту. Універсальність права звернення до суду має поєднуватися з альтернативністю у виборі адресатів, до яких можна звернутись у випадках порушень прав і свобод.

Серед засобів правозахисту велику роль відіграє адміністративно-

правовий засіб, пов'язаний з діяльністю органів державної виконавчої влади у сфері прав і свобод людини і громадянина. Ця діяльність проявляється у двох аспектах.

По-перше, вона має забезпечувати виконання Конституції та актів Президента України і таким чином запобігати порушенням прав і свобод окремих людей, соціальних груп і народу в цілому (п. 1, 2 ст. 116 стосовно Кабінету Міністрів України, п. 1, 2 ст. 119 Конституції стосовно місцевих державних адміністрацій). При цьому, на нашу думку, забезпечення прав громадян не можна ототожнювати з їх захистом. Забезпечення здійснюється шляхом реалізації цими органами всіх покладених на них управлінських функцій, передусім у соціально-економічній сфері. Захист же прав від їх порушень здійснюється в основному шляхом контрольної діяльності місцевих державних адміністрацій. На жаль, вона не фігурує у ст. 16 Закону України «Про місцеві державні адміністрації» [9] серед названих у ній напрямів здійснення державного контролю. Цю прогалину, на наш погляд, слід заповнити.

Діяльність органів виконавчої влади по захисту прав і свобод проявляється у розгляді керівниками і посадовими особами державних органів заяв і скарг громадян України, осіб без громадянства та іноземців відповідно до ст. 40 Конституції та Закону України «Про звернення громадян» [10].

Аналіз згаданого законодавчого акта дозволяє виділити такі основні принципи роботи із зверненнями:

- безпорешкодність використання громадянами права на звернення;
- чіткий процесуальний порядок розгляду скарг і заяв та забезпечення заявникам можливості участі у розгляді;
- забезпечення належної оперативності розгляду і вирішення звернень;
- неприпустимість переслідування громадян за звернення у державні органи і критику недоліків та порушень законності, за винятком звернень протиправного характеру, які містять наклепи, образи та дискредитацію органів і посадових осіб;
- об'єктивність і повнота перевірок за скаргами і заявами;
- відшкодування громадянам збитків у зв'язку з неправомірними діяннями, що викликали подачу обґрутованих заяв і скарг.

Діяльність органів державної виконавчої влади по забезпеченням прав і свобод громадян включає у себе контроль за додержанням закону «Про звернення громадян» на підприємствах, установах і в організаціях усіх форм власності. При цьому звертає на себе увагу явна недосконалість норми, передбаченої ч. 3 ст. 38 Закону «Про місцеві державні адміністрації», відповідно до якої «посадові особи місцевих державних адміністрацій зобов'язані розглянути звернення громадян і не пізніше ніж у визначений законом термін прийняти рішення або дати обґрутовану відповідь». Її буквальне тлумачення надає чиновнику можливість або прийняти рішення за зверненням без надання відповіді на нього, або

надати відповідь, не приймаючи рішення, що, звичайно, суперечить здровому глузду. Очевидно, до цієї статті потрібно внести відповідні уточнення.

Використання адміністративно-правового способу захисту прав громадян в основному стосується і органів місцевого самоврядування. До числа повноважень, делегованих державою виконкомам сільських, селищних і міських рад, належать «забезпечення вимог законодавства про розгляд звернень громадян, здійснення контролю за станом цієї роботи на підприємствах, в установах і організаціях незалежно від форм власності (підп. 1 п. «б» ст. 38 Закону України «Про місцеве самоврядування України») [11].

Особлива роль у використанні адміністративно-правових засобів належить Президенту України, який, хоча і не входить до структур виконавчої влади, але відповідно до ч. 2 ст. 102 Конституції виступає як гарант прав і свобод людини і громадянина, використовуючи для цього конституційні важелі впливу на уряд і місцеві державні адміністрації.

Ефективність парламентського контролю за додержанням прав і свобод людини і громадянина вирішальною мірою залежить від авторитету органу законодавчої влади в державі. Наділення його реальними владними повноваженнями є необхідною ознакою демократичного державного режиму. Цим вимогам загалом відповідає компетенція Верховної Ради України за чинним Основним Законом.

Серед функцій нашого парламенту важливе місце займає парламентський контроль за додержанням конституційних прав і свобод людини і громадянина. Цей контроль може здійснюватись як безпосередньо, шляхом розгляду Верховною Радою питань, які стосуються захисту людських прав, так і опосереднено через Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини (ст. 101 Конституції), який призначається і звільняється парламентом.

Закон України «Про Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини» [12] надає право всім, без обмеження, фізичним особам право звертатися до Уповноваженого з прав людини, роблячи виняток лише для звернень, що розглядаються судами. При розгляді звернення Уповноважений або відкриває провадження у справі, тобто приймає звернення до розгляду, або роз'яснює заходи, що їх має вжити особа, яка подала звернення Уповноваженому, або направляє звернення за належністю в орган, до компетенції якого належить розгляд справи, та контролює розгляд цього звернення (ст. 17 Закону).

Велике значення в діяльності Уповноваженого з прав людини і його апарату має узагальнення стану додержання прав і свобод людини і громадянина в Україні з використанням матеріалів інших державних органів і громадських організацій, які властивими їм методами допомагають у вирішенні конфліктів між громадянами та органами влади і посадовими особами. Результатами такого узагальнення є щорічні та спеціальні дозвілі Уповноваженого Верховної Ради України з прийняттям по них

відповідних постанов. Ці документи мають бути орієнтиром як для широкої громадськості, так і для владних структур, сприяти запобіганню порушенням людських прав і свобод.

На думку М. Косюти, яку ми поділяємо, українському омбудсмену слід приділити головну увагу саме аналітичній роботі з внесенням відповідних пропозицій органам державної влади, а також з урахуванням одержаної інформації перевіряти стан додержання прав і свобод людини в окремих державних структурах. При цьому йому доцільно зосередитися на розгляді лише тих скарг, які мають «резонансний» або «прецедентний» характер [13, с. 300]. Типовим прикладом може служити поїздка Уповноваженого з прав людини Н. Карпачової до Таїланду, за наслідками якої її вдалося не лише домогтися скасування смертного вироку громадянці України, засуджений у цій країні за перевезення наркотиків, але й звільнення її з ув'язнення і повернення до України.

Неабиякого значення має і правозахисна діяльність *органів прокуратури України*. Чинний Закон України «Про прокуратуру» покладає на неї захист гарантованих Конституцією, іншими законами України та міжнародними правовими актами соціально-економічних, політичних, особистих прав і свобод людини і громадянина від неправомірних посягань. Більше того, захист прав і свобод громадян розглядається як один з принципів діяльності прокуратури (п. 2 ст. 6 Закону).

Правозахисна діяльність прокуратури відбувається у таких формах:

- розгляд заяв і скарг громадян з приводу порушень законності (в органах прокуратури щороку розглядається близько півмільйона звернень, і майже 15% іх визнаються обґрутованими);
- проведення перевірок виконання законів у соціальній сфері з врахуванням інформації, яка свідчить про поширеність порушень прав і свобод всього населення України (наприклад, несвоєчасне погашення заборгованості по заробітній платі, пенсіях, інших соціальних виплатах) або окремих їого категорій (інваліди, «чорнобильці», діти-сироти тощо) і вжиття заходів щодо усунення обставин, які сприяють цим порушенням;
- безпосередній захист прав і свобод громадян від злочинних посягань, сприяння розкриттю злочинів, виконанню вимог закону про невідворотність відповідальності за скоені злочини: запобігання незаконному притягненню особи до кримінальної відповідальності;
- сприяння додержанню законності при здійсненні правосуддя шляхом участі у розгляді справ в судах, зокрема при підтриманні державного обвинувачення, що також спрямовано прямо чи опосереднено на усунення порушень і запобігання порушенням щодо свобод громадян;
- забезпечення прав осіб, які перебувають у т. з. місцях застосування заходів примусового характеру (слідчих ізоляторах, виправно-трудових колоніях тощо).

Таким чином, у сучасних умовах сфера правозахисної діяльності прокуратури є досить широкою. Фактично всі без винятку функції прокуратури так чи інакше орієнтовані на правозахист.

Спеціальна правозахисна функція прокуратури закріплена у п. 5 ст. 121 Конституції України, який було включено туди законом України від 8 грудня 2004 року «Про внесення змін до Конституції України» [14]. Відповідно до нього прокуратура «здійснює нагляд за додержанням прав і свобод людини, додержанням законів з цих питань органами виконавчої влади, органами місцевого самоврядування, їх посадовими і службовими особами. На перший погляд може здатися, що зазначена конституційна норма обмежує прокурорський нагляд у правозахисній сфері лише органами виконавчої влади і місцевого самоврядування. Проте лінгвістичний аналіз цього пункту свідчить, що це не так. Подібний висновок можна було б зробити, якби зазначений пункт було сформульовано у такій редакції: «нагляд за додержанням прав і свобод людини і громадянина органами...» і далі за текстом. Насправді ж перше речення (до коми) однозначно охоплює правозахист у всіх сферах життя суспільства.

На жаль, закрілення за прокуратурою функції нагляду за додержанням і застосуванням законів, у тому числі у сфері правозахисту, викликало категоричне концептуальне несприйняття структурами Ради Європи, передусім з боку Комісії з демократії через право (Венеціанска комісія) [15; 16], які перебувають в полоні догматичних уявлень про те, що прокуратура не повинна займатись одночасно захистом і державних інтересів, і інтересів особи через конфлікт цих інтересів [17]. Ці доводи протягом тривалого часу спростовуються українськими науковцями: Ю. Шемшученком та Г. Мурашиним [18, с. 6], В. Долежаном [19, с. 122–123], М. Руденком [20, с. 6] та багатьма іншими, які цілком обґрунтовано вважають, що наявність альтернативних судовому засобів правозахисту не порушує принципу верховенства права; не посягає на незалежність суду і не тільки не знижує, але й підвищує рівень правової захищеності особи.

На жаль, жодного впливу на європейських експертів ці аргументи не справляють, і залишається сподіватися лише на розважливість українського законодавця, який до останнього часу проявляв стриманість з природу задоволення вимог ПАРЄ стосовно прокуратури. «Наші законодавці повинні розуміти, — підкреслив В. Долежан, — що йдеться про захист *національних інтересів* і, ширше, — про один з елементів її національної безпеки» [19, с. 122].

Використання конституційно-правових процедур захисту прав і свобод людини і громадянина є доцільним у тих випадках, коли йдеться про усунення порушень цих прав через неоднакове розуміння норм чинного законодавства правозастосовчими органами і посадовими особами. Таке становище призводить до того, що ці порушення набувають досить широких масштабів, мають місце в різних регіонах України, торкаються цілих соціальних груп та верств населення.

Чинна Конституція (розділ XII) та Закон України «Про Конституційний Суд України» [21] передбачають можливість звернення громадян до цього органу конституційного судочинства як опосереднено, через

суб'єктів конституційного подання (зокрема, народних депутатів України, Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини), так і безпосередньо. Можливість безпосереднього звернення обумовлена потребою офіційного тлумачення Конституції України та законів України з метою забезпечення реалізації чи захисту конституційних прав та свобод людини і громадянина (ч. 1 ст. 42 Закону «Про Конституційний Суд»).

Останнім часом КС України дотримуються чіткої лінії щодо неприпустимості будь-яких обмежень конституційних прав громадян у соціальній сфері всупереч вимогам ч. 3 ст. 22 Конституції України.

Про це, зокрема, свідчать рішення КС, якими визнані неконституційними постанови Кабінету Міністрів України про обмеження розмірів пенсій для окремих категорій громадян [22; 23].

На жаль, в окремих ситуаціях власні конституційні права і службові прерогативи суддям КС доводиться захищати через суди загальної юрисдикції. Як слідно відзначив С. Ківалов, «...створюється парадоксальна ситуація, коли в правовому відношенні суддя Конституційного Суду виявляються менш захищеним, ніж суддя навіть місцевого загального суду» [24, с. 272]. Відповідно до п. 26 ч. 2 ст. 126 Конституції України Президенту України надано практично необмежене право звільнити з посад суддів КС, призначених за його квотою, чим він досить широко користується для того, щоб КС не визнав антиконституційними його укази про розпуск парламенту у 2007 році. Суддя КС С. Станік була спочатку звільнена з посади за порушення присяги за надуманими обвинуваченнями в корупції, а після поновлення її на роботі судом була знову звільнена під сміховинним приводом, що під час складання нею присяги на засіданні Верховної Ради України не був присутній тодішній Президент України Л. Кучма, який власне і призначив її на цю посаду.

Суд знову виніс рішення про поновлення на посаді, а апеляційна скарга Президента України В. Ющенка залишена без задоволення [25].

Звичайно, в умовах правового нігілізму, яким страждають вищі ешелони влади, повторення таких випадків уникнути неможливо, проте все ж гарантії непорушності строку повноважень суддів КС потрібно істотно посилити.

Відповідно до ч. 4 ст. 55 Конституції України кожен має право після використання всіх національних засобів правового захисту звертатися за захистом своїх прав і свобод до відповідних міжнародних судових установ чи до відповідних органів міжнародних організацій, членом або учасником яких є України. Під «національними способами», мається на увазі звернення громадян Україні та інших осіб, які на законній підставі перебувають на її території, до компетентних державних органів України, наділених відповідною юрисдикцією.

Вступ України до Ради Європи дозволив її громадянам звертатися до захисту своїх порушених прав до Європейського суду з прав людини. Скарги громадян України найчастіше задовольняються судом у зв'язку з невжиттям владними структурами належних заходів щодо виконання

судових рішень, порушень особистих прав громадян у процесі їх затримання і притягнення до кримінальної відповідальності, незабезпечення належних умов тримання ув'язнених у місцях позбавлення волі. Зверненням до Європейського суду у більшості випадків можна було запобігти, якби відповідні владні структури і їх посадові особи своєчасно і у відповідності із законом реагували на звернення громадян. Рішення суду не мають сили судових прецедентів, але все ж вони можуть розглядатись як певні орієнтири для судів, органів прокуратури та інших державних органів при розгляді аналогічних юридичних справ. У сучасних умовах це є досить актуальним при розгляді судами виборчих спорів, зокрема, у процесі виборів Президента України в січні 2010 року.

Відповідно до ч. 4 ст. 55 Основного Закону «кохен має право будь-яким не забороненими законом засобами захищати свої права і свободи від порушень і протиправних посягань». Згадана норма, яку коротко можна визначити як *право на законний самозахист*, являє собою застосування у правозахисній сфері загальноправового принципу «дозволено все, що не заборонено законом». Очевидно, що реалізація цього права стосується будь-яких порушень закону, оскільки протиправне посягання на права та інтереси особи, передусім, на її життя і здоров'я, як різновид порушень, характеризується тим, що воно вчиняється у формі активних дій (наприклад, розбійний напад).

Поняття законного самозахисту, як правило, пов'язується з правом людини на необхідну оборону від злочинних посягань, закріпленим у ст. 36 Кримінального кодексу України.

Важливо підкреслити, що захист прав і законних інтересів людини і громадянина, здійснюваний із застосуванням заходів примусу щодо інших осіб, можливий, за винятком необхідної оборони, лише в межах правозастосувальної діяльності державних органів та їх посадових осіб, які діють у межах компетенції, визначеної законом.

Хоча утверждження і забезпечення прав і свобод людини визнається головним обов'язком держави, велику роль у вирішенні пов'язаних з цим питань відіграють також правозахисні громадські об'єднання, діяльність яких, на відміну від радянських часів, визнається суспільно корисною, так само, як і діяльність міжнародних правозахисних організацій.

Органічне поєднання всіх конституційних гарантій прав і свобод людини і громадянина є передумовою їх реального забезпечення у правовій державі.

Література

1. Відомості Верховної Ради України — 1994. — № 11. — Ст. 50.
2. Закон і бізнес. — 2009. — № 36. — С. 11–15.
3. Відомості Верховної Ради України — 2002. — № 27–28. — Ст. 180.
4. Дані та звіти за окремими дослідженнями проекту ШАГО: Україна: верховенство права щодо судової системи 2007–2009 років. — К., 2009. — Док. 3.

5. Стефанюк В. Судова система України та судова реформа / В. Стефанюк // Адміністративно-правова реформа для людини : наук.-практ. нарис / за заг. ред. І. Коліушка. — К., 2001.
6. Офіційний вісник України. — 2004. — № 27. — Ст. 1540.
7. <http://zakon1.rada.gov.ua/egi-bin/Laws/main.cgi?egirn=361%2F2006>
8. Розвиток публічного права в Україні : доповідь за 2005–2006 роки / за заг. ред. Н. В. Александрової, І. Б. Коліушка. — К. : Конус-ю, 2007.
9. Відомості Верховної Ради України. — 1999. — № 20–21. — Ст. 190.
10. Відомості Верховної Ради України. — 1995. — № 47. — Ст. 256.
11. Відомості Верховної Ради України. — 1997. — № 24. — Ст. 170.
12. Відомості Верховної Ради України. — 1998. — № 20. — Ст. 99.
13. Косюта М. В. Прокуратура України : навч. посіб. / М. В. Косюта. — О. : Юрид. л-ра, 2002.
14. Відомості Верховної Ради України. — 2004. — № 2. — Ст. 44.
15. Європейська комісія «за демократію через право» / Венеціанська комісія // Коментарі до законопроекту про внесення змін до Конституції України стосовно прокуратури. — Страсбург, 2 червня 2006 р.
16. Європейська комісія «за демократію через право» / Венеціанська комісія // Висновок № 380/2006 на проект закону України про внесення змін до Конституції України. — Страсбург, 17 жовтня 2006 р.
17. Висновок Венеціанської комісії щодо Конституції України : документ CDL /1997/ 001/.
18. Шемшученко Ю. Прокуратура України: шляхи реформування в аспекті входження у європейський правовий простір / Ю. Шемшученко, Г. Мурашин // Вісник Академії прокуратури України. — 2006. — № 4. — С. 6.
19. Долежан В. В. Конституційні аспекти удосконалення прокурорської системи України / В. В. Долежан // Стратегічні пріоритети. — 2008. — № 2. — С. 122–123.
20. Руденко М. Правозахисна діяльність прокуратури: деякі теоретичні аспекти / М. Руденко // Вісник Академії прокуратури України. — 2006. — № 6. — С. 5–9.
21. Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 49. — Ст. 272.
22. Рішення Конституційного Суду України у справі щодо предмета та змісту закону про Державний бюджет України № 10-рп від 22 травня 2008 року // Закон і бізнес. — 2008. — № 13. — С. 13–14.
23. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 59 народних депутатів України щодо конституційності пункту 10 постанови Кабінету Міністрів України «Деякі питання соціального захисту окремих категорій громадян» № 19-рп від 8 вересня 2009 року // Веб-сайт Конституційного Суду України.
24. Кивалов С. В. Испытание законом / С. В. Кивалов. — О. : Юрид. л-ра, 2009.
25. Постанова окружного адміністративного суду міста Києва від 24.02.2009 р. № 5/573 // Веб-сайт суду. — 2009.

А н о т а ц і я

Полянський Ю. Є. Гарантії конституційних прав і свобод людини в Україні: шляхи удосконалення. — Стаття.

У статті розглянуто актуальні проблеми гарантування прав і свобод людини в суверенній Україні. Автором запропоновано виділяти чотири рівні гарантування, на кожному з яких реалізуються певні загальноправові принципи. Розглянуто роль судів в забезпеченні гарантій прав і свобод людини, запропоновано шляхи реформування та вдосконалення судової системи та прокуратури в Україні.

Ключові слова: права і свободи людини, гарантії прав і свобод людини, судова система України, прокуратура України, правоохранна діяльність.

S u m m a r y

Polianskyj Y.E. Guarantees of Constitutional Rights and Freedoms of Human in Ukraine: Ways of Perfection. — Article.

In the article the issues of the day of guaranteeing of human rights and freedoms are considered in sovereign Ukraine. It is suggested to select four levels of guaranteeing on each of which general legal principles are realized. The role of courts is considered in providing of guarantees of human rights and freedoms, the ways of reformation and perfection of the judicial system and public prosecution are offered in Ukraine.

Keywords: human rights and freedoms, guarantees of human rights and freedoms, judicial system of Ukraine, public prosecution of Ukraine, law-enforcement activity.

УДК 347.41

O. П. Подцерковний

УНІВЕРСАЛІЗАЦІЯ ПОНЯТТЯ ЗОБОВ'ЯЗАННЯ ЯК ФАКТОР РОЗВИТКУ ГАЛУЗЕЙ ПРАВА

У 70-х роках ХХ століття виникнуло таке правове явище, як універсалізація поняття зобов'язання та визначення його загально-правового характеру. Це відбулося значною мірою завдяки представникам науки господарського права, які запропонували відділити господарські зобов'язання від цивільних [1], а також класифікували види господарських зобов'язань, які виходили за межі цивільно-правового предмета та методу регулювання: господарсько-управлінські зобов'язання — правова форма, у яку наділяються деякі відносини, що виникають у процесі господарського керівництва; внутрішньогосподарські зобов'язання — господарські правовідносини, пов'язані з рухом майна й виникаючі між конкретними підрозділами підприємства в процесі внутрівиробничого кооперування, організованого на госпрозрахункових засадах [2].

Сьогодні в законодавстві та літературі чітко простежується лінія на виділення зобов'язання як універсального та загально-правового поняття. Так, виділяються немайнові зобов'язання [3], організаційно-господарські та соціально-комунальні зобов'язання (ст. ст. 173, 175, 176 Господарського кодексу України), територіально-господарські зобов'язання [4] в рамках адміністративного договору [5], зобов'язання з виплати заробітної плати [6], фінансові зобов'язання [7–10], податкові зобов'язання [11–13], міжнародні зобов'язання [15; 16, ст. 5], нарешті, митні зобов'язання (наприклад, зобов'язання щодо вивезення товарів згідно зі ст. ст. 194, 204 та іншими статтями Митного кодексу) тощо. Analogічним чином в правовій науці обґрутовано загально-правовий характер договору [17–21].

З цією тенденцією правового значення зобов'язання неможливо не рахуватися. Навіть у філософській літературі застосовується це поняття. Зокрема, В. Г. Ф. Гегель писав: «Що ж стосується взаємовідносин, на яких тримається держава, то... вони об'єктивні, необхідні та не залежать від волі і бажання окремих індивідів. Вони самі є зобов'язанням, від

якого залежать права» [22]. Поширюється думка про те, що, як і договір, зобов'язання — це «універсальний феномен чисто формальної якості, єдине поняття загальної правової науки» [23].

На цьому фоні кидаються в очі наполегливі намагання представників цивільно-правової науки відстоюти догму щодо визнання зобов'язання виключно цивільними правовідносинами [24], і як наслідок, наприклад, грошові зобов'язання теж визнаються суперечливою цивільно-правовими [25; 26], поза очевидного факту законодавчого та наукового виділення грошових зобов'язань іншого характеру (податкових, бюджетних, міжнародних тощо).

Наполягаючи на аксіоматичності цивільного характеру зобов'язання, О. Йоффе навіть порівняв обговорення поняття зобов'язання з нежважкою полемікою «про накопичення ознак, які ніким по суті не оспорюються і вимагають перевірки лише в плані логічної доцільності їх використання при формулюванні відповідного наукового визначення» [27]. Продовжує широко декларуватися позиція, відповідно до якої термін зобов'язання не можна поширювати на «неприватно-правові» відносини [28]. Нерідко є думка про те, що публічного зобов'язання існувати не може, а може бути лише публічний обов'язок [29].

Як буде показано далі, вирішення поняття про універсальний та загально-правовий характер зобов'язання дозволяє багато в чому пояснити напрями розвитку багатьох сучасних галузей законодавства та права, з'ясувати причини об'єктивного перегляду догм права під впливом сучасної економічної та іншої суспільної необхідності.

Якщо проаналізувати висновки цивілістів із приводу відстоювання суперечливої природи зобов'язання, то можна відзначити дві основні хиби. Перша — виведення виключно майнового характеру зобов'язання, і друга — подання його лише як інституту цивільного обігу. Спробуємо проаналізувати ці аспекти поняття зобов'язання.

На думку прибічників моністичної (цивілістичної) концепції зобов'язання, приклади «окремих немайнових зобов'язань є недостатньо переконливими, оскільки не міняють майновий характер зобов'язання в цілому, яке так чи інакше завжди пов'язане з переміщенням певного матеріального блага в тій чи іншій формі» [30].

Натомість, ще Покровський та Гірке наполягали на тому, що поняття зобов'язання передувало більш широке поняття відповідальності (*Haftung*) та боргу (*Schuld*), що підсилення майнового змісту зобов'язання викликало відповідні «теоретичні перебільшення» [31].

Сьогодні ці перебільшення не поодинокі. Зокрема, дослідники звертають із цього приводу увагу на суперечливу практику Європейського суду з прав людини при застосуванні Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. На думку М. Де Сальвіа, спочатку така практика вказувала на те, що в поняття «цивільні права» включаються права і обов'язки «приватного характеру» в класичному розумінні цього слова. Але згодом майже будь-який спір у сфері посягання на

майнові права Суд почав вважати таким, що стосувався «цивільних прав та обов'язків» [32].

Дискутуючи із приводу такої практики, П. Рабінович та Р Сивий зазначають, що, «як відомо, “майновість” притаманна не лише багатьом приватним правам (правам приватного характеру), але й певним публічним правам!» [33].

Не складно помітити, що в цьому аспекті питання про майновий характер зобов'язання нерозривно пов'язане з питанням про майновий характер цивільного правовідношення.

Можна з впевненістю говорити про те, що ототожнення майнових прав із цивільними правами фактично призводить до розширення сфери цивільно-правового регулювання, яке скоріше шкодить цивільному праву, аніж сприяє його розвитку. Тому що хоча ця експансія і розширяє сферу охвата цивілістичними дослідженнями економічних відносин, але розмиває метод цивільно-правового регулювання, який вимушений таким чином поглинатися публічно-правовими та іншими управлінськими інструментами. Саме це відбувається тоді, коли цивільне законодавство поширюється на корпоративні відносини, банківську сферу, процедури утворення та ліквідації суб'єктів господарювання, примусове виконання, встановлення конституційних (публічних) прав і свобод людини й громадянина тощо. Як наслідок, цивільне право в його ціннісних, тобто приватноправових, межах нівелюється, знебарвлюється та перетворюється на замінник комплексних галузей права. Це не може не хвилювати, адже фундаментальні галузі права, якою є цивільне право, мають ґрунтуючися, перш за все, на методологічній однорідності.

Класичний погляд на цивільне право як на право приватне не залишає іншої можливості, аніж визнавати здатність інших галузевих утворень на регулювання майнових відносин в тих сферах, де інструменти цивільного права не можуть використовуватися за визначенням.

На користь того, що зобов'язання є пов'язаними з переміщенням будь-якого блага, а не лише майнового, свідчать також ті зобов'язання, які не мають майнового характеру, не пов'язані з цивільним обігом та названі у законодавстві. Йдеться про окремі зобов'язання, які існують, наприклад, у вигляді організаційно-управлінських зобов'язань монополістів стосовно інформаційного обміну з Антимонопольним комітетом (ст. 173 ГКУ), міжнародні зобов'язання, коаліційні зобов'язання тощо.

Висловлюється позиція стосовно того, що «зобов'язання, як наукове поняття, має сенс і значення тільки тоді, коли воно розглядається як специфічна правова форма опосередкування товарно-грошових відносин. Інакше зобов'язання стає тотожним іншому науковому поняттю — «відносне правовідношення», яке дійсно є міжгалузевим поняттям» [34].

Виникає запитання, чому ж тоді різноманітні галузі законодавства та науки права широко використовують поняття зобов'язання (бюджетне, господарське, фінансове, податкове, міжнародне, митне тощо) і майже не використовують поняття «відносне правовідношення»? Мабуть, тому,

що останнє поняття є вузьконауковим, утворене для викладацьких цілей, на відміну від цілком практично спрямованого поняття зобов'язання. Крім того, залишається без відповіді запитання про те, що може дати економіці та юридичній практиці виключення цього поняття із усіх інших законів, крім ЦК. Позначення на те, що до публічних зобов'язань не можуть застосовуватися положення цивільного права [29], не мають тут доказового значення, адже концепція універсальності поняття зобов'язання цього і не передбачає.

Має бути також враховано, що велими дискусійним є припущення про те, що поняття зобов'язання виникло як специфічна форма цивільноправового відношення. Із цього приводу привертають до себе увагу висновки О. А. Беляневич, яка ставить під сумнів походження поняття договору з актів регулювання майнових відносин у Стародавньому Римі та зазначає більш ранні джерела з міждержавних, податкових та інших відносин [17, с. 405]. Ці джерела походження договірного права є цілком зрозумілими та не менш значущими для правової традиції, аніж їх цивільно-правовий вимір. Аналогічним чином можна говорити про призначення міжнародного договору, яке полягає серед іншого в тому, «щоб встановити взаємні правові зобов'язання сторін з метою зміни та доповнення національного законодавства» [17, с. 248].

Запропонована М. М. Агарковим теорія основного ядра та його ускладнень у структурі зобов'язання [36] цілком підтверджує інструментальну універсальність поняття зобов'язання. Адже всі його складові мають загальноправове застосування: це і множинність осіб на обох сторонах (наприклад, зобов'язання з оплати праці охоплюється вимогами працівника, трудового колективу як суб'єкта колективного договору, а також профспілкового комітету); і наявність додаткових обов'язків по над основні (наприклад, платник податків зобов'язаний не лише сплачувати податки, але й виконувати фінансово-господарські приписи щодо обліку здійснюваних операцій та фінансової звітності), що забезпечуються також додатковими мірами відповідальності (адміністративно-господарські санкції за неподання звітів та відсутність бухгалтерського обліку); наявність додаткових вимог спеціального забезпечувального характеру (наприклад, використання банківського авалю для оформлення податкових векселів); наявність обов'язку кредитора щодо прийняття виконання (обов'язок платників податків не може існувати поза обов'язку уповноваженого державного органу відкрити спеціальні казначейські рахунки, на які мають зараховуватися кошти, що відображається, зокрема, у податкових повідомленнях) тощо. Не випадково навіть при критиці загальноправового значення поняття зобов'язання докладично налаштовані цивілісти не втримуються від того, аби не застосовувати поняття «податкове зобов'язання», «філософське зобов'язання» тощо, а також залишають місце суперечності з приводу того, що якщо зобов'язання та обов'язок розглядати відповідно «як ціле та частина» [29], то чому публічні обов'язки не можуть зрости до публічних зобов'язань?!

«Було б помилково вважати, — справедливо зазначає І. М. Зайцев, обговорюючи стабільність юридичних понять, — що, будучи одного разу виробленими, вони в подальшому ніколи і ні при яких обставинах не можуть бути переглянуті та змінені. Якщо б це було так, то завдання правознавства були б обмежені лише коментуванням законодавства... Стабільність правових понять відносна. Поняття рухливі, текучі, динамічні. Вони розвиваються разом з правою дійсністю» [37]. Саме тому з'являються так звані «загально-правові поняття» [38].

Позитивно, що поступово провідні вітчизняні цивілісти, в тому числі представники одеської школи права, розширяють значення категорії зобов'язання відповідно до реалій економіко-правового життя. Так, Є. О. Харитонов та І. Г. Бабич пишуть: «Враховуючи ту обставину, що позначення «зобов'язання» є багатозначним і може враховуватися в різних галузях права та інших сферах гуманітарних знань, здається доцільним вести мову не взагалі про «зобов'язання» і взагалі про «правовідношення», а саме про «цивільно-правові зобов'язання» і «цивільні правовідносини» [39]. І. А. Безклубий, що сьогодні очолює кафедру теорії держави і права Київського національного університету, дійшов аналогічного висновку у сфері грошових зобов'язань: «Грошове зобов'язання не можна розглядати як категорію, що притаманна лише певній галузі права» [40].

Звісно, інституційна розгалуженість механізмів зобов'язання в різних галузях права розрізняється. Найбільш розвинуті засоби упорядкування зобов'язань у цивільному праві. Але це не означає, що в інших галузях права зобов'язальні відносини мають пристосовуватися до цивільно-правових конструкцій. Відповідно до специфічних методів регулювання виникають та розвиваються нові зобов'язальні механізми. Їхня структура та понятійний апарат потребують узгодження, що є бажаним, адже полегшує сприйняття логіки всього законодавства. Не випадково, наприклад, у ст. 11 Податкового кодексу Російської Федерації вказано: «Інститути, поняття і терміни цивільного, сімейного та інших галузей законодавства Російської Федерації, що використовуються в цьому Кодексі, застосовуються в тому значенні, в якому вони використовуються в цих галузях законодавства, якщо інше не передбачено цим Кодексом» [41]. Але за своїм змістом механізми зобов'язального права в нецивільних сферах вимагають окремої побудови, виходячи із особливих завдань, що стоять перед галузями права. В певних випадках доречно встановити лише загальні галузеві засади та регламентувати окремі самостійні інститути галузевих зобов'язань, визначивши якою мірою норми цивільного права можуть субсидіарно застосовуватися для врегулювання особливих відносин (наприклад, у випадку майново-господарських зобов'язань), в інших — запровадити зобов'язальні механізми, жодним чином не пов'язані з цивільним правом (наприклад, у випадку організаційно-господарських, бюджетних, податкових зобов'язань та міжнародних зобов'язань).

Знаменно, що зусилля юристів-господарників стосовно відстоювання особливостей галузевих зобов'язань та їх механізмів у 70-х рр. минулого століття нині активно підтримали представники науки податкового та бюджетного права. Йдеться про широке запровадження в законодавстві та наукових дослідженнях поняття «податкове зобов'язання», «податкове зобов'язальне право», «бюджетне зобов'язання», «фінансове зобов'язання». Власне, життя підштовхнуло правників до необхідності нового якісного структурування правових зв'язків. Зокрема, якщо на початку 90-х рр. минулого століття податкова система ґрутувалася на кількох законах, то нині — це понад чотири десятки чинних законів та проект Податкового кодексу, в яких поняття «податкове зобов'язання» отримало не лише докладний розгляд, але й набуло специфічних рис та інструментарію (елементів). Теорія «податкового зобов'язання» розвивається здебільшого завдяки працям російських та інших вчених країн СНД (С. Г. Пепеляєв, Д. В. Вінницький, М. В. Карасьова, Є. В. Порохов [42—44] та інші). В Україні попри поглиблення законодавчого застосування поняття «податкове зобов'язання», на жаль, превалює концепція «податкового обов'язку», але це призводить до правових суперечностей. Наприклад, М. П. Кучерявенко, відстоюючи концепцію «податкового обов'язку», називає в його структурі елементи, які фактично не можуть існувати поза зобов'язальних відносин: «складний характер обов'язку», «система обов'язків», «правовідносини активного та пасивного типу», «активні дії», «правообов'язок компетентного органу», «обов'язки, що випливають з правовідносин», підстави виникнення, зміни та припинення обов'язків тощо [45; 46].

Іншими словами, поняття публічного чи іншого нецивільного обов'язку поза рамками повноцінного відносного правовідношення, яким є зобов'язання, здебільшого є фрагментарним та не вирішує інституціональних потреб його виникнення, зміни та припинення, відповідальності за порушення, взаємозв'язку з зустрічними обов'язками тощо. Натомість, публічні та інші обов'язки існують достеменно в окремому незобов'язальному вигляді лише у тому випадку, коли вони не приводять до утворення відносних правовідносин, що ґрунтуються на усталеному зв'язку між конкретними особами (наприклад, виконання обов'язків щодо загального додержання Правил дорожнього руху).

Отже, справа полягає не в абстрактній можливості застосування поняття зобов'язання в інших (окрім цивільно-правових) сферах життя, скільки в об'єктивній потребі сучасного суспільства у зв'язку з нарощуванням нормативно-правового матеріалу та ускладненням правових зв'язків запропонувати, насамперед, для бюджетних, податкових та господарських відносин спеціальні прийоми опосередкування взаємин їхніх суб'єктів. Наведені галузі права, так би мовити, виросли з «штанців» первісних конструкцій та на підставі специфічних методів регулювання утворили нові докладні механізми виникнення, зміни та припинення конкретних правовідносин, специфіку місця та способів реалізації прав та

обов'язків суб'єктів, особливі способи забезпечення, порядок заміни сторін та впорядкували інші аспекти їхніх взаємин, причому зробили це настільки своєрідно, що виникла інституційна самостійність, відповідно, бюджетних, податкових та господарських зобов'язань.

Сьогодні в основі природи зобов'язання має визнаватися не з'ясування його майнового чи приватноправового характеру, а вирішення питання про певну якість зв'язку між зобов'язаною та управлінням сторонами. Самі цивілісти визнають, що в зобов'язанні обов'язок має активний характер, тобто існує у зв'язці з правом іншої сторони [34, с. 476] (в господарському праві — управлінням сторони). Цей активний комутативний зв'язок породжує правовідносини сторін із приводу певних прав та обов'язків. До цього необхідно додати також інституційний характер цього правовідношення, тобто існування в рамках певного нормативно-правового утворення та наукового інституту. Саме тому виділяються, наприклад, організаційно-господарські зобов'язання.

Законодавча генеза не може залишатися на місці лише тому, що представники окремих галузей права «монополізували» природу того чи іншого поняття. Об'єктивність, прагматизм та логічність прийомів законодавчого визначення юридичних категорій вимагає того, аби поняття, які мають тотожні конститутивні ознаки в різних галузях права, мали загальноправове значення. Саме такими поняттями є поняття юридичних та фізичних осіб, органів, відповідальності, санкцій тощо. В цьому контексті загальноправовим постає її поняття зобов'язання, додаткові ознаки якого утворюють видову різноманітність зобов'язань, як-от цивільне, фінансове, господарське. Саме життя та шляхи його розвитку диктують напрями вдосконалення правових понять, а тому немає нічого дивного, а навпаки, є глибоко послідовним виникненням фінансових, бюджетних, трудових, коаліційних, міжнародних та інших зобов'язань.

Незважаючи на різне галузеве забарвлення, загально-правовий елемент зобов'язання, насичений традиціями різних галузей права, відіграє генеративну, системоутворючу та техніко-конститутивну роль. Наприклад, техніка виконання платіжних документів не залежить від того, чи виконується господарське грошове зобов'язання за договором поставки продукції, чи стягується кримінальний штраф з особи, винної у скoenні злочину. Причому техніко-конструктивний зміст зобов'язань у силу неоднорідності розробленості його складових в різних галузях права має бути визначено неоднаково. Для цивільного, господарського, податкового, трудового зобов'язання цей зміст визначено докладно в законодавчих актах (ЦКУ, ГКУ, КЗпП, Закон України «Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами та державними цільовими фондами» тощо). Для інших галузей права (бюджетне, міжнародне, конституційне тощо) за аналогією мають застосовуватися механізми реалізації зобов'язань, вироблені в галузях права з розвинутим зобов'язальним інструментарієм, але в тих межах, що відповідають специфічним методам та цілям регулювання специфічних галузей права.

Універсалізація поняття зобов'язання демонструє важливе об'єктивне явище у сучасному правознавстві — поняття, які утворені в певних галузевих межах набувають загально-правового значення та у модифікованому та пристосованому для потреб певних галузей права вигляді постають новими інститутами права, здатними вирішувати нові суспільно-економічні завдання шляхом запровадження ефективних та апробованих інструментів.

Література

1. Теоретические проблемы хозяйственного права / под ред. В. В. Лаптева. — М., 1975. — С. 209—214.
2. Хозяйственное право / под ред. В. В. Лаптева. — М., 1970. — С. 149.
3. Новицкий И. Б. Общее учение об обязательстве / И. Б. Новицкий, Л. А. Лунц. — М., 1950. — С. 58.
4. Бобкова А. Г. Правовое обеспечение рекреацийной деятельности : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.04 / А. Г. Бобкова. — Донецьк, 2001. — С. 18.
5. Демин А. В. Общие вопросы теории административного договора / А. В. Демин ; Краснояр. гос. ун-т. — Красноярск, 1998. — С. 39.
6. Поляков Б. Денежное обязательство как объект института банкротства / Б. Поляков // Підприємництво, господарство і право. — 2001. — № 11. — С. 3.
7. Запольский С. В. Правовые условия самофинансирования предприятий в условиях полного хозяйственного расчета (финансово-правовой аспект) : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук / С. В. Запольский. — М., 1989. — С. 21—22.
8. Большаков С. В. Казначейские обязательства: проблема механизма / С. В. Большаков // Финансы. — 1995. — № 4. — С. 32.
9. Положення (стандарт) бухгалтерського обліку 11 «Зобов'язання», затверджене наказом Мінфіну України від 31.01.2000 р. № 20 виділяє «Довгострокові фінансові зобов'язання» (ряд 450), «Відстрочені податкові зобов'язання» (ряд 460), «Поточні зобов'язання за розрахунками з бюджетом» (ряд 550), «З позабюджетних платежів» (ряд 560). — Режим доступу : [//www.rada.gov.ua](http://www.rada.gov.ua).
10. Про затвердження Порядку обліку зобов'язань розпорядників бюджетних коштів в органах Державного казначейства України : наказ Державного казначейства України від 19.10.2000 р. № 103.
11. Карасева М. В. Финансовое правоотношение / М. В. Карасева. — Воронеж : Изд-во Воронеж. гос. ун-та, 1997. — С. 278.
12. Дударов О. Система оподаткування України: необхідність кримінально-правової охорони / О. Дударов // Право України. — 2003. — № 3. — С. 60—65.
13. Мосейчук В. Нове життя з четвертого кварталу / В. Мосейчук // Дебет Кредит. — 40/2001. — Режим доступу : www.dtkt.com.ua/debet/ukr/2001/40/40pr5.html
14. Российская газета. — 1996. — 26 дек.
15. Международное право : учебник / под ред. Г. И. Тункина. — М.: Юрид. лит., 1982. — С. 143.
16. Договір про Європейський Союз від 07.02.1992. — К. : Юстініан, 2005. — 512 с. — (Конституційні акти Європейського Союзу ; Ч. 1).
17. Беляневич О. А. Господарське договірне право (теоретичні аспекти) / О. А. Беляневич. — К.: Юрінком Інтер, 2006. — 592 с.
18. Ямпольская Ц. А. О теории административного договора / Ц. А. Ямпольская // Советское государство и право. — 1966. — № 10. — С. 132—136.
19. Юсупов В. А. Право и советское государственное управление (административно-правовой аспект проблемы) / В. А. Юсупов. — Казань, 1976.

20. Тихомиров Ю. А. Договоры в экономике / Ю. А. Тихомиров. — М., 1993. — С. 8.
21. Ведель Ж. Административное право Франции / Ж. Ведель. — М., 1973. — С. 165.
22. Гегель Г. В. Ф. Работы разных лет. В 2 т. Т. 1 / Г. В. Ф. Гегель ; сост., общ. ред. и вступ. ст. А. В. Гулыги. — М. : Мысль, 1972. — С. 471.
23. Стайнов П. Теорията за административния договор и социалистическо право / П. Стайнов // Годишник на Софийския университет, Юридически факултет. — 1965. — Т. LVI. — С. 26.
24. Зобов'язальне право: теорія і практика : навч. посіб. / О. В. Дзера, Н. С. Кузнецова, В. В. Луць [та ін.]; за ред. О. В. Дзери. — К. : Юрінком Интер, 1998. — С. 9.
25. Белов В. А. Денежные обязательства / В. А. Белов. — М. : Центр ЮрИнфоР, 2001. — С. 14.
26. Советское гражданское право. Т. 2 / под ред. О. А. Красавчикова. — М. : Высш. шк., 1969. — С. 243.
27. Иоффе О. С. Гражданское правоотношение. Критика теории «хозяйственного права» / О. С. Иоффе. — М. : Статут, 2000. — С. 398.
28. Суханов Е. А. Осторожно: гражданско-правовые конструкции / Е. А. Суханов // Законодательство. — 2003. — № 9. — С. 60.
29. Майданик Р. Місце зобов'язання в праві України / Р. Майданик // Підприємництво, господарство і право. — 2006. — № 4. — С. 3–6.
30. Иоффе О. С. Обязательное право / О. С. Иоффе. — М., 1975. — С. 14–15.
31. Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права / И. А. Покровский. — Петроград: Юрид. кн. склад «Право», 1917. — XIV. Обязательства, их общая историческая эволюция. — Режим доступа: http://www.allpravo.ru/library/doc99p0/instrum5175/item5190.html#_ftn1.
32. Сальвия Де М. Прецеденты Европейского суда по правам человека. Руководящие принципы судебной практики, относящиеся к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод. Судебная практика с 1960 по 2002 г. / Сальвия Де М. — С.Пб., 2004. — С. 325–326.
33. Рабинович П. Права людини: критерії «цивілістичності» (за матеріалами практики Страсбурзького суду) / П. Рабінович, Р. Сивий // Вісник Академії правових наук України. — 2007. — № 4. — С. 25.
34. Гражданское право : учебник. Т. 1 / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. — М. : Статут, 2001.
35. Толстопятенко Г. П. Европейское налоговое право. Сравнительно-правовое исследование / Г. П. Толстопятенко. — М. : НОРМА, 2001. — С. 248.
36. Агарков М. М. Обязательство по советскому гражданскому праву. (Изд. 1940 г.); Цит. за кн.: Агарков М. М. Избранные труды по гражданскому праву. В 2 т. Т. 1 / М. М. Агарков. — М. : АО Центр ЮрИнфоР, 2002. — С. 265–288.
37. Зайцев И. М. О природе правовых понятий / И. М. Зайцев // Некоторые философские проблемы государства и права. — Изд-во Сарат. ун-та, 1974. — Вып. 2. — С. 86–88.
38. Мамутов В. К. Новый учебник хозяйственного права / В. К. Мамутов // Економіка та право. — 2005. — № 1. — С. 150.
39. Харитонов Е. О. Цивільне право України (в запитаннях та відповідях) : навч. посіб. / Е. О. Харитонов, А. І. Дрішлюк, О. М. Калітенко ; за ред. Е. О. Харитонова, А. І. Дрішлюка, О. М. Калітенко. — 3-те вид. — Х. : Одіссея, 2005. — С. 316.
40. Безклубий І. До питання про підстави виникнення грошових зобов'язань / І. Безклубий // Право України. — 2004. — № 4. — С. 57.
41. Комментарий к Налоговому кодексу Российской Федерации, части первой / отв. ред. А. В. Брызгалин. — М. : Аналитика-Пресс, 1999. — С. 71.
42. Налоговое право : учеб. пособие / под ред. С. Г. Пепеляева. — М. : ИД ФБК-ПРЕСС, 2000. — С. 138–140.
43. Винницкий Д. В. Российское налоговое право: проблемы теории и практики / Д. В. Винницкий. — С.Пб.: Юрид. центр Пресс, 2003. — С. 265.

44. Порохов Е. В. Теория налоговых обязательств : учеб. пособие / Е. В. Порохов. — Алматы : ЖетиЖаргы, 2001. — С. 79.
45. Податкове право : навч. посіб. / Г. В. Бех, О. О. Дмитрик, Д. А. Қобильтік [та ін.]; за ред. М. П. Кучерявенка. — К. : Юрінком Інтер, 2003. — С. 128—130.
46. Кучерявенко Н. П. Курс налогового права. В 6 т. Т. 3. Учение о налогах / Н. П. Кучерявенко. — Х. : Легас : Право, 2005. — С. 375—398.

А н о т а ц і я

Подцерковний О. П. Універсалізація поняття зобов'язання як фактор розвитку галузей права. — Стаття.

У статті досліджується феномен універсалізації поняття зобов'язання. Зроблено висновок, що поняття зобов'язання в сучасному праві набуло загального значення та використовується для розвитку інструментів різних галузей права. Зобов'язання перестали бути лише цивільно-правовими. Мають визнаватися господарські зобов'язання, міжнародні зобов'язання, фінансові зобов'язання, податкові зобов'язання. Основною рисою зобов'язання стає наявність у правовідносинах активних прав та обов'язків учасників, відносний характер таких стосунків, стабільний механізм регулювання цих відносин, можливість їх оновлення, складний характер обов'язків учасників, особливі способи забезпечення, порядок заміни сторін та інші ознаки усталених правовідносин.

Ключові слова: універсалізація зобов'язання, загальноправове поняття, господарське зобов'язання, цивільне зобов'язання, розвиток галузей права.

S u m m a r y

Podtserkovnyi O. P. Universalizing of Notion of Obligation as a Factor of the Branches of Law Development. — Article.

The phenomenon of universalizing of notion of obligation is explored in the article. A conclusion is done, that notion of obligation in a modern law had got the common legal value and is used for development of different branches of law. The obligations left off to be only civil legal. The economic obligations, international obligations, financial obligations, tax obligations are to be acknowledged. A presence in the legal relationships of active rights and duties of participants, relative nature of such relations, stable mechanism of adjusting of these relations, possibility of their update, the complexity of the responsibilities of participants, ' special methods of providing, rules of replacement of sides and other signs of the set legal relationships becomes the basic line of obligation.

Keywords: universalizing of obligation, general-legal notion, economic obligation, civil obligation, development of the branches of law.

УДК 347.734(477)

Т. А. Латковська

ПОНЯТТЯ ТА ОЗНАКИ БАНКУ ЯК СУБ'ЄКТА ГОСПОДАРЮВАННЯ

Відзначаючи вагомий внесок багатьох учених у розроблення різних аспектів у сфері банківської діяльності, не можна констатувати того факту, що в умовах переходу до ринкової економіки по-новому осмислюється багато категорій, у тому числі й поняття «банку» та визначення його ролі в банківській системі як суб'єкта господарювання. Але наявність багатьох, часто суперечливих, поглядів на цю проблему вимагає дослідження не випадкового набору питань, що характеризують банківську діяльність, а відповідей на конкретні запитання, поставлені методологією. Відповідаючи на запитання: чому поняття і категорії юридичної науки, як і будь-якої іншої науки, відіграють методологічну роль, професор В. М. Селіванов зазначав, що, «закріплюючи й відображаючи результати теоретичних досліджень своїх об'єктів і предметів пізнання, вони дають нам певний погляд на розуміння явищ, що досліджуються, їхньої реальної сутності, їхнього колишнього, сущого й прийдешнього» [1, с. 3–15].

Уперше визначення поняття «банк» з'явилося в Законі України «Про банки і банківську діяльність», відповідно до ст. 3 якого банки визначалися як установи, функцією яких було кредитування суб'єктів господарської діяльності та громадян за рахунок залучення коштів підприємств, установ, організацій, населення та інших кредитних ресурсів, касове та розрахункове обслуговування народного господарства, виконання валютних та інших банківських операцій. Це визначення було надто широке тому, що, по-перше, у Законі таких операцій було зазначено аж 16, однак не вказано, чи банк повинен виконувати всі ці операції, чи тільки одну з них для того, щоб одержати відповідний статус структурного елемента банківської системи. Це давало можливість надто широко трактувати поняття «банк» і сферу банківської діяльності, чим розмивалася правова межа між банківськими і небанківськими фінансовими установами.

У 1993 році до Закону вносяться зміни та доповнення, згідно з якими заборонялося небанківським фінансовим установам відкривати рахунки, приймати вклади, здійснювати розрахунки та кредитування. Тобто це вважалося суто банківською діяльністю, тому займатися нею іншим фінансовим установам не дозволялося. Але й ці зміни та доповнення остаточно не вирішували питання про те, що ж розуміє під поняттям «банк» українське законодавство. Чи це установа, яка виконує названі вище чотири операції, що заборонені для небанківських установ, чи тільки одну з них, чи будь-яку з 16 операцій, перелічених у ст. 3 Закону України «Про банки і банківську діяльність» від 20 березня 1991 р. Вимога до банку про страхування депозитів, як це було зроблено в законодавстві США [2, с. 39] в українському законі навіть не згадувалася.

По-друге, визначення поняття «банк» з погляду права було не зовсім вдалим, тому що під установою в законодавстві традиційно розумілися організації, які створювалися власником для здійснення управлінських, соціально-культурних та інших функцій некомерційного характеру та які фінансувалися ним повністю або частково [3, с. 11–12]. Отже, юридична сутність банку як головного елемента банківської системи залишалася не зовсім зрозумілою. Крім того, законодавство дозволяло виконувати окремі банківські операції установам, які не є власне банками, визначивши їх як «інші кредитні установи». При цьому саме поняття кредитної установи в законодавстві не розкривалося.

Значно пізніше в Законі України «Про Національний банк України» з'явилося визначення поняття фінансово-кредитної установи. Окремо вживалося поняття «кредитна установа», хоча в глосарії зазначеного закону поняття «банк» визначалося через поняття юридичної особи, яка на підставі ліцензії Національного банку України здійснювала діяльність із залучення вкладів від фізичних та юридичних осіб, ведення рахунків та надання кредитів на власних умовах. Як зазначає А. О. Селіванов, «відмітні риси банківської установи іноді ігноруються саме в правовому розумінні, про що свідчить термінологія деяких законів, у яких поняття «банки» охоплюються загальними визначеннями, наприклад, щодо суб'єктів господарювання» [4, с. 46].

Усі вказані вище недоліки були зумовлені перехідною економічною ситуацією, в якій зароджувалося українське банківське законодавство. Зумовлені вони ще й тим, що мало місце недостатнє теоретичне опрацювання даного питання і що особливо важливе, так це те, що з часом розуміння банку набуває нового змісту, яке відображає його місце і в суспільстві, і в державі, і в банківській системі. Із зрозумілих причин відомий представник російської дореволюційної школи права М. М. Агарков, який, розглядаючи відношення банківського права до інших дисциплін, відмічав, що найближче відношення до банківського права має господарське право, підкреслював, що не існує такого логічно правильно побудованого визначення, яке б точно відповідало тому поняттю, яке мають на увазі, користуючись терміном «банк» [3, с. 9].

Багато вчених-юристів досліджували поняття «банк». Так, О. М. Олейник, говорячи про тяжіння банківського права до господарського права (оскільки йдеться про регулювання одного з видів підприємницької діяльності), вважає, що необхідність визначити поняття «банк» пов'язана з існуванням двох груп міркувань [5, с. 75]. Перша група, як вважає автор, полягає у необхідності встановити, що являє собою утворення чи суб'єкт права, який називається «банком», визначити його правовий статус та компетенцію. Друга група міркувань, не менш важливих, пов'язана з тим, щоб з'ясувати, в яких випадках необхідно утворювати банк та для яких видів діяльності немає інших правових форм, крім банку. Вважаючи, що сьогодні банки виступають ключовими елементами банківської системи будь-якої держави, важливо визначити, чому саме банки вважаються структурними елементами банківської системи, які суттєві ознаки і в чому полягає відмінність правового статусу банку від інших фінансово-кредитних установ. Дослідження таких питань необхідно проводити комплексно, адже, упустивши будь-який елемент, можна зрівняти в статусі, наприклад, банки і інші фінансові установи, недооцінити значення розрахункових відносин та рух позичкового капіталу в господарському обороті.

Професор О. І. Лаврушин відзначав, що пізнання сутності банку, як будь-якого іншого явища, вимагає відповіді не на питання про те, чим він займається, які операції виконує або виконував у процесі свого історичного розвитку, а про те, якими він характеризується якостями, що виражають його істотну визначеність, яка його специфіка, в чому його основа і, нарешті, яка внутрішня структура і звідси які операції, що випливають із сутності, банк переважно повинен виконувати [6, с. 4–5].

Характеристика банку як кредитної організації передбачає виявити коло операцій, які банк вправі здійснювати. Більш того, поняття кредитної організації повинне бути ширше, тому що воно охоплює як банки, так і небанківські кредитні організації. Причому банк виступає ніби найбільш досконалою кредитною організацією і це тому, що він може здійснювати будь-які види діяльності, як банківські, так і небанківські. Небанківські кредитні організації можуть здійснювати будь-які банківські операції, крім тих, які законом віднесені до компетенції банку. А це означає, що поняття «банк» входить у поняття «кредитна організація» поряд із поняттям «небанківська кредитна організація», разом з яким вони й утворюють це загальне визначення.

Дискусійним залишається питання про те, що означає поняття «банк» і в банківському законодавстві США. Так, американський учений П. Роуз характеризує банк як фінансовий інститут, який пропонує широкий спектр послуг [7, с. 3].

Американські автори підручника «Банківське право США» вказують, наприклад, на таку характеристику банку: «що являє собою банк, звичайно визначається при вивченні статуту або ліцензії на ведення банківської діяльності, а потім повноважень, наданих тим, хто приймає

такий статут; статути можуть відрізнятися від статутів інших депозитних і небанківських установ» [2, с. 33–34]. Робилися спроби, і небезуспішно, довести, що банківські операції можуть виконувати і небанківські інституції. У законодавстві навіть з'явився термін «небанківський банк». Нарешті, було визнано, що банком є будь-яка установа, яка застрахована Федеральною корпорацією страхування вкладів, або виконує одну з двох операцій: приймає вклади до запитання чи переказні рахунки, або надає комерційні кредити. Як бачимо, указані автори пов'язують юридичну категорію «банк» зі статутом та дозволеною банківською діяльністю.

У праці німецького вченого Вільгельма Лексіса поняттям «банк» охоплюються всякого роду установи для здійснення банківських операцій [8, с. 32–34].

Інший німецький вчений Б. Бухвалльд пропонує під поняттям «банк» розуміти «підприємство, яке займається грошовими, кредитними та іншими операціями» [9, с. 6].

Після аналізу різних поглядів щодо сутності банку вчені-економісти дійшли висновку, що банк — це «особливе кредитно-фінансове підприємство, яке здійснює різноманітні операції, зокрема, виконує основні базові функції, в процесі виконання яких, а також із приводу привласнення наявних у нього активів виникає певна сукупність виробничих відносин між різними економічними суб'єктами з метою отримання доходів, передусім привласнення прибутків» [10, с. 7].

В Юридичній енциклопедії поняття «банк» розглядається через поняття «фінансово-кредитна установа» [11, с. 189–190].

Як бачимо, різні вчені — і юристи, і економісти — по-різному визначають поняття банку: одні називають банк установою, другі — кредитною організацією, треті — інститутом, четверті — фінансово-кредитною установою, п'яті — кредитно-фінансовим підприємством, шості — пов'язують юридичну категорію «банк» зі статутом і дозволеною банківською діяльністю. Причому інколи поняття «банк» визначається шляхом перевідображення окремих функцій, що виконуються ним, найчастіше ототожнюючи функції банків із певними напрямами чи видами їх діяльності, а іноді просто з окремими операціями.

Визначати банком будь-яку установу, що приймає вклади, які вкладник може на законних підставах вилучати за вимогою, та яка здійснює діяльність щодо надання комерційних позик, означає обмежувати предмет банківської діяльності лише зазначеними функціями. При такому вузькому підході багато банківських послуг залишаються поза сферою банківської діяльності. Існує чимало організацій та установ, які на підставі дозволів можуть надавати комерційні кредити, але уникають визначення їх як банків. Цим вони не порушують норм закону, але й не мають правових підстав для віднесення їх до категорії «банки».

Аналізуючи наукові дослідження поняття «банк», можна стверджувати, що це питання не є настільки простим, як це здається на перший погляд.

Слова, які були схожі зі словом bank та позначали різні поняття у сфері грошового обігу, увійшли до більшості європейських мов практично одночасно — в епоху розвитку торгівлі в середньовічній Європі.

У Генуї в XII ст. словом bancheri називали мінял. Стіл (або лава), на якому в середньовічні генуезькі міняли розкладали свої монети у мішках та посудинах, називався banca. Старофранцузьке слово banque та італійське banco означали одне й те ж: «лавка міняли». Вони приймали грошові внески в торгівців та спеціалізувалися на обміні грошей різних міст і країн. Із часом міняли стали позичати іншим грошові внески та власні кошти і отримувати за це відсотки, що привело до перетворення мінял на банкірів. Слова banquier та bankier у французькій та німецькій мовах означають власника капіталу.

У визначенні поняття «банк» романо-германською (континентальною) та ангlosаксонською системами права існують різні погляди. Країни, що належать до континентальної системи права, розглядають банківську установу через сукупність здійснюваних нею функцій. Країни ангlosаксонської правової системи на відміну від континентальних країн відійшли від традиційного підходу у визначенні банківської установи. Так, в англійському праві акцент з поняття «банк» переміщений на регулювання банківської діяльності, тобто правил (наприклад, умов договорів), які застосовуються в банківській практиці.

У законодавстві Європейського Союзу поняття кредитного інституту було закріплено Першою банківською директивою. Усі наступні нормативні акти ЄС, які стосувалися питань регулювання діяльності кредитних інститутів, виходили саме із поняття «кредитного інституту», наданого Першою банківською директивою. Згідно з Першою банківською директивою кредитним інститутом визнавалося підприємство, діяльність якого полягала в прийманні від невизначеного кола осіб депозитів або інших коштів з обов'язковим поверненням та надання кредитів за свій рахунок. Це визначення засновувалося на класичному для праворозуміння континентальної Європи понятті «банк» як установи, що постійно займається прийняттям вкладів та наданням кредитів.

Виходячи з даного визначення, А. А. Вишневський дійшов висновку, що для того, щоб підприємство розглядалося як кредитний інститут, воно повинне задовольняти трьом критеріям [12, с. 28]:

- 1) прийом кредитним інститутом депозитів та інших коштів з обов'язковим поверненням;
- 2) прийом депозитів повинен бути основним видом діяльності такого підприємства;
- 3) підприємство лише тоді є кредитним інститутом, коли його діяльність пов'язана не тільки з прийняттям коштів з наступним їх поверненням, але й з наданням кредитів за свій рахунок.

Автор вважав, що такий підхід був надто широким для визначення банку, причому «європейська реальність банківської справи в частині суб'єктів банківської діяльності була така, що за межами визначення

залишилася значна частина інститутів, що надавали послуги, традиційні банківським, але не підпадали під визначення кредитного інституту, наданого Першою банківською директивою».

Звичайно, не можна було це вважати недосконалістю Першої директиви. Це ще раз доводило те, що різниця в банківському законодавстві різних європейських країн, а також у формах організації банківської справи в таких країнах настільки велика, що її неможливо було подолати однією лише директивою. Перша директива розглядалася як перші кроки на шляху гармонізації банківського права в Західній Європі, про що було підкреслено в її преамбулі: «зважаючи на ступінь цих розбіжностей (розбіжності між банківськими законами держав — членів ЄС), умови, необхідні для створення загального ринку для кредитних інститутів, не можуть бути утворені шляхом прийняття однієї директиви». Унаслідок цього проголошувалася необхідність у гармонізації банківського права в країнах ЄС.

Слід відмітити, що Перша директива стосувалася лише таких кредитних інститутів, як «комерційні банківські підприємства», і до сфери її дії не включалися центральні банки західноєвропейських країн, а також деякі спеціалізовані інститути, перелік яких був наведений у ст. 2(2) Першої директиви (це такі банки, як у Бельгії — комунальні ощадні банки, у Данії — «Dansk Eksportsfinansieringsfond» та «Danmarks Skibskreditfond», у Німеччині -«Kreditanstalt fur Weideraufbau» та ін.).

З прийняттям Директиви ЄС від 20 березня 2000 р. багато попередніх директив (і в тому числі Перша) втратили чинність. Директива 2000/12/ЄС Європейського парламенту та Ради від 20 березня 2000 р. (зі змінами, внесеними Директивою Європейського парламенту та Ради 2000/28/ЄЕС від 18 вересня 2000 р.) [13] заклали основні правові засади банківської діяльності. Згідно із цією директивою «кредитною установою» вважається: 1) суб'єкт підприємницької діяльності, діяльність якого полягає в отриманні від громадськості депозитів або інших коштів на зворотній основі та надання кредитів за свій власний рахунок, або 2) установа, яка проводить електронні розрахунки в значенні Директиви 2000/28/ЄС Європейського парламенту і Ради від 18 вересня 2000 р. щодо започаткування діяльності та її ведення установами, які проводять електронні розрахунки пруденційного нагляду за ними.

З метою запровадження нагляду на консолідований основі кредитною установовою вважається кредитна установа, а також будь-які суб'єкти підприємницької діяльності або державні установи, що відповідають визначенням кредитної установи і які отримали ліцензію на здійснення діяльності в третій країні.

З метою запровадження нагляду і контролю за великими ризиками кредитною установовою вважається кредитна установа, як це зазначено у визначенні, включаючи філії — структурні підрозділи кредитної установи в третіх країнах та будь-які суб'єкти підприємницької діяльності або

державні установи, включаючи їх філії, які відповідають визначенню кредитної установи і які отримали ліцензію в третій країні.

Фінансовою установою відповідно до вказаної директиви вважається суб'єкт підприємницької діяльності, який не є кредитною установою, основна діяльність якого полягає в придбанні участі у фінансовій установі або здійсненні одного або більше видів діяльності, указаних у п. 2–12 Додатку 1 (зокрема, надання кредитів, фінансовий лізинг, послуги з переказу грошей, випуск та обслуговування платіжних засобів — кредитних карток, дорожніх та банківських чеків тощо).

Законом України «Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу» визначено механізм досягнення Україною відповідності третьому Копенгагенському та Мадридському критеріям набуття членства в Європейському Союзі [14]. Цей механізм включає адаптацію законодавства та утворення відповідних інституцій, необхідних для ефективного правотворення та правозастосування. Спільною стратегією щодо України Європейський Союз підтримав процес економічних перетворень в Україні та поступового наближення законодавства України до законодавства Європейського Союзу у певних пріоритетних сферах, серед яких є банківське право.

Таким чином, ураховуючи все вищевикладене, спробуємо визначити поняття «банк», виділивши перш за все його головні ознаки.

Деякі вчені як основну ознаку банку виділяють договірний характер відносин між банком і його клієнтами. Але необхідно зазначити, що банк у порівнянні з іншими суб'єктами підприємництва має деякі повноваження владного характеру, які не дозволяють визначити правову природу відносин між банком і клієнтом повною мірою як договірну.

Більш правильно, вважаємо, розглядати банк як підприємство, яке надає специфічний вид послуг — банківські послуги, або як підприємство особливого виду. Але саме тут необхідно враховувати те, що банківські послуги можуть надавати не тільки банки, але й інші фінансові установи. У зв'язку з цим виникає потреба чіткого розмежування цих понять.

Відомо, що основним фінансовим засобом банківської діяльності виступають гроші. У ст. 99 Конституції України закріплено, що грошовою одиницею України є гривня. Банки повинні здійснювати платежі та розрахунки на території України виключно в національній валюті.

Господарський кодекс України, прийнятий 16 січня 2003 року, фінансове посередництво розглядає як діяльність, пов'язану з отриманням та перерозподілом фінансових коштів. Як зазначено в кодексі, «фінансове посередництво здійснюється установами банків та іншими фінансово-кредитними організаціями» (ст. 333).

Сьогодні банк, як правова категорія, знайшов відображення у ст. 1 Закону України «Про банки і банківську діяльність», відповідно до якої банк визначається як юридична особа, яка має виключне право на підставі ліцензії Національного банку України здійснювати в сукупності

такі операції: 1) залучення у вклади грошових коштів фізичних та юридичних осіб; 2) розміщення зазначених коштів від свого імені, на власних умовах та власний ризик; 3) відкриття та ведення банківських рахунків фізичних та юридичних осіб [15]. Дещо вужче визначення поняття банку містить ст. 334 Господарського кодексу: банк це фінансові установи, функціями яких є залучення у вклади грошових коштів громадян і юридичних осіб та розміщення зазначених коштів від свого імені, на власних умовах і на власний ризик, відкриття та ведення банківських рахунків громадян та юридичних осіб [16].

Уперше в новій редакції Закону України «Про банки і банківську діяльність» законодавець визначає пріоритетну роль базових операцій і те, що лише банки, можуть здійснювати їх у сукупності. Саме сукупність цих трьох операцій: депозитні операції, які пов'язані із залученням грошових коштів у вклади; кредитні та розрахункові — розкривають основну ознаку банку, тому що окремі з цих операцій можуть здійснюватися і небанківськими установами.

Із поняттям фінансової установи в чинному законодавстві була певна неузгодженість. Так, відповідно до ст. 1 Закону України «Про Національний банк України», фінансова установа розглядалась як юридична особа, що проводила одну чи декілька операцій, які могли виконуватися банками, за винятком залучення вкладів. А в ст. 1 Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» поняттю фінансової установи надавалось більш широке значення. Відповідно до Закону фінансовою установою визнавалася юридична особа, яка надавала одну чи декілька фінансових послуг та була внесена до відповідного реєстру [17]. Фінансовими послугами, відповідно до вказаного Закону, вважаються операції з фінансовими активами, що здійснюються в інтересах третіх осіб за власний рахунок чи за рахунок цих осіб. 10 січня 2002 року з прийняттям Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів у зв'язку з прийняттям Закону України «Про банки і банківську діяльність» поняття «фінансова установа» виключено з Закону України «Про Національний банк України». І на сьогодні це питання регулюється Законом України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринку фінансових послуг». Вважаємо, що в будь-якому випадку, основною ознакою фінансової установи є надання фінансових послуг за умови отримання відповідного правового статусу та дозволу на їх здійснення.

Отже, банк є фінансовою установою, яка на підставі ліцензії НБУ має виключне право здійснювати в сукупності депозитні, кредитні та розрахункові операції. Особливість банку в порівнянні з іншими фінансовими установами полягає в тому, що банк є основним фінансовим інститутом, який покликаний здійснювати банківську діяльність, що має виключний характер. Водночас усі інші фінансові установи — це в основному спеціалізовані організації, які виконують визначене коло банківських операцій залежно від свого правового статусу. Невід'ємною частиною таких

понять, як «банк» і «фінансова установа», є юридична категорія «банківські операції», яка розкриває зміст їх діяльності.

Таким чином, можна зробити висновок, що до головних ознак банку належать такі:

- 1) банк як суб'єкт господарювання може бути державною установою або суб'єктом комерційної діяльності, спрямованої на отримання прибутку;
- 2) банк створюється у формі відкритого акціонерного товариства або кооперативного банку;
- 3) банк не просто здійснює банківські операції, а в сукупності здійснює такі банківські операції, як депозитні, кредитні та розрахункові;
- 4) банк зобов'язаний мати статутний фонд (капітал);
- 5) банк володіє спеціальною компетенцією, тобто він отримує прибуток тільки шляхом здійснення визначених операцій;
- 6) банк діє на підставі ліцензії, виданої НБУ;
- 7) банк виступає ключовим елементом банківської системи.

Література

1. Селіванов В. Поняття і категорії в процесі історичного розвитку юридичної науки / В. Селіванов // Вісник Академії правових наук України — 2005. — № 4. — С. 3–15.
2. Поллард А. М. Банковское право США : пер. с англ. / А. М. Поллард, Ж. Г. Пас-сеїк, К. Х. Элліс, Ж. П. Дейли ; общ. ред. и послесл. А. Я. Куника. — М. : Прогресс, 1992.
3. Агарков М. М. Основы банковского права : курс лекций. Учение о ценных бумагах. Научное исследование / М. М. Агарков. — М. : БЕК, 1994.
4. Банківське право України : навч. посіб. / А. М. Жуков, А. Ю. Іоффе, В. Л. Кротюк [та ін.] ; за заг. ред. А. О. Селіванова. — К. : Ін Юре, 2000.
5. Олейник О. М. Основы банковского права : курс лекций / О. М. Олейник. — М. : Юристъ, 1997.
6. Банковское дело / под ред. О. И. Лаврушина. — М. : Банк. и бирж. науч.-консультац. центр, 1992.
7. Роуз П. Банківський менеджмент / П. Роуз. — М., 1995.
8. Лексис В. Кредит и банки : пер. с нем. / В. Лексис. — М. : Перспектива, 1994.
9. Бухвальд Б. Техника банковского дела : пер. с нем. / Б. Бухвальд. — М., 1993.
10. Мочерний С. Методологія дослідження сутності банку / С. Мочерний, Л. Гришак // Банківська справа. — 1999. — № 5.
11. Юридична енциклопедія. В 6 т. Т. 1. А–Г / редкол.: Ю. С. Шемщченко (відп. ред.) [та ін.]. — К. : Укр. енцикл., 1998.
12. Вишневский А. А. Банковское право Англии / А. А. Вишневский. — М. : Статут, 2000.
13. Official Journal of the European Communities. — 2000. — N 126, 26.05. — Р. 1–59.
14. Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу : Закон України від 18 березня 2004 року № 1629-IV. — Режим доступу : //www.rada.gov.ua.
15. Про банки і банківську діяльність : Закон України від 7 грудня 2000 року № 2121-III (із змінами і доповненнями) // Урядовий кур'єр. — 2001. — 17 січ.
16. Господарський кодекс України // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 18, 19–20, 21–22. — Ст. 144.

17. Про фінансові послуги та державне регулювання ринку фінансових послуг : Закон України від 12 липня 2001 року № 2664-III // Урядовий кур'єр. — 2001. — 29 серп.

А н о т а ц і я

Латковська Т. А. Поняття та ознаки банку як суб'єкта господарювання. — Стаття.

Банк є фінансовою установою, яка на підставі ліцензії НБУ має виключне право здійснювати в сукупності депозитні, кредитні та розрахункові операції. Особливість банку в порівнянні з іншими фінансовими установами полягає в тому, що банк є основним фінансовим інститутом, який покликаний здійснювати банківську діяльність, що має виключний характер. Водночас усі інші фінансові установи — це в основному спеціалізовані організації, які виконують визначене коло банківських операцій залежно від свого правового статусу. Невід'ємною частиною таких понять, як «банк» і «фінансова установа», є юридична категорія «банківські операції», яка розкриває зміст їх діяльності.

Ключові слова: банк, банківське право, суб'єкти господарювання, банківська діяльність.

S u m m a r y

Latkovska T. A. Notions and Features of a Bank as an Economic Subject. — Article.

A bank is financial institution which on the basis of license of NBU has exceptional right to carry out deposit, credit and calculation operations in an aggregate. The feature of bank as compared to other financial institutions consists in that a bank is a basic financial institute, what called to carry out bank activity which has exceptional character. At the same time all other financial institutions are the mainly specialized organizations which execute the certain circle of bank transactions depending on it legal status. Inalienable part of such concepts, as a «bank» and «financial institution», a legal category is «bank transactions», which exposes maintenance of their activity.

Keywords: bank, banking law, economic subjects, banking activity.

УДК 343.4:323.281(091)

Н. А. Зелинська

ПОЛИТИЧЕСКИЕ РЕПРЕССИИ И ПОЛИТИЧЕСКИЕ ПРЕСТУПЛЕНИЯ: ИСТОРИКО-ПРАВОВОЕ ЭССЕ

Политические преступления и политические репрессии занимают заметное место в истории человечества, наполненной печальным множеством примеров индивидуального и массового уничтожения политических противников. «Борьба с политическими противниками велась с самого начала возникновения политической власти и государства, — пишет академик В. Н. Кудрявцев. — На протяжении многих веков она не вызывала в обществе существенных нравственных или юридических затруднений. Публичные или тайные казни, пожизненное заключение в крепости, нередко с сокрытием имени узника, продажа в рабство, изгнание, истребление семьи или целого рода производились по единоличному решению владетельного князя, короля, императора, султана, и это считалось его суверенным правом» [1, с. 17–18].

Уничтожая политических противников, власть всегда охотно использовала (и использует) «неправо» и судебный механизм, позволяющий объявлять преступниками политических противников и придавать видимость легитимности расправе над ними. «В истории встречались все мыслимые совпадения и несовпадения формального обвинения, действительного обвинения и политических целей, — замечает известный историк, исследователь политических процессов Е. Б. Черняк. — Оружие политического процесса использовалось для борьбы против передовой общественной мысли, против научных доктрин, для внедрения единомыслия, для разжигания расовой вражды, националистического психоза, для оправдания агрессии, удушения свободы за рубежом и других подобных целей».

Одним из наиболее сурово наказываемых политических преступлений были династические посягательства против власти. «При династическом характере этих преступлений, — писал И. Я. Фойницкий (1889), — они концентрировались около известной личности» [2, с. 144]. В династичес-

ких и религиозных конфликтах, сопровождавшихся жесточайшими формами насилия, преступниками назывались представители побежденной стороны, и победители требовали выдачи побежденных, укрывшихся в других государствах.

Государственные перевороты были обыденным явлением политической жизни. «Государственный переворот имеет целью усилить или ослабить государственный строй... — утверждал в свое время Аристотель. — Производятся государственные перевороты путем либо насилия, либо обмана...» [3].

Политическое противоборство часто облекается в форму судебных репрессий — уголовного преследования политических оппонентов. Политическими преступниками объявляются люди, которые представляют реальную или мнимую угрозу существующей власти — светской либо церковной. При этом лица, находящиеся у власти, и лица, преследуемые властью, часто меняются местами.

Особый характер носят преступления, которые группируются «не около личности, а «около идеи» [2, с. 144]. «Идеологемы, — отмечает В. А. Бачинин, — чаще носят утверждающий, авторитарный характер, стремясь подчинить сознание индивидов политической воле государства... В государствах с авторитарным режимом идеологемы нацелены на всеобъемлемость своего влияния, на тотальную всеохватность умов и насильственное погашение всего особенного и нестандартного».

С давних времен существовали два вида «политических» преступлений — преступление против Бога и преступление против государства. Э. Дюркгейм утверждал, что «в низших обществах наиболее многочисленные проступки — те, которые оскорбляют нечто общественное; это проступки против религии нравов, авторитета... У древних германцев, по словам Тацита, только два преступления наказывались смертью: это измена и дезертирство» [4, с. 93]. Наступивший на тень фараона в Древнем Египте считался самым опасным преступником [5, с. 6].

Религиозные преступления — древнейшие идеологические правонарушения. Применение терминов «политические» и «общеголовные» в их современной трактовке относительно этих преступлений носит весьма условный характер. Необходимо учитывать, что в религиозных правовых системах преступление и грех представляют собой одно и то же. Заповеди «не убий», «не укради», «не прелюбодействуй» можно рассматривать в качестве религиозных и правовых запретов одновременно. Как пишет Г. Берман, «убийство, разбой и другие тяжкие нарушения прав человека считались в то же время нарушением права Бога; и наоборот, половые и брачные проступки, ведовство и колдовство, святотатство и другие тяжкие нарушения прав Бога считались в то же время нарушениями права человека» [6, с. 183—194]. Согласно теории мусульманского права, государство в лице правителя-монарха или парламента не может творить право, быть законодателем. Теоретически, только Бог имеет законодательную власть [7, с. 199—200]. Нарушение закона, таким обра-

зом, является преступлением против Бога, в силу чего имеет идеологический подтекст.

В средневековой Европе репрессивное право формировало не только государственная, но и церковная власть, вследствие чего сложилось деление права на гражданское (светское) и церковное (каноническое) [8, с. 92]. В соответствии с каноническим правом эпохи средневековья самое тяжкое идеологическое преступление — ересь (вероотступничество) — наказывалось смертной казнью [9, с. 17]. Известный российский юрист профессор Л. А. Камаровский (1881), в этой связи отмечал: «После упорной и многовековой борьбы со светской властью, папы в период своего могущества от Григория VII до Бонифация VIII, считали себя верховными Владыками Европы. Некоторое время можно было думать о торжестве всемирной теократии. По теории, юрисдикция пап должна была простираться на церковные дела и вопросы совести, но в силу теократического мировоззрения средневековых людей все мирское было подчинено духовному, и в каждом деле прямо или косвенно была замешана церковь» [10, с. 114–115].

Средневековая уголовная юстиция была очень жестокой [11, с. 156]. Распространение инквизиции и преследование религиозных преступлений привело к расширению уголовной репрессии. На основе положения, что все преступления, связанные с грехом, принадлежат суду церкви, к церковной юрисдикции были отнесена категория религиозных преступлений (ересь, колдовство, святотатство), а также нарушение супружеской верности, кровосмешение, двоеженство, лжесвидетельство, клевета и даже подделка документов, ложная присяга, ростовщичество и т.п.

Трибуналы инквизиции, то есть особые суды для рассмотрения дел, относящихся в церковной юрисдикции, были введены католической церковью в XIII столетии. Инквизиция оказала большое влияние на развитие политического судебного процесса в странах Европы (кроме Англии). Символом средневековья стали необычайная суровость наказаний, а также господство церковных взглядов на сущность преступности и методы борьбы с этим явлением. Один из самых жестоких инквизиторов, Конрад Марбургский, считал, что лучше убить 60 невиновных, чем дать уйти от ответственности одному невиновному [12, с. 157–158]. К числу наиболее гуманных (бескровных) видов наказания инквизиторы относили сжигание на костре — земном прообразе чистилища. В Испании первый трибунал инквизиции был создан в 1480 г. По подсчетам специалистов число жертв испанской инквизиции за всю ее многовековую историю составило 300 тыс. человек, из которых 30 тыс. были преданы огню. В Англии, где инквизиции не было, преследования за ересь также были очень жестокими. По некоторым данным, общее число казненных (по всем видам преступлений) при Генрихе VIII составило 72 тыс. человек, при его дочери Елизавете (XVI век) — 89 тыс. [12, с. 196]. Преследование за мнимые идеологические преступления повлекло за собой

тысячи жертв и стало тягчайшим в истории человечества реальным преступлением.

Знаковыми событиями XV столетия стали суды над Яном Гусом, сожженым по приговору церковного трибунала (1415), и Джироламо Савонаролой, казненным по приговору инквизиционного суда во Флоренции (1498). Однако самый знаменитый судебный процесс этого века проходил в инквизиционном трибунале во французском городе Руане в начале 1431 г. Судили народную героиню Франции Жанну д'Арк. Этот процесс имел явно выраженный политический и международный характер.

Нужно заметить, что «политические» преступления принимали самые разнообразные формы. В средневековой Европе преступлением считалось всякое проявление «неверности» по отношению к королю, сеньору, цеху, гильдии. Анатомирование трупов рассматривалось как преступление, за которое до XVI века была установлена смертная казнь. Весьма неопределенным было понятие «государственной измены» в английском праве. Так, по акту о престолонаследии 1534 г. государственной изменой считалось всякое «предубеждение, оклеветание, попытки нарушить брак Генриха VIII с Анной Болейн». Вскоре изменой стало сожаление по поводу казни Анны Болейн [12, с. 122].

Политические преступления и политические преследования всегда были орудием захвата власти и ее удержания. Желая придать видимость легитимности расправе с побежденными, победители подводили итоги политической борьбы в форме политических процессов. Так, признанная виновной в политическом преступлении, 8 февраля 1581 г. была обезглавлена шотландская королева Мария Стюарт. В эпоху средневекового абсолютизма убийство монарха и других влиятельных лиц было почти обыденным явлением.

В период ожесточенных столкновений папского Рима с королевскими династиями Европы сформировалась традиция тираноборчества, которая была ориентирована на пример тираноборцев античности: Гармодия и Аристогатона, Брута и Кассия. К XVI веку идея монархомахии, утверждавшая, что казнящий тирана — нарушителя законов божественных, человеческих и естественных — не убийца, а защитник справедливости, получила широкое распространение. Ею мотивировались «казни» Вильгельма Оранского (1584), Генриха III (1589) и Генриха IV (1610) [13].

Политические процессы стали орудием террора Великой Французской революции. 9 марта 1793 г. по решению Конвента был казнен король Франции Людовик XVI. По приговору Революционного трибунала 16 октября 1793 г. была казнена королева Мария-Антуанетта, обвиненная в преступлениях против французского народа. Тысячами невинных жертв террора, принесенных на «алтарь революции», ознаменовалось начало нового этапа в истории политической преступности — эпохи террора и терроризма.

Термин «терроризм» проник в юридическую лексику из политической сравнительно недавно. Первоначально понятие «террор» связывалось

с государственной политикой якобинцев. Якобинцы устрашали социум ради удержания власти, а их последователи — террористы-революционеры — устрашали правительство и общество в целях оказания влияния на власть и ее захвата.

Многие исследователи отмечают, что существует тесная связь между оппозиционным терроризмом и террором со стороны государства. По мнению Л. Диспо, различие состоит только в том, что «в первом случае это терроризм, рвущийся к власти, во втором — достигший ее. По масштабам, средствам, возможностям и ряду других параметров государственный и нелегальный терроризм — разные вещи. Но логика экстремизма, тип людей, осуществляющих террор, их мотивы, взгляды, методы очень близки. Следовательно, террористы, пришедшие к власти, будут делать то же, что и террористы государственные» [14, с. 31].

Под влиянием либеральных идей в европейском общественном сознании сложился романтический образ политического преступника, который был освящен ореолом героизма и мученичества. Терроризм, при нарушении главного морального запрета — «не убий!», претендовал на самую высокую степень моральности. Понятие «террористическая деятельность», применяемое для обозначения систематических убийств, маскировало их преступную сущность. В известной степени, это понятие было навязано самими преступниками, не желавшими отождествлять себя с убийцами.

Значительная часть общества восприняла терминологию и этику террористов. «Тerror — одна из магистральных идей европейской и, в частности, русской культуры», — отмечают М. Одесский, Д. Фельдман [13]. В результате создалась парадоксальная и трагическая ситуация: убийство — деяние, являющееся естественным, «абсолютным» преступлением, получило моральное оправдание и более того, общественную поддержку. Сложился парадоксальный феномен «высоконравственной преступности». Герой или жертва — вот две роли, которые приемлет совершающий преступление «за идею». «Идея» так трансформирует восприятие поступка, что даже убийство ребенка не оценивается как преступное. Жертву клеймили именем злодея, убийцу называли героем и мучеником. «Идея» оправдывала убийц, придавая особый смысл преступлению, она и преобразовывала преступника в героя. Террористы манипулируют обширным словарем самооправдания; тягчайшие злодеяния объясняются трагической потребностью и благородными мотивами. Нет такого злодеяния, которое не пытались бы объяснить с использованием слов «народ» и «свобода».

В середине XIX века сформировались «партии нового типа», открыто провозгласившие террор в качестве метода политической борьбы. С этого времени терроризмом стали называть тактику, применяемую оппозиционными группировками для борьбы против правящего режима.

Терроризм изначально содержал в себе и общеуголовный, и политический компоненты. С. Нечаев, образовавший в августе 1868 г. в Москве

террористическое общество «Народная Расправа», был одной из наиболее одиозных фигур российского терроризма. В составленном им «Катехизисе революционера» люди цинично делились на категории: «неотлагаемо осужденных на смерть» и «людей, которым даруют временно жизнь, чтобы они рядом зверских поступков довели народ до неотвратимого бунта» [15]. И. А. Ильин замечал: «Бакунин с Нечаевым образовали крайнюю левую этого движения, которая подобно Петру Верховенскому («Бесы») искала братания с уголовным миром» [16].

Террористам необходима была идеологическая поддержка, и они ее получали. Так, в сентябре 1881 г. журнале «Набат» была опубликована статья П. Ткачева «Терроризм как единственное средство нравственного и общественного возрождения России», в которой Ткачев рассматривает терроризм как морально оправданное средство политической борьбы [17, с. 145].

На судебном процессе, проходившем в Киеве 1—9 ноября 1884 г., подсудимый Шебалин, принадлежавший к партии «Народная воля», в своем последнем слове заявил: «Нужно взять во внимание, что совершение преступления вызывается глубоким убеждением в его необходимости, что террорист, таким образом, является человеком идеи, действует во имя идеи, которой он приносит в жертву все, чем может жертвовать человек — свою судьбу, даже жизнь» [18].

Террористы XIX века не только не отказывались от своего «звания», но и гордились им. Действительно, слово «террорист» звучит предпочтительнее слова «убийца», «партия террористов» — предпочтительнее «партии убийц». «В России образовался особенный культ революционной святости, — писал Н. А. Бердяев. — Культ этот имеет своих святых, свое священное предание, свои догматы. И долгое время всякое сомнение в этом священном предании, всякая критика этих догматов, всякое непочтительное отношение к этим святым вело к отлучению не только со стороны революционного общественного мнения, но и со стороны радикального и либерального общественного мнения. Достоевский пал жертвой этого отлучения, ибо он первый вскрыл ложь и подмену в революционной святости. Он понял, что революционный морализм имеет обратной своей стороной революционный аморализм и что сходство революционной святости с христианской есть обманчивое сходство антихриста с Христом» [19]. Вспомним гениальный диалог братьев Карамазовых «Представь — что это ты сам возводишь здание судьбы человеческой с целью в finale осчастливить людей, дать им наконец мир и покой, но для этого необходимо и неминуемо предстояло бы замучить всего лишь одно только крохотное созданье, вот того самого ребеночка, бившего себя кулачонком в грудь, и на слезах его основать это здание судьбы человеческой с целью в finale осчастливить людей... согласился ли бы ты быть архитектором на этих условиях? ...И можешь ли ты допустить идею, что люди, для которых ты строишь, согласились бы сами принять свое счастье на неоправданной крови маленького заму-

ченного, а приняв, остаться навеки счастливыми?» — спрашивал Иван Карамазов. «Нет, не могу допустить», — отвечал Алексей [20, с. 276].

Противоположный ответ на вопрос о допустимости насилия, оправдываемого политическим целями, был дан героями романа «Бесы». Петр Верховенский задал один (важнейший!) вопрос участникам тайного собрания: «Если бы каждый из нас знал о замышленном политическом убийстве, то пошел ли бы он донести, предвидя все последствия?..» «Никто не донесет, разумеется, не донесет», — был дан ответ. «Ну, а если бы вы знали, что кто-нибудь хочет убить и ограбить другого, обыкновенного смертного, ведь вы бы донесли, предуведомили?» — продолжал Верховенский. «Конечно-с, — ответили ему, — но ведь это гражданский случай, случай, а тут донос политический» [21, с. 383, 386].

В этом ответе сосредоточена суть самого трагического общественного заблуждения XIX века, имеющего самую непосредственную связь с кровопролитиями века двадцатого. «Так возникает интеллектуальный террор, в атмосфере которого «как-то совестно» возражать сперва против индивидуального террора, а следовательно (нужна ведь логика!), и против вооруженного насилия, этой повивальной бабки истории, которое также история расшифровывает как массовый террор...» — пишет Ю. Н. Давыдов [22, с. 101].

Обесцениванию человеческой жизни способствовал факт совпадения массового террора «снизу» с террором «сверху» [23]. «Полагаю, что государственный террор, унесший с 1917 г. миллионы жизней, имеет генетическую связь с террором дореволюционным... — подчеркивал известный исследователь терроризма О.В. Будницкий. — История, как известно, имеет свойство повторяться. В случае с терроризмом она повторяется чаще как трагедия, а не как фарс» [24, с. 20].

Политическое преступление как преступление, направленное против государственной власти — такое представление об этом феномене сложилось в XIX веке. Однако уже тогда началось формирование более широкого представления о преступлении в его философском и политическом ракурсе — преступлении, исходящем от государственной власти.

Достаточно вспомнить, что идеологи анархизма, П. А. Кропоткин и М. А. Бакунин считали, что государство возникло как преступная организация, позволяющая сильным творить насилие над слабыми. За свою многовековую историю государство научилось эффективно подавлять любые восстания против своего авторитета. Нигилистическое отношение М. А. Бакунина к государству и праву исходило из убежденности, в том, что всякая власть держится на преступлениях, посредством которых создавались, укреплялись и продолжают сохраняться все государства. С того момента, когда преступление становится орудием государственной власти, оно превращается в «добродетель». Этот универсальный принцип политической борьбы, открытый Н. Макиавелли, относится ко всем прошлым, настоящим и будущим государствам. Согласно такому

подходу, нормы государственной морали противоречат нормам общечеловеческой нравственности и естественного права.

Притом что оппозиционные политические преступления и преступления власти находятся на разных полюсах политической преступности, граница между ними бывает трудно различима. Победители всегда подвергали репрессиям побежденных. Наиболее жестокие репрессии устанавливали правители, пришедшие к власти нелегитимным путем. «Бывшие» политические преступники, получив вместе с властью возможность называть политическими преступниками своих побежденных врагов, устраивали политические процессы, обвиняя в политических преступлениях своих оппонентов. Таким образом, они создавали тысячи мнимых «политических преступников». Приводя к власти нелегитимные правительства, революции устанавливали самые жестокие диктатуры.

Нередко бывает трудно определить момент, с которого терроризм антигосударственный — преступление рвущихся к власти — перерастает в террор государства — преступление пришедших к власти. Политические процессы зачастую являются, по существу, политическими преступлениями, в то время как политические преступники — террористы — облекают свои действия в форму «приговора», присваивая себе право на репрессию.

Да и так уж велика разница между преступниками, «казнившими» императора Александра II «по приговору» исполнительного комитета «Народной воли», и преступниками, расстрелявшими императора Николая II и его семью по постановлению Уралисполкома Совета рабочих, крестьянских и красноармейских депутатов? И те и другие называли императоров «палачами», и те и другие ссылались на «волю народа» [25].

«Сама оценка преступности или непреступности деяний политических подлежит наиболее сильным колебаниям; с изменением правительства ... преступления, считавшиеся наиболее тяжкими, низводятся до степени незначительных поступков или деяний безразличных», — заметил И. Я. Фойницкий [2, с. 144–145]. Что являлось преступлением — принятие 5 сентября 1918 г. постановления СНК «О красном терроре» или нарушение содержащихся в революционном праве запретов? Кто являлся преступником — люди, принявшие и исполнявшие постановление ЦИК и СНК СССР «Об охране имущества государственных предприятий, колхозов и кооперации и укреплении общественной (социалистической) собственности» от 7 августа 1932 г. (получившее в народе название «закон о пяти колосках»), или собиравшие колоски несчастные матери, дети которых были обречены на голодную смерть?

XX век с особой остротой поставил вопрос о «политическом преступлении» и «политической преступности». Совершение преступлений предписывалось и организовывалось нацистскими руководителями III рейха. Они осуществлялись в огромных масштабах и различными способами, одним из которых стал закон. «Преступления против крови и расы»

были объявлены наиболее опасными. Гитлер в речи 23 марта 1933 г. требовал впредь «измену государству и народу истреблять с варварской беспощадностью». В речи в рейхстаге 13 июля 1934 г. Гитлер объявил себя «высшим законодателем немецкого народа» [26].

В середине прошлого столетия в ходе Нюрнбергского и Токийского процессов были осуждены лица, обвинявшиеся в политических преступлениях как преступлениях против международного права. Впервые в истории перед судом предстали не только нарушители, но и создатели законов. Правосудие и закон стали главными обвиняемыми в Американском военном трибунале в процессе по делу нацистских юристов (процесс № 3). Главный обвинитель Т. Тэйлор заявил: «Настоящий процесс необычный, поскольку подсудимые обвиняются в преступлениях, совершенных именем закона. Эти люди... были воплощением того, что в «третьем рейхе» считалось правосудием [27, с. 35–36]. В приговоре по этому делу Американский военный трибунал пришел к заключению: «Вывод, который можно сделать на основании доказательств, представленных самими подсудимыми, ясен: в германской правовой теории декреты Гитлера были щитом для тех, кто поступал в соответствии с ними, но перед Трибуналом, которому предоставлено право применять международное право, декреты Гитлера не могут быть защитой ни для самого фюрера, ни для его подчиненных, если они применялись в нарушение международного права» [27, с. 169]. Фашизм стал символом и воплощением преступной политики и международного преступления. Понятие «преступление» вышло за пределы национального права.

Международное преступление индивида как основание международной уголовной ответственности — такое понятие международного преступления утвердилось в связи с созданием и деятельностью Международного военного трибунала для суда над главными военными преступниками второй мировой войны. Нюрнбергским и Токийским прецедентами международное право реализовало свою собственную концепцию международного преступления. Правовая ценность Нюрнбергского прецедента состоит, прежде всего, в том, что он сформировал принципиально новое понятие преступления — преступления, международного как с точки зрения юрисдикции, так и по характеру применяемого материального права, то есть деяния, служащего основанием международной уголовной ответственности.

Индивидуальная международная уголовная ответственность является одним из средств, которыми международное право стремится противодействовать репрессивному политическому режиму. Международная уголовная юстиция может стать важным звеном в международно-правовом механизме защиты прав человека. Вместе с тем, приходится признать, что пока селективное применение международного уголовного права является серьезным недостатком международной правовой системы. В вопросах предания суду лиц, обвиняемых в совершении деяний, подпадающих под параметры международных преступлений, правосудие

и политика находятся в постоянном противоборстве между требованиями права и политическими соображениями. В конечном счете, международная уголовная юстиция может оказаться заложником политических интересов. Необходимо исключить саму возможность появления нового вида политических преследований — преследований, осуществляемых от имени мирового сообщества.

По мере развития международного права и признания приоритета общечеловеческих ценностей над какими бы то ни было политическими соображениями, в мировом сообществе формируется понимание преступности всякого насилия: войн и революций, оправдывающих человеческие страдания справедливостью целей, и традиционных преступлений, не имеющих такого оправдания. К началу XXI века политическая преступность превратилась в серьезнейшую и постоянно действующую угрозу международной и национальной безопасности и стабильности. Мир, попавший в западню политической преступности, должен найти в себе силу прервать замкнутый круг насилия, порождающего все более жестокое насилие.

Л и т е р а т у р а и п р и м е ч а н и я

1. Кудрявцев В. Н. Политическая юстиция в СССР / В. Н. Кудрявцев, А. И. Трусов. — С.Пб., 2002. — С. 17-18.
2. Фойницкий И. Я. Учение о наказании в связи с тюремоведением / И. Я. Фойницкий. — М., 2000.
3. Аристотель. Политика // Сочинения : в 4 т. / Аристотель. — М., 1983. — Т. 4. — С. 527–536.
4. Дюркгейм Э. О разделении общественного труда / Э. Дюркгейм. — М. : Наука, 1991.
5. Михайлов А. Е. Некорыстная насильтвенная преступность и ее предупреждение / А. Е. Михайлов. — К., 1997.
6. Берман Г. Западная традиция права: эпоха формирования / Г. Берман. — М., 1998.
7. Бехруз Хашматулла. Введение в сравнительное правоведение / Бехруз Хашматулла. — О., 2002.
8. Оборотов Ю. Н. Традиции и новации в правовом развитии / Ю. Н. Оборотов. — О., 2001.
9. Малиновский А. А. Сравнительное правоведение в сфере уголовного права / А. А. Малиновский. — М., 2002.
10. Камаровский Л. О международном суде / Л. Камаровский. — М., 1881.
11. Шнайдер Г. Й. Криминология: пер. с нем. / Г. Й. Шнайдер ; под общ. ред. Л. О. Иванова. — М., 1994.
12. Черниловский З. М. Всеобщая история государства и права / З. М. Черниловский. — М., 1996.
13. Одесский М. Поэтика террора. Пушкин, Ф. Достоевский, Андрей Белый, Б. Савинков / М. Одесский, Д. Фельдман // Общественные науки и современность. — 1992. — № 2. — С. 81–93.
14. Диспо Л. Машина времени / Л. Диспо // Терроризм: современные аспекты : сб. науч. ст. — 1999. — С. 31.
15. Пирумова Н. М. М. Bakunin и С. Нечаев / Н. М. Пирумова // Прометей : ист.-биогр. альм. — М., 1968. — Т. 5. — С. 145–173.

16. Ильин И. А. Почему сокрушился в России монархический строй? / И. А. Ильин // Социологические исследования. — 1992. — № 4. — С. 70–77.
17. Рудницкая Е. Л. Русский бланкизм: Петр Ткачев / Е. Л. Рудницкая. — М., 1992.
18. Социал-революционное обозрение «Народная воля». Год 6. — 1885. — № 11–12.
19. Бердяев Н. А. Духи русской революции / Н. А. Бердяев // Литературная учеба. — 1989. — № 2. — С. 123–140.
20. Достоевский Ф. М. Братья Карамазовы / Ф. М. Достоевский. — (Собр. соч.: в 15 т.; т. 9).
21. Достоевский Ф. М. Бесы / Ф. М. Достоевский. — (Собр. соч.: в 15 т.; т. 7).
22. Давыдов Ю. Н. Горькие истины «Вех» (трагический опыт самопознания российской интеллигенции) / Ю. Н. Давыдов // Социологические исследования. — 1991. — № 7.
23. Цой Л. Н. Новый взгляд на борьбу с терроризмом: борьба с терроризмом или с террористом? / Л. Н. Цой // Терроризм: современные аспекты: сб. науч. ст. — М., 1999. — С. 47.
24. Будниций О. В. История терроризма в России в документах, биографиях, исследованиях / О. В. Будниций. — Ростов н/Д, 1996.
25. В постановлении Уралисполкома Совета рабочих, крестьянских и красноармейских депутатов говорилось: «Принимая во внимание, что коронованный палаch, скрывшись, может избежать суда народа, Исполнительный комитет, исполняя волю народа, решил расстрелять бывшего царя Николая Романова, виновного в бесчисленных кровавых преступлениях (см.: Радзинский Э. С. Господи...Спаси и усмири Россию. Николай II: жизнь и смерть / Э. С. Радзинский. — М., 1995. — С. 372).
26. Алексеев Н. С. Ликвидация законности в третьем рейхе и преступления нацистской юстиции / Н. С. Алексеев // Нюрнбергский процесс и современность / отв. ред. В. В. Пустогаров. — М., 1986. — С. 29.
27. Нюрнбергский процесс. Суд над фашистскими судьями: сб. материалов. — М., 1970.

А н о т а ц і я

Зелінська Н. А. Політичні репресії та політичні злочини: історико-правове есе.
— Стаття.

У статті здійснено аналіз розуміння категорій «міжнародний злочин» та «тероризм» крізь призму історичного розвитку міжнародної злочинності. Зроблено висновок, що індивідуальна міжнародна кримінальна відповідальність є одним із засобів, якими міжнародне право прагне протидіяти репресивному політичному режиму. Міжнародна кримінальна юстиція може стати важливою ланкою в міжнародно-правовому механізмі захисту прав людини.

Ключові слова: міжнародне кримінальне право, міжнародні злочини, міжнародна кримінальна юстиція

S u m m a r y

Zelinska N. A. Politic Crimes and Assassinations: historical-legal essay. — Article.

In the article the analysis of understanding of categories is carried out «international crime» and «terrorism» through the prism of historical development of international criminality. A conclusion is done, that individual international criminal responsibility is one of facilities which an international law aims to counteract the repressive political mode. International criminal justice can become an important link in the international-legal mechanism of defence of human rights.

Keywords: international criminal law, international crime, international criminal justice.

УДК 341.1/8

O. K. Вишняков

ОРГАНІЗАЦІЙНО-ПРАВОВІ ОБРИСИ «СХІДНОГО ПАРТНЕРСТВА»

Новітня ініціатива «Східного партнерства», продекларована на саміті у Празі 07.05.2009 р. у спільній декларації представників інституцій ЄС, двадцяти семи країн — членів ЄС та шести країн-«партнерів», що належать до пострадянського простору Східної Європи (Азербайджан, Білорусь, Вірменія, Грузія, Молдова та Україна) [1], є значним кроком у розвитку відносин України та ЄС. Як відомо, останні успішно розвиваються як на двосторонній, так й на багатосторонній основі. При цьому до двусторонніх відносин варто прирахувати не тільки відносини за участі тільки власне Європейського Союзу в особі його інститутів, а й відносини з Україною, коли на боці ЄС беруть участь також держави — члени ЄС (наприклад, відносини за Угодою про партнерство та співробітництво 1994 р. [2]).

Звичайно, «Східне партнерство» (СП) — це ініціатива багатосторонньої співпраці, але разом з тим вона є «доповненням» та розвитком цих відносин на новому рівні, але не їх альтернативою. СП має керуватися принципом диференціації та «обумовленості» (conditionality) і, отже, не є перешкодою для амбіцій тої чи іншої країни з числа «східних партнерів» щодо її подальших двосторонніх відносин з ЄС, в тому числі, очевидно, — амбіцій щодо повноправного членства. Крім того, в документах СП відзначається, що відносини ЄС в рамках СП мають розвиватися «паралельно» співробітництву ЄС з «третіми країнами», тобто й співробітництву з країнами «шістки», включаючи Україну, в будь-якому іншому форматі [3]. Цим підкреслюється й те, що СП не протиставляється відносинам з будь-якою третьою країною, включаючи Росію. Для регіональних ініціатив щодо відносин між ЄС та країнами з числа «шістки» СП виконує «компліментарну» функцію, тобто СП та зазначені ініціативи (такі як Чорноморська сінергія — Black Sea Synergy за участі України) є взаємодоповнюючими. Слід зазначити також й те, що, будучи ба-

гатостороннім за складом учасників, СП передбачає як багатосторонні, так й двосторонні заходи.

Що стосується співпраці України з ЄС на багатосторонній основі через СП, — це принципово нова форма, оскільки уперше прямо йдеться про інтеграційний напрям такої співпраці. Раніше інтеграційна складова була започаткована у відносинах двостороннього характеру в рамках Плану дій Україна — ЄС 2005 р. [4] (при цьому варто відзначити, що План дій було схвалено на рівні органів з забезпечення Угоди про партнерство та співробітництво Україна — ЄС, а не на вищому міждержавному рівні, як СП).

СП базується на Європейській політиці сусідства (ЄПС) [5], є її «східним виміром», але має відмінності від формату ЄПС. Остання в цілому будується на географічному принципі — як правило, на наявності спільногоСХІДНОГО або морського кордону, але розмежування, що зараз сталося в рамках ЄПС на «Середземноморську» та «Східну» групу країн, має вже дещо іншу ознаку: «Середземноморська» група — це країни, які не мають навіть теоретичних перспектив на входження до ЄС в силу свого неєвропейського розташування. У той же час «Східна» група — це європейські, принаймні географічно, країни, що дозволяє їм теоретично вже сьогодні подати, згідно зі ст. 49 Договору про Європейський Союз, заявку на членство в ЄС.

Другим важливим аспектом є те, що «Східне партнерство» має на меті більш чіткі цілі — «політичну асоціацію та економічну інтеграцію між ЄС та зацікавленими країнами-партнерами», що має досягатися за умови відповідних політичних та соціально-економічних реформ в країнах-партнерах. Якщо асоціаційовані відносини вже існують між ЄС та деякими учасниками ЄПС (наприклад, Тунісом), то відносини економічної інтеграції — це нова перспектива, що виникла в рамках ЄПС. Також на відміну від ЄПС ця перспектива не обмежується створенням зони вільної торгівлі (ЗВТ). Хоча остання відкриває шлях до інтегрування, само по собі створення ЗВТ в її класичному вигляді, тобто за стандартами Світової організації торгівлі (ст. XXIV Генеральної угоди з тарифів і торгівлі) [6], на наш погляд, не є інтеграцією, оскільки не передбачає інтегративних ознак — наявності наднаціональної організаційної структури (структур), які учасники зони надають частину своїх владних повноважень, та наднаціональних правових норм обов'язкового характеру, що видаються цією структурою. Формулювання угоди про ЗВТ в рамках СП («глибока та всеосяжна угода про ЗВТ»), презумуючи правові стандарти СОТ, вочевидь, передбачає певні додаткові елементи порівняно зі стандартами СОТ та двосторонніми ЗВТ, що існують в рамках ЄПС. Крім того, варто зазначити, що ЗВТ з певними країнами ЄПС створювалися на двосторонній основі ще до створення ЄПС (ЗВТ ЄС — Марокко та ін.). ЄПС лише передбачає їх подальше створення.

Треба підкреслити, що, незважаючи на багатосторонній характер СП, майбутні угоди про асоціацію мають укладатися на двосторонній основі

між відповідним «партнером» та ЄС. Це ж стосується й пов'язаних з ними угод про ЗВТ, але щодо останніх на перспективу не виключається створення мережі (network) «поглиблених та всеосяжних зон вільної торгівлі» на основі двосторонніх ЗВТ між ЄС та країнами «шістки», а також двосторонніх ЗВТ ЄС з іншими країнами ЄПС. Таким чином, мається на увазі так зване «нове покоління» угод про асоціацію, які пов'язані з далекосяжною економічну інтеграцію, зокрема з «четирма свободами» ЄС.

Важливим аспектом СП є мобільність громадян та візова лібералізація для країн-партнерів паралельно з узгодженнями процесами реадмісії нелегальних мігрантів, а також довгострокова перспектива індивідуального переходу тих чи інших країн-партнерів до повної візової лібералізації, тобто скасування віз.

Ще один аспект СП — співробітництво з метою довгострокового, стабільного та безпечно постачання та транзиту енергії, покращення регулювання, ефективного використання енергії та збільшення використання її відновлюваних джерел, досягнення енергетичної незалежності.

Незважаючи на двосторонні стосунки, що випливають з СП, партнерство має доволі чітку багатосторонню основу. Це стосується механізму спільнотного прийняття рішень, що планується, а також вироблення спільних позицій та спільної діяльності ЄС та країн-партнерів. Відносно чітка схема регулярних зустрічей на вищому рівні (раз на два роки) та на рівні міністрів закордонних справ (раз на рік) для подальшої розробки і впровадження чотирьох так званих «тематичних платформ», запропонованих Європейською комісією, має за мету подальше вдосконалення СП. Варто зазначити, що європейський парламент вже обрав керівництво Парламентської Асамблеї Євронест, яка має стати платформою для дискусій з депутатами представницьких органів країн СП (у тому числі України) [7].

Перша платформа — демократія, належне управління (good governance) і стабільність. Для цієї «платформи» запропоновано такі напрямки:

1) демократія та права людини, що, зокрема, включає: а) обмін країною практикою, проведення семінарів та симпозіумів з питань виборчих стандартів, регулювання діяльності медіа; боротьби з корупцією, прозорого менеджменту публічного майна та реформи цивільних послуг; б) співробітництво з Радою Європи, забезпечення проведення фахових оглядів сфер, що покриваються конвенціями РЄ, сконструйованими за зразком співробітництва Європейської комісії з Організацією економічного співробітництва і розвитку (ОЕСР); в) створення мережі місцевих влад з метою посилення адміністративної спроможності та сприяння реформі місцевого самоврядування;

2) правосуддя, свобода та безпека — це напрямок, що, зокрема, включає: а) підтримку зусиль країн-партнерів зі створення інтегрованої системи управління кордонами, включаючи співробітництво з прикордон-

ного контролю, а там, де це є прийнятним, — з демаркації кордону; б) багатосторонній діалог з питань візової лібералізації та стандартів безпеки з довгостроковою метою безвізових подорожей та створення спільнотного простору реадмісії; в) багатостороннє співробітництво у сфері юстиції та поліції, правоохоронних питань, боротьби з організованою злочинністю та з торгівлею людьми, координації національних стратегій боротьби з наркотиками; зміщення митних адміністрацій;

3) безпека та стабільність — напрям, що, зокрема, включає: а) об'єдання інформації та ресурсів для поліпшення попередження і готовності до природних та техногенних катастроф та відповіді на них, включаючи тісний зв'язок з Механізмом цивільного захисту ЄС (Україна вже уклала адміністративну угоду про співпрацю з Моніторинговим та інформаційним центром ЄС (MIC)); б) контактування між громадськими організаціями з метою посилення їх захисної спроможності та спроможності сприяти створенню обстановки довіри у зонах тривалих конфліктів; в) покращення безпекової системи раннього попередження з концентруванням уваги на зони конфліктів; тісна співпраця з питань практики експорту та нерозповсюдження озброєнь.

Другою платформою є економічна інтеграція і конвергенція з секторальною політикою ЄС. Її напрямками запропоновано:

1) торгову та регуляторну апроксимацію, що, зокрема, включає: а) семінари та симпозіуми з питань допомоги країнам-партнерам в їх зусиллях щодо їх торгової і ринковоорієнтованої апроксимації та розвитку їх адміністративної спроможності у таких сферах, як санітарні та фітосанітарні правила, організація митної справи і торгівлі, оподаткування (особливо — належне управління у податковій сфері), права інтелектуальної власності, держзамовлення, конкуренція, послуги, в т.ч. фінансові; б) підтримку створення мережі двосторонніх поглиблених та всеосяжних зон вільної торгівлі (DCFTA) між країнами-партнерами на основі тих же принципів та цілей, що й двосторонні DCFTA між ЄС та країнами-партнерами; в) співробітництво між регуляторними владами країн-партнерів та створення між ними відповідної мережі; г) зміщення традиційних торговельних контактів з метою розширення торгівлі товарами та послугами між країнами-партнерами; д) співробітництво щодо посилення захисту інтелектуальної власності, зокрема в тому, що стосується контрафактних товарів та піратської продукції; е) вивчення можливостей партнерів щодо участі у системі т.з. «діагональної кумуляції походження товарів»; є) зростаюче співробітництво в організації митної справи і торгівлі та управління кордонами з метою забезпечити безперешкодний потік товарів між ЄС та партнерами (і не тільки), підвищення безпеки та боротьба з митним шахрайством; ж) визначення дорожньої карти, що веде до приєднання до Спільної транзитної системи, вивчення можливостей щодо поширення існуючого пілотного проекту з обміну попередньою митною (транзитною) інформацією з Росією, базованого на змісті TIR-карнетів, та інших партнерів; з) розгляд угод щодо прекурсорів

у регіоні; и) міжгалузеве морське співробітництво між службами, виробничими та науковими інституціями, співпраця та інтеграція у питаннях морського нагляду з точки зору безпеки мореплавства та захисту довкілля;

2) соціально-економічний розвиток, що, зокрема, включає: а) визначення ключових проблем ефективної підприємницької політики та підтримку сприятливого бізнесового клімату; б) розвиток всесторонньої та чіткої стратегії для політики у сфері ринку праці, поліпшення соціального діалогу, зменшення убогості, надання достойної роботи, питання соціалізації особи, її захисту, рівних можливостей; в) багатостороннє співробітництво у сфері гострих проблем охорони здоров'я (секторальна реформа, ВІЛ/СНІД і туберкульоз, наближення до практики ЄС та її імплементація). Перспективні партнерські домовленості між відповідними владами країн-партнерів та Європейською комісією і країнами — членами ЄС з метою посилення інституціональних можливостей та підвищення підготовки до вирішення проблем транскордонного поширення захворювань;

3) охорона довкілля та зміна клімату, що, зокрема, включає: а) заохочування конвергенції з *acquis* (правове надбання ЄС) у сфері охорони довкілля та посилення імплементація багатосторонніх угод з охорони довкілля (зокрема, Кіотського протоколу); б) обмін досвідом та кращою практикою зі стратегічного планування, управління довкіллям, моніторингу прогресу, виконавчого процесу, окремих тем з довкілля (таких як менеджмент щодо повітря, води, відходів, менеджмент інтегрованих берегових зон та біорозмаїття) та фінансування інвестування довкілля в регіональному контексті; в) долучення партнерів до міжнародної дискусії про майбутні дії щодо клімату, заохочування регіональних дій щодо пом'ягшення наслідків, адаптації та формування спільніх підходів щодо клімату, поширення досвіду торгівлі шкідливими викидами; г) співробітництво із збирання, моніторингу та оцінки інформації про довкілля, включаючи співробітництво з Європейською агенцією з охорони довкілля; д) робота з партнерами з метою оцінки можливостей для розробки передових проектів у сфері довкілля;

4) загальні питання, що, зокрема, включають: а) ідентифікацію інтересів партнерів щодо участі у агенціях та програмах Співтовариства або співробітництва з ними; б) започаткування програми стажування в адміністраціях країн-членів та у Європейській комісії службовців з країн-партнерів, які відповідають за ті чи інші напрями апроксимації.

Третя платформа — енергетична безпека. Її напрямками запропоновано:

1) посилення рамкових умов та солідарності, що, зокрема, включає: розроблення та імплементацію механізмів взаємної енергетичної підтримки та безпеки, включаючи механізми раннього попередження, спільні дії з безпеки. Однією з цілей буде зміцнення контактів з енергетичної безпеки, підвищення стану готовності до енергетичних криз шляхом заснування Групи СП з енергетичної безпеки, беручи до уваги можливість

формалізації взаємодії країн СП на основі *ad hoc* з NESCO (Системою кореспондентів з енергетичної безпеки) ЄС, Групою координації з газових питань та Групою нафтопостачання та беручи до уваги роботу, що її було запроваджено в рамках інших форумів;

2) підтримку інфраструктури розвитку, взаємних зв'язків та диверсифікації постачань, що включає: розроблення Плану дій щодо енергетичної інфраструктури. Це, у свою чергу, включає відновлення існуючих та розвиток нових енергетичних інфраструктур, у тому числі енергетичного взаємозв'язку між країнами-партнерами та ЄС. Потужності партнерів із зберігання нафти та газу також мають бути покращені, в тому числі через заохочення до спільних домовленостей про зберігання;

3) підтримку реабілітації української газотранзитної мережі (наприклад, через заплановану міжнародну інвестиційну конференцію) та подібних інфраструктур у Білорусі та Молдові;

4) вивчення разом з енергетичними партнерами, що не є учасниками СП, засобів поліпшення умов довгострокових зобов'язань з постачання та закупівлі, транзитних гарантій та інфраструктурної безпеки, що має створити належний рівень «ігрового поля» та бути привабливим для постачальників та інфраструктурних інвесторів третіх країн з урахуванням таких документів, як Договір про Енергетичне співтовариство та Договір про Енергетичну хартію, рівно як й відповідні положення майбутніх DCFTA;

5) розвиток для тих ключових інфраструктур, які уособлюють підвищенні некомерційні ризики, публічно-приватних партнерств, що об'єднують ЄС та країни-партнери. Цей підхід може бути застосованим до відновлення української газотранзитної мережі та, якщо це буде прийнятним, для білоруської та молдовської мереж. Це також має розглядається як інструмент для поліпшення інтеграції Південно-Кавказького регіонального ринку;

6) посилення політичної практичної підтримки для реалізації проекту Південного енергетичного коридору та розроблення аналогічних заходів на підтримку подовження нафтопроводу Одеса—Броди до Плотська та для інших проектів, що беруть початок від західного узбережжя Чорного моря;

7) заохочення розвитку можливостей щодо скрапленого натурального газу у чорноморських країнах-партнерах та власне у ЄС;

8) мобілізація додаткової технічної допомоги та позик від Європейського інвестиційного банку (та інших міжнародних фінансових інституцій), зокрема через Сусідську інвестиційну програму (Neighbourhood Investment Facility — NIF), наприклад, для збільшення потужностей країн-партнерів із зберігання газу, нафти та нафтопродуктів, інфраструктур для переробки та транспортування углеводнів та для підвищення рівня з'єднання між електричними мережами;

9) підтримку прискорення приєднання Молдови і України до мережі Спілки координації передачі електроенергії (UCTE);

10) гармонізацію енергетичної політики, що включає: а) організацію семінарів, симпозіумів та тренінгових сесій з енергетичного *aquis* ЄС, що охоплюють цілий ряд сфер (наприклад, внутрішній енергетичний ринок; відновлювальні види енергії; енергоефективність); б) твінінг та створення мереж і асоціацій між інституціями ЄС та СП, що діють в енергетичній сфері (регулятори, агенції з енергоефективності та відновлювальних видів енергії); в) розвиток енергетичного діалогу за участі ЄС та індустрії країн-партнерів.

Четверта платформа — контакти між людьми. Тут пропонуються такі напрями:

1) культура. Цей напрям передбачає: а) започаткувати спеціальну культурну програму СП, яка зміцнить спроможність культурних операторів у регіоні та посилиТЬ роль культури як рушійної сили для реформи, підвищення толерантності між громадами та соціального гуртування. Ця програма буде доповнюватися можливостями залучення до транснаціонального культурного співробітництва в цілому регіоні, що охоплюється Європейською політикою сусідства, через вікно, що відкривається починаючи з 2011 року, Культурною програмою Європейського співтовариства; б) «відкрити вікно» для приєднання до Програми «Молодь у дії» шести країн-партнерів. Це сприятиме мобільності та обмінам молоді для поглиблення міжкультурного діалогу та взаєморозуміння. Це має також підтримати роль молодіжних неурядових організацій та інших акторів для зміщення громадянського суспільства у країнах-партнерах; в) підтримати Київську ініціативу Ради Європи щодо культурної спадщини;

2) освіта і дослідження. Цей напрям передбачає: а) суттєво підвищити фінансову підтримку для програм Erasmus Mundus та Tempus, підвищивши тим самим студентські та академічні обміни та сприяючи реформі вищої освіти; б) підтримати зусилля партнерів щодо реформ у відповідності до Болонського процесу та інтеграції до Європейського простору досліджень та вищої освіти; в) заохочувати партнерів користатися перевагами від грантових можливостей викладання, проведення досліджень та конференцій у сфері досліджень європейської інтеграції, які є доступними через Програму імені Жана Моне; г) більш активно інтегрувати партнерів до 7-ї рамкової програми досліджень та розвитку;

3) інформаційне суспільство та медіа. Цей напрям передбачає: а) формувати співробітництво між регуляторними владами з питань електронного зв'язку країн-партнерів, а також між ними та регуляторами з країн — членів ЄС; б) сприяти співробітництву між владами партнерів та країн — членів ЄС, уповноваженими з питань розвитку інформаційного суспільства, включаючи широке використання інформаційних технологій громадянами, бізнесовим і публічним секторами; в) підтримувати співробітництво та обіг аудіовізуальних товарів та послуг у відповідності до стандартів Ради Європи та ЄС; г) вивчати можливості для створення спільних медіапроектів та сприяння контактам між організаторами та учасниками медіапроектів різних країн-«партнерів».

У подальшому передбачається не рідше ніж щорічно проводити цільові зустрічі по кожній «платформі» відповідальних офіційних представників учасників СП. У рамках «платформ» передбачаються також зустрічі за графіком на міністерському рівні з секторальних питань та створення груп пітримки роботи «тематичних платформ» у спеціальних питаннях. Представники відожної «платформи» мають звітувати про результати роботи на щорічних зустрічах міністрів закордонних справ. При цьому участь країн СП у діяльності «платформ» має бути добровільною та базуватися на принципі співробітництва. Крім того, у СП закладено також й перспективу співробітництва між власне партнерами з числа «шістки» без участі ЄС. У всяком разі СП передбачає співробітництво (в тому числі інвестиційне) на базі як публічного, так й приватного секторів економіки.

Крім чотирьох «платформ», які відображають загальні ідеї, СП включає також так звані «провідні ініціативи» (Flagship Initiatives), які мають надати СП додаткового імпульсу, реального змісту та зrimих обрисів. На сьогодні це: 1) інтегрована програма управління кордонами; 2) підтримка малого та середнього бізнесу; 3) сприяння регіональному ринку електроенергії, енергетичній ефективності та розвиткові поновлюваних джерел енергії (робота у цій сфері вже почалася реалізацією Програми INOGATE); 4) розбудова Південного енергетичного коридору (зокрема, проекту трубопроводу «Набукко», у якому Україна не бере прямої участі); 5) співпраця з запобіганням, готовності до природних та техногенних катастроф та відповіді на них. Ці конкретні заходи підлягають фінансуванню з боку ЄС.

Варто також відзначити принципи, на яких базується СП, — міжнародного права та основоположних цінностей, включаючи демократію, верховенство права та пошану до прав людини і основоположних свобод, а також ринкову економіку, сталій розвиток та належне управління.

СП не є суб'єктом права, але привертає до себе увагу процедурна форма його створення — «заснування» (establishing), що притаманно міжнародним та наднаціональним об'єднанням, які мають міжнародну правосуб'ектність (зокрема, такому як Європейське співтовариство).

Насамкінець, СП пов'язується з перспективою створення «Сусідського економічного співтовариства». При цьому варто зауважити, що останнє має формуватися за взірцем ЄЕП («Європейського економічного простору» у складі ЄС, Ісландії, Ліхтенштейну та Норвегії). Отже, вочевидь, правова складова саме цієї моделі є на разі для України першим європінтеграційним наближенням до правового поля ЄС.

Література

1. Joint Declaration of the Prague Eastern Partnership Summit. 7 May 2009, Prague. — [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://europa.eu>.

2. Partnership and Cooperation Agreement between the European Communities and their Member States, and Ukraine // Official Journal of the European Communities. — 1998. — L 49, 19.02. — P. 3—46.
3. Communication from the Commission to the European Parliament and the Council. Eastern Partnership. — Brussels, 3 December 2008. — COM(2008) 823/4. — [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://europa.eu>.
4. План дій Україна — Європейський Союз. — К.: ТОВ «Компанія Лік», 2006. — 40 с. Див. також: EU-Ukraine Cooperation Council Eight Meeting, Brussels, 21 February 2005. EU Press release. 6428/05 (Presse 37). Annex [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://ue.eu.int>; Joint Evaluatoin Report. EU-Ukraine Action Plan. Brussels/Kyiv, March 2008 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.delukr.ec.europa.eu>.
5. Communication from the Commission to the Council and the European Parliament «Wider Europe — Neighbourhood: A New Framework for relations with our Eastern and Southern Neighbours». — Brussels, 11.3.2003. — COM (2003) 104 final, 11.3.2003 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.europa.eu>; Commission of the European Communities. Communication from the Commission. European Neighbourhood Policy. Strategy Paper [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.europa.eu>; Council of the European Union. EU-Ukraine Cooperation Council Eighth Meeteng, Brussels, 21 February 2005. EU Press release (annex); Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on strengthening the European Neigbourhood Policy, Brussels, 4 December 2006 / Strengthening the European Neigbourhood Policy [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.delucr.cec.eu.int> Communication from the Commission. A Strong European Neighbourhood Policy. Brussels, 05/12/2007 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.delucr.cec.eu.int>.
6. Результати Уругвайського раунду багатосторонніх торговельних переговорів: Тексти офіційних документів. — К.: Вимір : Секретаріат Міжвідомчої комісії з питань вступу України до СОТ, 1998.
7. European Parliament delegations dealing with Ukraine were formed. — Режим доступу: <http://www.europarl.europa.eu/activities/delegations/homeDel.do?language=EN&body=D-UA>.

А н о т а ц і я

Вишняков О. К. Організаційно-правові обриси «Східного партнерства». —

Стаття.

«Східне партнерство» є новою формою багатостороннього співробітництва з ЄС за участі України, оскільки прямо йдеться про інтеграційний напрям такого співробітництва. СП має чітку мету — політичну асоціацію та економічну інтеграцію між ЄС та країнами-партнерами СП. Формульовання угоди про зону вільної торгівлі в рамках СП як поглибленої та всесторонньої, презумуючи правові стандарти СОТ, очевидно включає додаткові елементи «чотирьох свобод» ЄС. СП має чітку організаційно-правову базу — систему спільного винесення рішень. Перед її учасниками постають нові виклики щодо розвитку діалогу між інтегрованою та неінтегрованою Європою, а також щодо розвитку нових правових зв'язків, запровадження на цій основі нових правових цінностей. Відповідно, поступова конвергенція України щодо правової царини ЄС має суттєвим чином посилювати інтеграційну складову у відносинах Україна—ЄС.

Ключові слова: інтеграція, конвергенція, діалог, правова система, правові принципи, правові цінності, політична асоціація, економічна інтеграція, зона вільної торгівлі

S u m m a r y

Vyshnyakov A. C. «Eastern Partnership»'s Has Organization and Legal Measures. — Article.

The newest EU initiative of «Eastern Partnership» has become a significant move in development of the all-round dialogue between Ukraine and the EU, including legal issues. The EP is a fundamentally new form in multilateral cooperation with the EU with participation of Ukraine, as it said openly about the integration direction of such co-operation. It has more precise objectives — «political association and economic integration between the EU and interested partner-countries». Formulation of the Agreement on the Free Trade Area within the EP framework as a deep and comprehensive, presuming the WTO legal standards, obviously, stipulates additional elements of EU «four freedoms». The EP has a precise multilateral organizational-legal basis: it concerns the system of common decision-making. The principles, on which the EP is based, — international law and fundamental values, including democracy, rule of law and respect for human rights, as well as market economy, sustainable development and good governance. It offers new challenges for development of the economic dialogue between the integrated and non-integrated Europe as well as development of new legal relations, processing of new common legal values on this basis. Thus, gradual convergence of Ukraine with the EU in the legal area, would contribute to further progress in EU — Ukraine relations.

Keywords: integration, convergation, dyalog, legal system, legal principles, policy association, economic integration, free trade zone.

УДК 341.231.14(4)

T. A. Анцупова

НОВЫЙ ЭТАП В ИСТОРИИ РАЗВИТИЯ ПРОЦЕССУАЛЬНОГО ПРАВА СОВЕТА ЕВРОПЫ

В связи с отказом России ратифицировать Протокол № 14 к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод (ЕКПЧ) реформа Европейского суда по правам человека (ЕСПЧ) отложилась на неопределенное время, что существенно повлияло на эффективность его работы, учитывая непрерывно возрастающий поток жалоб.

По мнению специалистов, благодаря предусматриваемой Протоколом реорганизации и изменению процедуры рассмотрения жалоб ЕСПЧ получил бы возможность повысить свою эффективность на 25 %. Кроме того, в соответствии с указанным Протоколом, полномочия судей автоматически продлевались бы на три года. Поскольку этого не произошло, часть судей сдает свои полномочия в соответствии с действующим порядком (т.е. по истечении 6-летнего срока) и основной задачей Суда в сложившейся ситуации является обеспечение преемственности в своей деятельности и консолидации своей практики.

Исследование особенностей толкования и применения норм ЕКПЧ, а также организация деятельности ЕСПЧ, его структура принципы деятельности, первый этап его реформирования на основании Протокола № 11 к ЕКПЧ достаточно глубоко исследованы как в отечественной, так и в зарубежной научной литературе такими авторами, как С. Шевчук, Д. М. Супрун, Д. Гомъен, Д. Харрис, Л. Зваак, М. Дженис, Р. Кей, Е. Бредли, М. де Сальвия, В. А. Туманов, Л. М. Энтин, М. А. Дамирли, Т. А. Анцупова [1].

Публикации о состоянии современного этапа реформирования контрольного механизма ЕКПЧ содержатся в основном в переодических изданиях «Практика Європейського суду з прав людини. Рішення. Коментарі» [2] и Бюллетень Европейского суда по правам человека [3], а также в электронных изданиях правозащитных организаций и на официальном сайте Совета Европы. Примечательно, что авторами данных пуб-

ликаций являются, в основном, практикующие юристы либо официальные лица Совета Европы.

Особо следует отметить статью адвоката, практикующего в Республике Кипр, докторанта Института исследований в области прав человека и социальной справедливости (Human Rights and Social Justice Research Institute, London Metropolitan University) Костаса Параксевы, посвятившего свою работу исследованию реформы ЕСПЧ на основании Протоколов № 11 и 14 к ЕКПЧ [4].

В мае 2009 г. государствами — членами Совета Европы был принят новый Протокол № 14 bis к ЕКПЧ, призванный, действуя на временной основе до вступления Протокола № 14 в законную силу, значительно сократить сроки рассмотрения «жалоб-клонов» и сроки признания приемлемости жалоб. Этот новый этап в истории развития процессуального права Совета Европы учеными не исследован, и поэтому целью данной статьи является попытка восполнения существующего пробела.

На наш взгляд, в первую очередь необходимо остановиться на основных изменениях, вносимых в существующий контрольный механизм ЕКПЧ в соответствии с Протоколом № 14, который лег в основу Протокола № 14 bis:

1. Решения о приемлемости жалоб по таким делам, которые в настоящее время принимаются комитетами из трех судей, будут приниматься единоличным судьей при содействии докладчиков не из числа судей.

2. В тех случаях, когда дело является одним из целой серии дел, в своей основе имеющих один и тот же системный недостаток на национальном уровне, предлагается, чтобы жалоба по такому делу могла быть объявлена приемлемой и по ней принималось бы решение комитетом в составе трех судей в упрощенном суммарном порядке (вместо Палаты в составе семи судей, как это происходит в настоящее время).

3. Для придания ЕСПЧ большей гибкости в его деятельности предлагаются ввести новый критерий приемлемости жалоб. В соответствии с этим условием суд вправе объявить неприемлемой ту жалобу, заявитель которой не понес значительного вреда в результате нарушения прав, при условии, что принцип уважения прав человека не требует от ЕСПЧ полностью изучить дело и рассмотреть его по существу. Исключение составляют те случаи, когда в государстве, действия которого обжалуются, заявителю не доступны средства правовой защиты.

4. Комитет министров наделяется новым полномочием по возбуждению дела в ЕСПЧ против государства — члена Совета Европы, отказавшегося выполнить постановление ЕСПЧ; при этом решение о возбуждении дела принимается большинством в две трети голосов государств, участвующих в заседании.

5. Комитет министров наделяется также правом запрашивать ЕСПЧ о даче им толкования своего постановления. Причем такое толкование оформляется в виде отдельного постановления. Предполагается, что Комитет министров будет использовать данное право при осуществлени-

ем надзора за исполнением постановлений ЕСПЧ, в частности в вопросе определения необходимых мер для исполнения постановлений.

6. Мировое соглашение может быть заключено на любой стадии процесса.

7. Как отмечалось выше, повторяемый шестилетний срок пребывания в должности судей ЕСПЧ предполагается заменить на однократный девятилетний.

8. В соответствии со ст.17 Протокола № 14 закрепляется право Европейского Союза присоединиться к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод [5].

Важно также отметить, что затянувшаяся реформа суда не позволяет не только повысить эффективность рассмотрения жалоб по существу, но и ускорить рассмотрение вопроса о приемлемости жалоб, т.к. в редакции ЕКПЧ в соответствии в Протоколом № 11 данный процесс осуществляется комитетами суда, состоящими из 3 судей, то время как Протокол № 14 вводит новую структуру ЕСПЧ — единоличного судью, наделенного правом рассмотрения вопросов о приемлемости определенной категории жалоб.

Конечно же, в сложившейся ситуации есть скрытые причины. Однако по официальной версии Госдума России была дезинформирована комитетом по гражданскому и уголовному законодательству нижней палаты парламента. По мнению указанного комитета, некоторые нормы протокола не могут быть признаны приемлемыми для российской стороны. В частности, в качестве аргумента называется нововведенный критерий приемлемости жалобы (отсутствие значительного ущерба заявителя), который, по мнению комитета, предлагает не процессуальную, а материально-правовую оценку жалобы. «Необоснованным» сочли российские парламентарии и увеличение срока полномочий судей.

В итоге реформа ЕСПЧ, подготовка которой началась еще в 2000 г., была заморожена по причине политических мотивов. Учитывая тот факт, что Совет Европы прилагает все силы и средства для обеспечения эффективности контрольного механизма ЕКПЧ, зачастую в ущерб иным направлениям деятельности организации, не исключено, что имидж суда и всей организации в целом пострадает. В таком случае удерживать позиции лидера как уникального европейского форума по защите прав человека представляется сложной задачей, тем более в условиях ограниченных финансовых средств Совета Европы и «наступательного» развития конкурентной системы защиты прав человека в рамках Европейского Союза.

Но Совет Европы все же нашел выход. После пяти лет переговоров с Россией, не увенчавшихся успехом, Совет Европы попытался найти альтернативные пути проведения реформы и повышения эффективности и «производительности» ЕСПЧ.

14 октября 2008 г. на заседании совместного комитета КМСЕ с Европейским судом по правам человека (CL-CEDH) председатель суда

привлек внимание к чрезвычайно серьезной ситуации, с которой столкнулся суд, и поднял вопрос о срочном введении в действие определенных процедурных положений Протокола № 14, в частности введения должности единоличного судьи и расширения компетенции комитетов, состоящих из трех судей, что могло бы повысить эффективность суда на 20–25 %. Председатель ЕСПЧ отметил, что такое усовершенствование не обеспечит окончательного решения проблем суда, но будет чрезвычайно полезным вкладом в этот процесс.

В результате проведения вышеуказанного заседания 19 ноября 2008 г. Комитет министров Совета Европы дал задание Совместному комитету по правам человека (CDDH) предоставить до 1 декабря 2008 г. предварительное мнение (и до 31 марта 2009 г. заключительное мнение) о необходимости введения в действие некоторых процедур, которые позволяют увеличить количество рассматриваемых жалоб, в частности таких процедур, как введение должности единоличного судьи и изменение полномочий комитетов ЕСПЧ, состоящих из трех судей. КМСЕ также запросил мнение Комитета правовых консультантов в сфере публичного права (CAHDI) о международно-правовых аспектах данного вопроса.

В последствии оба комитета заключили, что существует серьезная угроза эффективности контрольного механизма ЕКПЧ, также они отметили, что необходимо предпринять как можно скорее существенные шаги, чтобы предоставить возможность Суду вести эффективное судопроизводство. Отмечая, что наилучшим выходом из сложившейся ситуации является все же всупление в силу Протокола № 14 к ЕКПЧ, комитеты согласились, что введение двух вышеуказанных процессуальных изменений на основании Протокола № 14 bis не противоречит принципам международного публичного права.

Группа докладчиков Комитета министров по правам человека (GR-H), на основании мнений CDDH и CAHDI, в апреле 2009 г. детально разработала проект Протокола № 14 bis. После чего 16 апреля 2009 г. КМСЕ передал данный проект в ПАСЕ для принятия по нему консультативного заключения, которое было принято 30 апреля 2009 г.

Рассмотрев консультативное заключение ПАСЕ, заместители министров КМСЕ одобрили текст Протокола № 14 bis 6 мая 2009 г. и, со-проводив его пояснительным докладом, направили на рассмотрение на 119-е заседание Комитета министров Совета Европы, проходившее в Мадриде 12 мая 2009 г. Протокол был формально принят, а также принято решение об открытии его для подписания государствами-членами 27 мая 2009 г. [6].

Остановимся на изменениях, которые вносятся в текст ЕКПЧ Протоколом № 14 bis:

1. Действовавшее ранее название ст. 25 ЕКПЧ «Секретариат и правовые референты» меняется на следующее: «Статья 25 — Секретариат, юридические секретари и докладчики» (см. ст. 2 П. № 14 bis).

2. Статья 25 ЕКПЧ дополняется новым параграфом 2: «2. При засе-

дании в составе одного судьи Суду помогают докладчики, которые действуют под руководством председателя суда. Они входят в состав секретариата суда» (см. ст. 2 П. № 14 bis).

3. Действовавшее ранее название ст. 27 ЕКПЧ «Комитеты, палаты и большая палата» меняется на следующее: «Статья 27 — Единоличное рассмотрение, комитеты, палаты и Большая палата» (см. п. 1, ст. 3 П. № 14 bis).

4. На основании п.п. 2 и 3 Протокола № 14 bis вносятся соответственно изменения в п.1. ст. 27: «1. Для рассмотрения переданных ему дел суд заседает в составе единоличного судьи, комитетов из трех судей, палат из семи судей и Большой палаты из семнадцати судей. Палаты Суда образуют комитеты на определенный срок»; и дополняется новым пунктом 2: «2. Заседая единолично, судья не должен рассматривать какую-либо жалобу, поданную против Высокой Договаривающейся Стороны, от которой этот судья избран».

5. Действовавшее ранее название ст. 28 ЕКПЧ «Объявления комитетов о неприемлемости жалобы» меняется на следующее: «Статья 28 — Компетенция единоличных судей и комитетов» (см. ст.4 П. № 14 bis).

6. Содержание ст. 28 ЕКПЧ изменено и излагается теперь следующим образом:

«1. Единоличный судья вправе объявить неприемлемой или исключить ее из списка подлежащих рассмотрению судом дел жалобу, поданную в соответствии со статьей 34, если такое решение может быть принято без дальнейшего изучения.

2. Это решение является окончательным.

3. Если единоличный судья не объявляет неприемлемой жалобу или не исключает ее из списка подлежащих рассмотрению дел, то этот судья направляет ее в комитет или палату для дальнейшего изучения

4. В отношении жалобы, поданной в соответствии со статьей 34, комитет вправе единогласным решением:

а. объявить ее неприемлемой или исключить ее из списка подлежащих рассмотрению дел, если таковое решение может быть принято без дальнейшего изучения, или

б. объявить ее приемлемой и одновременно вынести постановление по существу жалобы, если подлежащий разрешению вопрос, касающийся толкования или применения положений настоящей Конвенции либо протоколов к ней, уже является предметом установившейся практики суда.

5. Постановления и решения, принимаемые в соответствии с пунктом 4, являются окончательными.

6. Если судья, избранный от заинтересованной Высокой Договаривающейся Стороны, не входит в состав комитета, комитет вправе на любой стадии производства по делу предложить этому судье заместить одного из членов комитета, учитывая при этом все имеющие отношение к делу факторы, включая вопрос, оспаривала ли эта Сторона примене-

ние процедуры, предусмотренной подпунктом «б» пункта 4» (см. ст.4 П. № 14 bis) [7].

Проанализируем особенности вступления в законную силу Протокола № 14 bis. В соответствии со ст 6. Протокол № 14 bis вступает в силу в первый день месяца, следующего по истечении трехмесячного срока после даты, когда три Высокие Договаривающиеся Стороны ЕКПЧ выразили свое согласие принять на себя обязательства по Протоколу. В отношении любой Высокой Договаривающейся Стороны, которая в последующем выразит свое согласие принять на себя обязательства по данному протоколу, Протокол № 14 bis вступает в силу для этой Высокой Договаривающейся Стороны в первый день месяца, следующего по истечении трехмесячного срока после даты выражения ее согласия принять на себя обязательства по этому протоколу.

Германия, Грузия, Испания, Норвегия, Словения и Франция были шестью первыми государствами, которые подписали данный протокол в первый день открытия его к подписанию — 27 мая 2009 г. В числе первых протокол ратифицировали Германия, Норвегия и Ирландия. Таким образом Протокол № 14 bis вступил в законную силу 1 октября 2009 г. [8].

Применение дифференцированного подхода является наилучшим выходом из сложившейся ситуации.

До вступления в силу данного протокола в соответствии с условиями, изложенными в статье 6, любая Высокая Договаривающаяся Сторона ЕКПЧ, подписавшая или ратифицировавшая этот протокол, могла в любой момент заявить, что положения этого протокола применяются к ней на временной основе. Такое заявление вступает в силу в первый день месяца, следующего за датой его получения Генеральным секретарем Совета Европы.

С даты вступления в силу или применения на временной основе Протокола № 14 bis его положения применяются ко всем жалобам, находящимся в производстве суда, в отношении всех Высоких Договаривающихся Сторон, для которых он имеет силу или применяется на временной основе.

Логичным является положение, изложенное в п. 2 ст. 8 Протокола № 14 bis. В данном пункте говорится о том, что Протокол № 14 bis не применяется в отношении любой индивидуальной жалобы, поданной против двух или более Высоких Договаривающихся Сторон, если только в отношении каждой из них Протокол не имеет силы или не применяется на временной основе или соответствующие положения Протокола № 14 применяются на временной основе.

Принятие Протокола № 14 bis является временным мероприятием в процессе ожидания вступления в законную силу Протокола № 14. Это находит свое подтверждение в ст. 9 Протокола № 14 bis: «Настоящий Протокол утрачивает силу или прекращает применяться на временной основе с даты вступления в силу Протокола № 14 к Конвенции».

Протокол № 14 bis сознательно ограничен введением двух процессуальных элементов, заимствованных из текста Протокола № 14. В процессе обсуждения проекта Протокола № 14 bis анализировалась возможность включения и других мер по совершенствованию контрольного механизма ЕКПЧ, но договоренность скоро была достигнута, учитывая, что это представляет определенный риск для отсрочки одобрения и принятия, а значит, и вступления в законную силу Протокола № 14 bis.

Следует отметить, что ажиотажа среди государств — членов Совета Европы данный протокол не вызвал. По состоянию на 1 октября 2009 г. указанный протокол подписали 15 государств, ратифицировали только 7 из них. Это Германия, Грузия, Венгрия, Ирландия, Монако, Норвегия, Словения [8]. Однако следует иметь в виду, что на основании п. 2 ст. 8 Протокола № 14 bis и Мадридского соглашения от 12 мая 2009 г. предусмотрена также возможность для государств, являющихся сторонами ЕКПЧ, путем заявления декларации, признать соответствующие положения Протокола № 14 (а именно ст.ст. 4, 6, 7 и 8 Протокола № 14). Подобные декларации вступают в силу в первый день месяца, следующего за датой их регистрации Генеральным секретарем Совета Европы [9]. Такой возможностью воспользовались Албания, Бельгия, Эстония, Германия, Лихтенштейн, Люксембург, Нидерланды, Швейцария и Великобритания.

Примечательно, что Украина еще не подписала данный протокол, в то время как Протокол № 14 подписала 10 ноября 2004 г. и ратифицировала 23 марта 2006 г. [10].

Учитывая, что в отношении Украины у Совета Европы есть определенные претензии (их, как минимум, две: исполнение последнего из взятых при вступлении обязательств — принятие Уголовно-процессуального кодекса и неоднозначное поведение украинской стороны в вопросе назначения на должность судьи от Украины в ЕСПЧ), украинскому правительству следует задуматься о скорейшей реабилитации отношений с Советом Европы, что отчасти можно было бы осуществить путем подписания и ратификации Протокола № 14 bis.

Как видно из вышеизложенного, у Российской Федерации нет причин для отказа от подписания и ратификации Протокола № 14 bis. Ни один из ранее приводимых Госдумой доводов в отношении отказа в ратификации Протокола № 14 не имеет отношения к изменениям, вносимым в контрольный механизм ЕКПЧ на основании Протокола № 14 bis, однако подписывать его Россия не спешит. Очевидно, что с вступлением в силу Протокола № 14 bis политическое давление на Россию автоматически уменьшится, т.к. проблема частично решена.

Однако Госдума Российской Федерации вновь повела себя непредсказуемо. На заседании нижней палаты 23 сентября 2009 г. было принято заявление о том, что Государственная Дума считает возможным вернуться к вопросу о ратификации Протокола № 14 о реформе Европей-

ского суда по правам человека, но при условии его доработки с учетом позиции РФ.

На этот раз определенные сомнения у депутатов вызывала ст. 8 Протокола № 14, согласно которой комитет из трех судей ЕСПЧ наделяется правом выносить постановления без обязательного включения в состав комитета судьи от государства-ответчика. Данное положение, по мнению Госдумы РФ, может поставить под угрозу справедливость и обоснованность выносимых Европейским судом постановлений, которые вследствие неучастия в соответствующем комитете судьи от государства-ответчика могут быть приняты без всестороннего учета особенностей правовой системы этого государства. Наряду с этим, вызывают вопросы и положения ст. ст. 10, 14 и 16 Протокола № 14 [11].

Следует добавить, что признание вины государства органом международной юрисдикции без обязательного присутствия судьи, избранного от государства-ответчика, представляет собой своего рода «революцию» в области публичного международного права, в котором институт «национального судьи» или судьи *«ad hoc»* имеет давнюю традицию и отражает один из аспектов государственного суверенитета.

Несмотря на то, что официальные лица Совета Европы и некоторые государства-партнеры открыто критикуют Россию за «торможение» реформ в ЕСПЧ, сомнения российского парламента все же не лишены правовых оснований. Протокол № 14 действительно не совершенен, однако насколько это отразится на практике может показать только время. На данном этапе, когда 46 государств — членов Совета Европы его уже ратифицировали, вносить в его текст какие-либо изменения не представляется возможным. В любом случае, проведение дальнейших реформ в организации деятельности ЕСПЧ зависит от решения России ратифицировать подписанный ею Протокол № 14 либо предложить свой новый вариант протокола, дополняющего контрольную систему ЕКПЧ.

Л и т е р а т у р а и п р и м е ч а н и я

1. 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.; Супрун Д. М. Організаційно-правові засади та юрисдикційні основи діяльності Європейського суду з прав людини : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.11 / Д. М. Супрун ; Київ. нац. ун-т ім. Т. Шевченка. — К., 2002. — 219 с.; Гом'єн Д. Европейская конвенция о правах человека и Европейская социальная хартия: право и практика / Д. Гом'єн, Д. Харрис, Л. Зваак. — М. : Изд-во МНИМП, 1998. — 600 с.; Сальвия М., де. Европейская конвенция по правам человека / Микеле де Сальвия. — С.Пб. : Юрид. центр Пресс, 2004. — 267 с.; Комментарий к Конвенции о защите прав человека и основных свобод и практике ее применения / под общ. ред. В. А. Туманова, Л. М. Энтина. — М. : НОРМА, 2002. — 336 с.; Дженис М. Європейське право у галузі прав людини: джерела і практика застосування / М. Дженис, Р. Кей, Е. Бредлі. — К. : Арт Ек, 1997. — 624 с.; Дамірлі М. А. Право Ради Європи: схеми, таблиці, визначення і коментарі: навч. посіб. / М. А. Дамірлі, Т. О. Анцупова. — О. : Фенікс, 2007. — 284 с.

2. См., напр., серию публікацій С. Головатого, П. Рабиновича, Ю. Зайцева // Практика Європейського суду з прав людини. Рішення. Коментарі. — 2000. — № 1 ; 2002. — № 3 ; 2004. — № 2 ; 2005. — № 3.
3. Бюллетень Європейского суда по правам человека. — 2005. — № 5. — С. 59–82.
4. Параксева К. Реформирование Европейского суда по правам человека: нерешенная проблема / Костас Параксева. — Режим доступа : //www.ehracmos.memo.ru.
5. Протокол № 14 к Конвенции о защите прав человека и основных свобод, дополняющий контрольную систему конвенции // Бюллетень Європейского суда по правам человека. — 2005. — № 3. — С. 59–65.
6. Explanatory Report for Protocol No. 14bis to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms // http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/204.htm
7. Protocol No. 14bis to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms CETS No 204 // http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/204.htm
8. List of declarations made with respect to treaty No. 204/ http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/CercheSig.asp?NT=204&CM=8&DF=03/10/2009&CL=ENG
9. DocCM(2009)71rev2/http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/194-1.htm
10. List of declarations made with respect to treaty No. 194 /http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/CercheSig.asp?NT=194&CM=8&DF=03/10/2009&CL=ENG
11. Сообщение РИА Новости (Москва) от 23.09.09.

Анотація

Анцупова Т. О. Новий етап в історії розвитку процесуального права Ради Європи. — Стаття.

У рамках даної статті досліджено низку актуальних правових питань, що виникають у зв'язку з проведеним реформи Європейського суду з прав людини. Визначено основні зміни та нововведення щодо організації діяльності ЄСПЛ відповідно до Протоколу № 14 і Протоколу № 14 bis до ЄКПЛ. Виявлено основні причини прийняття та наслідки набрання законної сили Протоколом № 14 bis. Проаналізовано ступінь участі України у проведенні зазначених реформ.

Ключові слова: Рада Європи, Європейський суд з прав людини (ЄСПЛ), реформування контрольного механізму ЄКПЛ, Протокол № 14 до ЄКПЛ, Протокол № 14 bis до ЄКПЛ.

Summary

Antsupova T. A. New Stage in the Processual Law of Council of Europe Development History. — Article.

In a frame of this article it were investigated some actual legal questions, which appear because of reforming European Court of Human Rights. It is defined the main changes and novelties as to organization of its work in accordance to Protocol No. 14 and Protocol No. 14 bis amending the Convention's supervisory system. It is analysed the main reasons of adoption and the main results of entering into force of Protocol No. 14 bis. Also analysed the participation of the Ukraine in reforms of ECHR.

Keywords: Council of Europe, European Court of Human Rights (ECHR), the Convention's supervisory system, Protocol No. 14 and Protocol No. 14 bis to the Convention.

УДК 341.3

T. P. Короткий

ПОНЯТИЕ «НЕЗАКОННЫЕ КОМБАТАНТЫ» И ИХ ПРАВОВОЙ СТАТУС

Международное гуманитарное право на протяжении XX века характеризовалось весьма высокой динамикой развития. Под влиянием объективных и субъективных факторов развивался и его категориальный аппарат. Эти изменения касались содержания как базовых категорий «комбатант», «некомбатант», «гражданское население», так и попыток использования таких неоднозначных и вызывающих споры понятий, как «незаконный комбатант».

С начала прошлого века термины «незаконный комбатант», «не подпадающий под защиту конвенций комбатант/участник боевых действий» часто использовались в юридической литературе, военных уставах и прецедентном праве¹. Так же распространенным является термин «непривилегированные воюющие» [1]. Оттенки значения, придаваемые данным терминам, и их последствия для применяемого режима защиты не всегда абсолютно ясны [2]. Международный терроризм стал причиной попыток использования в международном гуманитарном праве этих терминов применительно к новой категории лиц. Особенно остро проблема статуса «незаконных комбатантов» прозвучала в связи с практикой США в отношении членов «Аль-Каиды», и прежде всего в результате дела Хамдан против Рамсфелда.

Рассмотрение понятия «незаконный комбатант» применительно к членам международных террористических организаций невозможно без глубокого анализа понятий «комбатант», «гражданское население», «некомбатант», а также характеристики определенных категорий лиц, имеющих неоднозначный статус в международном гуманитарном праве (шпионы,

¹ Как указывает К. У. Уоткин, в юридической литературе повсеместно встречаются такие термины, как «воюющий», «некомбатант», «незаконный комбатант», «комбатант противника» и «непривилегированный воюющий» и «незаконный воюющий».

наемники, диверсанты и т.п.) и которых некоторые авторы относят к числу незаконных комбатантов.

В международном гуманитарном праве одной из основополагающих категорий является категория «комбатант». Его антонимом стал термин «гражданские лица». Комбатанты являются законными участниками войны, имеют право принимать непосредственное участие в военных действиях и соответственно являются правомерным объектом нападения. В случае взятия в плен они обладают статусом военнопленного. Гражданские лица пользуются защитой от опасностей, возникающих в связи с военными действиями, и не должны становиться объектом нападений. Так, Ф. Ф. Мартенс указывает, что *частные мирные и безоружные лица* (выделено нами. — Т. К.) не могут быть непосредственным предметом военных операций [3].

Принцип установления различия между комбатантами и гражданскими лицами является краеугольным камнем современного международного гуманитарного права [4]. Этот принцип был признан не сразу, до XVIII века считалось, что война вовлекает в сражения не только государства и армии, но и народы. В кодификации норм обычного международного гуманитарного права этот принцип носит наименование принципа различия. Согласно норме 1, стороны вооруженного конфликта всегда должны различать гражданских лиц и комбатантов. Нападение может быть направлено только против комбатантов. Нападение не может быть направлено против гражданских лиц [5]. В п. 3 ст. 44 Дополнительного протокола I принцип различия сформулирован следующим образом: «Для того чтобы содействовать усилию защиты гражданского населения от последствий военных действий, комбатанты обязаны отличать себя от гражданского населения в то время, когда они участвуют в нападении или в военной операции, являющейся подготовкой к нападению». Именно применение этого принципа встречает серьезные сложности в международном гуманитарном праве. На это обращает внимание К. У. Уоткин: «Значительная доля разногласий, касающихся состоятельности международного гуманитарного права, возникает вокруг принципа проведения различия» [1].

В некоторых случаях в качестве антонима термина «комбатант» используют термин «некомбатант» [3; 6; 7], однако, как известно, это отдельная категория лиц, входящих в состав вооруженного сил, но не принимающих участие в конфликте. Ф. Ф. Мартенс определяет их как несражающихся, но входящих в состав вооруженных сил, и указывает, что «все эти лица называются некомбатантами в специальном смысле этого слова» [3]. Для определения возможности выделения в качестве самостоятельной группы «незаконных комбатантов» является важным вопрос о том, относятся ли некомбатанты в специальном смысле к одной из двух основных категорий — комбатантам или гражданским лицам, либо же они являются самостоятельной категорией. Анализ норм 3 и 5 обычного международного права [5] позволяет сделать вывод о самостоятель-

ном, но вторичном характере этой группы², не входящей в состав ни комбатантов, ни гражданского населения. Что касается Женевских конвенций от 12 августа 1949 г., то, исходя из абз. 4 ст. 4 Женевской конвенции IV, некомбатанты не относятся к гражданскому населению, т.к. они подпадают под покровительство Женевских конвенций I–III. Применительно к категории некомбатантов в Женевских конвенций I–III используются понятия «санитарный и духовный персонал» (ст. ст. 4, 7 Женевской конвенции об улучшении участия раненых и больных в действующих армиях от 12 августа 1949 г.), санитарный личный состав (ст. 24 Женевской конвенции об улучшении участия раненых и больных в действующих армиях от 12 августа 1949 г.), медицинский и духовный персонал (глава IV Женевской конвенции III), однако непосредственно термин «некомбатант» не используется.

Положения ст. 50 Дополнительного протокола I по этому вопросу носят не столь однозначный характер, поскольку ссылка на ст. 43 указанного протокола предполагает неотнесение к гражданским лицам лиц, перечисленных в том числе и в ст. 43 Дополнительного протокола I. Но некомбатанты там не перечислены, а только указано, что они хоть и входят в состав вооруженных сил, но комбатантами не являются.

На самостоятельный характер этой группы, как уже подчеркивалось, указывает то, что ее защита осуществляется Женевскими конвенциями I–III, а не Женевской конвенцией IV, и частью 2 Дополнительного протокола I. Но если мы выделяем в качестве самостоятельной, но, на наш взгляд, вторичной (по отношению к основным группам — гражданское население и комбатанты) группу некомбатантов, почему недопустимо выделить в качестве отдельной, не относящейся ни к гражданским лицам, ни к комбатантам группу незаконных комбатантов, тем более предпосылки для этого существуют. Тем более, как это показано в отношении некомбатантов и будет проанализировано в отношении комбатантов и гражданского населения, абсолютно однозначной и единой терминологии в отношении категорий покровительственных лиц ни в Женевских конвенциях от 12 августа 1949 г., ни в Дополнительных протоколах к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 г. нет. На наш взгляд, это связано с особенностями развития нормативного регулирования в международном гуманитарном праве, не всегда полным соответствием между договорными нормами, принятыми в разное время, часто их компромиссным характером, а также между договорными нормами и обычными нормами международного гуманитарного права.

Таким образом, мы исходим из следующей классификации — две основные группы — гражданские лица и комбатанты, и наличие вторичных, дополнительных групп — некомбатанты, возможно незаконные комбатанты. Существует и другой подход, согласно которому выделяют-

² Перечень лиц, относящихся к некомбатантам, приведен в ст. 33 Женевской конвенции от 12 августа 1949 г. об обращении с военнопленными.

ся две основные группы — гражданские лица и комбатанты (между которыми распределено все население), в составе которых можно выделить подгруппу, как, например, «непrivилегированных воюющих» [1]. Различие в этих подходах состоит в следующем. Во-первых, это наличие/отсутствие более чем двух групп, на которые подразделяется население в случае вооруженного конфликта. Во-вторых, это сближение лиц, незаконно участвующих в вооруженном конфликте, с комбатантами — «незаконные комбатанты» или с гражданскими лицами — «непrivилегированные воюющие», «непrivилегированные комбатанты». Правда, исходя из логики, тогда необходимо говорить и об «непrivилегированных гражданских лицах».

Тем не менее бесспорно, что две основные категории — гражданские лица и комбатанты носят «статусный» характер и именно они прямо или опосредованно определяют объем прав и обязанностей индивидов в период вооруженного конфликта. Рассмотрим содержание этих категорий подробнее.

Комбатанты согласно п. 2 ст. 43 Дополнительного протокола I — это лица, входящие в состав вооруженных сил стороны, находящейся в конфликте, и они, исходя из этого статуса, имеют право принимать непосредственное участие в военных действиях. Таким образом, должен наличествовать вооруженный конфликт, его стороны, вооруженные силы стороны, и только после этого можно говорить о наличии комбатантов. При этом на основе положения ст. 50 Дополнительного протокола I о том, что гражданскими лицами являются лица, не принадлежащие ни к одной из категорий лиц, указанных в ст. 4 А 1, 2, 3, 6 Женевской конвенции III и ст. 43 Дополнительного протокола I, можно сделать вывод, что комбатантами являются только лица, перечисленные в указанных статьях (хотя они не названы «комбатантами», а указано только, что они не принадлежат к гражданскому населению).

Следует обратить внимание еще на одну особенность выделения категории «комбатант». Это категория групповая, основанная на характеристике и принадлежности лица группе, обладающей соответствующими признаками (критериями). На эту особенность указывает К. У. Уоткин, а Mallison, отмечает, что все шесть критериев, определяющих принадлежность к комбатантам — организация, связь со стороной в конфликте, военное командование, отличительный знак, открытое ношение оружия и соблюдение законов и обычаяй войны, являются коллективными критериями, а последние три относятся как к группе, так и к отдельным лицам [8]. То есть при отсутствии этих групповых признаков лицо не будет относиться к комбатантам и даже при непосредственном участии в вооруженном конфликте комбатантом не является, как, впрочем, на время такого участия и не пользуется общей защитой от последствий военных действий, которая предоставляется гражданскому населению (п. 3 ст. 51 Дополнительного протокола I). О проблемах, связанных с их переходом в статус гражданских лиц, мы скажем ниже, однако возника-

ет вопрос, связана ли противная сторона нормами относительно средств и методов ведения войны по отношению этих лиц, принимающих непосредственное участие в военных действиях, но комбатантами не являющихся, и на период такого участия фактически не являющихся и гражданскими лицами?

Что касается определения понятия «гражданское население», то его главным признаком является неучастие в вооруженном конфликте. На это указывает В. В. Алешин: «К гражданскому населению относятся лица, не принадлежащие ни к одной категории участников боевых действий и непосредственно не принимающие участия в вооруженном конфликте» [9]. Однако, как указано выше, в Женевских конвенциях от 12 августа 1949 г. и ст. 43 Дополнительного протокола I несколько иной подход к категории «гражданские лица», который к тому же несколько различается в этих документах.

Анализ положений ст. 50 Дополнительного протокола I позволяет сделать вывод, что основным критерием, по которому лица относятся к гражданскому населению, является неотнесение их к категории «комбатант», а не неучастие в вооруженном конфликте. Как указывает К. У. Уоткин, в различных международных соглашениях делалась попытка дать определение понятию «комбатант» [10], при этом все остальные считались гражданскими лицами. Предлагалось считать такой подход более предпочтительным, потому что он охватывает все категории лиц без исключения. Более того, все было сделано для того, чтобы сохранить простоту и однозначность этих норм. Цель такого подхода — повысить вероятность соблюдения норм международного гуманитарного права [11].

Поэтому лица, которые принимают фактическое участие в вооруженном конфликте, но к комбатантам не относятся, исходя из ст. ст. 43, 46, 47 Дополнительного протокола I, относятся к гражданскому населению. Таким образом, к гражданскому населению по смыслу ст. 50 Дополнительного протокола I относятся и шпионы, и наемники, что в принципе противоречит общепринятым понятиям «гражданское население». Согласно п. 3 ст. 51 Дополнительного протокола I эти лица находятся под защитой как гражданское население, за исключением случаев и на такой период, пока они принимают непосредственное участие в военных действиях. Этот критерий применяется и в норме 6 обычного международного гуманитарного права.

На наш взгляд, внутреннее противоречие заложено в перечислении в ст. 50 Дополнительного протокола I категорий, относящихся к гражданским лицам без учета особенностей статуса шпионов и наемников (особо выделенных в Женевской конвенции об обращении с военнопленными от 12 августа 1949 г.), предусмотренного в ст. ст. 46, 47 Дополнительного протокола I. Именно их было бы целесообразно выделить в качестве отдельной категории и отнести к незаконным комбатантам, дополнив этот перечень диверсантами и, как мы укажем далее, членами междуна-

родных террористических организаций при определенных условиях и предоставив им определенный, специальный правовой статус, отличный как от статуса гражданского населения, так и от статуса комбатантов. Однако при нынешней ситуации, в рамках современного права Женевы, все они относятся к гражданскому населению.

Следует отметить, что согласно норме 6 гражданские лица находятся под защитой от нападений, кроме случаев, когда и пока они принимают непосредственное участие в вооруженных действиях [5]. То есть различие фактически проводится, но по отношению к гражданскому населению оно не носит институционального характера, за исключением выделения шпионов и наемников в Дополнительном протоколе I. Причем, исходя из смысла нормы 6, непосредственное участие гражданских лиц в вооруженных действиях не меняет их статуса — они продолжают оставаться гражданскими лицами.

Однако в Женевских конвенциях от 12 августа 1949 г. заложено несколько иное соотношение понятий «гражданское население» и «комбатанты», чем в Дополнительных протоколах к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 г. В Женевской конвенции о защите гражданского населения во время войны от 12 августа 1949 г. прямо не определяется понятие «гражданское население», а используется понятие «под защитой Конвенции состоят лица», «лицо, находящееся под покровительством Конвенции». Причем указанием на круг покровительствуемых лиц (в отношении дифференциации на комбатант/покровительствуемое лицо) является абз. 4 ст. 4 Женевской конвенции IV, согласно которому лица, находящиеся под защитой Женевских конвенций I—III, не рассматриваются в качестве лиц, пользующихся покровительством по смыслу Женевской конвенции о защите гражданского населения во время войны от 12 августа 1949 г. При этом в ст. 5 Женевской конвенции IV прямо указывается, что если лицо задержано в качестве шпиона, диверсанта или подозреваемого в деятельности, враждебной для безопасности государства, то такое лицо не будет иметь права претендовать на такие права и преимущества, предоставляемые Конвенцией, которые наносили бы ущерб безопасности этого государства, если бы они предоставлялись данному лицу (абз. 1 ст. 5); либо данное лицо может быть лишено прав на связь, предоставляемых Женевской конвенцией IV (абз. 2 ст. 5).

Таким образом, согласно Женевским конвенциям от 12 августа 1949 г., можно выделить лиц, находящихся под защитой Женевских конвенций I—III (а это далеко не всегда комбатанты, о чем свидетельствуют положения ст. 4 Женевской конвенции об обращении с военнопленными от 12 августа 1949 г., а также распространение их на некомбатантов), и остальных лиц, находящихся под покровительством Женевской конвенции о защите гражданского населения во время войны от 12 августа 1949 г., с учетом особого статуса лиц, перечисленных в ст. 5 указанной Женевской конвенции IV. Именно в эту схему, на наш взгляд, вполне укладывается (по крайней мере, ей не противоречит) понятие «незакон-

ный комбатант» — как лицо, участвующее в вооруженном конфликте без права на это. И исходя из логики деления на покровительствуемых лиц, незаконные комбатанты подпадают под защиту Женевской конвенции о защите гражданского населения во время войны от 12 августа 1949 г., что, на наш взгляд, в определенной степени дискредитирует понятие «гражданское лицо» и снижает эффективность защиты гражданского населения. То есть подчеркнем, что, по нашему мнению, применение в международном гуманитарном праве понятия «незаконный комбатант» и его институализация приведет к усилению защиты гражданского населения в собственном смысле этого слова и гарантированию минимальных стандартов для лиц, отнесенных к числу незаконных комбатантов.

Исходя из вышеизложенного, трудно не согласиться с К. У. Уоткином о наличии многочисленных сложностей в применении четкого различия между комбатантом и гражданским лицом: в формулировании ясных и полных критериев для статуса комбатанта; в определении достаточного количества критериев, позволяющих считать, что гражданское лицо принимает участие в военных действиях; в применении принципа различия по всему спектру конфликта; в учете присутствия гражданских лиц в зоне боевых действий или их участия в военных усилиях государства [1].

Анализ термина «незаконный комбатант» приводит к вопросу: «незаконным» является комбатант, который незаконно, в нарушение международного права, участвует в вооруженном конфликте, то есть изначально комбатантом *не является* и соответственно не является законным участником войны (вариант 1); или, не являясь комбатантом, не соблюдая определенные нормы международного гуманитарного права, им *не становится*, а в другой ситуации им бы ставший (вариант 2); либо он является комбатантом, т.е. законным участником войны, но нарушающим определенные нормы, в частности международного гуманитарного права, и поэтому становится «незаконным комбатантом» (вариант 3).

Существуют и другие вариации определения понятия «незаконный комбатант», как комбатант, не подпадающий под защиту конвенций [2]. Достаточно подробно статус последней категории лиц проанализировал Курт Дерман в своей статье «Правовой статус «незаконных и (или) не пользующихся защитой конвенций комбатантов»», именно в контексте права на правовую защиту «незаконных/не подпадающих под защиту конвенций комбатантов», предоставляемую международным гуманитарным правом.

1. Рассмотрим случай незаконного участия в военных действиях определенных категорий лиц, комбатантами не являющихся, но фактически не являющихся и гражданским населением. С определенной долей условности к ним можно отнести шпионов и диверсантов, а также лиц, подозреваемых в совершении действий, направленных против безопасности государства или оккупирующего государства, либо участвующих в их совершении.

Однако эти лица, на которых не распространяются Женевские конвенции I—III, пользуются покровительством Женевской конвенции IV в качестве отдельной категории лиц (ст. 5 Женевской конвенции IV). Именно этот специальный характер норм позволяет исключить этих лиц из состава гражданского населения, пользующегося общей защищенной Женевской конвенции IV, и выделить их в отдельную группу. На это указывает К. Дерман, утверждая, что понятие «действия, направленные против безопасности государства/оккупирующей державы» и понятие «диверсионная деятельность», безусловно, подразумеваю непосредственное участие (при отсутствии на то права) в военных действиях. Таким образом, ст. 5 Женевской конвенции IV применима, в частности, к лицам, которые не отвечают требованиям Женевских конвенций I—III и принимают непосредственное участие в военных действиях, то есть к лицам, называемым незаконными комбатантами [2]. Розенблад так же отмечает, что диверсант, который является *незаконным комбатантом*, несет наказание в соответствии с Женевской конвенцией IV [12].

2. Наиболее общепринятое понимание термина «незаконный комбатант» — относящийся ко всем лицам, принимающим непосредственное участие в боевых действиях, но не имеющим на это право, которых по этой причине, в случае их попадания во власть противника, нельзя отнести к военнопленным [13]. Например, под ним обычно понимаются гражданские лица, принимающие непосредственное участие в боевых действиях, а также члены народного ополчения и других добровольных формирований — в том числе участники организованных движений сопротивления, — не входящих в состав регулярных вооруженных сил, однако принадлежащих стороне в конфликте, при условии, что они не соблюдают требований, содержащихся в п. 2 ст. 4А Женевской конвенции III [2] (вариант 2). Думается, и к этой категории допустимо применять термин «незаконный комбатант».

3. Что касается лиц, которые являются комбатантами, но не соблюдают в период вооруженного конфликта нормы международного гуманитарного права, то на этот вопрос дает однозначный ответ п. 2 ст. 44 Дополнительного протокола I — нарушения норм международного права, применяемого в период вооруженных конфликтов, не лишают комбатанта его права считаться комбатантом или, если он попадает во власть противной стороны, его права считаться военнопленным (вариант 3). К этой категории применение термина «незаконный комбатант» не соответствует положениям Дополнительного протокола I.

Хотя, наверное, не все столь однозначно. Именно на неоднозначность статуса этой категории лиц обращает внимание К. У. Уоткин: «Проблемы, возникающие в связи с отказом в статусе комбатанта, — одна из сложностей, с которыми мы сталкиваемся при проведении различия исключительно на основе двух категорий: комбатантов и гражданских лиц» [1].

Л и т е р а т у р а и п р и м е ч а н и я

1. Уоткин К. У. Комбатанты, «непривилегированные воюющие» и конфликты XXI века : материал для Неформальной встречи экспертов на высшем уровне, посвященной теме «Подтверждение и развитие международного гуманитарного права», Кембридж, 27–29 июня 2003 г. / К. У. Уоткин. — Режим доступа : //www.sk-news.ru/mgp/doc/doc_07_05.doc.
2. Дерман К. Правовой статус «незаконных и (или) не пользующихся защитой конвенций комбатантов» / К. Дерман // Междунар. журн. Красного Креста : сб. ст. — 2003. — С. 51–52.
3. Мартенс Ф. Ф. Современное международное право цивилизованных народов : в 2 т. / Ф. Ф. Мартенс ; под ред. и с биогр. очерком В. А. Томсина. — М. : Зерцало, 2008. — (Серия «Русское юридическое наследие»). — С. 333.
4. Dr. Jacob Kellenberger, International Humanitarian Law at the Beginning of the 21st Century, Statement at the 26th Round Table in San Remo on the Current Problems of International Humanitarian Law: «The Two Additional Protocols to the Geneva Conventions: 25 Years Later-Challenges and Prospects» (Sep. 5, 2002), at <http://www.icrc.org/eng>
5. Звичаєве міжнародне гуманітарне право. Норми // Український часопис міжнародного права. — 2006. — № 2. — С. 7.
6. Гнатовский Н. Н. Правовые аспекты атак террористов-смертников, рассматриваемые нормами международного гуманитарного права / Н. Н. Гнатовский // Український часопис міжнародного права. — 2005. — № 2. — С. 61.
7. Пикте Ж. Развитие и принципы международного гуманитарного права / Жан Пикте ; Междун. Комитет Красного Креста. — С. 67.
8. W.T. Mallison & S.V. Mallison, The Judicial Status of Irregular Combatants under International Humanitarian Law, 9 Case W. Res. J. Int'l L. 39, 62 (1977).
9. Алешин В. В. Правовое регулирование вооруженных конфликтов и его роль в обеспечении безопасности Российской Федерации : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук / В. В. Алешин. — М., 2007. — С. 6.
10. См. ст. ст. 1–3 Гаагского положения о законах и обычаях сухопутной войны, ст. 4 Женевской конвенции от 12 августа 1949 г. об обращении с военнопленными и ст. ст. 43–44 Дополнительного протокола I.
11. Rogers A. P. V. Law on Battlefield 7–9 / A. P. V. Rogers. — Manchester University Press, 1996.
12. Rosenblad E. Guerrilla warfare and international law / E. Rosenblad. — 1973. — P. 110.
13. Aldrich G. The Taliban, Al Qaeda, and the determination of illegal combatants / G. Aldrich // American Journal of International Law. — 2002. — Vol. 96. — P. 892; Report on Terrorism and Human Rights, op.cit (примечание 5), para. 69.

А н о т а ц і я

Короткий Т. Р. Поняття «незаконні комбатанти» та їх правовий статус. — Стаття.

У статті здійснено аналіз доктринальних та офіційних точок зору на поняття «незаконний комбатант». Проаналізовано проблеми, що виникають при визначенні особи як незаконного комбатанта, некомбатанта та цивільної особи. Зроблено висновок, що проблема визначення поняття «незаконний комбатант» — одне із першочергових завдань сучасної доктрини міжнародного гуманітарного права.

Ключові слова: міжнародне гуманітарне право, комбатант, некомбатант, незаконний комбатант, правове регулювання ведення бойових дій.

S u m m a r y

Korotkyy T. R. Notion and Legal Atatus of «Illegal Combatants». — Article.

In the article the analysis of doctrine and official points of view is carried out on a concept «illegal combatant». Problems which arise up at certain persons as illegal combatant are analysed, no-combatant and civilian. A conclusion is done, that problem of determination of concept «illegal combatant» — one of primary concerns of modern doctrine of international humanitarian law.

Keywords: international humanitarian law, combatant, no-combatant, illegal combatant, legal regulation of military activity.

УДК 378.634.796.3(477)

С. Г. Стеценко

ПРАКТИЧНА СКЛАДОВА ОСВІТНЬОГО ПРОЦЕСУ В НАЦІОНАЛЬНІЙ АКАДЕМІЇ ПРОКУРАТУРИ УКРАЇНИ: ШЛЯХИ УДОСКОНАЛЕННЯ

25 жовтня 2007 року стало для єдиного навчального закладу системи прокуратури України насправді епохальним днем — Академії прокуратури України надано статус національної. Новий статус обумовлює, крім іншого, також і нові вимоги щодо якості навчального процесу та наукових досліджень, а також обсягів матеріально-технічного забезпечення діяльності академії. Ключовим фактором, як видається, є необхідність модернізації навчального процесу, оскільки саме ця складова може вважатись визначальною для вищого навчального закладу. Реалії сьогодення свідчать про необхідність пошуку шляхів удосконалення освітніх програм у діяльності Національної академії прокуратури України. Факторів, які свідчать про актуальність зазначеного, — багато. Основні з них:

- приєднання України до Болонського процесу;
- чітко виражена відомча належність академії;
- потреби прокурорсько-слідчої практики;
- особливості підготовки фахівців освітньо-кваліфікаційного рівня «магістр»;
- тривалість навчання в академії.

Приєднання нашої держави до Болонського процесу обумовлює необхідність найближчим часом здійснити низку організаційних перетворень, завдяки яким дипломи вітчизняних навчальних закладів повинні визнаватись у країнах Європи, а випускники мають стати конкуренто-спроможними на загальноєвропейському ринку праці. Чи має це відношення до Національної академії прокуратури України? Безумовно. Академія готує кадри для системи прокуратури України, саме цим обумовлювалась необхідність її створення у 2002 році. Іншими словами, існує чітко сформоване державне замовлення на підготовку магістрів для потреб прокуратури, яке формується Генеральною прокуратурою Україні.

ни та реалізується Національною академією прокуратури України і базовими комплектуючими вищими навчальними закладами. Водночас академія у своїй діяльності керується також і нормативними документами Міністерства освіти та науки України, адже диплом магістра за спеціальністю «правознавство», що отримують випускники, є документом державного зразка. І це робить освітньо-правовий статус випускника Національної академії прокуратури України аналогічним зі статусом випускника магістратури будь-якого іншого навчального закладу нашої держави. Саме тому приєднання України до Болонського процесу певною мірою впливає на пошук шляхів удосконалення освітніх програм у діяльності академії.

Відомча належність академії обумовлює чітку спрямованість освітньої політики на максимальне наближення навчального процесу до практичних потреб діяльності прокуратури України. Випускники, які розподіляються до практичних підрозділів, повинні бути готовими відразу розпочати практичну діяльність. Унікальність академії, поміж іншого, характеризується наявністю значної кількості спеціальних курсів, у рамках яких студенти вивчають ті питання, які вони безпосередньо будуть вирішувати в самостійній практичній діяльності. Саме тому неприпустимим для підготовки кадрів прокуратури має стати сумно відоме гасло про необхідність забути все те, що випускник вчив у навчальному закладі і вже безпосередньо на робочому місці по-новому опановувати сутність виробничих функцій.

Потреби прокурорсько-слідчої практики обумовлюють значний ступінь практичної спрямованості навчання. У цьому контексті варто продовжувати практику таких форм покращення освітньої діяльності в Національній академії прокуратури України:

- запрошення представників Генеральної прокуратури України, обласних, районних та міських прокуратур для читання окремих лекцій з актуальних проблем прокурорської діяльності та участі у семінарських заняттях, «круглих столах», ділових іграх тощо;
- участь професорсько-викладацького складу Академії у заходах, що проводяться практичними підрозділами (колегії, семінари, засідання науково-методичної ради тощо);
- стажування науково-педагогічного складу у практичних підрозділах прокуратури України.

Особливості підготовки фахівців освітньо-кваліфікаційного рівня «магістр» характеризуються тим, що, у відповідності до Закону України «Про вищу освіту», магістр — це освітньо-кваліфікаційний рівень вищої освіти, який характеризується наявністю у особи спеціальних умінь та знань, достатніх для виконання професійних завдань та обов'язків (робіт) інноваційного характеру. Іншими словами, це особа, яка повинна володіти інноваційними методиками та впроваджувати їх у практичну діяльність. Сутність терміна «інновації», на переконання автора, є дуже тісно пов'язаною із наукою, із використанням результатів наукових досліджень на практиці. Не випадково під час навчання в магістратурі

Національної академії прокуратури студенти виконують магістерське дослідження, котре може вважатись науковою кваліфікаційною роботою.

Тривалість навчання в академії — це фактор, який свідчить про актуальність пошуку шляхів удосконалення освітніх програм: 1 рік та 10 місяців, протягом яких студент має навчатись в магістратурі, повинні враховувати і 6-місячну переддипломну практику (стажування) в органах прокуратури на вакантних посадах помічників прокурорів районного рівня або слідчих міськрайпрокуратур. Фактично йдеться про частину навчального процесу, протягом якої і необхідно шукати шляхи покращення підготовки магістрів для потреб прокуратури.

Видається за доцільне розглядати проблематику удосконалення практичної складової освітнього процесу в Національній академії прокуратури України за двома ключовими напрямами:

1. Навчання студентів.
2. Стажування науково-педагогічного складу у практичних підрозділах прокуратури України.

Перший із вказаних напрямів потребує пошуку оптимального балансу між загальнотеоретичними та професійно-орієнтованими дисциплінами. На початку статті було наголошено про єдиний освітньо-правовий статус магістрів, що закінчили академію, та випускників магістратур інших навчальних закладів юридичного спрямування. Думається, що за сьогоднішньої відсутності у державі єдиних державних стандартів вищої освіти одним із факторів сумісності дипломів має бути саме загальнотеоретична складова. Спеціальні курси, орієнтовані на засвоєння суто професійних питань, повинні відображати ключові напрями діяльності прокуратури. Основна увага повинна приділятись викладенню тих питань, що становлять левову частку діяльності слідчих та помічників прокурорів районної ланки. Позитивний аспект, на який звертає увагу ректор Національної академії прокуратури України Г.П. Середа, проявляється у тому, що «практична спрямованість навчання, окрім спеціалізації навчальних дисциплін, забезпечується і тим, що у навчальному процесі активну участь беруть працівники з великим досвідом практичної роботи, зокрема і діючі прокурори, які працюють в академії на умовах сумісництва» [1].

Доцільно розглянути питання про необхідність створення та затвердження перспективного стабільного навчального плану підготовки магістрів у Національній академії прокуратури України, який на 3–4 роки (3–4 набори студентів) унормував би перелік навчальних дисциплін (спеціальних курсів), що були б обов'язковими для вивчення студентами. Це додасть стабільності процесу підготовки магістрів і, що головне, сприятиме якісній підготовці навчально-методичного забезпечення (підручники, посібники, курси лекцій тощо). По завершенні вказаного терміну буде можливість внести необхідні корективи шляхом введення більш актуальних навчальних курсів.

Такий варіант стабільного навчального плану на найближчі роки міг би стати складовою Програми розвитку Національної академії прокура-

тури України, де можна було б чітко зазначити процедуру внесення змін та доповнень до нього. Але наголошуємо, що це має бути у виняткових випадках, коли зміни до чинного законодавства, поява нових функцій та завдань прокуратури України, актуалізація певних напрямів роботи зроблять обґрунтованими необхідність внесення змін до навчального плану. Такий підхід буде корисним для системи прокуратури, для студентів і для викладачів. Для останніх позитив саме такого стабільного навчального плану буде характеризуватись удосконаленням лекційного матеріалу, знаходженням нових ілюстративних практичних прикладів із прокурорської діяльності, що покращать сприйняття теоретичного матеріалу. Можливо, з часом необхідно буде вести мову про певну спеціалізацію студентів ще під час навчання в академії і, відповідно, створення декількох навчальних планів для підготовки різних категорій фахівців.

Стажування науково-педагогічного складу у практичних підрозділах прокуратури України було і залишається надзвичайно важливим фактором оптимізації навчального процесу в академії. Перш за все, необхідно чітко виокремити стажування викладача, який має практичний досвід роботи в органах прокуратури, та стажування особи, яка не має такого досвіду. У першому випадку, як видається, доцільно орієнтуватися на необхідність проходження тематичного стажування, що має бути пов'язаним з:

- специфікою навчальних дисциплін (спеціальних курсів), що викладаються даною особою;
- особливостями мети та завдань науково-дослідної роботи, що здійснюється викладачем в рамках наукової проблематики кафедри (академії);
- перспективами запровадження нових навчальних дисциплін (спеціальних курсів) як інституту підготовки кадрів, так і інституту підвищення кваліфікації кадрів.

Стажування викладача, який має практичний досвід роботи в органах прокуратури, має бути спрямоване на отримання емпіричного матеріалу «з перших рук», який у подальшому буде використовуватись у навчальному процесі та науковій діяльності. Це дозволить «тримати руку на пульсі» діяльності практичних підрозділів прокуратури, у рамках педагогічного процесу дійсно давати студентам (слушачам) ті знання, що застribувані практикою. Думається, що план проходження такого тематичного стажування повинен обговорюватися та схвалюватися на засіданні кафедри, погоджуватися відповідним директором інституту — проректором академії та затверджуватися керівником органу прокуратури, де буде організовано стажування.

Говорячи ж про наукову діяльність, слід згадати вислів відомого українського правознавця М. І. Козюбри, який стверджував, що «юридична наука без виходу на практику є безперспективною» [2]. У нашому випадку пошук базової інформації для наукових пошуків має здійснюватися за схемою «практика» — «наука» — «практика». Іншими словами, проблеми прокурорської діяльності має диктувати практика, їх вирішен-

ня повинні ґрунтуватись на використанні результатів наукових пошуків, а самі результати — запроваджуватись у практичну діяльність органів прокуратури. Науковий пошук, що здійснюється викладачами, не повинен відбуватись заради пошуку, «для галочки». Він має базуватись на реальних проблемах сучасної української прокуратури. Те саме, до речі, стосується і магістерських та дисертаційних робіт, які досліджуються відповідно студентами, аспірантами та викладачами академії. Підставою для визначення тематики дослідження має бути виключно актуальність його проведення для прокуратури України. Нормативною основою при цьому є положення п. 1.3 наказу Генерального прокурора України № 1183 ц від 5 червня 2006 р. «Про організацію взаємодії органів прокуратури України з Національною академією прокуратури України», де, зокрема, передбачено щорічно до 15 листопада надавати академії пропозиції стосовно проведення наукових досліджень з найбільш актуальних проблем прокурорської діяльності [3]. У даному контексті ми не говоримо про штучне обмеження свободи наукової діяльності, а констатуємо той факт, що наукова проблематика прокурорської спрямованості має стати пріоритетною для Національної академії прокуратури України. Единий навчальний заклад у системі прокуратури України, який фінансується за кошти прокуратури та готове кадри для прокуратури, повинен у першочерговому порядку займатись науковими дослідженнями саме прокурорської спрямованості. Як слушно зауважує перший заступник Генерального прокурора України С. М. Винокуров, «ми повинні оперативніше відгукуватися на швидкозмінні потреби та запити прокурорської практики. На це має працювати наша прикладна наука, одне з основних завдань якої — розробка науково-методичних посібників та рекомендацій на допомогу практичним працівникам» [4].

Друга категорія викладачів (які не мають практичного досвіду роботи в прокуратурі) повинна пройти базове комплексне стажування. Аналізуючи цей компонент практичного спрямування освітнього процесу, вважаю за доцільне використати досвід особистого проходження стажування у прокуратурі м. Києва протягом січня—лютого 2008 р. Мова не може йти про направлення на стажування, де викладач самостійно чи за допомогою працівників кадрового апарату практичного підрозділу прокуратури визначає план стажування та перелік тих підрозділів, з роботою яких він буде знайомитись. Процедура має бути аналогічна тій, про яку мова йшла при аналізі стажування досвідченого (стосовно практичної роботи в органах прокуратури) викладача. Її етапами є засідання кафедри, погодження з керівництвом академії та затвердження керівником органу прокуратури, де буде організовано стажування. Академія, кафедра та безпосередній стажист повинні однаково чітко уявляти мету стажування, його завдання та конкретні знання, уміння та навички, задля здобуття яких викладач направляється на стажування.

Доцільно в рамках відведеного часу стажування обов'язково ознайомитись зі структурою прокуратури, розподілом функціональних обов'язків її

працівників; організацією роботи із представництва, захисту інтересів громадян та держави в суді; роботою помічників прокурора; особливостями підтримання державного обвинувачення та нагляду за додержанням законів органами, які проводять оперативно-розшукову діяльність, дізнання та досудове слідство. Важливо під час проведення стажування особисто бути присутнім у судових засіданнях, що дасть змогу вивчати діяльність прокурорів із представництва, захисту інтересів громадян та держави в суді, а також підтриманню державного обвинувачення. Необхідно відвідати ізолятор тимчасового тримання чи слідчий ізолятор з метою ознайомлення з реалізацією вимог чинного законодавства відносно застосування заходів примусового характеру. Цей перелік не є вичерпним, але він повинен забезпечити комплексне сприйняття стажистом сутності реалізації на практиці всіх функцій прокуратури.

«Краще один раз побачити, аніж сто разів почути» — цей відомий вислів наочно демонструє переваги стажування для викладачів, які не мають досвіду роботи в прокуратурі. Прокурорів повинні вчити прокурори [5], що, відповідно, обумовлює необхідність для викладачів опановувати практичну складову діяльності органів прокуратури. Як театр починається з вішалки, так і прокуратура, на думку автора, починається з роботи, спрямованої на розгляд звернень та особистий прийом громадян. Ця складова найбільш показово демонструє взаємини прокуратури та громадян, задля захисту прав та свобод яких вона і функціонує. Генеральний прокурор України О. Медведсько, зокрема, зазначає, що «одним із найважливіших завдань, передбачених законом України «Про прокуратуру», є розгляд і вирішення звернень громадян. Адже за кожною скаргою стоїть людина зі своїми проблемами, бідами, яка сподівається на допомогу прокурора» [6]. Важливо усвідомити організацію та безпосередню процедуру здійснення прийому громадян, прослідкувати проходження звернення, підрозділи прокуратури, які долучені до цього процесу, та як наслідок — результат розгляду. Не менш важливим видається практичне застосування знань з психології та етики прокурорської діяльності саме під час здійснення прийому громадян. На сьогодні громадяні нашої державі в переважній більшості прокуратурі довіряють. Тому люди нерідко саме від прокурорських працівників очікують реальних результатів у вирішенні своїх проблем.

Важливим питанням діяльності прокуратури є здійснення нагляду за додержанням прав і свобод людини і громадянина, додержанням законів з цих питань органами виконавчої влади, місцевого самоврядування, їх посадовими і службовими особами. Питання, яке останніми роками є об'єктом для дискусій як серед науковців, так і серед практичних працівників: зазначена функція є загальним наглядом, відомим вітчизняній прокуратурі, чи ні? В. Мойсик, зокрема, вказує, що «ніякого повернення наглядової функції у її розумінні часів радянської доби, як всеосяжно-репресивного інструментарію тоталітарного режиму, не відбулося і зміна, що внесена до Конституції України, за своєю суттю видається

правильною, оскільки відповідно до неї на прокуратуру вперше покладено функцію забезпечення захисту прав і свобод людини і громадянина» [7]. Викладачу, який проходить стажування, необхідно як на теоретичному, так і на практичному рівні зрозуміти сутність вказаної конституційної функції прокуратури. Це дозволить якісно здійснювати викладання для студентів проблем теорії держави і права, конституційного та адміністративного права, теорії прокурорської діяльності, інших навчальних дисциплін, де розглядається зазначене питання.

Життя не стоїть на місці, виникають нові види суспільних відносин, які об'єктивно потребують правового регулювання. Не завжди вони складаються у варіанті, корисному для суспільства і держави, що потенційно призводить до виникнення правопорушень. Це обумовлює, природно, необхідність розуміння з боку професорсько-викладацького складу Національної академії прокуратури України практичних питань діяльності прокуратури, спрямованої на захист прав, свобод та законних інтересів громадян у нових сферах суспільного життя. Одним із таких прикладів є отримання громадянами медичної допомоги. Формально це, безумовно, не нові суспільні відносини, адже медицина відома з давніх часів. Але саме останнім часом у нашій державі актуалізувались питання юридичного забезпечення медичної діяльності, що привело до появи нового напряму правової науки — медичного права, яке претендує на статус окремої галузі права [8]. Повідомлення засобів масової інформації та статистика свідчать про збільшення випадків офіційно зареєстрованих повідомлень про порушення прав та свобод людини при наданні медичної допомоги, що обумовлює доцільність вивчення питань нагляду за додержанням законодавства у сфері охорони здоров'я. Причин такого стану речей досить багато, але, з позиції практичної діяльності прокуратури, найбільший інтерес викликає недотримання вимог ст. 49 Конституції України, де зазначено про безоплатність медичної допомоги в державних та комунальних закладах охорони здоров'я.

Особиста присутність на судових засіданнях дасть змогу викладачеві, який раніше не мав досвіду роботи в прокуратурі, реально ознайомитись із такими функціями прокуратури, як представництво інтересів громадянина та держави в суді, а також підтримання державного обвинувачення. Зокрема, такий вид судочинства, як адміністративне, є відносно новим для вітчизняної правової дійсності, що обумовлює необхідність здобуття практичних знань стосовно ролі прокурора у ході адміністративного процесу, сутності дуалізму функцій прокурора (адже він, керуючись адміністративно-процесуальним статусом прокурора, захищає публічні (державні) та приватні (окремого громадянина) інтереси). Будучи державним органом, прокуратура в адміністративному суді у визначених законом випадках фактично оскаржує дії чи бездіяльність самої держави. Ця теоретична проблема наочно проявляється при безпосередній участі викладача у судовому засіданні. Саме так отримуються і нові теми для наукових досліджень.

Таким чином, практична складова освітнього процесу в рамках Національної академії прокуратури України має стати домінуючою. Це свідчить про необхідність пошуку оптимального балансу співвідношення загальнотеоретичних та професійно орієнтованих дисциплін. Без перших неможливо здійснювати навчання за освітньо-кваліфікаційним рівнем «магістр», без других неможливо забезпечити підготовку якісних фахівців для роботи в органах прокуратури.

Література

1. Середа Г. П. Академії прокуратури — 5 років / Г. П. Середа // Вісник прокуратури. — 2007. — № 10. — С. 125.
2. Козюбра М. Юридична наука без виходу на практику є безперспективною / М. Козюбра // Юридична газета. — 2007. — 6 груд. — С. 1, 10–11.
3. Про організацію взаємодії органів прокуратури України з Національною академією прокуратури України: наказ Генерального прокурора України № 1183ц від 5 черв. 2006 р. / Генеральна прокуратура України, 2006. — 4 с.
4. Винокуров С. Із виступу на розширеному засіданні колегії Генеральної прокуратури України, присвяченому питанням добору, розстановки, професійної підготовки та виховання кадрів, 15 квітня 2008 року / С. Винокуров // Вісник прокуратури. — 2008. — № 4. — С. 15.
5. Прокурори вчити прокурорів // Юридичний вісник України. — 2007. — № 27. — С. 4.
6. Медвед'ко О. Захистити права людини та інтереси держави / О. Медвед'ко // Урядовий кур'єр. — 2007. — 30 листоп. — С. 7.
7. Мойсик В. До питання про реформування української прокуратури / В. Мойсик // Голос України. — 2008. — 13 трав. — С. 8–9.
8. Медичне право України: підручник / за заг. ред. С. Г. Стеценка. — К.: Всеукр. асоц. видавців «Правова єдність», 2008. — 507 с.

Анотація

Стєценко С. Г. Практична складова освітнього процесу в Національній академії прокуратури України: шляхи удосконалення. — Стаття.

У статті описано основні компоненти освітнього процесу Національної академії прокуратури України. Зазначено, що практична складова освітнього процесу має стати домінуючою. Необхідно створити баланс між загальнотеоретичними та професійно орієнтованими дисциплінами.

Ключові слова: професійна освіта, підготовка спеціалістів юридичного профілю, Національна академія прокуратури України.

Summary

Stetsenko S. G. Practical Components of Educational Process in National Academy of Prosecution of Ukraine: Ways of Perfection. — Article.

In the article the main components of educational process in National Academy of Prosecution of Ukraine are illustrated. It is noticed that practical component of educational process have to dominate. Optimal balance between theoretical and professional disciplines have to exist.

Keywords: professional education, preparing of the specialists of juridical profile, National Academy of Prosecution of Ukraine.

УДК 343.985

B. B. Тищенко

О НОВЫХ ТЕНДЕНЦИЯХ В КРИМИНАЛИСТИЧЕСКОЙ МЕТОДИКЕ РАССЛЕДОВАНИЯ ПРЕСТУПЛЕНИЙ

В последние годы в криминалистической науке повышенное внимание стало уделяться разработке ее заключительной части, синтезирующей, развивающей и конкретизирующей предшествующие ее положения — методики расследования преступлений, и в частности ее теоретических основ. Этой проблеме посвящены монографические исследования С. Н. Чурилова [1], И. А. Возгрина [2], Ю. П. Гармаева и А. Ф. Лубина [3], А. В. Шмонина [4], В. В. Тищенко [5], В. Е. Корноухова [6], С. Ю. Косарева [7], а также работы других авторов. Кроме того, разрабатываются и отдельные положения, различные теоретические категории и понятия методики расследования: криминалистическая классификация преступлений, криминалистическая характеристика преступлений, типовые исходные следственные ситуации, программирование и алгоритмизация расследования, следственные задачи и тактические операции и другие.

Повышенный интерес к такому разделу криминастики, как методика расследования преступлений, обусловлен несколькими причинами. Во-первых, теоретические основы криминалистической методики долгие годы комплексно и разносторонне не разрабатывались, что можно объяснить накоплением, осмыслением, переработкой и адаптацией знаний из области философии, кибернетики, теории управления и теории информации, других естественных и гуманитарных наук, что обусловило обновление, расширение, пересмотр и систематизацию понятийного аппарата данного раздела криминалистической науки. Во-вторых, с изменением общественно-экономических отношений в государствах, входивших ранее в состав Советского Союза, появились новые виды преступлений, организованные преступные формирования, что вызвало необходимость научной разработки многочисленных новых и существенного обновления уже существующих частных (межвидовых, видовых, подвидовых) методик расследования. В-третьих, такие частные методики имели различ-

ную, порой недостаточно продуманную структуру, что сказывалось и на их содержании, восприятии, теоретическом осмыслении и эффективности практического применения.

Значение методики расследования в криминалистических знаниях трудно переоценить. Н. П. Яблоков и А. Ю. Головин отмечают: «В ней (методике) разрабатывается стратегия всей криминалистической деятельности по расследованию преступлений. В силу этого методика расследования не только стала таким разделом криминалистики, без использования научных и практических данных которого фактически невозможно профессионально вести расследование преступлений, но и является важнейшим конечным продуктом криминалистической науки» [8, с. 141].

Представляется целесообразным рассмотреть ряд тенденций в развитии методики расследования с учетом теоретических и методологических разработок в криминалистической науке в целом.

В настоящее время пришло понимание того, что отдельные методики расследования должны формироваться на основе научно разработанных общих принципов, ведущих не только к единообразному подходу к структуре частной методики, но и к правильному ее выбору и применению на практике с учетом всего разнообразия преступлений и обстоятельств их совершения.

Наблюдаются различные подходы по осуществлению названной идеи. Так, С. Н. Чурилов предлагает совершенствование научных положений криминалистической методики осуществлять на основе разработки частного учения об общем методе расследования, представляющем собой единую систему отдельных теоретических построений и частных теорий, содержащихся в криминалистической методике [1, с. 53]. Нужно заметить, что мысль о существовании общего метода расследования высказал в свое время Р.С.Белкин: «В нашем представлении общий метод расследования преступлений — это путь максимально возможной адаптации частной криминалистической методики к обстоятельствам конкретного акта расследования, система правил такой адаптации, помогающей следователю полнее использовать рекомендации криминалистической науки в области организации и осуществления расследования. Формула «от способа совершения к методу раскрытия» в лаконичной форме выражает суть этого метода, хотя, как и всякая формула, нуждается в комментариях» [9, с. 429–430]. Известно, что такое правило сформулировал еще Б. М. Шавер [10, с. 46]. Вместе с тем Р. С. Белкин замечает, что это правило нельзя рассматривать в качестве метода разработки частных криминалистических методик [9, с. 427], но оно может играть роль руководящего начала при применении типовых частных криминалистических методик [9, с. 429]. Структурно предлагаемый общий метод расследования состоит из двух частей: 1) криминалистического анализа преступления исходя из имеющейся информации, осуществляемого на базе криминалистической характеристики данного вида преступления и

2) приспособление частной криминалистической методики к ситуационным особенностям конкретного акта расследования [1, с. 100–103; 9, с. 433–434]. Как видим, структура общего метода расследования указывает лишь на общий подход к выбору направления и технологии расследования по конкретному уголовному делу и требует раскрытия методологического содержания. Частная же методика расследования должна указывать на систему конкретных методов практической деятельности [11, с. 108], используемых для раскрытия соответствующих видов преступлений, что и является основной задачей криминалистической методики.

Что касается принципов теоретического формирования частных методик расследования, то эти принципы, по мнению С. Н. Чурилова, находятся в зависимости от трех источников, обуславливающих их содержание: нормы права, наука и практика [1, с. 284–286]. Названные источники, безусловно, влияют на формирование методик расследования, являются обязательными предпосылками их разработки, но не принципами как таковыми. Что касается идеи по формированию частных методик с помощью учения об общем методе расследования, то она выглядит весьма абстрактной, сложной и недостаточно четкой теоретической конструкцией.

А. В. Шмонин различает принципы общих положений методики расследования и принципы построения частных криминалистических методик. В первую группу принципов он включает такие, которые обеспечивают в ходе расследования строгого учета всего методически существующего материала: требование соблюдения законности в процессе расследования, плановость, быстрота, оперативность и эффективность его ведения. Вторая группа принципов, по его мнению, состоит из общенаучных (принципы историзма, объективности и системности) и специальных принципов. Последние используются при построении частных методик. К ним он относит учет особенностей данного вида преступлений, степени типичности следственных ситуаций, специфики планирования по данной категории дел [4, с. 122–123]. При этом не обосновывается, почему именно данные принципы существенны и специфичны при разработке криминалистических методик.

Ю. П. Гармаев и А. Ф. Лубин полагают, что создание конкретных (частных) методик расследования не будет достаточно эффективным без предварительного создания наукой общей (универсальной) методики или общей (базовой) модели деятельности по выявлению и расследованию преступлений [3, с. 53, 79]. Иначе говоря, основным принципом формирования частных методик является использование базовой модели методики, структурно включающей такие элементы: четыре этапа расследования (проверочный, версионный, этап планирования, этап реализации плана проверки версий); задачи, соответствующие каждому из них; рекомендованные для решения этих задач мероприятия. Так, на проверочном этапе ставятся задачи по выявлению признаков готовящегося, со-

вершаемого или совершенного преступления; по установлению следов расследуемого события, по анализу и проверке исходной информации. На версионном этапе (этапе формирования и разработки версий) разрабатываются задачи по формированию версий о предполагаемых субъектах и способах совершения деяний, а также по выведению следствий из этих версий. На этапе планирования расследования (проверки версий) возникают задачи по формулированию вопросов, подлежащих установлению и доказыванию; по подбору мероприятий, исполнителей, по последовательности выполнения мероприятий, сроков. Наконец, по отношению к этапу реализации плана проверки версий должны быть даны рекомендации по выполнению плана расследования, а также по выбору и использованию тактических, технических и иных средств [3, с. 98–99].

Поясняя назначение названной структуры базовой методики, авторы пишут: «Криминалист-разработчик должен знать, по какой исследовательской программе формировать новую конкретную методику или модернизировать старую. Криминалист-практик вправе иметь перед глазами достаточно простой, понятный, а при визуальной форме представления — наглядный алгоритм действий» [3, с. 98].

Представляется, что в данном случае идет речь именно о создании общей программы расследования, которая является структурной моделью расследования и в то же время образует элементный состав структуры частной методики расследования, хотя и не бесспорной. Так, строить все структурные элементы методики расследования только вокруг выдвижения и проверки версий, на наш взгляд, означает упущение из вида многих других существенных ее компонентов, в частности определения предмета доказывания, уяснения следственной ситуации, постановки тактических задач и средств их решения. Комментарий авторами предлагаемой структуры базовой методики свидетельствует и о том, что они не видят различий в принципах теоретического формирования частных методик и в принципах применения или построения (в случае отсутствия ее научной разработки) на практике.

Е. Корноухов видит основной принцип разработки методики расследования преступлений в учете закономерностей поисково-познавательных процессов, зависимости содержания методики от степени противоречивости исходных ситуаций с предметом доказывания, что обуславливает соответствующую систему тактических задач и операций [5, с. 137–138]. В целом с высказанным мнением можно согласиться, хотя и выражено оно в довольно общей форме. Но данный принцип имеет непосредственное приложение скорее к практической, а не теоретической деятельности.

Исходя из анализа содержания монографии С. Ю. Косарева, основные проблемы в разработке криминалистических методик расследования он видит в систематизации и классификации таких методик и создании общей криминалистической методики [6, с. 238–269], что сближает его взгляды в этом вопросе с упомянутой позицией Ю. П. Гармаева и А. Ф. Лубина.

Заслуживает внимание обращение ряда криминалистов к использованию технологического подхода в анализе следственной деятельности, деятельности по подготовке, совершению и сокрытию преступлений (преступной деятельности), а также в разработке методики расследования преступлений [2, с. 34, 102–103; 4, с. 410–423; 12, с. 9; 13, с. 18–24].

Рассмотрим соотношение понятий «методика расследования преступлений» и «технология расследования». А. В. Шмонин под технологией расследования понимает «функционально обусловленную упорядоченную совокупность действий (деятельность) субъекта расследования, обеспеченных необходимыми ресурсами, реализуемых им в процессе раскрытия, расследования и предупреждения преступлений» [4, с. 411]. По его мнению, понятие технологии расследования включает в себя не только криминалистическую методику (частные криминалистические методики), но и другие элементы, к которым он относит организационные мероприятия, криминалистическую технику и тактические комплексы [4, с. 410, 413–414]. Поэтому четвертый раздел криминалистики он считает целесообразно переименовать в «технологию расследования преступлений», включив в него совокупность типовых технологий расследования преступлений [4, с. 400, 411].

К сожалению, автором соотношение понятий «методика расследования преступлений» и «технология расследования» раскрывается, на наш взгляд, неточно и противоречиво. Если в методике расследования можно использовать технологический подход, рассматривать ее с технологических позиций [4, с. 400], т.е. выделять один из ее аспектов, то непонятно, почему технология становится более широким понятием, чем методика? Что касается организационных, тактических и технико-криминалистических аспектов, то методика расследования как раздел криминалистики их органически включает в систему научных рекомендаций и в структуру практической деятельности по расследованию отдельных видов (групп) преступлений.

А. В. Шмонин полагает, что методика расследования преступлений как совокупность методов проявляется в технологии расследования преступлений в форме целенаправленной деятельности по раскрытию, расследованию и предупреждению преступлений, от следственной ситуации к предмету доказывания. В то же время следственная ситуация не включается в технологию расследования, т.к. она носит внешний характер [4, с. 414]. Там же говорится, что методика расследования выступает идеальной моделью технологии расследования. Кроме того, вопросы, связанные с технологией расследования, рассматривает в рамках криминалистической методики, о чем свидетельствует название, структура и содержание его работы.

Нельзя найти ясного ответа по данному вопросу и в работах В. А. Образцова. Так, в одном случае он пишет о том, что задача методики расследования состоит в том, чтобы дать систематизированное описание механизма, технологии деятельности следователя при решении какой-либо

задачи или всего комплекса поисково-познавательных задач предварительного расследования [12, с. 278]. Следовательно, в методике расследования можно выделить технологический аспект следственной деятельности. В этой же работе он обращается к различного уровня отдельным методикам расследования, но называет их моделями технологий расследования. Иначе говоря, понятие методики заменяется понятием технологии. В другой работе В. А. Образцов говорит о том, что понятие технологии расследования шире понятия методики, т.к. включает в себя не только методы, но и описание знаний, применение в комплексе и определенной последовательности различных методов, принципов, правил, информационных и технических систем как на тактическом уровне, так и на стратегическом уровне [14, с. 64].

Безусловно, данная проблема заслуживает дальнейшего научного исследования. Думается, что в деятельности по расследованию преступлений действительно можно выделить методические и технологические аспекты, которые образуют синтез процессуальных, организационных, оперативно-розыскных действий, познавательных методов и приемов, средств решения стратегических и тактических задач расследования. Методика указывает на направления, пути, зависимости в выборе и применении способов осуществления поисково-познавательной деятельности в типовых следственных ситуациях и на соответствующих этапах расследования. Технология позволяет оптимально осуществлять деятельность по расследованию преступлений благодаря организации и координации всех необходимых действий и мероприятий, выполняемых в соответствии с комплексной программой расследования по последовательному и поэтапному решению поставленных задач.

Изучение следственной практики показывает, что традиционные видовые и подвидовые методики не всегда обеспечивают надлежащую эффективность расследования. Объясняется это, в частности, тем, что такие методики ориентированы либо на конкретный уголовно-правовой вид преступлений (убийство, кража и т.д.), либо на его разновидность, выделенную по уголовно-правовым и (или) криминалистическим признакам (к примеру, убийство по заказу; убийства, замаскированные инсценировкой; кражи, связанные с проникновением в помещение и т.п.). На момент возбуждения уголовного дела далеко не всегда можно дать однозначную уголовно-правовую оценку расследуемому событию, а следовательно, правильно выбрать видовую (подвидовую) методику расследования. Кроме того, преступная деятельность определенного лица или группы лиц может включать целый комплекс связанных между собой преступлений, что опять-таки не позволяет продуктивно воспользоваться какой-либо отдельной видовой методикой. Вместе с тем криминалистическая оценка исходной следственной ситуации позволяет достаточно точно отнести конкретный случай к определенному типу, роду, категории преступлений, правильно поставить тактические задачи, разработать общие версии, определить средства их решения и проверки. Поэтому

му следует поддержать мнение о дальнейшей углубленной разработке основ формирования комплексных групповых криминалистических методик расследования укрупненных категорий преступлений, являющихся синтезированной моделью соответствующей категории преступлений и основой для выделения особенностей расследования входящих в нее преступлений [6, с. 340; 7, с. 141–151; 15, с. 164]. Примерами создания подобной комплексной (межвидовой) криминалистической методики можно назвать методику расследования преступлений, совершаемых должностными лицами [16], методику расследования очагов преступлений [17], методику расследования корыстно-насильственных преступлений [18]. Нужно лишь подчеркнуть, что под межвидовой (комплексной) методикой понимается не просто совокупность видовых методик, а их общая интегрированная модель, выполняющая системообразующую и методологическую функции.

Таким образом, разработки теоретических основ криминалистической методики ведутся в разных направлениях, рождающих новые подходы, уточняя, дополняя и обновляя известные и, казалось бы, устоявшиеся научные понятия и положения. Вместе с тем отсутствуют четкие позиции по одной из главнейших проблем ее теории и методологии — по системе принципов формирования криминалистических методик расследования. Кроме того, не всегда различаются принципы научно-теоретической разработки частных методик расследования, с одной стороны, и принципы применения и построения методики расследования преступлений в практической деятельности — с другой.

В этой связи нужно подчеркнуть, что формирование криминалистической методики расследования обусловливается определением тех теоретических и методологических предпосылок, на основе которых можно выявить общие закономерности и взаимосвязи, свойственные основным объектам криминалистического научного исследования: деятельности по расследованию преступлений, с одной стороны, и деятельности по их совершению — с другой. Думается, указанная цель может быть достигнута с помощью деятельностного, системного и функционального подходов, образующих в своей системе общий комплексный подход, являющийся средством объяснения, конструирования и прогнозирования научно-методических разработок [13, с. 7–9].

На основе сказанного представляется, что к общим принципам научного формирования частных методик расследования можно отнести следующие исходные положения:

- изучение основных объектов криминалистической методики преступления и следственно-криминалистической деятельности — с позиций системно-деятельностного и функционального подходов;
- использование положений и новейших достижений других наук, как гуманитарных, так и естественных и технических;
- разработка методических рекомендаций на основе криминалистического анализа преступлений и создания их информационно-познава-

тельных моделей — криминалистических характеристик соответствующих групп, видов и подвидов преступлений;

— использование опыта следственной практики путем его анализа и обобщения с последующей экстраполяцией в теорию раскрытия преступлений;

— разработка методических рекомендаций на основе криминалистической систематики и классификации преступлений;

— разработка частных методик расследования с учетом особенности предмета доказывания по делам определенной категории;

— определение направлений и задач расследования с учетом специфики этапов расследования;

— разработка методических рекомендаций на основе выделения типовых следственных ситуаций и информационно-ситуационной оценки задач и перспектив расследования;

— выделение типовых стратегических и тактических задач расследования и разработка оптимальных программ их решения;

— рассмотрение специфических тактических и технических приемов и средств, используемых в ходе проведения отдельных следственных действий и тактических операций.

Разработанные в криминалистической науке частные методики расследования применяются на практике и адаптируются к условиям конкретной следственной ситуации с учетом соблюдения следующих положений:

- Криминалистический анализ исходной информации, позволяющий отнести расследуемое событие к уголовно-релевантным событиям определенного типа (рода, вида), что открывает возможность правильно избрать и использовать нужную методику расследования с учетом особенностей конкретного преступления.

- Использование криминалистической характеристики преступлений соответствующей категории для выдвижения общих и частных версий, уяснения характера следовой картины и направления поиска следов преступления и причастных к нему лиц.

- Определение предмета расследования и круга обстоятельств, подлежащих установлению. Уточнение, расширение или изменение данных обстоятельств по мере получения новой доказательственной информации и уяснения признаков совершенного преступления.

- Оценка сложившейся на момент возбуждения уголовного дела следственной ситуации, отнесение ее к типовой ситуации и выбора программы расследования, включающей типовые версии, типовые тактические задачи и алгоритмы их проверки и решения. Корректировки программы расследования в зависимости от особенностей преступления и деятельности по его расследованию.

- Учет особенностей содержания стратегических и организационно-тактических задач на проверочном, начальном, последующем и заключительном этапах расследования.

• Планомерное осуществление всех процессуальных, оперативно-розыскных и организационных действий в определенной последовательности. Корректировка плана расследования в зависимости от выясняемых обстоятельств по уголовному делу (установление новых эпизодов, изменения круга подозреваемых или обвиняемых, потерпевших и свидетелей и др.).

• Использование по мере необходимости соответствующих форм взаимодействия следователя с органами дознания, должностными лицами, специалистами, населением.

• Использование технико-криминалистических средств и тактических рекомендаций с учетом вида расследуемого преступления, особенностей тактических задач и ситуаций при принятии решения о производстве определенного следственного действия или проведении конкретной тактической операции.

На основе приведенных принципов практической деятельности разрабатываются универсальные программы поэтапного расследования преступлений [13, с. 123–124], использование которых позволит конструировать индивидуальную следственную деятельность и при отсутствии соответствующих частных методик расследования.

Изложенные принципы теоретической разработки методик расследования преступлений, а также принципы практического применения частных методик могут быть дополнены и уточнены в ходе дальнейших научных изысканий.

Л и т е р а т у р а

1. Чурилов С. Н. Криминалистическая методика: История и современность / С. Н. Чурилов. — М. : Маркетинг, 2002. — 370 с.
2. Возгрин И. А. Введение в криминалистику / И. А. Возгрин. — С.Пб. : Юрид. центр Пресс, 2003. — 475 с.
3. Гармаев Ю. П. Проблемы создания криминалистических методик расследования преступлений / Ю. П. Гармаев, А. Ф. Лубин. — С.Пб. : Изд-во Р. Асланова, 2006. — 303 с.
4. Шмонин А. В. Методика расследования преступлений / А. В. Шмонин. — М. : Юстицинформ, 2006. — 464 с.
5. Тіщенко В. В. Теоретичні і практичні основи методики розслідування злочинів / В. В. Тіщенко. — О. : Фенікс, 2007. — 260 с.
6. Корноухов В. Е. Методика расследования преступлений: теоретические основы / В. Е. Корноухов. — М. : Норма, 2008. — 224 с.
7. Косарев С. Ю. История и теория криминалистических методик расследования преступлений / С. Ю. Косарев. — С.Пб. : Изд-во Р. Асланова, 2008. — 495 с.
8. Яблоков Н. П. Криминалистика: природа и система / Н. П. Яблоков, А. Ю. Головин. — М. : Юристъ, 2005. — 174 с.
9. Белкин Р. С. Курс криминалистики. В 3 т. Т. 3. Криминалистические средства, приемы и рекомендации / Р. С. Белкин. — М. : Юристъ, 1997. — 480 с.
10. Шавер Б. М. Об основных принципах частной методики расследования преступлений / Б. М. Шавер // Социалистическая законность. — 1938. — № 1. — С. 42–56.

11. Старушкевич А. Проблема загального та окремих методів розслідування злочинів у криміналістиці / А. Старушкевич // Право України. — 2004. — № 5. — С. 105–109.
12. Образцов В. А. Криміналистика: моделі средств и технологий раскрытия преступлений / В. А. Образцов. — М.: Изд-во ИМПЭ-ПАБЛИШ, 2004. — 400 с.
13. Тіщенко В. В. Криміналістичні технології в теорії і практиці розслідування / В. В. Тіщенко // Актуальні проблеми держави і права : зб. наук. пр. — О., 2008. — Вип. 44. — С. 18–24.
14. Образцов В. А. Криміналистика: парные категории / В. А. Образцов. — М. : Юрліт-інформ, 2007. — 296 с.
15. Журавель В. Криміналістична класифікація злочинів: засади формування та механізм застосування / В. Журавель // Вісник Академії правових наук України. — Х., 2002. — № 3. — С. 160–166.
16. Дулов А. В. Основы расследования преступлений, совершенных должностными лицами / А. В. Дулов. — Минск : Изд-во Белорус. ун-та, 1985. — 168 с.
17. Аленін Ю. П. Теоретичні і практичні основи розкриття і розслідування осередків злочинів : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук / Ю. П. Аленін. — Х., 1997. — 48 с.
18. Тіщенко В. В. Концептуальні основи розслідування корисливо-насильницьких злочинів : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук / В. В. Тіщенко. — Х., 2003. — 34 с.

А н о т а ц і я

Tищенко В. В. Про нові тенденції в криміналістичній методиці розслідування злочинів. — Стаття.

У статті розглянуто основні нові тенденції наукових досліджень у криміналістичній методиці розслідування злочинів. Серед актуальних теоретичних проблем виокремлено питання розробки загального методу розслідування, класифікації методик розслідування, впровадження у понятійний апарат криміналістики категорії «технологія розслідування». Особлива увага приділяється проблемі принципів формування окремих методик розслідування в науці і практичній діяльності.

Ключові слова: криміналістична методика, розслідування злочинів, технологія розслідування, криміналістична класифікація, принципи формування методик розслідування.

S u m m a r y

Tistchenko V. V. About New Tendencies in Criminalistics Method of Crime Investigation. — Article.

In the article the basic new tendencies of scientific researches are considered in the criminalistics method of investigation of crimes. Among the theoretical issues of the day question of development of general method of investigation, classification of methods of investigation, introduction in the concept apparatus of criminalistics, category, is selected «technology of investigation». The special attention is spared the problem of principles of forming of separate methods of investigation in science and practical activity.

Keywords: criminalistics method, investigation of crimes, technology of investigation, criminalistics classification, principles of investigation methods forming.

УДК 351.746(477)

O. V. Шмоткін

ФІЛОСОФСЬКО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ ДІЯЛЬНОСТІ СЛУЖБИ БЕЗПЕКИ УКРАЇНИ ПО ЗАБЕЗПЕЧЕННЮ ПРАВ ОСОБИ

Права та свободи особи — це найважливіші досягнення людства, для забезпечення яких існують усі соціальні інститути, у тому числі право і держава.

Значну роль у забезпеченні прав особи відіграє Служба безпеки України. Відповідно до статті 1 Закону «Про Службу безпеки України» [1], вона є державним правоохоронним органом спеціального призначення, що забезпечує державну безпеку України. Державна безпека — це складова національної безпеки, головним об'єктом якої, відповідно до статті 3 Закону «Про основи національної безпеки України» [2], є права і свободи людини й громадянина. Отже з їх безпеки складається національна безпека, у тому числі й державна, яку забезпечує СБ України. І навпаки, забезпечуючи державну безпеку, СБ України забезпечує й безпеку громадян. Поряд з цим у цій сфері діяльності існує чимало проблем, які неможливо вирішити без відповідних наукових розробок.

Деякими питаннями забезпечення СБ України прав особи присвячені наукові роботи таких фахівців, як В. С. Сідак, І. В. Валько [3], Г. П. Ситник, В. М. Холуйко, М. П. Вавринчук [4], В. А. Омельчук [5–7] та ін.

Поряд з цим немає робіт філософсько-правового характеру, присвячених діяльності СБ України по забезпеченню прав особи. Але удосконалення цієї діяльності неможливо без проникнення в сутність проблем, які тут мають місце. Саме філософія права як юридична наука про сутність правових явищ може допомогти у вирішенні цих проблем, чому і присвячена ця стаття.

Про особливу важливість для СБ України прав особи свідчить те, що ст. 3 Закону України «Про Службу безпеки України» проголошує одним із принципів діяльності Служби безпеки України повагу до прав

і гідності особи. Цей принцип деталізований у статті 5 Закону, аналіз якої дає можливість зробити такі висновки:

1. Діяльність Служби безпеки України здійснюється на основі дотримання прав і свобод людини, тобто у своїй діяльності вона не може порушувати ті права й свободи, якими громадяни володіють відповідно до законодавства.

2. Співробітники Служби безпеки України повинні поважати гідність людини, виявляти до неї гуманне ставлення, не допускати розголошення відомостей про особисте життя людини.

3. У виняткових випадках з метою припинення та розкриття державних злочинів окремі права та свободи особи можуть бути тимчасово обмежені в порядку і межах, визначених Конституцією та законами України.

Це положення варто розуміти так:

- а) права й свободи можуть бути тільки обмежені, а не порушені;
- б) ці права обмежуються тимчасово;

в) вони обмежуються в порядку й розмірах, установлених Конституцією й законами України;

г) обмеження здійснюється з метою припинення і розкриття державних злочинів.

4. Неправомірне обмеження законних прав та свобод людини неприпустимо і тягне за собою відповідальність згідно з законодавством.

5. Орган Служби безпеки України у разі порушення його співробітниками при виконанні службових обов'язків прав і свобод людини повинен вжити заходів до поновлення цих прав і свобод, відшкодування заподіяної моральної і матеріальної шкоди, притягнення винних до відповідальності.

6. Служба безпеки України на вимогу громадян України в місячний строк зобов'язана дати їм письмове пояснення із приводу обмеження їх прав чи свобод. Такі особи мають право оскаржити до суду неправомірні дії посадових осіб органів Служби безпеки України.

Розглянемо детально участь СБ України у функціонуванні юридичного механізму забезпечення прав особи, який є системою юридичних засобів за допомогою яких закріплюються, реалізуються, охороняються, захищаються, поновлюються права особи.

Служба безпеки України при визначенні змісту закріплена права:

- надає необхідну аналітичну інформацію законодавчим органам;
- бере участь у законопроектній роботі;
- здійснює експертну оцінку законопроектів;
- визначає зміст деяких прав співробітників СБ України (економічних, соціальних, культурних) в процесі відомчої нормотворчості.

При реалізації прав особи Служба безпеки України в основному створює загальні умови для реалізації прав громадян, а саме: вона забезпечує безпеку держави, без чого неможливо забезпечувати права конкретних індивідів. Для цього Служба безпеки України здійснює розвідуваль-

ну, контррозвідувальну й інформаційно-аналітичну роботу в інтересах ефективної діяльності державних органів із забезпечення прав людини.

У здійсненні юридичних засобів охорони прав людини Служба безпеки України також в основному бере участь у реалізації загальних засобів охорони прав людини:

- здійснює контррозвідувальні заходи щодо запобігання будь-яких форм розвідувально-підривної діяльності проти України;
- здійснює профілактику правопорушень у сфері державної безпеки;
- здійснює контррозвідувальне забезпечення оборонного комплексу, збройних сил, енергетики, транспорту, зв'язку й інших важливих об'єктів;
- бере участь у заходах, що стосуються в'їзду в Україну й виїзду за кордон, перебування на території України іноземців й осіб без громадянства;
- у межах наданої законодавством компетенції забезпечує особисту безпеку громадян;
- здійснює заходи щодо забезпечення безпеки громадян України за кордоном.

При реалізації юридичних засобів захисту прав людини Служба безпеки України здійснює два види діяльності: припиняє порушення прав людини й відновлює порушені права.

Що стосується першого виду діяльності, то Служба безпеки України:

— виявляє і розслідує злочини, які віднесено до компетенції Служби безпеки України. Кожен з таких злочинів спрямований або проти колективних або індивідуальних прав людини, і тому у цьому випадку Служба безпеки України захищає права людини;

— припиняє всі інші правопорушення, реагування на які віднесено законодавством до компетенції Служби безпеки України.

Що стосується відновлення порушеніх прав, то Служба безпеки України:

- сприяє ліквідації наслідків стихійних лих, значних аварій, катастроф, інших надзвичайних ситуацій;
- бере участь у реабілітації прав незаконно репресованих осіб;
- у випадку порушення співробітниками Служби безпеки України прав і свобод громадян відновляє ці права, відшкодовує матеріальний і моральний збиток.

Незважаючи на важливість прав особи, вони не є абсолютною. Зокрема, основними міжнародними актами, що закріплюють права особи, передбачене обмеження багатьох з них з метою забезпечення національної безпеки.

З огляду на значимість обмеження права особи для діяльності СБ України детально розглянемо це питання.

Обмеження прав особистості — це зменшення, звуження, призупинення, скасування, невизнання, ускладнення процедури реалізації певних прав і свобод особи у певній сфері суспільних відносин.

Зменшення — це кількісне обмеження змісту прав і свобод.

Звуження — це зменшення обсягу прав і свобод.

Призупинення — це обмеження, зв'язане із якими-небудь тимчасовими умовами, наприклад призупинення пасивного виборчого права при позбавленні волі за скоєння злочину.

Скасування передбачає повне припинення дії певних прав і свобод, наприклад скасування права на свободу пересування для іноземців шляхом їх видворення з країни за дії, які суперечать інтересам національної безпеки країни перебування іноземця.

Невизнання — це відсутність юридичного закріплення певних прав і свобод (наприклад, політичних прав і свобод за іноземцями) або їх ігнорування (наприклад, невизнання державою за своїм громадянином громадянства іншої держави).

Ускладнення процедури реалізації здійснюється при певних умовах або по відношенню до певних суб'єктів (наприклад, утруднення реалізації права на свободу пересування в умовах воєнного чи надзвичайного стану).

Обмеження можуть мати місце і при правотворчості, і при реалізації права.

Види обмежень:

1. За змістом прав:

- обмеження особистих прав;
- обмеження політичних прав;
- обмеження економічних прав;
- обмеження соціальних прав;
- обмеження культурних прав.

2. За об'єктами обмеження:

- обмеження індивідуальних прав;
- обмеження колективних прав.

3. За терміном обмеження:

- постійні;
- тимчасові.

4. За територіальною спрямованістю:

- загальнодержавні;
- місцеві.

5. За характером обмеження:

- особисті;
- матеріальні;
- організаційні.

При реалізації обмежень прав особистості головним є дотримання меж обмежень, під якими варто розуміти їхні правомірно припустимі межі.

З метою дотримання прав і свобод особи необхідно встановлення максимально можливих і точних критеріїв для визначення меж право-мірності їх обмеження. Такими критеріями можуть бути, перш за все, принципи визначення меж. Цими принципами є:

1. Обумовленість меж обмеження економічними, соціальними і культурними відносинами, які існують у суспільстві. Ці умови індивідуальні для кожного суспільства. Вони являють собою об'єктивну закономірність, яку неможливо ігнорувати навіть задля дотримання міжнародних норм. Тому, при визначенні меж обмеження, варто виходити з реалій свого суспільства, орієнтуючись на загальносвітові стандарти, тобто внутрірідженеві потреби і інтереси повинні бути у цьому процесі імперативними, а загальносвітові — диспозитивними. Виходячи із цього принципу не можна сліпо слідувати вказівкам і вимогам із-за кордону.

2. Правомірність межі обмеження, яка передбачає, що і правотворчі, і правореалізаційні обмеження повинні відповідати міжнародному і внутрірідженевому праву, перш за все Конституції. При цьому недопустимо порушувати загальновизнані юридичні принципи: «Закон зворотної сили не має», «Неопублікований закон виконанню не підлягає» тощо.

3. Співмірність меж обмеження загрозі, яка обумовлює ці обмеження. Необхідно дотримуватися свідомої достатності, тобто головним у цьому принципі повинно бути те, що користь від обмеження повинна бути більша, за шкоду.

4. Збалансованість при встановленні межі обмеження інтересів особи, суспільства, держави, яка означає, що особа обмежується тільки заради нормального функціонування суспільства і держави, які без цього обмеження не зможуть забезпечити права і свободи особі.

5. Об'єктивна обумовленість межі обмеження, яка означає, що необхідність конкретного обсягу обмеження повинна бути обумовлена реальними потребами життя, загрозами національній безпеці, а не вузько-політичними і іншими подібними цілями. Це також означає, що застосування обмеження можливо тільки тоді, коли уникнути таких загроз іншим шляхом неможливо.

6. Цілеспрямованість встановлення межі обмеження передбачає, що воно повинно бути спрямоване на запобігання конкретним загрозам. Це також означає неприпустимість використання обмеження поза призначенням.

7. Своєчасність встановлення обмеження означає, що воно, з одного боку, повинно здійснюватися відразу при створенні певної загрози, наприклад загрози національній безпеці, з іншого боку, обмеження повинно переривати свою дію відразу після нейтралізації загрози.

8. Рівність при застосуванні обмеження передбачає, що до одних і тих самих суб'єктів, в одних і тих самих ситуаціях, застосовуються одні і ті самі обмеження.

9. Диференційованість застосування обмежень означає, що залежно від характеру загроз, особливостей носіїв цих загроз повинні застосовуватися відповідні обмеження прав.

10. Індивідуальність обмежень полягає у тому, що вони застосовуються до конкретних носіїв загроз, тобто неприпустимо обмежувати права непричетних до таких загроз індивідів.

Необхідно зауважити, що вищезгадані принципи є загальними принципами встановлення меж щодо обмеження будь-яких прав і свобод людини у будь-якій сфері суспільних відносин взагалі, адже існують і спеціальні принципи встановлення відповідних меж правообмеження, в тому числі і в такій сфері, як діяльність органів Служби безпеки України.

До них можна віднести такі принципи:

- Законність обмеження прав і свобод людини — під цим принципом розуміється, по-перше, строга відповідність відомчих нормативно-правових актів органів Служби безпеки України Конституції України та чинному законодавству, що регулює діяльність органів Служби безпеки України; по-друге, строгое дотримання цього законодавства при здійсненні обмежень.

- Обґрунтованість обмеження — означає, що обмеження повинно здійснюватись, по-перше, при об'єктивній необхідності цього обмеження, по-друге, на підставі достовірних юридичних фактів.

- Винятковість обмеження — це означає, що обмеження здійснюється тільки тоді, коли без цього обмеження неможливо виконати обов'язки, що покладені на Службу безпеки України.

- Тимчасовість обмеження — передбачає, що обмеження поширюється лише на той строк, який необхідний для вирішення юридичної справи, що належить до компетенції Служби безпеки України.

- Юридична визначеність правообмежувальних процедур, що передбачає наявність детально розробленого юридичного процесу застосування обмеження прав і свобод органами Служби безпеки України.

Окрім принципів визначення меж правомірності обмежень, повинні існувати також гарантії правомірності обмеження прав і свобод:

- Обмеження повинні накладатися для запобігання реальній загрозі суспільним інтересам і інтересам особи, а не передбачуваній.

- Будь-яке обмеження повинно бути точно встановлено нормою права уповноваженим правотворчим органом і обнародувано.

- Повинен бути відомий суб'єкт, який накладає обмеження.

- Разом із введенням обмеження повинен вводитися механізм захисту від можливих порушень при обмеженні.

- Обмеження повинно застосовуватися тільки уповноваженим суб'єктом у межах його повноважень і тільки в процедурі, що передбачена правом.

- Норми права, які передбачають обмеження, не повинні трактуватися розширено.

- Обмеження повинно застосовуватися при наявності відповідних легальних достовірних фактів, а не імовірнісних відомостей або оціночних думок.

- Вид, обсяг, зміст і термін обмеження повинні бути відомі особі, права і свободи якої обмежуються.

- Особа повинна бути проінформована суб'єктом, який обмежує її права і свободи, про засоби їх захисту.

- Особі повинні бути надані суб'єктом, який обмежує права і свободи, можливості для їх захисту.
- Завжди повинна існувати можливість оскарження обмеження у суді.
- Повинен існувати механізм поновлення прав і свобод, які порушені обмеженням.
- Необхідно існування національного фінансового фонду матеріальної компенсації шкоди, завданої особі порушенням її прав і свобод при їх обмеженні.
- Повинна існувати юридична відповідальність за обмеження, які порушили права і свободи особи.

На основі цих принципів і гарантій обмеження повинні встановлюватися конкретні межі обмеження кожного права і свободи особи, що по-перше, полегшує цю діяльність для СБ України, надав конкретність і ясність усім деталям цього процесу, по-друге, буде запобігати порушенням СБ України прав особи. Але ця проблема потребує відповідних наукових розробок стосовно кожного права особи.

Література

1. Про Службу безпеки України : Закон України // Відомості Верховної Ради України. — 1992. — № 27. — Ст. 382.
2. Про основи національної безпеки України : Закон України // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 39. — Ст. 351.
3. Сідак В. С. Мораль і безпека особи, нації, держави. Історико-філософські нариси : монографія / В. С. Сідак, І. В. Валько. — К. : КДТУ, 2001 — 221 с.
4. Ситник Г. П. Національна безпека України: теорія і практика : навч. посіб. / Г. П. Ситник, В. М. Холуйко, М. П. Вавринчук ; за заг. ред. Г. П. Ситника. — Хмельницький ; К. : Кондор, 2007. — С. 136–156.
5. Омельчук В. А. Захист інтересів людини — методологічний орієнтир розробки теорії державної безпеки / В. А. Омельчук // Збірник наукових праць НА СБ України. — 2004. — № 11. — С. 138–142.
6. Права і свободи людини як чинник державної безпеки України: проблеми і шляхи їх вирішення // Державна безпека України. — 2005. — № 2(4). — С. 47–52.
7. Забезпечення прав і свобод людини — функція СБ України // Збірник наукових праць НА СБ України. — 2007. — № 19. — С. 63–69.

Анотація

Шмоткін О. В. Філософсько-правові аспекти діяльності Служби безпеки України по забезпеченню прав особи. — Стаття.

Стаття присвячена аналізу діяльності Служби безпеки України в контексті забезпечення прав та свобод людини і громадяніна. Досліджено принципи, якими мають керуватися органи СБУ при обмеженні прав і свобод, розглянуто види таких обмежень та умови правомірності їх застосування.

Ключові слова: правові принципи, Служба безпеки України, права та свободи людини і громадяніна, обмеження прав і свобод.

S u m m a r y

Shmotkin O. V. Philosophical-Legal Aspects of Security Service of Ukraine Activity in the Sphere of Human Rights and Freedom Providing. — Article.

The article is devoted the analysis of Security Service of Ukraine activity in the context of providing of rights and freedoms of man and citizen. Noted principles which the organs of SSU must follow at limitation of rights and freedoms, the types of such limitations and condition of legitimacy of their application are considered.

Keywords: legal principles, Security Service of Ukraine, rights and freedoms of human citizen, limitation of rights and freedoms.

УДК 342.726-053.6

H. M. Крестовська

ЮВЕНАЛЬНИЙ ПРАВОВИЙ СТАТУС

Категорія правового статусу дитини порівняно недавно введена в науковий лексикон юриспруденції, що з формально-юридичного боку обумовлено, перш за все, ратифікацією більшістю країн світу Конвенції про права дитини і внесенням відповідних змін до національних законодавств, а з позицій розвитку юридичної науки — формуванням поняттєво-категоріального апарату нового напрямку досліджень, а саме — загальної теорії прав людини [1, с. 89], паралельно якому розвивається галузь захисту прав дитини [2, с. 21].

Різноманітні питання правового статусу дитини розглядалися такими зарубіжними та вітчизняними науковцями, як В. І. Абрамов, Н. Є. Борисова, Н. І. Бесєдкіна, О. В. Бутько, Дж. ван Б'юрен, Л. Ю. Голишева, С. П. Коталейчук, О. В. Марковічева та ін. Зважаючи на сучасний стан розробки проблеми правового статусу дитини, у цій статті висвітлюються проблеми визначення правового статусу дитини, його змістового наповнення, місця в системі статусного права.

У більшості сучасних досліджень правовий статус дитини розглядається крізь призму загального правового статусу особистості: або як його підкатегорія [3, с. 125], або як такий, що випливає з правового статусу людини і громадянина з урахуванням вікових обмежень [4, с. 12]. У зарубіжних дослідженнях поняття правового статусу дитини нерідко розглядається скоріше як етична і політична, ніж суто юридична категорія, хоча при цьому йдеться все ж таки про юридичні права дитини [5, р. 19, 31; 2, с. 21–26].

Досі спірним питанням є зміст правового статусу особистості. Його вирішення має своїм результатом дві принципово різні наукові концепції: 1) звужене розуміння, з позицій якого правовий статус особистості складається з прав та обов'язків. Найбільш послідовним захисником такої позиції виступає О. А. Лукашева [6, с. 92]; 2) розширене розуміння, з позицій якого, крім прав і обов'язків, він включає правові стани (у то-

му числі громадянство), загальну правозадатність, законні інтереси [7, с. 8, 29], гарантії реалізації прав та виконання обов'язків, юридичну відповідальність особистості тощо [8, с. 53].

Правовий статус дитини повною мірою зазнав вищевказаних розбіжностей у трактовці свого змістового наповнення. В. І. Абрамов, поділяючи вузький підхід, визначає його як сукупність прав та обов'язків дитини, зафікованих в юридичній формі [3, с. 12]. Близькою до такого бачення є позиція О. В. Марковічевої [9, с. 12–13], Н. Є. Борисової, з тією тільки відмінністю, що вона стосується конституційно-правового статусу дитини [2, с. 105], Я. М. Квітки, яка підходить до статусу дитини з позиції адміністративного права [10, с. 45].

Нарешті, поряд з вузьким та широким розумінням структури правового статусу дитини відмітним є підхід, який акцентує увагу виключно на гарантіях прав дитини. Н. І. Бесєдкіна, автор одного з найновіших досліджень правового статусу дитини, фактично зводить його до гарантій виживання дитини [11]. На нашу думку, такий підхід є певним відлунням дискусій, які тривали до прийняття Конвенції про права дитини, а саме — чи взагалі дитина є самостійним суб'єктом права.

Натомість О. В. Бутько визначає правовий статус дитини як концептуально та конкретно-історично обумовлену систему її прав, свобод та обов'язків, які встановлюються з урахуванням вікових обмежень та типу юридичного зв'язку з державою та батьками або особами, які їх замінюють, структурованих та формалізованих за основними параметрами дитинства, реалізованих в особливому владно-вольовому режимі, охоронюваних та гарантованих державою [12, с. 73]. Вона включає до правового статусу дитини громадянство, принципи правового становища, права, свободи, обов'язки, правозадатність і дієздатність, гарантії прав дитини, а також засоби їх захисту [12, с. 69]. Позиція О. В. Бутько приваблює урахуванням змінності правового статусу дитини залежно від її дорослішання, але неприйнятним є відвертий її патерналізм та етатизм. Не можна погодитися з тим, що права та свободи дитини реалізуються тільки в особливому владно-вольовому режимі.

Більш прийнятною є позиція українського дослідника С. П. Коталейчука, який дотримується більш широкого розуміння правового статусу дитини, в якому вбачає сукупність: а) прав і свобод дитини — тобто можливості діяти певним чином для задоволення своїх потреб; б) обов'язків і відповідальності за їх невиконання чи порушення; в) гарантій забезпечення прав і свобод [13, с. 25–26]. При цьому він не пов'язує реалізацію нормативних приписів правового статусу дитини виключно з владною волею держави або батьків.

Узагальнення наведених різноманітних точок зору щодо визначення та структури правового статусу дитини та здійснений аналіз формальних джерел ювенального права є підґрунтам характеристики структури та змісту правового статусу дитини в Україні.

Статусний характер таких характеристик становища особистості, як

громадянство (безгромадянство, поліпатризм) і правосуб'ектність, не викликають сумніву, адже громадянство (безгромадянство, поліпатризм) є юридичним фактом-станом, а правосуб'ектність неможливо «відірвати» від прав та обов'язків, передумовою яких вона виступає. Отже, правосуб'ектність є складовою частиною правового статусу дитини, яка виражається, передусім, у визначенні дитини як особливого суб'екта права.

Важливим аспектом правосуб'ектності дитини є її структура і співвідношення складових її елементів. Останнім часом простежується тенденція обмежувати складові правосуб'ектності тільки двома елементами — правоздатністю і діездатністю, через що правосуб'ектність постає як праводіездатність [14, с. 219]. До певної міри така позиція є прийнятною і виправданою, якщо розглядати юридичну відповідальність як особливий різновид юридичного обов'язку. Проте галузеві особливості правового статусу дитини є такими, що обсяг і момент настання діездатності та деліктоздатності не збігаються. Так, 14-річна дитина розглядається як суб'ект кримінальної відповідальності за вчинення деяких злочинів, але в той же час вона не має права, наприклад, займатися підприємництвом. Через це триелементний склад правосуб'ектності дитини (правоздатність, діездатність, деліктоздатність) видається таким, що більш повно представляє цю загальнотеоретичну категорію щодо дитини. В той же час центральним, системоутворюючим і найбільш «об'ємним» елементом правосуб'ектності дитини є її правоздатність.

С. І. Архипов у змістовному плані визначає правоздатність як сукупність декількох здібностей суб'екта: бути у праві автономною особою; ухвалювати правові рішення; бути носієм правосвідомості; здійснювати правову діяльність; бути учасником правовідносин [14, с. 142–145]. Правоздатність дитини є характеристикою абстрактних можливостей, обумовлених природою дитини, що реалізовуються у володінні правами і обов'язками. Особливістю правоздатності дитини є її динамічний характер, що розвивається, із загальною тенденцією до «наповнення» її обсягу у міру дорослішання. Якщо новонароджена дитина є всього лише пасивним носієм суб'ективних прав на життя, ім'я, виховання та ін., то у міру соціалізації в її свідомості формуються правові настанови, вона навчається здійснювати правові дії, ухвалювати юридичні значущі рішення, нарешті, вступати у правові відносини. В цьому сенсі правильним видається акцент на динаміці правового статусу дитини, його залежності від віку та стану психіки дитини, на що уже звертали увагу науковці [15, с. 4].

Яким є співвідношення правоздатності людини і правоздатності дитини? Як правило, правоздатність дитини розглядається як похідна від правоздатності дорослого. Не заперечуючи раціональності такої точки зору, слід сказати, що в реальності це співвідношення є складнішим і в плані здатності бути суб'ектом права, і в плані володіння правами і обов'язками. Сучасна психологія давно відмовилися від уявлень про дитину як чистий лист паперу, а педагогіка — від уявлень про дитину

як потенційну людину. Навіть найменші діти володіють свідомістю, во-лею і здібністю до здійснення дій, нерідко правозначаючих. У зв'язку з цим здатність бути суб'єктом права у дитини, очевидно, слід трактувати як можливість, що формується, розвивається. Діти, на відміну від дорослих, не здатні бути носіями деяких суб'єктивних прав (наприклад, виборчих). Інакше кажучи, їх правозадатність має інший обсяг в порівнянні з дорослими. Проте не можна трактувати правозадатність дитини як обмежену, оскільки, на усталену і абсолютно справедливу думку, обмеження правозадатності можливо тільки на підставі судового рішення, але жодною мірою не випливає безпосередньо із закону. В той же час діти є носіями низки юридичних властивостей, відсутніх у дорослого. Так, вони здатні бути носіями тільки їм властивих ювенальних прав і обов'язків. Так, Дж. ван Б'юрен доводить, що не всі права дитини є застосовними до дорослих. До числа таких прав, на її думку, належать право знати своїх батьків і на піклування з їх боку, а також право на захист від приниження та недогляду [2, с. 25]. Саме у дітей є наявною висока здібність до правової соціалізації (принаймні, первинної).

Пропонується розглядати співвідношення правозадатності дитини і правозадатності дорослого як складне явище, що включає схожість і відмінність. Схожість полягає в структурі правозадатності, відмінність — в її обсязі, причому як дорослий має риси правозадатності, відсутні у дитини, так і дитина володіє низкою властивостей, відсутніх у дорослого.

Права та обов'язки дитини є ядром її правового статусу, тобто конструктивним компонентом, наявність якого обумовлює всі інші їого складові. Правосуб'єктність та гарантії правового статусу мають сенс лише тоді, коли є формально визначеними права та обов'язки, якими здатна володіти дитина.

У системі прав, свобод, обов'язків дитини слід, на нашу думку, виокремити природні та позитивні права та свободи дитини. Так, до природних суб'єктивних прав дитини слід віднести проголошенні Декларацією прав дитини право на батьківську любов, право на гру, розваги і дозвілля [16, принципи 6—7]. Позитивні права та свободи дитини в Україні закріплені Законом «Про охорону дитинства», створеним у розвиток і на виконання Конвенції ООН про права дитини. Що ж до юридичних обов'язків та відповідальностей дитини, то, згідно із загальноправовим принципом, закріпленим Конституцією України, «правовий порядок в Україні ґрунтуються на засадах, відповідно до яких ніхто не може бути примушений робити те, що не передбачено законодавством» [17, ст. 19]. Отже, обов'язки та відповідальності дитини можуть бути тільки позитивними.

Є сенс у включенні до складу правового статусу особистості юридичної відповідальності, адже вона є особливим різновидом юридичного обов'язку, що випливає із загальноприйнятих її дефініцій. Так, юридична відповідальність визначається як негативні наслідки, які повинна (тобто зобов'язана) зазнати особа, яка порушила приписи правової норми. Ще виразнішим у цьому плані є визначення юридичної відповідальності,

надане О. Ф. Скакун: «Юридична відповідальність — передбачені законом вид і міра обов'язку (виділено мною. — H. K.) правопорушника зазнати примусове державно-владне позбавлення благ особистого, організаційного і майнового характеру в правовідносинах, які виникають між ним і державою з факту правопорушення» [18, с. 642]. В. І. Абрамов визначаючи вторинний по відношенню до обов'язків характер юридичної відповідальності, виносить її за межі правового статусу дитини [1, с. 20], що, як уявляється, є нелогічним висновком. І навпаки, відповідальність до складу правового статусу дитини відносить С. П. Коталейчук [13, с. 25–26].

До правового статусу дитини, зважаючи на фізичну та інтелектуальну її незрілість, слід включати не тільки гарантії дотримання прав, але й гарантії виконання обов'язків дитини. Так, зокрема, такою загальною гарантією реалізації прав та обов'язків вбачається правове виховання дитини, тобто формування у неї знань своїх прав та обов'язків, навичок та умінь реалізації приписів правових норм і стійкої настанови на правомірну поведінку. Гарантією виконання дитиною конституційного обов'язку щодо здобуття повної середньої освіти є безплатність та доступність освіти у державних та комунальних закладах освіти.

З урахуванням вищезазначеного пропонується така авторська дефініція правового статусу дитини:

Правовий статус дитини (ювенальний статус) — це динамічна система виражених у цінностях природного права та нормах позитивного права, гарантованих суспільством і державою суб'єктивних юридичних прав, обов'язків і відповідальностей особливого суб'єкта права — дитини.

Структура ювенального правового статусу включає:

- 1) властивості особливого суб'єкта права дитини — ювенальну правозадатність, дієздатність та деліктозадатність в їх динаміці;
- 2) характер відносин з державою перебування дитини, що виражається у станах громадянства, безгромадянства, поліпатризму;
- 3) природні та позитивні права і свободи дитини;
- 4) обов'язки та відповідальності дитини;
- 5) суспільні та державні гарантії реалізації прав та обов'язків дитини.

Правовий статус дитини варіється щодо різних категорій дітей. Так, О. В. Бутько відмічає наявність 13 правових режимів щодо дітей в російському законодавстві [11, с. 67–68]. В українському ювенальному праві, передусім — в галузевутворюючому Законі «Про охорону дитинства» — виокремлюються правові субстатуси дітей, які перебувають у несприятливих умовах або екстремальних ситуаціях: дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування; безпритульних дітей; дітей-інвалідів та дітей з вадами розумового або фізичного розвитку; дітей, які постраждали внаслідок стихійного лиха, техногенних аварій, катастроф; дітей, уражених ВІЛ-інфекцією, хворих на інші невиліковні та тяжкі хвороби; дітей-біженців; дітей-жертв насильства; дітей-правопорушників.

Конструкція цих субстатусів, їх співвідношення із ювенальним правовим статусом є окремим напрямом подальших досліджень у царині ювенального права України.

Л і т е р а т у р а

1. Глухарева Л. И. Эпистемология прав человека / Л. И. Глухарева // Правовая политика и правовая жизнь. — 2006. — № 1. — С. 89–97.
2. Б'юрен Дж. Міжнародне право в галузі прав дитини / Джеральдина ван Б'юрен ; пер. з англ. Г. Є. Краснокутського ; наук. ред. М. О. Баймуратов. — О. : БАХВА, 2006. — 524 с.
3. Борисова Н. Е. Конституционные основы правового положения несовершеннолетних в Российской Федерации (проблемы теории и практики) : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.02 / Борисова Наталья Евгеньевна. — М., 2004. — 379 с.
4. Абрамов В. И. Права ребенка и их защита в России: общетеоретический анализ : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теория и история права и государства; история учений о праве и государстве» / В. И. Абрамов. — Саратов, 2007. — 55 с.
5. The Moral and Political Status of Children / ed. D. Archard, C. M. Macleod. — University of Victoria (Canada), 2002. — 250 р.
6. Права человека : учеб. для вузов / [Т. А. Васильева, В. А. Карташкин, Н. С. Колесова, Н. В. Колотова, И. А. Ледях] ; Е. А. Лукашева (отв. ред.). — М. : НОРМА-ИНФРА-М, 1999. — 573 с.
7. Витрук Н. В. Основы теории правового положения личности в социалистическом обществе / Н. В. Витрук. — М. : Наука, 1979. — 229 с.
8. Горшенев В. М. Структура правового статуса гражданина в свете Конституции СССР 1977 года / В. М. Горшенев // Правопорядок и правовой статус личности в развитом социалистическом обществе в свете Конституции СССР 1977 г. — Саратов, 1980. — С. 51–58.
9. Марковичева Е. В. Правовое обеспечение прав несовершеннолетних в Российской Федерации : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теория и история права и государства ; История учений о праве и государстве» / Е. В. Марковичева. — Волгоград, 2003. — 28 с.
10. Квітка Я. М. Попередження адміністративних правопорушень серед неповнолітніх : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07 / Квітка Яніна Михайлівна. — К., 2002. — 214 с.
11. Беседкина Н. И. Правовое регулирование статуса ребенка в Российской Федерации / Н. И. Беседкина // Государство и право. — 2006. — № 11. — С. 32–43.
12. Бутько О. В. Правовой статус ребенка: теоретико-правовой анализ : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 / Бутько Ольга Викторовна. — Краснодар, 2004. — 241 с.
13. Коталейчук С. П. Теоретико-правові проблеми правового статусу неповнолітніх в Україні та забезпечення його реалізації як один із основних напрямків діяльності міліції : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 / Коталейчук Сергій Петрович. — К., 2004. — 214 с.
14. Архипов С. И. Субъект права: теоретическое исследование / С. И. Архипов. — С.Пб. : Изд-во Р. Аслanova «Юридический центр Пресс», 2004. — 469 с.
15. Ольховик Л. А. Особисті немайнові права дитини за цивільним законодавством України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / Л. А. Ольховик. — Х., 2006. — 21 с.

16. Декларація прав дитини: Проголошена Генеральною Асамблеєю ООН 20 листопада 1959 року [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=995_384
17. Конституція України : прийнята на V сесії Верховної Ради України 28 черв. 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 30. — Ст. 141.
18. Скакун О. Ф. Теорія держави і права (Енциклопедичний курс) : підручник / О. Ф. Скаакун. — Х. : Еспада, 2006. — 776 с.

А н о т а ц і я

Крестовська Н. М. Ювенальний правовий статус. — Стаття.

У статті подається авторська дефініція та структура ювенального правового статусу (правового статусу дитини). На думку автора, він постає як динамічна система виражених у цінностях природного права та нормах позитивного права, гарантованих суспільством і державою суб'єктивних юридичних прав, обов'язків і відповідальностей особливого суб'єкта права — дитини. Структура ювенального правового статусу включає ювенальну правозадатність, діездатність та деліктозадатність в їх динаміці; громадянство (безгромадянство, поліпатризм) дитини; природні та позитивні права і свободи дитини; обов'язки та відповідальність дитини; суспільні та державні гарантії реалізації прав та обов'язків дитини. Викремлюються субстатуси дітей, які перебувають у несприятливих умовах або екстремальних ситуаціях.

Ключові слова: дитина, ювенальний правовий статус, структура правового статусу дитини, права дитини, обов'язки дитини, відповідальність дитини, діти, які перебувають у несприятливих умовах або екстремальних ситуаціях.

S u m m a r y

Krestovska N. M. Juvenile Legal Status. — Article.

The author definition and structure of juvenile legal status (legal status of a child) is given in the article. In author's opinion, it is a dynamic system of legal rights, duties and responsibilities of a special legal subject (the child) expressed in the values of natural law and norms of positive law and assured by society and state. The structure of juvenile legal status includes a juvenile legal capacity and capability in their dynamics; citizenship (absence of citizenship, dual citizenship) of the child; natural and positive rights and freedoms of the child; duties and responsibility of the child; public and state guarantees of realization of children's rights and duties. Substatuses of children in unfavorable conditions or extreme situations are selected.

Keywords: child, juvenile legal status, structure of legal status of the child, rights of the child, duties of the child, responsibility of the child, children in unfavorable conditions or extreme situations.

УДК 346.5:330.341.1

М. Д. Василенко

АДМІНІСТРАТИВНО-ГОСПОДАРСЬКИЙ СТАТУС СУБ'ЄКТІВ ІННОВАЦІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ В КОНТЕКСТІ РОЗВИТКУ ТЕХНОЛОГІЧНИХ ПАРКІВ

На сучасному етапі розвитку держави формально склалася достатньо субординавана система керівництва інноваційним процесом. Статус суб'єктів інноваційної діяльності в юридичній літературі досліджено недостатньо; практично відсутні роботи, в яких розглядаються ці питання безпосередньо. Як відомо, особи, що визнаються суб'єктами права, можуть відрізнятися залежно від галузі права. Наприклад, для сфери публічного права характерні такі суб'єкти, як держава, центральні органи виконавчої влади тощо. Для галузей приватного права характерні такі суб'єкти, як фізичні та юридичні особи. Очевидно, що всі інноваційні структури, тобто ті, хто виконує інноваційні проекти, є суб'єктами інноваційної діяльності. Статус таких суб'єктів інноваційної діяльності докладно обговорено в монографії Ю. Є. Атаманової [1]. Там же обговорені різні точки зору на суб'єкти права і на суб'єкти правовідносин. Слід відзначити, що такі суб'єкти є також суб'єктами господарювання.

Інноваційна діяльність потребує державної підтримки в тій чи іншій формі і практично не може відбуватися без втручання держави в особі її центральних органів виконавчої влади. Тобто для реальних успіхів повинне бути державне регулювання інноваційної діяльності. Таке регулювання відбувається через центральні органи виконавчої влади, які є негосподарськими організаціями, які беруть участь у господарських правовідносинах. У даному випадку центральні органи виконавчої влади виступають як суб'єкти, які мають господарські права і обов'язки, хоча і не здійснюють безпосередню господарську діяльність. Такі суб'єкти є спеціальними, бо беруть участь у спеціальних відносинах, розроблених державою.

Мета статті — проаналізувати ефективність центральних органів виконавчої влади у галузі інноваційної діяльності за роки незалежності з адміністративно-господарських позицій.

Основними організаційно-правовими суб'єктами державної інноваційної політики є: Верховна Рада України; Президент України; Рада національної безпеки і оборони України; Кабінет Міністрів України; Національна академія наук України; Міністерство освіти і науки України; Державне агентство України з інвестицій та інновацій; Національний банк України. Чинне законодавство дозволяє окреслити основні повноваження та функції зазначених суб'єктів, які розподіляються таким чином:

1. Верховна Рада України визначає і затверджує основні засади і напрями наукової, науково-технічної та інноваційної політики, створює законодавчу базу, затверджує загальнодержавні програми економічного, науково-технічного, соціального розвитку та охорони навколошнього середовища.

2. Президент України визначає систему органів виконавчої влади і здійснює контроль за формуванням та функціонуванням системи управління у сфері інноваційної діяльності, а також утворює дорадчі органи з питань науки, науково-технічної та інноваційної політики.

3. Рада національної безпеки і оборони України, як координаційний орган з питань національної безпеки і оборони при Президентові України, координує і контролює діяльність органів виконавчої влади у сфері забезпечення науково-технологічної безпеки держави.

4. Кабінет Міністрів України здійснює державне управління та забезпечує реалізацію державної політики у сфері інноваційної діяльності, сприяє створенню ефективної інноваційної інфраструктури.

5. Національна академія наук України, в тому числі, сприяє впровадженню результатів наукових досліджень, розвитку всіх форм інноваційної діяльності та міжнародного науково-технічного співробітництва.

6. Міністерство освіти і науки (МОН) України є головним органом виконавчої влади із забезпечення реалізації політики у сфері інноваційної діяльності. До завдань в інноваційній сфері, покладених на міністерство, належать забезпечення комплексного аналізу стану вітчизняної та світової науки і техніки; організація науково-технічного прогнозування; вибір та оцінка пріоритетних напрямів наукової, технічної та інноваційної діяльності; розробка державних наукових та науково-технічних програм; формування державного замовлення на науково-технічну продукцію; організація діяльності координаційних рад з пріоритетних напрямів розвитку науки і техніки; проведення державної політики у сфері інтелектуальної власності тощо.

7. Національний банк України визначає основні засади грошово-кредитної політики, здійснює банківське регулювання у фінансово-кредитній сфері.

Як відомо, в незалежній Україні організація державної підтримки заходів, спрямованих на впровадження науково-технічних розробок та нових інноваційних технологій, почалася реалізовуватися в рамках Державного інноваційного фонду, який був створений як центральний орган

виконавчої влади зі спеціальним статусом у сфері інноваційної діяльності [2]. До його основних завдань належало сприяння технічному переоснащенню вітчизняної промисловості, освоєння нових видів продукції, підготовка пропозицій щодо формування державної політики у сфері інноваційної діяльності, розробка організаційно-економічного механізму сприяння інноваційним процесам, пропаганда науково-технічних досягнень, організація виставок науково-технічної продукції тощо. Названий фонд функціонував протягом 8 років, за цей час видав різним суб'єктам господарювання більше 700 млн. коштів з Державного бюджету, які необхідно було з часом після закінчення проектів безвідсотково повернути державі. Через подвійне підпорядкування регіональних відділень їх керівники призначалися обласними адміністраціями не за професійними якостями, тому більшість коштів спрямовувалися на кредитування яких-завгодно проектів, але тільки не інноваційних. У результаті було повернуто лише 7% таких коштів [3]. Неефективність діяльності Державного інноваційного фонду стала головною причиною його ліквідації.

Правонаступником фонду стала Українська державна інноваційна компанія (УДІК) [4] — автономна організація, основні завдання якої виходили далеко за межі завдань Державного інноваційного фонду, визначених ст. 38 Закону України «Про наукову і науково-технічну діяльність» [5]. Засновником УДІК стала держава в особі Кабінету Міністрів України з підпорядковуванням Міністерству науки і технологій, а після його ліквідації — МОН України, з 2005 р. УДІК була підпорядкована Міністерству промислової політики, а з серпня 2007 р. — Державному агентству з інвестицій та інновацій. Згідно з Постановою Кабінету Міністрів України від 28 травня 2001 р., названа компанія здійснювала маркетингові дослідження ринку; підготовку бізнес-планів; організацію та проведення експертизи; фінансово-економічний аналіз інноваційних проектів; надання юридичних, інших консалтингових послуг; брала участь у розробленні регіональних інноваційних програм чи проектів тощо. УДІК стала правонаступником майнових прав і обов'язків Державного інноваційного фонду та його регіональних відділень, у тому числі за договорами про надання інноваційних позик. Аналіз самої постанови дозволяє виявити її дякі недоліки, що пов'язані передусім з недосконалістю понятійного апарату, викладеного в п. 2, а саме:

1. Не зовсім вдалим є визначення інноваційного проекту, під яким розуміється комплект документів з комплексом заходів інвестиційного характеру, направлених на комерційне застосування науково-технічних розробок і нових технологій у виробництві або соціальній сфері [4].

2. В урядовій постанові до об'єктів, які можуть створюватися в рамках реалізації інноваційного проекту, відносять лише науково-технічні розробки і технології, не охоплюючи таким чином інші етапи інноваційного циклу. Сама науково-технічна розробка (наприклад, у вигляді дослідного зразка або дослідницької партії) виходячи з визначення інноваційного проекту є тим об'єктом, на створенні якого завершується інно-

ваційний процес. Проте розробникам на даному етапі своєї діяльності належить вирішити ще одне нелегке завдання — упровадити результати проведених ними науково-технічних досліджень у виробничий або інший цикл.

Тому завершенням реалізації інноваційного проекту, як мінімум, слід вважати отримання і використання (комерційне, технічне або інше) кінцевого інноваційного продукту.

Подібні законодавчі неточності можуть призвести до невиправданого ототожнення між собою таких понять, як інноваційний і науково-технічний проект, з огляду на те, що основною умовою реалізації останнього є: проведення різного роду науково-технічних розробок і отримання по них конкретних результатів.

У результаті виникають юридичні підстави для надання УДІК фінансової або іншої матеріальної підтримки суб'єктам науково-технічної діяльності по реалізації ними своїх «інноваційних» проектів, які фактично такого статусу не мають, оскільки спочатку не націлені на проходження всіх стадій інноваційного циклу і утворюють окрему категорію, що іменується як науково-технічні проекти. Звертає на себе увагу і п. 3.3 Статуту, а точніше абз. 1, відповідно до якого УДІК кредитує і фінансує науково-технічні і маркетингові дослідження, конструкторсько-технологічні й інші проектні роботи. Навіть незважаючи на те, що кошти УДІК, що виділяються, формуються з позабюджетних джерел, цілком логічним і обґрутованим є твердження про недоцільність їх «розпилювання» на фінансову підтримку заходів, які не мають кінцевого інноваційного результату (по своїй початковій цільовій спрямованості не можуть привести до отримання інноваційного продукту) або взагалі не пов’язані з інноваційною діяльністю. В цілому такі різні правові казуси, а також низька інноваційна культура тих, хто проводить супроводження проектів, нівелювали результати діяльності УДІК.

В 2007 р. Постановою Кабінету Міністрів України Українську державну інноваційну компанію перейменовано у Державну інноваційну фінансово-кредитну установу [6]. Таким чином, у структурі центральних органів виконавчої влади весь період часу ДІФКУ (УДІК) залишалася урядовим органом управління.

Натепер центральним органом виконавчої влади зі спеціальним статусом у сфері інноваційної діяльності є також Державне агентство України з інвестицій та інновацій (Держінвестицій України), робота якого спрямовується і координується Кабінетом Міністрів України [7]. Крім того, для розширення можливостей цього органу державного управління були утворені регіональні центри інноваційного розвитку як державні бюджетні установи, що підпорядковані безпосередньо Держінвестиції України [8]. У своїй діяльності Держінвестицій України мала керуватися Конституцією і законами України, актами Президента України та Кабінету Міністрів України, іншими нормативно-правовими актами, а також Положенням про Держінвестицій України. Однак Держінвестиції Україн-

ни за весь період існування працювало вкрай неефективно. Державні кошти витрачалися на «невідомі цілі» і «з грубими порушеннями законодавства». Усі ці факти підтвердженні неодноразовими перевірками Рахункової палати України (див. [9]). В середині 2009 р. для усунення можливих механізмів нецільового використання державних кошів було змінено структуру Держінвестицій України [9].

Іншим центральним органом виконавчої влади, відповідальним за проведення інноваційної політики в країні є МОН України в особі Департаменту інноваційного розвитку, діючого у структурі цього Міністерства. Саме Департамент інноваційного розвитку реально є відповідальним за діяльність технопарків і фактично їх супроводжує, тобто відповідає за розбудову діяльності технопарків. Головною функцією Департаменту інноваційного розвитку є організація експертиз та здійснення кваліфіковання інноваційних проектів та інноваційної продукції.

Для координації дій центральних органів влади і усунення перешкод у діяльності технопарків було створено Комісію з організації діяльності технологічних парків та інноваційних структур інших типів (КОД) [10], яка працює в координації і на базі Департаменту інноваційного розвитку МОН України та організаційно забезпечує роботу КОД. Комісію очолює голова, який затверджується Кабінетом Міністрів України. Голова Комісії організовує її роботу і несе персональну відповідальність за виконання покладених на Комісію завдань. До основних завдань КОД належать: розгляд пропозицій центральних і місцевих органів виконавчої влади, академій наук щодо створення технологічних парків та інноваційних структур інших типів; організація проведення експертизи проектів створення технологічних парків та інноваційних структур інших типів, ефективності їх функціонування; координація діяльності центральних і місцевих органів виконавчої влади, академій наук, пов'язаної із створенням і функціонуванням технологічних парків та інноваційних структур інших типів; підготовка пропозицій щодо визначення пріоритетних напрямів діяльності технологічних парків та інноваційних структур інших типів, підтримки реалізації інвестиційних та інноваційних проектів, що виконуються зазначеними структурами, за рахунок різних джерел фінансування; узагальнення досвіду роботи технологічних парків та інноваційних структур інших типів, підготовка пропозицій щодо вдосконалення їх діяльності, зокрема науково-методичного, кадрового та інформаційного забезпечення, а також щодо створення нових інноваційних структур тощо.

З метою відновлення повноцінної роботи технологічних парків в Україні Верховною Радою 12 січня 2006 р. було прийнято нову редакцію Закону України «Про спеціальний режим інноваційної діяльності технологічних парків» (див. [11]), яким було відновлено деякі податкові та митні пільги для виконавців їх проектів (по сплаті податку на прибуток та по відшкодуванню сплати ПДВ при імпорті нових устаткування, обладнання і комплектуючих, а також матеріалів, які не виробляються

в Україні). Ці пільги були скасовані Законом України «Про внесення змін до Закону України “Про Державний бюджет України на 2005 рік”» [12] та деякими іншими законодавчими актами України. Однак найбільш суттєву основну пільгу щодо сплати НДС відновлено не було.

Закон визначив спеціальний режим інноваційної діяльності, який передбачає надання державної підтримки щодо стимулювання діяльності технологічних парків, їх учасників та спільніх підприємств при реалізації проектів за пріоритетними напрямами діяльності технологічних парків.

Відповідно до закону технологічним парком є юридична особа або група юридичних осіб, що діють відповідно до договору про спільну діяльність без створення юридичної особи та без об’єднання вкладів з метою створення організаційних зasad виконання проектів технологічних парків з виробничого впровадження науково-технічних розробок, високих технологій та забезпечення промислового випуску конкурентоспроможної на світовому ринку продукції. Проект технологічного парку визначено як підготовлений технологічним парком комплект документів, який включає опис взаємозв'язаних заходів технологічного парку, визначає його учасників та спільні підприємства, співвиконавців і виробників продукції щодо проведення наукових досліджень, технічного, технологічного, конструкторського проектування, випуску дослідних партій та промислового виробництва інноваційної продукції, а також щодо фінансового, кадрового, маркетингового та комерційного забезпечення виробничого впровадження нових товарів і надання послуг, що пройшов у встановленому Кабінетом Міністрів України порядку експертизи і внесений до державного реєстру. Для технологічних парків запроваджується спеціальний режим інноваційної діяльності строком на 15 років і діє при виконанні проектів технологічного парку.

Згідно із Законом України «Про спеціальний режим інноваційної діяльності технологічних парків» режим інноваційної діяльності поширюється на 16 технологічних парків. На сьогодні фактично діє лише частина технопарків. Станом на 1 вересня 2007 р. чинні свідоцтва про реєстрацію мали 45 проектів технологічних парків, з яких виконувався тільки 31 проект. У 2008–2009 рр. ситуація з діючими проектами тільки погіршилася. Відповідні центральні органи виконавчої влади мають ефективно забезпечувати реалізацію контрольних функцій щодо дотримання законодавства при здійсненні процедур державної реєстрації, а також визначення й оцінки економічних, соціальних, науково-технічних та інших результатів діяльності технологічних парків через делегування заступників перших посадових осіб у засіданнях цієї Комісії. З метою забезпечення ідентифікації інноваційних структур у межах інформаційного простору введено Державний реєстр технопарків та інноваційних структур інших типів, у якому враховується їх спеціалізація та основна характеристика інноваційного продукту. Це забезпечує доступність інформації про інноваційні структури для зацікавлених користувачів.

Крім того, існує ще Міжвідомча комісія з питань науково-технологіч-

ної безпеки при Раді національної безпеки і оборони України та Міжвідомча рада з питань інвестицій та інновацій, організаційне забезпечення роботи якої здійснює Держінвестиції. Створено громадську раду при Держінвестиції як консультативно-дорадчий орган, який утворюється при Держінвестиції з метою здійснення координації заходів, пов'язаних із забезпеченням проведення консультацій з громадськістю щодо формування та реалізації державної інвестиційної та інноваційної політики. Інноваційну діяльність у країні «організовують» ще Український інститут науково-технічної та економічної інформації та Державний департамент інтелектуальної власності, останній є урядовим органом у складі МОН України.

Таким чином, можна зробити ряд правових висновків. Провал діяльності спеціального державного фонду [2] для державної фінансової підтримки інновацій та державної політики інвестування інноваційного процесу в Україні, яка була орієнтована переважно на вищезгаданий фонд, відбувся унаслідок того, що центральний орган виконавчої влади, на який покладалося забезпечення такої політики, фактично не виконував своїх функцій. Численні нормативно-правові акти, що регулювали діяльність Державного інноваційного фонду, поступово вивели його за межі адміністративно-правового поля. За таких умов фонд почав діяти автономно, на свій розсуд. До того ж не було розроблено методики визначення частки коштів держави при розподілі прибутків від реалізації інноваційних проектів; порядку оцінювання вартості об'єктів інтелектуальної власності, що належить державі; положення про поставлення частки коштів держави на об'єкти інтелектуальної власності на бухгалтерський облік; положення про проведення конкурсу науково-технічних проектів на правових засадах тощо. Не покращилися справи зі створенням ДІФКУ (УДІК). Так, протягом шести останніх років Кабінет Міністрів України прийняв більше десяти постанов, метою яких було вдосконалення її статусу. Треба законодавчо заборонити Держінвестиції України використовувати передбачене бюджетом країни фінансування інноваційної діяльності, тобто фінансування інноваційних проектів технологічних парків (бо інших діючих інноваційних структур у спеціальному режимі в Україні натепер просто немає, бо не в спеціальному режимі можуть бути тільки окремі тимчасові винятки!) не за призначенням. Стан справ нагадує ситуацію з відомим скоріше своїми кримінальними справами, а не інноваційною діяльністю, Державним інноваційним фондом України. Ви можете подавати самий найкращий інноваційний проект технопарку, який пройшов всі відповідні експертизи, але у вас немає ніякої гарантії отримання державного фінансування або кредиту, бо Держінвестиції України та ДІФКУ керуються своїм розумінням інноваційного процесу і своєю експертizoю, і стає зрозумілим, чому з передбаченого бюджетом 2007 р. фінансування інноваційної діяльності до технологічних парків дійшли тільки 3 % виділених сум. А великі інтелектуальні, фізичні і моральні зусилля і час авторів проектів і керівників

проектів були затрачені безкоштовно і марно. На нашу думку, треба на експертизі розглядати інноваційні проекти, які представлені тільки через один з технологічних парків.

Одним із найсуттєвіших недоліків правового поля, в якому відбувається становлення інноваційної діяльності, є відсутність чіткого визначення на законодавчу рівні структури та принципів функціонування задекларованої державою інноваційної моделі розвитку. Це призводить до розбіжностей в розумінні правового апарату, порушення системності законодавчого поля тощо. Автори [13, с. 63] влучно відзначають, що важливим актом у сфері інноваційної діяльності України мало стати рішення Ради національної безпеки і оборони України від 6 квітня 2006 р. «Про стан науково-технологічної сфери та заходи щодо забезпечення інноваційного розвитку України», яке було введене в дію Указом Президента країни від 11 липня 2006 р. В Рішенні дано системний макроаналіз інноваційного законодавства України. У ньому пріоритетними завданнями діяльності органів виконавчої влади із забезпечення національної безпеки у науково-технологічній сфері визнано: розвиток національної інноваційної системи як сукупності інституцій, що забезпечують проведення ефективної державної інноваційної політики; забезпечення інтеграції освіти, науково-технологічної сфери та виробництва як передумови інноваційного розвитку економіки; всебічну підтримку фундаментальних наукових досліджень, спрямованих на забезпечення технологічного розвитку України; розвиток виробництва високотехнологічної продукції та послуг на інноваційній основі, першочергову реалізацію інноваційних проектів, спрямованих на суттєве поліпшення енергозабезпечення та енергозбереження, зниження енергоємності та ресурсовитратності виробництва. У зв'язку з цим Кабінету Міністрів України було поставлено завдання здійснити цілий ряд законодавчих ініціатив (заходів), спрямованих на реалізацію цих пріоритетних завдань, а саме: до кінця 2006 р. розробити і затвердити Концепцію розвитку національної інноваційної системи, яка б визначала основні параметри інноваційної моделі розвитку національної економіки та її структурної перебудови, а також план заходів щодо реалізації цієї Концепції. Однак на середину 2009 р. можна стверджувати, що національна інноваційна система як система в Україні фактично відсутня.

За оцінками деяких експертів, прийняття законодавчого акта, яким затверджено Національну доктрину інноваційного розвитку і модернізацію Міжвідомчої комісії з питань науково-технологічної безпеки при Раді національної безпеки і оборони України, сприятиме вирішенню зазначененої проблеми [14]. Про наявність негативних тенденцій, системних недоліків і потенційних загроз, які склалися у сфері інноваційної діяльності, свідчать не лише практика останніх років діяльності українських технопарків, а й висновки Комітету з питань національної безпеки й оборони Верховної Ради (лист № 04-23/9-282 від 25.03.08 р.), висновки Міжвідомчої комісії з питань науково-технологічної безпеки при Раді

національної безпеки і оборони України, Національного інституту проблем міжнародної безпеки, Ради національної безпеки і оборони України (лист № 8/3-1445-10 від 16.04.08 р.), рішення парламентських слухань, проведених Комітетом з питань науки і освіти Верховної Ради (протокол № 14 від 16.04.08 р.). Однак у 2009 р. стан справ не покращився, про що свідчать результати парламентських слухань з питань інноваційного розвитку в 2009 р.

З позицій права звертають на себе увагу недоліки чинного законодавства, які, по суті, ведуть до порушення принципу верховенства права. Так, впадає в очі відсутність у Законі України «Про пріоритетні напрями інноваційної діяльності в Україні» [15] статті, в якій мали б сконцентруватися принципи, з дотриманням яких повинні визначатися пріоритети інноваційної діяльності. Натомість названі принципи можна знайти у Методичних рекомендаціях щодо розроблення середньострокових пріоритетних напрямків інноваційної діяльності галузевого та регіонального рівня, затверджених спільним наказом Міністерства фінансів України, Національної академії наук України, Міністерства економіки та з питань європейської інтеграції України, Міністерства промислової політики України, Міністерства освіти і науки України [16]. Такий підхід не можна вважати правомірним. Адже підзаконний акт, яким по суті є названі Методичні рекомендації, не може суперечити Закону або вторгатися у сферу його правового регулювання.

Таким чином, необхідно дуже зважено підходити до адміністративно-господарського статусу суб'єктів інноваційної діяльності, їх реформуванню та забезпечення стабільного розвитку, бо через відсутність науково-гідного підходу відносно вже прийнятих нормативно-правових актів доводиться в авральному порядку вносити необхідні зміни. Зміни треба внести щодо встановлення мораторію, скорочення кількості пріоритетних напрямів з метою раціонального використання фінансових ресурсів, що спрямовуються в установленому порядку на інноваційну діяльність. Крім того, існує необхідність удосконалити структуру управління у галузі та розмежувати функції центральних органів виконавчої влади, запровадивши принцип одноосібної відповідальності.

Література

1. Атаманова Ю. Є. Господарсько-правове забезпечення інноваційної політики держави : монографія / Ю. Є. Атаманова. — Х. : ФІНН, 2008. — 424 с.
2. Про створення Державного інноваційного фонду : постанова Кабінету Міністрів України від 18 лют. 1992 р. № 77 // ЗП України. — 1992. — № 3. — Ст. 67.
3. Перспективи інноваційного розвитку України : зб. наук. ст. — К. : Альтерпрес, 2002. — 160 с.
4. Про утворення Державної інноваційної компанії : постанова Кабінету Міністрів України від 15 черв. 2000 р. № 654 // Офіційний вісник України. — 2000. — № 16. — Ст. 674.

5. Про наукову і науково-технічну діяльність : Закон України від 13 груд. 1991 р. № 1977-XII // Відомості Верховної Ради. — 1992. — № 12. — Ст. 165.
6. Про внесення змін та визнання такими, що втратили чинність, деяких постанов Кабінету Міністрів України : постанова Кабінету Міністрів України від 8 серп. 2007 р. № 1007 // Офіційний вісник України. — 2007. — № 59. — Ст. 2348.
7. Про утворення Державного агентства України з інвестицій та інновацій : Указ Президента України від 30 груд. 2005 р. № 1873/2005 // Офіційний вісник України. — 2006. — № 1. — Ст. 17.
8. Постанова Кабінету Міністрів України від 16 травня 2007 р. № 749 «Деякі питання Державного агентства України з інвестицій та інновацій» // Офіційний вісник України. — 2007. — № 37. — Ст. 1497.
9. Держагентство з інвестицій та інновацій контролюватимуть пильніше // Голос України. — 2009. — 6 серп. — С. 2.
10. Про затвердження Положення про Комісію з організації діяльності технологічних парків та інноваційних структур інших типів : постанова Кабінету Міністрів України від 6 серп. 2003 № 1219 // Офіційний вісник України. — 2003. — № 32. — Ст. 1706.
11. Про спеціальний режим інноваційної діяльності технологічних парків : Закон України від 16 лип. 1999 р. № 991-XIV // Відомості Верховної Ради. — 1999. — № 40. — Ст. 363.
12. Про Державний бюджет України на 2005 рік : Закон України від 23 груд. 2004 р. № 2285-IV // Відомості Верховної Ради. — 2005. — № 7-8. — Ст. 162.
13. Інноваційний розвиток України: політико-правові аспекти : монографія / за ред. В. П. Горбатенка. — К. : Юрид. думка, 2006.
14. Медведенко І. В. Від сталого зростання до сталого інноваційного розвитку / І. В. Медведенко // Перспективи інноваційного розвитку України : зб. наук. ст. / за ред. Я. А. Жаліла. — К., 2002. — С. 82–85.
15. Про пріоритетні напрями інноваційної діяльності в Україні : Закон України від 16 січ. 2003 р. № 433-IV // Відомості Верховної Ради. — 2003. — № 13. — Ст. 93.
16. Про затвердження Методики експертизи стратегічних пріоритетних напрямів інноваційної діяльності та середньострокових пріоритетних напрямів інноваційної діяльності загальнодержавного рівня : наказ від 23 груд. 2003р. № 840/382/528/459/688/513 МОН України, Мінекономики, Європейської інтеграції, Мінпромполітики // Збірник законодавчих і нормативних документів з науково-технічної, інноваційної діяльності та трансферу технологій. — К., 2006. — С. 275–283.

А н о т а ц і я

Василенко М. Д. Адміністративно-господарський статус суб'єктів інноваційної діяльності в контексті розвитку технологічних парків. — Стаття.

Проаналізовано ефективність центральних органів виконавчої влади у галузі інноваційної діяльності з адміністративно-господарських позицій. Центральні органи виконавчої влади виступають як суб'єкти, які мають господарські права і обов'язки, хоча і не здійснюють безпосередню господарську діяльність. Такі суб'єкти є спеціальними, бо беруть участь у спеціальних відносинах, розроблених державою. Показана роль МОН України і Державного агентства України з інвестицій та інновацій як центральних органів виконавчої влади в інноваційній сфері. З позицій права доведена необхідність удосконалити структуру управління у галузі та розмежувати функції центральних органів виконавчої влади, запровадивши принцип одноосібної відповідальності.

Ключові слова: адміністративно-господарський статус, господарське право, інноваційна діяльність, центральні органи виконавчої влади, технологічні парки.

S u m m a r y

Vasylenko N. Administrative-Economic Status for Subjects of Innovative Activity in Context to Technological Parks Development. — Article.

Efficiency of central authorities of executive power in innovative activity field from administrative and economic law position is analysed. Central authorities of executive power is the subjects with economic rights and duties, although they didn't carry out economic activity directly. Such subjects are the special, because they take part in the special government relations. Role of Ministry for Education and Science of Ukraine and State Agency for investments and innovations of Ukraine as the central authorities of executive power at innovative sphere has been shown. Necessity to improve a management structure from the law positions and to devide the functions for central authorities of executive power, introducing principle of individual responsibility.

Keywords: fdministrative-economic status, economic law, innovative activity, central authorities of executive power, technological parks.

УДК 343.9.01

B. O. Туляков

КРИЗА КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА: СУПЕРЕЧНОСТІ ДОГМАТИВ ЧИ ДОГМАТИКА СУПЕРЕЧНОСТЕЙ?

Відомо, що держава не може існувати без кримінально-правового примусу, оскільки відтворення злочинності як соціальний процес та індивідуальна кримінальність особистості як індивідуальна якість потребують існування примусових методів регулювання на різних рівнях правореалізації. Людям взагалі властива тенденція діяти девіантно, і кримінальне право виступає остаточним інструментом впливу в системі заходів державного контролю. Але яким воно повинно бути, наскільки коректно йти сьогодні шляхом постійного збільшення нових складів злочинів, забуваючи про додатковість кримінального права?

В ідеалі — і ми писали вже про це — застосування кримінально-правової норми є її незастосуванням.

Але саме ця остаточність заходів кримінально-правового впливу, їхня адитівність, зорієнтованість на правозастосуванців та їх правосвідомість, а не на пересічних громадян, поруч із іншими системними недоліками публічно-правового регулювання, призвели до формування значної кількості суперечливих явищ та процесів, які у сумі дають можливість казати про припинення розвитку кримінально-правової доктрини, знаходження кримінального законодавства та правозастосування у стані системної кризи. Саме так ставить питання відомий український правознавець проф. В. Навроцький [1, с. 6–7], який у своїх роботах послідовно визначає перелік системних недоліків кримінального законодавства та права (бланкетність, казуїстичність, пробільність, лімітованість карі, розбалансованість санкцій, надмірна диференціація відповідальності, конституційна, міжнародно-правова та локальна колизійність, неоглядність, хаотичність змін, компілятивність та відвертій позитивізм дисертаційних досліджень тощо), які ведуть до низької ефективності кримінально-правових заборон та дисфункцій кримінально-правового регулювання. Проте саме ці інституційні суперечності формальної визна-

ченості кримінально-правових норм залежать від, на жаль, неналежного висвітлення проблем кримінально-правової теорії у сучасній літературі. Еклектичність досліджень на рівні кандидатських та докторських робіт свідчить, що галузь кримінального права поки що не в змозі забезпечити належних теоретичних підвалин сучасній системі правореалізації.

Автор не ставить метою цієї статті огульний критицизм та невіру у сучасне законодавство. Формування кримінально-правової доктрини України, її наступність мають певну рацію. Але. Ми загнали себе у глухий кут, коли, ідучи шляхом від позитивізму догматів до природно-правової емпірики відчувань, залишили старі схеми як фікції при певних суперечностях кримінальної політики. Невідворотність покарання, рівність та диференціація відповідальності, психологічна теорія вини, суб'єктивне ставлення у вину стали ідеологічними фікціями догматів минулого, які продовжують поширюватися і далі. Насправді усе складніше. Маніхейство комуністичної ідеології формувало жорстке ставлення до аксіом та принципів, які за уважного розгляду існували не в ділемі «чорне-біле», а у взаємодії, коли, наприклад, принцип винного ставлення у вину реалізується саме оцінкою винності особи органами досудового слідства та судом у формулі визнання вини як складової частини суб'єктивної сторони складу злочину (змішана теорія вини — при догматі психологічної). Таких прикладів неспрацьовування догматів класиної кримінально-правової доктрини безліч.

Звісно, ця тенденція має місце. Більш того, ми впевнені, що існування системної кризи кримінально-правового регулювання, за якої суворість законів компенсується необов'язковістю їх виконання, пов'язана із загальними за рівнем обов'язковості суперечностями, на існування яких є необхідність звернути увагу.

Перш за все, кримінальне право, як і інші галузі публічного права, за словами Сабіно Кассезе вимушено поступово звільнити себе від парадигм, які воно формулювало протягом останніх двох сторіч [2]. Ця вимушенність пов'язана із переходом до ідеології постмодерну, яка стає пануючою серед правників світу в епоху глобалізації.

З одного боку, це, враховуючи поступові процеси обмежування державного впливу на злочинність, перехід від концептуально близького кримінально-правового позитивізму до констатації природного права як цінності (ресторативна юстиція, ювенальна юстиція, компенсаційні та реституційні механізми, формування юстиції причетних — суспільне правосуддя, приватизація виконання покарання, інституціоналізація покарань та каральних практик).

Ідея достатньо проста: неможливість класичними методами кримінально-правового примусу забезпечити стримування злочинності як соціального інституту вимушене до пошуку нових засобів впливу. Суспільна підтримка некарального правосуддя з боку пересічних громадян достатньо велика у тих країнах, де почуття остраку перед злочинністю досягло апогею. Саме там через суспільні організації та інші форми ма-

сового самоврядування ведеться робота по нейтралізації криміногенних чинників типовими засобами виховного та компенсаційного характеру. Отже ми зіштовховуємося із формуванням інституту компенсації та реституції у кримінальному законодавстві та праві країн різних правових систем та традицій (КК Голландії, Франції, Китаю, Молдови, Польщі та ін.), коли компенсація збитків жертв злочину здійснюється в рамках кримінально-правових відносин і замінює собою покарання. Тобто первісні ідеї адміністрування юстиції причетних отримують своє втілення у кримінальному законодавстві. Проте доктринального оформлення ця ідея в остаточному вигляді все ще не отримала.

Дійсно фігура потерпілого повинна стати центральною у системі кримінальних правовідносин. Поруч з цим, заважаючи на деякі праці вітчизняних вчених (В. Борисов, О. Джужа, О. Дзюба, В. Навроцький, Т. Приєжнюк, М. Сенаторов), характеристики інституту потерпілого в кримінальному праві розглядаються не як головні, а як вторинні.

Це суперечить як конституційним принципам первісності захисту прав і свобод громадянина, так і самій ідеї новітнього вигляду структури кримінальних правовідносин, у яких фігури потерпілого, злочинця та представників держави виглядають як єдиновалентні.

Кримінально-правові угоди як домовленості між особами, що сприяють виникненню, зміні та реалізації кримінально-правових відносин, можуть мати різні форми.

По-перше, це пов'язано із угодами як елементом чи передумовою криміналізації, коли процес оцінки діяння як злочинного залежно від ознак малозначності діяння залежить від сумісної оцінки активності злочинця чи волевиявлення потерпілого (приватне обвинувачення).

По-друге, ми зіштовховуємося із суто кримінальними угодами (співучасть, окремі норми Особливої частини КК, де злочинне діяння реалізується за умов існування угоди, посягає на одного із учасників правовідносин чи соціальний зв'язок між ними).

Наприкінці, кримінально-правові угоди відіграють значну роль у механізмі звільнення від кримінальної відповідальності та покарання (при мирення з потерпілим, дійове каяття, передача на поруки, звільнення від відбування покарання з випробуванням та ін.).

Деякі з них мають суто формальний вигляд угоди, деякі є основним елементом, умовою виникнення чи звільнення від кримінальної відповідальності. Поширення прямої залежності криміналізації діяння (визначення діяння як злочинного) від волевиявлення потерпілого поширює межі приватних зasad у кримінальному праві, веде до віртуальності відносин, коли державний примус є лише підтримкою волі слабкої людини, а не формою вираження волі класу, що панує. Криміналізація, державна реакція на злочин та покарання визначаються приватною особою і це не повернення до теорії приватного покарання, але нове розуміння значущості публично-правової складової у формуванні доктрини сучасного кримінального права.

З другого боку, інша проблема, з якою зіштовховуються сучасні теоретики кримінального права, — фатальна підтримка стабільності індeterminістської моделі, оскільки природний детермінізм особистої поведінки суперечить біхевіористським нормативним встановленням визначення винності особи через суб'єктивне інкримінування.

Саме факти об'єктивного інкримінування у складах злочинів із подвійною формою вини у деяких бланкетних нормах свідчать про поширення думки про каузальність людської поведінки.

Але це суперечить сутності моделі кримінально-правового захисту через адекватне покарання винних.

Іншою мовою: індивідуалізація покарання базується на характеристиках діяння винної особи і саме діяння є основою вибору межі покарання. Спеціальні механізми кримінально-правового впливу (заходи безпеки, компенсації, соціального захисту) не відпрацьовують, оскільки існує проблема із адекватним узгодженням каральної сутності цих заходів із ступенем суспільної небезпеки винної особи та потребами жертви злочину. До речі, вільне застосування каральних заходів безпеки для мети терору у 30-х рр. ХХ століття надало негативного розуміння та оцінки цих заходів у доктрині сьогодення.

Суд визнає особу винною у скоенні злочину та визначає адекватне покарання. Але суд чи у деяких випадках адміністративний орган (адміністративний нагляд, видворення за межі держави, наприклад) може уже зараз зробити висновок про шкідливість (кримінальність) самої людини (кримінальне минуле), її стану (біологічні ознаки), статусу (правові характеристики) із застосуванням окремих примусових заходів, що по суті збігаються із заходами безпеки та соціального захисту, які визнаються такими в інших юрисдикціях Європи.

Наприкінці ідея свободи волі особистості не корелює із неосвідомлюємим психічним, елементом якого за умов тотальної кризи встановлюється усе більше у суспільстві та індивідуальній поведінці особистості. До речі, заклики до використання жорстких видів покарання (хімічна кастрація, стерилізація) до певних категорій злочинців (сексуальні збочинці, педофіли) саме пов'язані із розумінням небезпеки рецидиву з боку кримінальних особистостей із своєрідними стереотипами та патернами.

Звідси проблема порушення прав людини у кримінально-правовій дормі змінюється на проблему адекватності захисту цих прав традиційними засобами кримінально-правового реагування. В ідеалі ми зіштовхуємося із трьома базовими елементами, які сучасна кримінально-правова доктрина використовує, але не завжди описує (злочин, злочинність, кримінальність). Завдання саме і полягає в адекватному формулюванні кримінально-правових заборон та відповідних державних реакцій на ці явища за допомогою кримінально-правових інститутів. Схематично це може бути виявлено у такій формі.

Вид явища	Державна реакція
Суспільно небезпечне діяння	Захід соціального захисту
Кримінальний проступок	Захід безпеки, альтернативні заходи
Криміналість особи	Захід безпеки
Злочин	Покарання, компенсаційні заходи
Злочинність	Коло кримінально-правових заборон у цілому

Отже, системна криза кримінального права пов'язана із остаточною невизначеністю відповіді на запитання що, як та яким чином ми захищаемо?

Щодо конкретних суперечностей діалектики розвитку кримінального права як системи норм про злочини та соціальну реакцію на них, то серед них як перспективних напрямків подолання глибинної кризи догматів слід зазначити:

1. Суперечність між каральною сутністю кримінальної політики та ступенем її узгодженості із суспільною думкою та суспільною свідомістю. Орієнтація кримінального законодавства на передбачені конституцією об'єкти та пріоритети захисту не збігається із поширеністю порушень кримінально-правових заборон у суспільстві, що надає можливості впливу на кримінальну політику (через замовлення у законотворчому процесі криміналізації/декриміналізації), на процесуальні функції тощо. До того ж народ як замовник стабільної влади у зневірі до держави локально формує самостійні механізми реагування на злочинність (від індивідуальної помсти та самосудів, до громадського осуду та процедур реституції). Державна інтервенція у сфері застосування кримінальної карі змінюється суспільною. І ми зараз якраз стоїмо на порозі останньої.

2. Суперечності між конституційно встановленими зразками об'єктів кримінально-правового захисту та процесуальними формами реалізації такого захисту. Кримінальне право існує не тільки в системі норм — воно конкретно пов'язане із механізмом правовреалізації. Проте саме неможливість процесуального встановлення істини по справі є результатом існування прогалин у жорстко сформульованій диспозиції кримінально-правової норми, яка не в змозі пояснити адресату, як і яким чином повинна бути покарана винна особа. Прикладом можуть служити прогалини в регулюванні відносин у галузі інформаційних та інших новітніх технологій, оскільки саме неадекватна реакція законодавця не надала можливості запрацювати цим нормам у повну силу.

3. Суперечності між публічно-правовим характером ідеології державного примусу та індивідуальною формою реалізації кримінальної відповідальності, за якої проблематика взаємної відповідальності, кримінальної відповідальності держави, соціальних спільнот, юридичних осіб не констатується взагалі чи визнається недоречною за умов відсутності історичної наступності у догмі. Це, за умов відносної неефективності карі, призводить до поширення приватно-правових начал у кримінальному праві, які за всілякої підтримки все ж таки розмишають сутність

регулювання. Централізація примусу змінюється реституцією та компенсацією (див. ст. 1177 ЦК України), а в подальшому — і криміналізацією діяльності з урахуванням виключно інтересів потерпілих (фізичних та юридичних осіб, соціальних спільнот).

4. Суперечності між формальною визначеністю кримінально-правової заборони та віртуальністю (розмитістю) її застосування. Справа не тільки в латентності злочинів, справа ще й в усвідомленні населенням (чи певною його частиною) саме заборон як потенційного керівництва до дій. Кримінальні практики не є елементом правового аналізу — це основа кримінального чи псевдокримінального засібу життя. Зловживання правом на ризик існує як елемент розвитку більшості шахрайських практик (реалізація засобів для схуднення, для боротьби із алопецією, телемаркетинг, мережевий маркетинг, не будучи злочинами, є формою кримінальних практик). Але... До речі, не пізнаних та не реалізованих у формальних заборонах. Культура злочину та зловживання правом повинна стати таким же елементом досліджень, як і культура поведінки у суспільних ділянках. Саме моральна невизначеність заборони нівелює якість кримінального закону.

5. Суперечність між екстракримінальним правом (міжнародне та міждержавне кримінальне право) та локальними правовими системами пов'язана не тільки з реалізацією принципів наднаціонального позаконституційного кримінально-правового захисту, але й з ідеологією сувереності кари.

Отже розмиття предмета кримінально-правового регулювання, приватизаційні процеси у кримінальному праві, його віртуальність у динамічних відносинах із населенням поруч із існуванням декількох моделей кримінально-правового реагування на різних рівнях соціальної взаємодії потребує певних реакцій від суспільства та наукової думки шляхом формування чи уточнення певних догматів сучасної кримінально-правової доктрини.

Література

1. Навроцький В. Чи перебуває українське кримінальне право у стані кризи? / В. Навроцький // Юридичний вісник України — 2009. — № 37. — С. 6; № 38 — С. 6–7.
2. Sabino Casseze Le droit tout puissant et unique de la societe: Paradoxes of administrative law — Presentation at the Conference of European association of public law. — Athens, 09.09.2009 — 13.09.2009. — reprinted version. — 51 pp.

Анотація

Туляков В. О. Криза кримінального права: суперечності догматів чи догматика суперечностей? — Стаття.

У роботі йде мова про існування системних суперечностей в описі предмета кримінально-правового регулювання, що ведуть до свавілля у догматиці сучасних кримі-

нально-правових відносин. Зроблено опис типових помилок та суперечностей теорії кримінального права сьогодення.

Ключові слова: теорія кримінального права, публічне право, приватне право

S u m m a r y

Tulyakov V. A. Criminal Law Crisis: Contradictory Dogmas Versus Dogmatize Contradictions. — Article.

Some modern approaches connected with privatization of criminal legal relations, minimization of coercive powers, differentiation of criminal liability on international and multinational level are analyzed in this issue. The author stresses that orientation on ancient dogmas and ideas of XIX century stands in contradiction with global changes of crime and criminality. Some legal aspects of this problem are analyzed.

Keywords: subjective approach to proof, criminalization, fault, Public and private law.

УДК 342.34(477)

T. V. Розова

ДЕМОКРАТИЯ В УКРАЇНІ: ПРОБЛЕМИ ТА ПЕРСПЕКТИВИ

Україна не стала винятком з того правила, що нерозвиненість само-організації суспільства і очікування соціального патронажу з боку владних структур разом із посттоталітарним світосприйняттям дійсності неминуче посилили роль президентської вертикалі в усіх країнах пострадянського простору. Нагальне завдання, що стоїть перед українським суспільством — це поступове подолання як неузгодженості владних по-вноважень, так і слабкості інститутів громадянського суспільства у справі послідовної реалізації прав і свобод людини. При цьому для України однією з провідних проблем, що притаманні багатьом країнам міжнародного співовариства взагалі та, особливо, пострадянського простору, залишається корупція, кланово-олігархічний вплив на владу, ознаки зрошення влади і бізнесу.

Ці проблеми залишають за Україною небезпеку витіснення з центру міжнародного розвитку та зростання з конфліктогенным потенціалом Європи і світу загалом. Лише укорінення демократичних цінностей у правосвідомості української громади, перетворення їх на визначальні та повсякденні можуть стати запорукою перетворення національної ідеї на реальність. Цьому максимально сприяє та обставина, що геополітичні та геокультурні передумови визначають ключове місце України у цьому процесі. Через це перетворення України на осередок демократії, в тому числі й на євразійському просторі, слід розглядати як питання значуще не лише для українського народу, але й для міжнародної спільноти.

Дієва демократія в Україні покликана стати чинником застереження Російської Федерації від ролі метрополії і перетворити її на один із провідних суб'єктів майбутнього глобального співовариства. З іншого боку, можливість авторитарного реваншу в Україні стримує демократичну трансформацію Росії, нагадує їй такі апробовані, але надзвичайно неефективні шляхи суспільного розвитку, що призводили до руйнівних національних катастроф на кшталт 1917 року.

Натепер Україна володіє важливим досвідом з підтримки геополітичної стабільноті та безпеки в регіоні, має суттєві здобутки у формуванні європейської і глобальної систем безпеки. Як держава, що прямує до демократії інноваційним шляхом, з власними прорахунками та відкриттями, вона демонструє наочні приклади дотримання етнополітичної та міжконфесійної толерантності. Вона була й залишається одним з основних європейських торгових, транспортних та енерготранзитерів, авторитетним учасником ринку звичайних озброєнь і володіє неабияким науково-технологічним потенціалом в аерокосмічній галузі.

Окрім того, Україна повинна набути роль партнера у поширенні геополітичного плюралізму та ідеології «культури миру», у боротьбі із міжнародним тероризмом, у процесі стабілізації ситуації у Придністров'ї та на Кавказі, формуванні нового енергоринку, освоєнні Чорноморських енергоносіїв, спорудженні нової системи транснаціональних комунікацій Азія—Європа.

Звідсіля випливає, що побудова ефективної та дієвої системи міжнародної безпеки та стабільноті в Європі неможлива без активної участі України. Тому її географічне розташування, важливий територіальний, економічний, соціально-демографічний, військовий, культурний і транспортний потенціал поступово повинні стати одним з ключових важелів у європейській та світовій політиці. Суб'екти останньої знаходяться в активному процесі усвідомлення, що лише демократична Україна може бути ефективним та рівноправним партнером як Російської Федерації, так і країн НАТО та Європейського Союзу у питаннях формування системи міжнародної безпеки і стабільноті. Стратегія подальшого розвитку держави може реалізовуватися лише демократичною Україною. Це знайшло неодноразове відбиття у чинних документах і скорегувало позицію керівників міжнародних організацій і впливових західних країн. Разом з тим національні інтереси України присутні і в інших напрямах зовнішньої політики. Серед них — співробітництво в міждержавних форматах, подібних до євразійського співробітництва. Це відкриває сприятливі можливості для взаємовигідних стосунків з країнами Кавказу, Центральної Азії та Китаєм.

Таким чином, тільки інтенсифікація демократичних перетворень стане для України вирішальним засобом як збереження та активізації взаємовигідних політичних та економічних стосунків з Росією, так і інституалізацію взаємин з НАТО та ЄС.

Становлення ринкової економіки з її інституціями та відповідним прогресом України сприяють поступовому формуванню економічних засад демократії. Проте глибина трансформаційного спаду, значні структурні диспропорції та відставання багатьох економічних показників від рівня більшості посттоталітарних економік Центрально-Східної Європи обумовлюють значні труднощі на цьому шляху. Тому доводиться робити висновок, що зараз українська демократія, перш за все, вимагає синхронізації своїх політичних та соціально-економічних вимірів.

Відсутність такої синхронізації призводить до того, що зберігається відчуженість багатьох громадян від реальної влади і власності. Внаслідок тіньової приватизації державних підприємств і корупції управлінського апарату власність опинилася у розпоряджені обмеженого кола непідконтрольних суспільству політико-фінансово-бюрократичних угруповань. Проте умови існування олігархічної моделі вкрай шкідливі. Можливості отримання конкурентних переваг за допомогою лобіювання вузькокорпоративних інтересів необхідно зменшити формуванням економічної системи, що базується на загальновизнаних економіко-правових нормативах та збільшенні прозорості їхнього дотримання.

Впровадження такої системи потребує укорінення в правосвідомості громадян Україні демократичних підвалин в економіці, створених у ряді європейських країн, де взаємозалежність економічних та політичних засад демократії має правовий статус. Економічна демократія — це система суспільних відносин, яка ґрунтуються на безпосередній участі більшості громадян у процесі прийняття та реалізації рішень у галузі економіки і забезпечення їхніх економічних інтересів. Економічна демократія передбачає розширення матеріально-фінансових повноважень представницьких органів, підвищення ролі профспілок та об'єднань підприємців і роботодавців.

Політика формування середнього класу в Україні має, насамперед, спиратися на заходи, які б забезпечували консолідацію інтересів різних соціальних страт суспільства навколо стратегічних завдань соціально-економічного розвитку. Серед таких слід виокремити створення умов задля входження до середнього класу працівників недержавного сектора економіки (зокрема — малого й середнього бізнесу), надавши їм можливість отримати достатні доходи від легальної, відкритої економічної діяльності в ринковому середовищі. Засобами досягнення такої мети на вирішальному етапі розвитку економічної демократії України є:

- підвищення офіційної заробітної плати, її соціально справедлива диференціація, формування прозорих механізмів формування фондів пенсійного страхування та інших соціальних страхових фондів;
- зниження фіскального тиску, формування системи спрощеного оподаткування зі стимулами довгострокового розвитку малого бізнесу;
- забезпечення дієвого економічного захисту громадянських прав, прав власності та фізичної безпеки громадян України завдяки введенню в дію довгострокових правових гарантій;
- концентрація державної політики на всебічному розвитку людського капіталу, а саме — на спрощенні доступу до освіти, зміні та підвищенні кваліфікації, заходах охорони здоров'я тощо. Зокрема, слід розвинути систему податкового кредиту для витрат на освіту та охорону здоров'я, сприяти поширенню, особливо в сільській місцевості, доступу населення до інформаційних ресурсів, включаючи Інтернет.

Вагомим кроком у напрямку подолання бідності в Україні може стати Національна стратегія подолання бідності на кшталт затвердженої Ука-

зом Президента України від 15.08.2001 року. Дієве поліпшення стандартів життя та зменшення гостроти проблеми диференціації населення за доходами і власністю можливе лише в разі максимальної активізації творчого трудового потенціалу економічно активного населення. Відтак, стратегія подолання бідності має, насамперед, передбачати створення належних умов для довгострокового збільшення доходів населення та підприємств як вихідних джерел забезпечення достатнього рівня життя та соціального забезпечення громадян. З цією метою соціальна політика має бути інтегрована у систему стратегії економічних реформ та відбуватися узгоджено із іншими заходами економічної політики та стимулювання економічного зростання.

Економічно активне населення в значній мірі схвалює диференціацію, якщо вона обумовлена різницею в здібностях, індивідуальних зусиллях, готовності взяти на себе ризики, а не з кримінальним збагаченням або монопольним доступом до ресурсів. Тому забезпечення активного формування економічних можливостей і рівного доступу до них відповідає настроям населення України в більшій мірі, аніж механічне вирівнювання доходів. Політика подолання бідності та надмірного соціального розшарування має поєднувати сприяння рівному доступу до базових елементів соціального забезпечення та надання можливостей самореалізації у прозорому ринковому середовищі. Така державна політика отримуватиме підтримку від широких верств населення, а отже, сприятиме розвиткові демократичних процесів в Україні.

Стратегічною метою демократизації в Україні є створення таких умов, за яких повний обсяг прав і свобод громадян, проголошений Конституцією, стане предметом турботи всіх суб'єктів політичного процесу. Гарантії цих прав і свобод залежать від належного нормативно-правового забезпечення, ефективності функціонування суспільних і державних інституцій, а також від умов життя основних верств населення України.

Однак правові механізми реалізації конституційних норм в Україні не завжди є достатньо дієвими і ефективними. Зокрема, це стосується вдосконалення таких механізмів безпосередньої демократії, як вибори, референдуми, право громадян збиратися, проводити збори, мітинги, походи і демонстрації. Це передбачає створення правових умов для того, щоб ці форми безпосередньої демократії дійсно забезпечували реалізацію народного волевиявлення і відвертали спроби його фальсифікації та маніпулювання громадською думкою.

Загострення цієї проблеми періодично відчувається в Україні із проведенням чергових виборів, які є головним механізмом народного волевиявлення. Адже загальновідомо, що рівень демократичності політичної системи сучасної країни визначається розвитком безпосередньої демократії. Саме тут реалізується найважливіша функція демократичної держави — реалізується роль народу як носія суверенітету і єдиного джерела влади через вибори до органів державної влади і місцевого самоврядування.

Відповідальність та демократизм влади багато в чому залежать від розвитку місцевого самоврядування — провідного інституту європейських демократій. Досвід становлення місцевого самоврядування в Європі свідчить, що позитивні результати його розвитку залежні від процесів державотворення — побудови ефективної політичної системи, дієздатного державного управління, оптимальних бюджетно-фінансових відносин, демократичного судочинства, адміністрування тощо [2].

В Україні територіальна громада визначена первинним суб'єктом місцевого самоврядування, на відміну від Європейської хартії, яка цю функцію покладає на органи місцевого самоврядування. Проте і нині зберігається відірваність територіальних громад від місцевої влади. Засоби заличення населення до здійснення місцевого самоврядування, крім місцевих виборів, у більшості сіл, селищ, міст України працюють незадовільно, а рівень громадської, правової та політичної культури залишається недостатнім, що спричиняє недовіру населення до органів влади та місцевого самоврядування.

Ослабленість демократичних традицій місцевого самоврядування в Україні призводить до зростання корумпованості та клановості в діяльності місцевої влади. Чинні конституційні норми досі не знайшли належного відбиття у відповідних законодавчих актах. Це насамперед стосується місцевих ініціатив, а також гарантій прав і свобод громадян, що забезпечуються органами місцевого самоврядування. Досі залишається поза увагою така важлива складова процесу демократизації, як розвиток територіальної громади.

Участь громадян у прийнятті рішень у сфері місцевого самоврядування відповідно до чинного законодавства відбувається шляхом місцевих референдумів, громадських слухань та зборів. Аналіз практики місцевих референдумів в Україні доводить, що найпоширенішим питанням, яке пропонується ініціаторами, є дострокове припинення повноважень міського голови. Як правило, до ініціювання місцевого референдуму активно залучаються місцеві осередки політичних партій, скеровані політичними силами з центру і з метою поширення свого впливу та одержання відповідної політичної реклами.

Останнім часом перспективною формою суспільної діяльності місцевої влади з населенням вважається робота громадських рад. Вони утворюються при органах та керівних посадах місцевого самоврядування з метою забезпечення потреб членів територіальної громади, надання соціальної допомоги та здійснення місцевого самоврядування. Практикується також і заличення громадян до реалізації рішень місцевої влади за допомогою органів самоорганізації населення. Зокрема, такі органи успішно виконують делеговані міською радою повноваження у сфері благоустрою території, ремонту доріг, будівництва водогону тощо.

Ідеї дорадчої демократії втілюються також в участі громадських структур у місцевих справах. Адже у розвинених демократіях дорадчі комітети активно заміщають різноманітні комітети та комісії, члени яких

мають представницькі мандати або є посадовими особами виконавчої влади. Тим самим в Україні проявляється надійна перспектива розвитку громадянського суспільства, яке є основою демократії — гарантом прав і свобод людини. Громадянські інститути покликані стати проміжною ланкою між державою і громадянином, обстоюючи його інтереси та життєві позиції тієї чи іншої соціальної групи суспільства [3]. Свобода асоціацій і повага до їхніх прав забезпечить державі гармонійне об'єднання інтересів останніх як основи політичної та соціально-економічної стабільності. Втім сучасна практика формування громадянського суспільства і становлення його інститутів в Україні вказує на значні деформації у цьому процесі. Це, зокрема, взаємна недовіра влади та недержавних організацій, а також низький вплив громадських організацій на суспільство.

Досвід країн розвинutoї демократії показує, що особливо велика відповіальність у період формування «третього сектора» лежить на структурах, які виконують регулятивні функції: правову, фінансову, організаційно-сервісну. Держава повинна створити законодавчу базу, яка сприятиме виникненню та життєздатності оптимального саморегулюючого громадського сектора із залученням до цього бізнесових інститутів. Це, у свою чергу, вимагає відповідного удосконалення соціально-трудових відносин у напрямі досягнення стандартів Євросоюзу та Міжнародної організації праці. З цією метою необхідно підвищити роль та дієвість механізмів соціального діалогу держави з профспілками. Особливого значення набуває діалог з профспілками у проведенні кардинальних соціальних реформ, зокрема пенсійної, реалізації соціальних гарантій чинної Конституції.

Разом з тим діяльність профспілок як посередника між повсякденністю громадянина та державою має доповнюватися й могутніми духовними чинниками. І одним з таких виступає **релігійний чинник**, який відіграє важому роль у процесах державотворення і національної самоідентифікації, і релігійні організації — важливий інститут громадянського суспільства. Впровадження демократичної державної політики щодо релігійного життя обумовило інтенсивний розвиток та інституалізацію конфесійної мережі країни, відчутно сприяло імплементованості релігійних об'єднань у соціум. Нині Церква в українському суспільстві зуміла відновити свою місію духовного служіння. Вона активно переймається проблемами соціального облаштування громадян. Конфесійний чинник відіграє також одну з провідних ролей у зміцненні міждержавних зв'язків України.

Водночас ще й досі зберігаються мотиви міжконфесійних протистоянь, недосконалість законодавства, політизація релігії. Залишаються відкритими питання щодо реституції церковного майна, створення Помісної православної церкви. Все це перешкоджає досягненню національної злагоди, ослаблює національну безпеку держави та її імідж на міжнародній арені. Тому подальша гармонізація відносин між Українською

державою та релігійними організаціями є нагальною потребою сьогодення. Від цього значною мірою залежать успіх демократичних звершень в Україні, її перспективи на шляху просування до європейської спільноти.

Іншим важливим ідентифікаційним чинником виступає мова. Тривалий період бездержавності суттєвим чином послабив позиції української мови, що вимагає послідовного втілення державної політики сприяння її розвиткові. Законодавство України у цій сфері повністю відповідає демократичним європейським зразкам. Проте, мовна проблема за певних умов може бути використана задля дестабілізації суспільно-політичної ситуації. Без вільного функціонування державної мови не можливо на демократичному рівні забезпечити мовні права і потреби всіх інших націй, що живуть в Україні.

А вільне функціонування державної мови та забезпечення мовних прав і потреб громадян можуть забезпечити, перш за все, такі ж вільні ЗМІ як провідний інститут демократичного суспільства. За Конституцією України [1] народ є єдиним джерелом влади. Це повинно означати самоврядування вільних громадян, самостійне вирішення ними власних проблем. А розумне та неупереджене рішення можна прийняти лише в ході вільного обміну думками та інформацією. Суспільні проблеми, тобто проблеми, які стосуються всіх, мають обговорюватися публічно. Цей процес також підвищує ефективність виконання державних рішень, зокрема законів, та призводить до більш стабільного суспільства, оскільки виконувати державні рішення психологічно простіше тим, хто брав участь у їх прийнятті.

Отже, головними напрямами національної інформаційної політики є:

- створення єдиного інформаційного потенціалу та простору України з метою їхньої інтеграції у світовий інформаційний простір і підвищення міжнародного іміджу держави;
- використання інформаційних ресурсів у національних інтересах із забезпеченням гарантій інформаційного суверенітету держави та створенням загальної системи охорони інформації;
- оперативне вирішення правових проблем інформаційного законодавства України;
- розширення доступу громадян до інформації через вдосконалення організаційної структури відомств та установ, побудованої у більшості випадків за ієрархічним та територіальним принципами;
- збагачення досвіду відомств та державних установ щодо створення й експлуатації глобальних інформаційних систем;
- формування систем транскордонного інформаційного обміну, що реалізують взаємний доступ користувачів до вітчизняних і закордонних баз даних, міжкомп'ютерний обмін даними, проведення телеконференцій і т.п.;
- використання систем міжнародних стандартів у галузі телекомуникацій і розробка на їхній основі вітчизняних стандартів і протоколів інформаційного обміну.

Завдяки поступовому виконанню зазначених завдань, починаючи з 1990-х років, вітчизняний медіа-простір поступово набув рис цілісного утворення, сформувалися і багато у чому відповідають загальноєвропейським нормам його інституційна, нормативно-правова, змістовна складові, відбулося становлення вітчизняного медіа-ринку. Найважливішою цінністю виступає незалежність ЗМІ від держави, а головною умовою є наявність відповідного економічного підґрунтя. З цього погляду, тенденції розвитку вітчизняного медіа-ринку слід оцінити як доволі оптимістичні. Нині пріоритетним напрямом поліпшення ситуації у медіа-сфері України повинно стати посилення ролі структур громадянського суспільства. Саме громадськість та її об'єднання, а не органи державної влади та місцевого самоврядування або бізнес-політичні угруповання мають виступати основним контролером і контрагентом засобів масової інформації.

Чесне, прозоре і справедливе проведення президентських виборів у 2010 році повинно закріпити демократичні надбання останніх років та відкрити шлях для подальших політичних і економічних перетворень з метою досягнення демократичних стандартів організації суспільного життя. Завдання майбутнього глави держави значним чином полягатиме у реалізації демократичних прагнень українського суспільства. Програма і пріоритети його першочергових дій мають бути визначені у широкій суспільній дискусії навколо передвиборних платформ кандидатів у Президенти України.

Література

1. Конституція України : прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 черв. 1996 р. — К. : Феміда, 1996.
2. Концепції взаємодії держави і громадянського суспільства : проект Міністерства юстиції України. — Режим доступу : <http://www.minjust.gov.ua/?do=d&id=7544&sid=discuss>.
3. Розова Т. В. Специфика становления гражданского общества в Украине / Т. В. Розова, В. Ю. Барков. — О. : Юрид. л-ра, 2003. — 336 с.

Анотація

Розова Т. В. Демократія в Україні: проблеми та перспективи. — Стаття.

Стаття присвячена аналізу демократичних перетворень в українському суспільстві. Визначено та охарактеризовано основні чинники розвитку демократії, як-то: економічні, фінансові, соціальні, інформаційні, етнокультурні тощо. Зазначено, що сучасні перетворення в Україні можуть стати перспективним базисом для розвитку демократії в усьому регіоні.

Ключові слова: демократія, громадянське суспільство, українська державність, демократичні перетворення.

S u m m a r y

Rozova T. V. Democracy in Ukraine: Problems and Perspectives. — Article.

The article consists the analysis of democratic performance in Ukrainian society. It is determined and characterized the main features of democracy development, such as economical, financial, social, informative, ethno-cultural etc. It is noticed, that today's performances in Ukraine may be a perspective basis to democracy development in our region.

Keywords: democracy, civil society, Ukrainian state, democratic performances.

УДК 347.73:336.71

Л. К. Царьова

ПРАВОВІ ЗАСОБИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ РЕАЛІЗАЦІЇ ФУНКЦІЙ ГРОШЕЙ

Актуальність теми обумовлена необхідністю дослідження публічно-правового аспекту найважливішого елемента ринкової економіки — грошей, роль яких обумовлена саме їх функціями, та впливу держави як їх емітента на забезпечення виконання ними своїх функцій.

Певна увага зазначенім проблемам приділялась у наукових дослідженнях Є. О. Алісова, Є. М. Ашмаріної, К. С. Бельського, М. І. Боголєпова, Л. К. Воронової, О. М. Горбунової, А. Ю. Грибова, Е. М. Грачової, В. О. Лебедєва, М. В. Карасьової, О. А. Лукашева, О. П. Орлюк та інших, у яких автори торкалися деяких питань стосовно функцій грошей, але вони не ставили перед собою завдання щодо правового забезпечення функцій грошей, тому окремі питання теоретичного та нормативного характеру залишаються невирішеними.

Метою даної статті є визначення функцій грошей у ринковій економіці та визначення правових засобів забезпечення їх виконання.

Гроші як соціальний феномен досліджувались протягом багатьох століть, починаючи від Арістотеля (IV ст. до н.е.) до сьогодення, однак і досі немає одностайної думки щодо теоретичного визначення змісту цієї категорії.

З часів виникнення товарно-грошових відносин гроші зазвичай визначають як особливий товар, специфіка якого визначається їх універсальністю завдяки їх здатності обмінюватися на будь-який інший товар. Деякі вітчизняні економісти виділяють такі базові принципи та підходи до визначення цієї категорії: а) гроші — це особливий сектор економічних відносин, що опосередковує взаємовигідний обмін товарами, роботами, послугами та капіталами між суб'єктами економіки з передбачуваними наслідками; б) це сукупність усіх платіжних засобів, здатних забезпечувати виробництво, обмін та споживання усього різноманіття благ, які мають споживчу вартість (товарів, робіт, послуг) [1, с. 15–16]. Слід

відзначити, що перша частина такого визначення є вельми спірною, оскільки гроші як такі не можна вважати сектором економіки, вони є лише засобом, що забезпечує функціонування певного сектора економіки, яким можна вважати сектор грошового обігу. Стосовно другої частини запропонованого підходу, то він є схожим з позицією багатьох дослідників [2, с. 6; 3, с. 14].

У зарубіжній науковій літературі також відсутнє чітке теоретичне визначення категорії «гроші». На проблемі економічної науки стосовно з'ясування поняття і природи грошей вказував відомий економіст США другої половини ХХ століття П. Девідсон [4, с. 64]. В американській літературі переважає сутто емпіричний підхід до з'ясування змісту категорії «гроші», суть яких визначається лише на основі їх функціонального застосування. Так, американський економіст Ф. Вокер ще в минулому столітті висловлював думку, що «гроші — це те, що вони роблять» [4, с. 64]. Це спрощене визначення повторюють і його співвітчизники К. Л. Макконнел та С. Л. Брю [5, с. 264].

Вітчизняні економісти та вчені-юристи детальніше дослідили категорію грошей. Одним із фундаментальних положень вітчизняної економічної теорії, як відзначає А. Гальчинський, є твердження, що гроші являють собою специфічний засіб реалізації вартості, її окрему форму. Слід підтримати його висновок, що саме вартість є тією реальною базою, яка робить гроші і товар економічно тотожними структурами, оскільки товар обмінюється на гроші, далі гроші — на інший товар завдяки наявності спільної основи — вартості [4, с. 12]. Але водночас потрібно внести певне уточнення, відзначивши, що гроші є лише знаками вартості, її символами, і вони обмінюються на товар лише на підставі юридичного критерію, що полягає у наданні їм законом властивості бути єдиним законним платіжним засобом.

Саме в цьому полягає основна характеристика їх правової природи, яка відрізняє їх від інших платіжних засобів, у тому числі і від грошових сурогатів. Адже держава, встановивши у Конституції України національну валюту — гривню як єдиний законний платіжний засіб на території країни, зобов'язала усіх без винятку суб'єктів правовідносин використовувати національні гроші у такій якості. Звернемо увагу на те, що такий владний припис стосується лише сутто грошей, а не інших платіжних засобів, зокрема грошових сурогатів.

У ринкових умовах значення категорії «гроші» підвищується, вони стають одним із її основних елементів. Слід зазначити, що розвиток суспільних відносин потребує подальшого вдосконалення інструментів управління економікою, технічний прогрес дозволяє створювати нові форми грошей, у тому числі і нематеріального характеру. Це обумовлює появу нових досліджень грошей, їх властивостей, нові спроби теоретичного формулювання дефініції грошей. Л. А. Лунц вказував, що основним елементом юридичного вчення про гроші є... розмежування двох понять: 1) поняття грошей, загального для права і економічної науки; 2) поняття

грошей у спеціальному юридичному значенні [6, с. 31]. Звертаючи увагу на подвійну природу грошей, Є. О. Алісов зазначає, що неможливо вироблення чисто юридичної дефініції грошей, оскільки, не будучи наповненою економічним змістом, вона може розглядатися виключно як фікція [7, с. 157].

Досліджуючи особливості правової природи грошей з позиції фінансового права, О. М. Горбунова використовує нові сучасні підходи для з'ясування публічного змісту поняття «гроші». Слід підтримати цілком правильний її висновок, що «на відміну від цивільно-правового розуміння фінансове право має предметом не просто гроші як публічно-правовий продукт, але комплексну грошову систему як одну із підсистем суспільства», вона підкреслює, що основу інтересу фінансового права до категорії «гроші» становить їх роль не як засобу обміну, а як інструмента сучасного управління, саме це робить суспільні відносини у сфері грошей фінансовими [8, с. 4].

Узагальнюючи вищепередні поняття грошей, слід зазначити, що гроші як категорія публічного права є фінансовим інструментом, який визначений законом як єдиний законний платіжний засіб, є універсальним посередником міни та може виконувати також функції засобу накопичення [9, с. 163].

Втім, незважаючи на різні позиції авторів щодо того, що саме є гроші, майже всі дослідники одностайні у твердженні, що зміст терміна «гроші» та їх роль у суспільстві визначаються через їх функції (від лат. *function — діяльність*).

Філософи розглядають функцію як зовнішній прояв властивостей якого-небудь об'єкта в даній системі відносин [10, с. 504—505]. В економічній системі держави гроші відіграють важливу роль, а в умовах ринкової економіки — провідну роль саме завдяки виконуваним ними функціям.

Обслуговуючи ринкову економіку, гроші мають забезпечити постійний рух товарів від виробників до споживачів, можливість обміну різних виробників результатами своєї праці. Тобто вони призначенні служити знаряддям обміну. Цю їхню здатність бути загальним знаряддям обміну Л. А. Лунц називає функцією грошей і звертає увагу на те, що ця здатність несе фактичний, а не юридичний характер, оскільки грошовий знак не є ордер на товар. «Функція загального знаряддя обміну повідомляється грошам у силу довіри до них учасників цивільного обороту, в силу впевненості кожного з них, що цей грошовий знак ... дає фактичну можливість вільного вибору господарських благ» [6, с. 27].

І дійсно, ця позиція відомого вченого-цивіліста підтверджується історією виникнення грошей, коли в ролі грошей використовувалися ті або інші товари в силу довіри до їх затребуваності учасниками торгового обороту. Необхідність же надання юридичної сили властивостям певного товару бути загальним знаряддям обміну виникла пізніше. І, як зазначає Л. А. Лунц, «звичка» використовувати певну річ як знаряддя обміну

склалася «під сильним, хоча і непрямим, впливом з боку держави» [6, с. 27]. Слід підтримати такий висновок, оскільки юридичний вплив у даному разі має вторинний характер, тому що право тут покликане лише обслуговувати економіку, сприяти її розвитку.

Аналогічної точки зору дотримується і А. Ю. Грибов, який, вказуючи на амбівалентність економічної природи грошей і юридичного визначення, підкresлює, що «джерелом права в матеріальному сенсі є економічні відносини, що розвиваються... як кінцева причина виникнення і дії права» [11, с. 8]. Погоджуючись з таким висновком щодо первинності економічних відносин і вторинності права, що їх регулює, необхідно підкresлити, що юридичне обґрунтування застосування грошей і визначення їх конкретних форм стало необхідним лише на певному етапі розвитку суспільних відносин та державності. А. Ю. Грібов відзначає, що гроші — об'єктивне явище, яке виникає і розвивається в результаті природної еволюції товарного виробництва, закріплення ж їх реальних форм є прерогативою держави [11, с. 11].

Високо оцінюючи глибоке наукове дослідження фундаментальних проблем теоретичного і правового характеру щодо грошей і цінних паперів, проведене російським вченим А. Ю. Грибовим, варто все ж відзначити, що використання ним поняття «амбівалентність» для характеристики економічної та юридичної природи грошей видається не зовсім коректним. Термін «амбівалентність» у довідковій літературі визначається в основному в двох значеннях: 1) походить від латинського *ambo* — обидві і *valentia* — сила і що означає подвійність, яка виявляється в почуттях і діях, що знаходяться у *superечливих* (тут і далі виділено мною. — Л. Ц.) один одному прагненнях [12]; подвійність переживання, коли один і той самий об'єкт викликає в людини одночасно протилежні почуття, наприклад любові і ненависті [13]; 2) походить від грецького *amphi* — навколо, біля, з обох сторін, подвійне і латинського *valentia* — сила і що означає подвійне, *superечливе* ставлення суб'єкта до об'єкта, що характеризується одночасною спрямованістю на один і той самий об'єкт *протилежних* імпульсів, настанов і почуттів, що володіють рівною силою та обсягом [14].

Аргументуючи правомірність застосування терміна «амбівалентність», А. Ю. Грибов вказує на невідповідність «провідного юридичного трактування грошей їх економічному змісту, який повинен визначати їх юридичне формулювання». З цим висновком можна погодитися. Але в законодавстві України, як і в законодавстві Російської Федерації, загальне визначення грошей відсутнє, лише в Цивільному кодексі вони розглядаються через цивільно-правові категорії речей і зобов'язань. Тут якася суперечність з їх економічною сутністю особливо не проявляється.

Переваги при використанні грошей як знаряддя обміну підкresлює і У. Ст. Джевонс. Він називає це функцією мінового засобу і зазначає, що хоча вона могла бути виконана задовільно багатьма товарами, однак у силу звички або необхідності цю роль виконує якийсь один, певний

предмет, який служить «грошима раг ехелензе» [15, с. 8–9] (*лат.*: в істинному розумінні слова).

Функція грошей як знаряддя обміну відзначалася і В.О. Лебедевим, який вказував, що гроші є платіжним засобом, товаром — посередником міни, товаром, усім однаково придатним [16, с. 410].

Реалізацію функції грошей як знаряддя обміну можна проілюструвати, якщо детально проаналізувати процес купівлі та продажу. Продаючи товар, учасник правовідносин — продавець, одержує в обмін на нього гроші, а потім пропонує їх в обмін на потрібні для нього товари або послуги, причому це можливо і в інший час і в іншій місцевості на території даної держави.

В умовах товарно-грошового виробництва для реалізації функції грошей як знаряддя обміну непотрібно правового закріplення, оскільки традиційно в цих умовах господарський обіг здійснюється за допомогою грошей. Проте в окремі періоди, особливо у кризових умовах, коли знецінення грошей не забезпечує будь-якої довіри учасників господарського обороту до них як до знаряддя обміну, окремі суб'екти господарювання віддають перевагу безпосередньому обміну товарами — бартеру. Саме за таких умов виникає потреба у правовому втручанні держави, яке виражається у прямій забороні бартеру, або у встановленні певних обмежень чи певних режимів для бартерних операцій, і таким чином примусово встановлюється використання у якості знаряддя обміну виключно або переважно грошей.

У національному законодавстві таке спеціальне регулювання бартерних операцій здійснюється Законом України від 23.12.1998 р. № 351-XIV «Про регулювання товарообмінних (бартерних) операцій у галузі зовнішньоекономічної діяльності» та рядом підзаконних актів, зокрема указами Президента України від 26.07.1995 р. № 660/95 «Про додаткові заходи щодо регулювання бартерних (товарообмінних) операцій у галузі зовнішньоекономічної діяльності», від 21.10.1998 р. № 1165/98 «Про проведення експерименту щодо зменшення обсягу товарообмінних (бартерних) операцій у господарському обороті України», а також постановами Кабінету Міністрів України від 17.03.1998 р. № 333 «Про заходи щодо скорочення товарообмінних (бартерних) операцій у господарському обороті України», від 12.06.1998 р. № 854 «Про перелік товарів (продукції, робіт, послуг), експорт яких забороняється за бартерними (товарообмінними) операціями», від 16.09.1998 р. № 1451 «Про зупинення дії постанови Кабінету Міністрів України від 12.06.1998 р. № 854 у частині здійснення бартерних (товарообмінних) операцій з суб'ектами господарської діяльності країн — учасниць Співдружності Незалежних Держав» та іншими.

Використання грошей як знаряддя обігу потребує наявності мірила вартості, тобто засобу, який би дозволив вимірюти і виразити вартість кожного товару. В. А. Дмитрієв-Мамонов та З. Евзлін вказують, що гроші є загальним мірилом вартості, знаряддям для вимірювання еконо-

мічної цінності товарів, для визначення розміру їх міноздатності точно так, як аршин, пуд, чверть, відро служать їх фізичною мірою [17, с. 3].

Цю здатність грошей служити певною мірою Яроцький називає функцією вимірювання. Аналізуючи функції грошей, Яроцький згадує її першою. Видеться, що це не випадково. Саме завдяки здатності бути міром, своєрідним еталоном для товарів, гроші через коефіцієнт обміну — ціну служать знаряддям обміну, що дає можливість обміну якого завгодно товару на будь-який, забезпечуючи таким чином товарообіг і господарський обіг. Тому функція виміру (іноді її називають «загальний еквівалент») може і повинна вважатися однією з основних функцій грошей, на підставі якої гроші виконують і інші свої функції.

В Україні такий еталон (міра вартості) встановлений Конституцією України, ним є національна грошова одиниця — гривня. Щоправда, поняття «еталон» тут застосовується лише умовно, оскільки зазвичай це — метрологічна категорія, що означає зразок, мірило, точно розраховану міру чого-небудь, прийняту в ролі зразка. Стосовно до категорії «грошей» це поняття було властиве лише в період існування золотомонетного стандарту (наприкінці XIX — початку ХХ століття), при якому грошова одиниця країни мала певний золотий вміст, встановлений законом і незмінний. Тоді золото було безпосередньою основою грошового обігу й загальним еквівалентом. У деяких країнах таку роль відігравали інші банківські метали (срібло, платина, паладій). В даний час у жодній країні світу такі стандарти (паритети) не застосовуються.

Встановлена на конституційному рівні грошова одиниця є грошовим знаком, що служить для порівняння і вираження цін усіх товарів. Ціна, як відомо, є формою виразу вартості товару у грошовій формі завдяки властивості грошей служити масштабом цін. Іноді таку властивість грошей виділяють як самостійну їх функцію, однак, як вказує М. А. Портной, вона є лише механізмом, за допомогою якого виконується міра вартості [18, с. 41].

Грошові знаки виконують функцію міри вартості завдяки зазначеній на них згідно з правовим актом про їх емісію інформації про їх номінальну вартість, за якою вони мають використовуватись у товарно-грошових відносинах. Так, наприклад, Постановою Правління Національного банку України від 21.07.2006 р. № 275 «Про додатковий випуск у 2006 році банкнот номіналом 10 гривень зразка 2004 року» встановлена платіжна сила (здатність) зазначеного виду банкнот. О. М. Горбунова вказує на інформацію про вартість на різних носіях, за якими законодавчо закріплені специфічні грошові функції, звертаючи увагу таким чином на різні форми грошей [8, с. 2]. З таким твердженням слід погодитись, оскільки гроші у будь-яких формах мають платіжну силу лише у разі закріплення її відповідними правовими нормами.

Щодо фінансово-правових відносин функція міри вартості має прояв при визначенні розміру податкового зобов'язання, яке визначається виключно у грошовій сумі відносно бази оподаткування — доходів, чи при-

бутку, які є грошовим виразом вартості товару або певної її частини. Реалізується функція міри вартості також і при визначенні суми бюджетного зобов'язання, коли згідно з укладеним договором потрібно здійснити платежі за придбані товари чи здійснені послуги, вартість яких визначається у грошах.

Однією із важливих функцій грошей є те, що вони виступають як засіб платежу. Ця функція грошей закріплена у Законі України «Про платіжні системи та переказ грошей в Україні» [19], у статті 3 якого йдеється про те, що гривня як грошова одиниця України (національна валюта) є єдиним законним платіжним засобом в Україні, приймається усіма фізичними і юридичними особами без будь-яких обмежень на всій території України.

Використання безготівкових грошових коштів як засобу платежу також потребує нормативно-правового закріплення. Як зазначено у законодавстві, види безготівкових розрахунків визначаються законами та прийнятими на їх основі нормативно-правовими актами Національного банку України [20].

Характеризуючи гроші як законний платіжний засіб з позицій фінансового права, М. В. Карасьова відзначає, що такий платіжний засіб є практично єдиним засобом виконання фінансово-правового зобов'язання [21, с. 5]. Це слухне зауваження, хоч воно й стосувалось законодавства Російської Федерації, оскільки і законодавство України не передбачає можливості виконання фінансового зобов'язання перед державою іншими засобами, а лише грошовими коштами.

До важливих функцій грошей, які використовуються у фінансово-правових відносинах, слід віднести і функцію накопичення, тому що фінансові ресурси у публічних грошових фондах зберігаються до їх використання завдяки цій функції, переносячи свою купівельну спроможність у майбутнє.

Втім слід зазначити, що існування грошей як знаків вартості та виконання ними зазначених функцій пов'язано з гарантіями, що надаються державою. З позиції фінансового права емітовані державою грошові кошти є її безумовними зобов'язаннями як емітента. У статті 34 Закону України «Про Національний банк України» вказано, що «готівка знаходиться в обігу у вигляді грошових знаків — банкнот (паперових) і монет (металевих). Загальна сума введених в обіг банкнот і монет зазначається в рахунках Національного банку як його пасив». Отже, враховуючи те, що згідно з правилами ведення бухгалтерського обліку на пасивних рахунках відображаються зобов'язання юридичної особи, введені в обіг готівкові грошові кошти не можна розглядати інакше, аніж зобов'язання Національного банку, наділеного монопольним правом на здійснення грошової емісії. У цій же статті також визначається і засіб забезпечення випущених в обіг грошей: «Банкноти і монети є безумовними зобов'язаннями Національного банку і забезпечуються всіма його активами». Яким саме чином мають виконуватись такі зобов'язання, закон не регламентує, втім вказує, що основним конституційним завданням Національного

банку, яке визначено як його основна функція, є забезпечення стабільноти національної валюти — гривні.

До методів стабілізації валют зазвичай відносять девальвацію, ревальвацію та нуліфікацію, що застосовуються при проведенні грошових реформ, а також деномінацію, віднесення якої до грошових реформ є дискусійним питанням.

Проте, крім радикальних, є й інші засоби стабілізації грошей. Як визначено законом, стабільність національної валюти може бути досягнута шляхом забезпечення стабільності банківської системи і стабільного курсу гривні. Цьому повинна сприяти реалізація грошово-кредитної політики держави, яка має бути спрямована на регулювання економічного зростання, стримування інфляції, вирівнювання платіжного балансу.

В умовах ринкової економіки цінова стабільність залежить перш за все від стабільності економіки і регулюється за допомогою економічних важелів, одним із яких є підтримка стабільного курсу національної грошової одиниці шляхом здійснення девізної політики Національного банку. Девізна політика є однією із складових монетарної політики і полягає у регулюванні валютного курсу шляхом купівлі і продажу іноземної валюти. У період інфляції Національний банк здійснює валютні інтервенції, продаючи на міжбанківському валютному ринку іноземну валюту, впливаючи таким чином на співвідношення попиту та пропонування іноземної валюти, що припиняє знецінення національної валюти та забезпечує її стабілізацію. Такий ринковий механізм і сприяє ціновій стабільноті, і забезпечує інтереси усіх учасників грошових відносин. Якщо ж Національний банк натомість оголошує курс національної валюти без урахування ситуації на ринку валют і стану економіки в цілому (тобто в режимі «ручного управління»), то такий засіб жодним чином не може вплинути на інфляційні процеси. Саме така ситуація спостерігається зараз в Україні через економічну кризу, яка супроводжується високим рівнем інфляції, що значно перевищив прогнозні показники, внаслідок чого національна валюта знецінюється.

Така ситуація негативно впливає на виконання грошима їх функцій. Відсутність же можливості реального впливу з боку органів держави на рішення НБУ ускладнює проблему виходу із економічної кризи.

Стосовно правового забезпечення виконання функцій безготівковими коштами, емітентами яких виступають комерційні банки, то держава здійснює його шляхом встановлення Національним банком України певних обмежень по кредитних операціях комерційних банків.

До функцій грошей економісти зазвичай відносять і функцію світових грошей. Таке твердження немає достатньої аргументації. Видеться, що така функція, як світові гроші, взагалі не може розглядатися як окрема самостійна функція, бо в такій ролі гроші використовуються як знаряддя обміну або як засіб платежу у зовнішньоекономічних відносинах, тобто тут змінюється (розширюється) тільки географічна сфера їх застосування, але не змінюються їх функціональні характеристики.

Викладене дає підстави зробити такі висновки:

- гроші є встановленим законом певним фінансовим інструментом, що виступає як знаряддя обміну, міра вартості, засіб платежу та засіб накопичення;
- усі функції грошей можуть бути реалізовані лише у разі їх відповідного нормативно-правового забезпечення;
- законом встановлено, що емітовані державою гроші є її безумовними зобов'язаннями, проте реального механізму виконання такого зобов'язання закон не передбачає, тому ця норма є фікцією;
- для виконання грошими функцій засобу платежу та накопичення необхідно забезпечення стабільності національної грошової одиниці та законодавче закріплення механізму контролю за виконанням Національним банком України його основної функції.

Література

1. Ющенко В. Деньги: развитие спроса и предложения в Украине / *В. Ющенко, В. Лисицкий*. — К. : Изд. дом «Скарбы», 2000. — 347 с.
2. Миллер Р. Л. Современные деньги и банковское дело / *Р. Л. Миллер, Д. Д. Ван-Хуз*. — М., 2000.
3. Деньги. Кредит. Банки : учебник / под ред. Г. Н. Белоглазовой. — М., 2004.
4. Гальчинський А. Теорія грошей : навч. посіб. / *А. Гальчинський*. — К. : Основи, 1998. — 415 с.
5. Макконнел К. Л. Экономикс. Принципы, проблемы и политика / *К. Л. Макконнел, С. Л. Брю*. — М. : Республика, 1992. — Т. I.
6. Лунц Л. А. Деньги и денежные обязательства в гражданском праве / *Л. А. Лунц*. — М. : Статут, 1999. — 352 с.
7. Алісов Є. О. Проблеми правового регулювання грошового обігу в Україні : дис. ... д-ра юрид. наук / *Є. О. Алісов*. — Х., 2006.
8. Горбунова О. Н. Некоторые вопросы финансово-правового регулирования денег и денежного оборота в Российской Федерации / *О. Н. Горбунова* // Финансовое право. — 2007. — № 8.
9. Царьова Л. К. Теоретичні та правові аспекти поняття грошової емісії / *Л. К. Царьова* // Міжнародна науково-практична конференція «Четверті Прибузькі юридичні читання». — Миколаїв, 2008.
10. Философский словарь / *А. В. Адо, Н. Д. Александровская, И. И. Андреев* [и др.]; под ред. И. Т. Фролова. — 6-е изд., перераб. и доп. — М. : Политиздат, 1991. — 560 с.
11. Грибов А. Ю. Институциональная теория денег; сущность и правовой режим денег и ценных бумаг / *А. Ю. Грибов*. — М. : РИОР, 2008. — 200 с.
12. Философский энциклопедический словарь // Словари и энциклопедии на Академике. — Режим доступа : <http://dic.academic.ru>.
13. Современная энциклопедия // Словари и энциклопедии на Академике. — Режим доступа : <http://dic.academic.ru>.
14. Новейший философский словарь // Словари и энциклопедии на Академике. — Режим доступа : <http://dic.academic.ru>.
15. Джевонс У. Ст. Деньги и механизм обмена : пер. с англ. / *Уильям Стенли Джевонс*. — Челябинск : Социум, 2006. — 192 с.
16. Лебедев В. А. Финансовое право : учебник / *В. А. Лебедев*. — М. : Статут, 2000. — (Серия «Золотые страницы российского финансового права России»).

17. Банковое дело. Теория, практика и техника операций современных коммерческих банковъ. Кн. 1. Деньги / В. А. Дмитриев-Мамонов, З. Евзлин; под ред. М. И. Боголевова. — Пг.: Тип. М. Пивоварского и Ц. Типографа, Моховая, 8, 1915. — 312 с.
18. Финансы, деньги, кредит: учебник / под ред. О. В. Соколовой. — М.: Юристъ, 2000. — 784 с.
19. Відомості Верховної Ради України. — 2001. — № 29. — Ст. 137.
20. Про внесення змін до Закону України «Про платіжні системи та переказ грошей в Україні»: Закон України від 06.10.2004 р. № 2056-IV // Відомості Верховної Ради України. — 2005. — № 1. — Ст. 23.
21. Карасева М. В. Законное платежное средство: финансово-правовое регулирование / M. V. Karasova // Финансовое право. — 2006. — № 9.

А н о т а ц і я

Царєва Л. К. Правові засоби забезпечення реалізації функцій грошей. — Стаття.

У статті досліджено зміст поняття «гроші» як найважливішого елемента ринкової економіки, проаналізовано функції грошей як економічної та фінансової категорії та правовий вплив держави на їх здійснення.

Ключові слова: гроші, функції грошей, засіб обігу, засіб платежу, засіб накопичення, міра вартості, стабільність національної валюти, правове забезпечення функцій грошей.

S u m m a r y

Tsariova L. K. Legal Means for Providing of Realization of Money Functions. — Article.

In the article category »money» as the most important element of economy is researched, functions of money as economic and financial category and legal influence of a state on its executing is are analyzed.

Keywords: money, functions of money, medium of exchange, mean for payment, mean for assimilation, measure of price, national money stability, legal providing of money functions.

А В Т О Р И

Ківалов С. В., доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри адміністративного та фінансового права, президент Одеської національної юридичної академії, академік АПН України, голова Комітету Верховної Ради України з питань правосуддя.

Анцупова Т. А., кандидат юридичних наук, доцент кафедри права Європейського Союзу та порівняльного правознавства Одеської національної юридичної академії.

Аракелян М. Р., кандидат юридичних наук, професор, завідувач кафедри історії держави і права, перший проректор, проректор з навчальної роботи Одеської національної юридичної академії.

Афанас'єва М. В., кандидат юридичних наук, доцент кафедри конституційного права Одеської національної юридичної академії.

Біла-Тіунова Л. Р., кандидат юридичних наук, професор кафедри адміністративного та фінансового права Одеської національної юридичної академії.

Василенко М. Д., доктор фізико-математичних наук, професор кафедри права Європейського Союзу та порівняльного правознавства Одеської національної юридичної академії.

Вишняков О. К., доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри права Європейського Союзу та порівняльного правознавства Одеської національної юридичної академії.

Додіна Є. Є., кандидат юридичних наук, доцент кафедри адміністративного та фінансового права Одеської національної юридичної академії.

Дудченко В. В., доктор юридичних наук, професор кафедри теорії держави і права Одеської національної юридичної академії.

Завалнюк В. В., кандидат юридичних наук, професор кафедри теорії держави і права, ректор Одеської національної юридичної академії.

Зелінська Н. А., доктор юридичних наук, професор кафедри міжнародного права та міжнародних відносин Одеської національної юридичної академії.

Івакін О. А., доктор філософських наук, професор, завідувач кафедри філософії Одеської національної юридичної академії.

Короткий Т. Р., кандидат юридичних наук, доцент кафедри міжнародного права та міжнародних відносин Одеської національної юридичної академії.

Крестовська Н. М., доктор юридичних наук, професор кафедри теорії держави і права Одеської національної юридичної академії.

Крижанівський А. Ф., доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри теорії та історії держави і права, проректор з наукової роботи Міжнародного гуманітарного університету.

Крусян А. Р., кандидат юридичних наук, доцент кафедри конституційного права Одеської національної юридичної академії.

Латковська Т. А., доктор юридичних наук, професор кафедри адміністративного та фінансового права Одеської національної юридичної академії.

Лобода Ю. П., кандидат юридичних наук, доцент, здобувач кафедри теорії держави і права Одеської національної юридичної академії.

Мінченко Р. М., доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри цивільного процесу Одеської національної юридичної академії.

Мішина Н. В., кандидат юридичних наук, доцент кафедри конституційного права Одеської національної юридичної академії.

Музиченко П. П., кандидат юридичних наук, професор кафедри історії держави і права Одеської національної юридичної академії.

Оборотов Ю. М., доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри теорії держави і права, проректор з наукової роботи Одеської національної юридичної академії.

Овчиннікова А. П., доктор мистецтвознавства, професор кафедри теорії держави і права Одеської національної юридичної академії.

Орзіх М. П., доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри конституційного права Одеської національної юридичної академії.

Подцерковний О. П., доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри господарського права та процесу Одеської національної юридичної академії.

Полянський Ю. Є., кандидат юридичних наук, професор, завідувач кафедри організації судових та правоохоронних органів, проректор з навчально-методичної та виховної роботи Одеської національної юридичної академії.

Рабінович П. М., доктор юридичних наук, професор кафедри теорії та філософії права Львівського національного університету імені І. Франка, аcadемік АПрН України.

Розова Т. В., доктор філософських наук, професор кафедри філософії Одеської національної юридичної академії.

Скакун О. Ф., доктор юридичних наук, професор кафедри теорії та історії держави і права Харківського національного університету внутрішніх справ.

Стеценко С. Г., доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри теорії держави і права Національної академії прокуратури України.

Тіщенко В. В., доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри криміналістики Одеської національної юридичної академії.

Туляков В. О., доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри кримінального права, проректор з міжнародних зв'язків Одеської національної юридичної академії.

Царьова Л. К., кандидат юридичних наук, професор кафедри адміністративного та фінансового права Одеської національної юридичної академії.

Шмоткін О. В., кандидат юридичних наук, професор, завідувач кафедри теорії та історії держави і права Національної академії Служби безпеки України.

ЗМІСТ

<i>C. В. Ківалов</i>	
Правова природа спорів щодо проходження публічної служби в Україні	5
<i>A. П. Овчинникова</i>	
Сумерки культуры и гуманитарное знание	17
<i>A. A. Ивакин</i>	
Размышления о субстанциальном единстве материального и идеального	26
<i>O. Ф. Скакун</i>	
Верховенство права как принцип интеграции правовых систем в современном мире	35
<i>P. M. Рабінович</i>	
Потребовий підхід — безальтернативний інструмент виявлення соціальної сущності права і держави	45
<i>Ю. Н. Оборотов</i>	
Общетеоретическая юриспруденция — теория государства и права нового времени	54
<i>B. В. Завалнюк</i>	
Антрапологічний вимір сфер буття людини: генезис поглядів	63
<i>B. B. Дудченко</i>	
Загальні принципи кодифікації	72
<i>A. Ф. Крижанівський</i>	
Доктринальний і прикладний статус категорії «гарантії правового порядку»	81
<i>Ю. П. Лобода</i>	
Категорія «правова традиція українського народу» у дискурсивному пізнанні сучасної правової системи	90
<i>M. P. Аракелян</i>	
Розвитие института судебного представительства в Великом княжестве Литовском	101
<i>P. П. Музиченко</i>	
Соціальний зміст головщини і нав'язки в Статуті Великого князівства Литовського 1529 року	110
<i>M. П. Орзіх</i>	
Конституціоналістика у складі юридичних терміно-понять	118
<i>A. P. Крусян</i>	
Конституційно-правова свобода людини як мета сучасного конституціоналізму	125
<i>M. В. Афанасьєва</i>	
Виборчі технології та виборче право: проблема кореляції	137

<i>Л. Р. Біла-Тіунова</i>	
Публічна служба як адміністративно-правова категорія	142
<i>Р. М. Мінченко</i>	
Місцеве самоврядування як локальний вимір демократичної державності	155
<i>Н. В. Мишина</i>	
Теорії місцевого самоврядування і самоорганізація населення	163
<i>Є. Є. Додіна</i>	
Створення і реєстрація релігійних організацій в Україні	171
<i>Ю. Є. Полянський</i>	
Гарантії конституційних прав і свобод людини в Україні: шляхи удосконалення	178
<i>О. П. Подцерковний</i>	
Універсалізація поняття зобов'язання як фактор розвитку галузей права	192
<i>Т. А. Латковська</i>	
Поняття та ознаки банку як суб'єкта господарювання	202
<i>Н. А. Зелинская</i>	
Политические репрессии и политические преступления: историко-правовое эссе ...	212
<i>О. К. Вишняков</i>	
Організаційно-правові обриси «Східного партнерства»	223
<i>Т. А. Анциупова</i>	
Новый этап в истории развития процессуального права Совета Европы	233
<i>Т. Р. Короткий</i>	
Понятие «незаконные комбатанты» и их правовой статус	242
<i>С. Г. Стеценко</i>	
Практична складова освітнього процесу в Національній академії прокуратури України: шляхи удосконалення	252
<i>В. В. Тищенко</i>	
О новых тенденциях в криминалистической методике расследования преступлений ...	260
<i>О. В. Шмоткін</i>	
Філософсько-правові аспекти діяльності Служби безпеки України по забезпеченню прав особи	270
<i>Н. М. Крестовська</i>	
Ювенальний правовий статус	278
<i>М. Д. Василенко</i>	
Адміністративно-господарський статус суб'єктів інноваційної діяльності в контексті розвитку технологічних парків	285
<i>В. О. Туляков</i>	
Криза кримінального права: суперечності догматів чи догматика суперечностей? ..	296
<i>Т. В. Розова</i>	
Демократія в Україні: проблеми та перспективи	303
<i>Л. К. Царьова</i>	
Правові засоби забезпечення реалізації функцій грошей	312
Автори	322

Наукове видання

НАУКОВІ ПРАЦІ

Одеської національної
юридичної академії

Том VIII

*Українською та російською
мовами*

Редактор-коректор *H. I. Крилова*
Технічний редактор *T. B. Іванова*

Підписано до друку 21.09.2009. Формат 70×100¹/₁₆. Папір офсетний.
Гарнітура «Літературна». Друк офсетний. Ум. друк. арк. 26,65.
Обл.-вид. арк. 25,88. Тираж 300 прим. Зам. № 142.

Видавництво і друкарня «Юридична література»
65009, м. Одеса, вул. Піонерська, 2. Тел. 777-48-79
Свідоцтво суб'єкта видавничої справи
ДК № 1374 від 28.05.2003 р.

Наукові праці Одеської національної юридичної академії. Т. VIII
Н34 / редкол.: С. В. Ківалов (голов. ред.) та ін.; відп. за вип. Ю. М. Оборотов. — Одеса : Юридична література, 2009. — 328 с.
Укр. та рос. мовами.
ISBN 978-966-419-087-6.

У збірнику наукових праць Одеської національної юридичної академії опубліковано статті провідних вчених ОНІОА, докторів та кандидатів наук, а також видних 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(477-250д)(082)**