МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ,
МОЛОДІ ТА СПОРТУ УКРАЇНИ

Національний університет
«Одеська юридична академія»

НАУКОВІ ПРАЦІ

НАЦІОНАЛЬНОГО УНІВЕРСИТЕТУ «ОДЕСЬКА ЮРИДИЧНА АКАДЕМІЯ»

Том IX

Одеса
«Юридична література»
2010

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

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

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

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

Відповідальний за випуск
доктор юридичних наук
В. М. Дрьомін

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

ISBN 978–966–419–112–5

© НУ ОЮА, 2010

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

У К А З
ПРЕЗИДЕНТА УКРАЇНИ

ПРО НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ «ОДЕСЬКА ЮРИДИЧНА АКАДЕМІЯ»

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

Президент України
В. ЯНУКОВИЧ

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

КАБІНЕТ МІНІСТРІВ УКРАЇНИ

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

Київ

Про реорганізацію Одеської національної юридичної академії

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

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

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

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

Прем'єр-міністр України
М. АЗАРОВ

УДК 347.454

С. В. Ківалов

АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВА ПРИРОДА ВІДНОСИН У СФЕРІ ПРОХОДЖЕННЯ СЛУЖБИ В ОРГАНАХ ПРОКУРАТУРИ

Визначення правової природи відносин у сфері проходження служби в органах прокуратури передбачає вирішення кількох взаємопов'язаних завдань. Насамперед, необхідно виокремити ознаки та риси відповідних відносин. У подальшому слід визначитись із їх відповідністю (чи невідповідністю) ознакам адміністративно-правових відносин. Доцільність саме такого наукового аналізу ґрунтується на тому, що відносини у сфері проходження служби в органах прокуратури аналізуються і в трудовому праві.

Так, М. І. Іншин, аналізуючи проблеми правового регулювання службово-трудової діяльності державних службовців, охоплює категорією «державна служба» і цивільну, і мілітаризовану службу. Це випливає, зокрема, із тези про те, що «на рівні Закону України «Про державну службу» має бути визначено, що державна служба поділяється на цивільну і мілітаризовану» [1, с. 101]. Саме до мілітаризованої служби, спрямованої на реалізацію державних інтересів, було віднесено службу в органах прокуратури. М. І. Іншин виокремлював такі найхарактерніші риси службово-трудових правовідносин, як особливого виду суспільних відносин: 1) виникнення між державними службовцями і державними органами; 2) проходження до свого виникнення через свідомість громадян України, в якій складається модель майбутніх стосунків із цими органами; 3) виникнення, зміна чи припинення відповідно до правових норм, які впливають на поведінку суб'єктів службово-трудових відносин і через неї реалізуються; 4) зв'язок між суб'єктами службово-трудових відносин суб'єктивними правами і юридичними обов'язками, а сторони у службово-трудових правовідносинах виступають стосовно одна одної як правоуповноважені і правозобов'язані особи, де права й інтереси одних можуть бути реалізовані тільки через виконання обов'язків інших; 5) індивідуалізація і чітке визначення взаємної поведінки суб'єктів та

© С. В. Ківалов, 2010

песоніфікація прав та обов'язків; 6) вольовий характер, відсутність можливості виникнення і функціонування, а особливо — реалізації — без волевиявлення хоча б одного суб'єкта; 7) охорона державою. М. І. Іншин формулює поняття службово-трудових правовідносин так. Службово-трудовими названо двосторонні вольові відносини, що виникають у зв'язку з укладанням трудового договору (контракту) між громадянином України і державою в особі відповідного органу, змістом яких є встановлення, розвиток, зміна й припинення праці державних службовців щодо виконання ними функцій держави, які здійснюються у формі суб'єктивних трудових прав і обов'язків державних службовців [1, с. 336–337].

Точка зору М. І. Іншина, безумовно, має певне теоретичне значення. Разом із тим визначені вченим риси службово-трудових відносин навряд можна визначити як такі, що дозволяють виокремити їх з-поміж інших відносин, які виникають, змінюються і припиняються за участі суб'єкта, наділеного державно-владними повноваженнями. Так, відносини у сфері адміністративної відповідальності також індивідуалізовані та персоніфіковані, а суб'єкти пов'язані взаємними правами та обов'язками. Крім того, перша з виокремлених рис, а саме — виникнення між державними службовцями і державними органами — вбачається надто широкою. При цьому не конкретизовано, який саме цей державний орган — той, у межах якого державний службовець проходить державну службу, чи інший державний орган, відносини з яким виникають у процесі реалізації державним службовцем своїх повноважень. Відносини між державними органами і державними службовцями виникають і в межах зовнішнього і внутрішньоорганізаційного напрямків адміністративної діяльності. До зовнішнього напрямку відноситься та адміністративна діяльність, яка здійснюється поза межами окремого державного органу, а внутнішньоорганізаційний напрямок пов'язаний з упорядкуванням відносин усередині державного органу. Зокрема, до зовнішнього напрямку адміністративної діяльності, учасниками якої є державний службовець та державний орган (його уповноважена особа), належать відносини, що виникають із приводу притягнення державного службовця до відповідальності за корупційні дії та інші правопорушення, пов'язані з корупцією. До внутрішньоорганізаційного напрямку адміністративної діяльності зазвичай відносять кадрову роботу, фінансове забезпечення, інформаційне забезпечення між окремими органами (підрозділами) у межах державного органу, діловодство тощо. Відносини з фінансового забезпечення також можна віднести до відносин між державним службовцем та державним органом, однак, як вбачається, вони навряд чи є службово-трудовими, адже регулюються нормами інших галузей права — фінансового, бюджетного, податкового. Єдине положення, що дозволяє віднести названі риси саме до службово-трудових відносин, це — вдале використання самого словосполучення «службово-трудові відносини». Ідентифікувати відносини саме як службово-трудові дозволяє та-

кож вказівка на укладання трудового договору (контракту) між громадянином і державою. Однак, не завжди державна служба, а, особливо, мілітаризована, здійснюється на підставі трудового договору (контракту). Так, ст. 46 Закону України «Про прокуратуру», якою передбачено вимоги до осіб, що призначаються на посади прокурорів і слідчих, не вказано про трудовий договір (контракт), який обов'язково мають укладати відповідні особи. Чітко визначено обов'язок прийняття «присяги працівника прокуратури» особами, вперше призначеними на посади помічників прокурорів, прокурорів управлінь, відділів, слідчих прокуратури. Не передбачено укладання контрактів також і для службових осіб митних органів. Положенням про порядок й умови проходження служби в митних органах України, затвердженим постановою Кабінету Міністрів України від 9 березня 1993 р. № 97, визначено, що службові особи митних органів, яким присвоюються персональні звання, приймають урочисте зобов'язання працівника митної служби України.

Прийняття на договірній (контрактній) основі на службу в правоохоронні органи передбачено щодо міліції, окремої категорії кадрів Служби безпеки України. Так, ст. 17 Закону України «Про міліцію» [2] визначено, що на службу до міліції приймаються на контрактній основі громадяни, здатні за своїми особистими, діловими і моральними якостями, освітнім рівнем, фізичною підготовкою і станом здоров'я виконувати покладені на міліцію завдання. Статтею 19 Закону України «Про Службу безпеки України» [3] визначено, що кадри Служби безпеки України складають: співробітники-військовослужбовці, працівники, які уклали трудовий договір із Службою безпеки України, а також військовослужбовці строкової служби. Виходячи з цієї норми, можна зазначити, що не всі категорії кадрів Служби безпеки України проходять службу на підставі трудового договору.

Отже, точка зору М. І. Іншина щодо найхарактерніших рис службово-трудових відносин може бути врахована тільки у контексті державно-владної сутності відносин у сфері діяльності державних службовців у цілому. Щоправда, вчений конкретизує положення щодо сутності та особливостей службово-трудових правовідносин, які виникають між державними службовцями і державними органами, установами, організаціями. Так, у першу чергу вчений вказує на залежність змісту діяльності державних службовців (службово-трудових правовідносин) від різновиду служби, а також типу та рівня організації, в якій проходить державна служба. Саме тому у структурі цих правовідносин окремо виділено відносини, які виникають безпосередньо в процесі організації державної служби, а також відносини, які складаються в процесі фактичного проходження державної служби державними службовцями.

Точка зору М. І. Іншина щодо комплексного характеру відносин, в які вступають державні службовці, та наявності двох підстатусів — адміністративно-правового і трудового — може розглядатись як наукова думка, що потребує подальшого опрацювання. Так, уже підкреслювалось,

що не завжди відносини щодо проходження служби можуть виникати на підставі договору (контракту). Крім того, потребують додаткового пояснення такі риси, як безперервність, стабільність протікання у просторі і часі, адже проходження, зокрема, мілітаризованої служби пов'язане із службовими відрядженнями, переведенням на службу в іншу місцевість, що передбачено, наприклад, Положенням про порядок проходження служби особами рядового і начальницького складу органів і підрозділів цивільного захисту, затвердженим Постановою Кабінету Міністрів України від 25 липня 2005 р. № 629 [4].

Зазначати про державну службу з позицій її адміністративно-правової природи доцільно у зв'язку із тим, що вона є організаційно-правовим явищем зі своїм змістом та особливостями. Вчені-адміністративісти підкреслюють, що в усіх випадках службова діяльність пов'язана з трьома елементами: 1) запровадженням служби (встановлення посад, їх кількості), правовим регулюванням порядку проходження тощо; 2) організацією виконання повноважень, здійсненням управління відповідними суб'єктами; 3) вирішенням внутрішньоорганізаційних питань службової діяльності у певному органі чи організації (взаємовідносини між структурними підрозділами та службовцями відповідного органу) [5, с. 315].

Слід зазначити, що проблемні питання державної служби, правового регулювання відносин у сфері її проходження були і залишаються предметом розгляду вчених — представників науки адміністративного права. Так, Ю. М. Старилов зазначає, що державна служба є самостійною частиною (підгалуззю) особливої частини адміністративного права, поряд із муніципальним, будівельним, міліцейським, соціальним правом [6]. У монографії Ю. П. Битяка «Державна служба в Україні: організаційно-правові засади» (2005 р.) розглянуто конституційно-правові засади становлення і розвитку державної служби. Вчений підкреслює конституційне положення про те, що основи державної служби визначаються виключно законами України, яке не містилось у Конституціях і законодавстві радянського періоду. Було зазначено, що положеннями Закону України «Про державну службу» не охоплені всі проблеми державно-службових відносин, які потребують свого регулювання, і він не призначений для всіх видів державної служби, але фактично має пряме відношення лише до служби в органах виконавчої влади та апараті цих органів. Ю. П. Битяк погоджується з думкою Ю. М. Старилова про те, що у перспективі службово-правові відносини будуть все більшою мірою регулюватись адміністративно-правовими нормами, оскільки вони мають публічно-правовий характер [7, с. 18].

Зазначена вище наукова полеміка безпосередньо стосується питання проходження державної служби, оскільки вона фактично присвячена визначенню місця правовідносин у сфері державної служби серед інших правовідносин. При цьому серед науковців існує полеміка щодо зарахування відносин у сфері державної служби до предмета регулювання нормами трудового чи адміністративного права.

Державно-владний характер питань відносин у сфері проходження державної служби підкреслював Г. В. Атаманчук. Учений зазначав, що питання проходження державної служби — службова кар'єра, управління персоналом державної служби, законодавче та організаційне оформлення державної служби, культура поведінки і діловий етикет, правові статуси та соціально-економічне забезпечення державних службовців та багато іншого є похідними від місця і ролі, призначення та потенціалу державної служби як інституту держави [8, с. 121].

Виходячи із сутності наведеної вище полеміки вчених, слід зазначити про міжгалузевий характер відносин у сфері державної служби, їх регулювання нормами не лише трудового чи адміністративного, але й інших галузей права і, у першу чергу, конституційного права, яке визначає місце цієї служби в державних владовідносинах. Логічним постає питання про правову природу відносин у сфері проходження державної служби, конкретно — в органах прокуратури. При цьому можна передбачити, що міжгалузевий характер відносин у сфері державної служби визначатиме аналогічний характер відносин у сфері її проходження в органах прокуратури. Разом із тим, необхідно підкреслити, що адміністративно-правове регулювання посідає ключове місце у правовому аспекті державної служби, трудове ж право дозволяє врегулювати суб'єктивні права службовця на працю, відпочинок. Саме тому доцільно розглядати як предмет врегулювання нормами трудового права відносини з організації робочого часу та часу відпочинку, морального стимулювання тощо. Крім того, у відносинах у сфері державної служби слід виокремити й ті, що стосуються фінансового, матеріально-технічного, інформаційного забезпечення. Власне таке забезпечення розглядається з позицій функцій управління державною службою, однак відповідні відносини урегульовані, в основному, нормами фінансового права (оплата праці), господарського права (матеріально-технічне забезпечення), інформаційного права (інформаційне забезпечення). Однак слід враховувати, що урегулювання зазначених вище відносин здійснюється, поряд із зазначеними галузевими нормами і нормами інших галузей права.

Як найважливіший елемент інституту державної служби розглядається її проходження. Сутність проходження служби визначається таким чином: державний службовець працює у системі розгалуженої державної організації, в державному апараті та різних державних установах, створених з метою практичного втілення в життя завдань, що стоять перед державою. При цьому діяльність державного службовця повністю визначається потребами державної організації, тому службовець завжди діє за дорученням держави та від імені держави. Це означає, зокрема, що державний службовець: по-перше, працює на загальний, тобто публічний, а не приватний інтерес; по-друге, може і повинен діяти лише у межах повноважень, визначених за конкретною посадою [5, с. 332–333].

Таку саме сутність має проходження служби в органах прокуратури. Прокурор, слідчий прокуратури повинен діяти лише у межах наданих

Конституцією України, чинним законодавством повноважень, визначених за конкретною посадою, працюючи на публічний інтерес.

Проходження служби в органах прокуратури можна розуміти у декількох аспектах. По-перше, з позицій динаміки відповідних відносин, тобто їх виникнення, зміни та припинення. По-друге, як сукупність певних послідовно здійснюваних адміністративних процедур, тобто у процедурно-процесуальному аспекті. Обидва визначені підходи взаємопов'язані між собою, однак перший аспект — динамічний — більше стосується галузі трудового права. Так, у монографії М. І. Іншина «Правове регулювання службово-трудової діяльності державних службовців як особливої категорії зайнятого населення України» (2010 р.) аналізуються особливості виникнення, розвитку та припинення службово-трудових відносин у сфері державної служби [1, с. 394—424].

М. І. Іншин підтримує точку зору М. Ангеної, М. Беньяміна, Г. Дорохової та О. Луньова, які до змісту поняття «проходження державної служби» включали безпосереднє здійснення службовцями функцій та реалізацію обов'язків за відповідними посадами [9; 1, с. 410]. При цьому підкреслюється теза про те, що з точки зору лінійності розвитку службово-трудових відносин (від виникнення до припинення) поняття проходження служби можна розглядати як просування державного службовця відповідними посадами [1, с. 410]. У процесі проходження державної служби відбувається не лише підвищення за посадою, але й пониження або переміщення по горизонталі (скоріше, останнє означає переміщення на рівнозначну посаду). Процес просування по службі (здійснення службової кар'єри) безпосередньо пов'язаний з атестацією, стажуванням, ротацією кадрів.

Закінчення службово-трудових відносин є закономірним результатом їх виникнення та розвитку. Законом України «Про державну службу» визначено термін «припинення державної служби». Підстави та відповідні процедури припинення державної служби відрізняються між собою. Вони регулюються не лише Законом України «Про державну службу», але й нормами Кодексу законів про працю України. М. І. Іншин виокремлює загальні й додаткові підстави. Останні пов'язані із специфікою проходження державної служби [1, с. 419].

Слід зазначити, що М. І. Іншин чітко не виокремлював окремі стадії (етапи) службово-трудової діяльності. Зокрема, було побічно зазначено про етапи прийняття на державну службу, переміщення по службі [1, с. 412]. Разом із тим, певною мірою, здійснено систематизацію дій, що здійснюються у межах службово-трудової діяльності, та спробу визначити юридичні факти, які є підставою виникнення, зміни й припинення службово-трудових відносин.

Здебільшого вчений обмежується загальною інформацією щодо окремих особливостей прийняття на службу, службової кар'єри, припинення державної служби. Хоча вчений і зараховував мілітаризовану службу до державної, однак службово-трудові відносини у сфері проходження

мілітаризованої служби залишилися поза увагою. Разом із тим підхід М. І. Іншина, за яким можна виокремити певну послідовність процедур прийняття і проходження державної служби, без сумніву, може бути використаний при вирішенні питання про систематизацію процедур проходження служби в органах прокуратури. Більше того, є можливим розгляд питання про уніфікацію процедур проходження державної цивільної та державної мілітаризованої служби, оскільки обидва види державної служби стосуються відносин, пов'язаних з реалізацією функцій держави і здійсненням публічно-владної, державної діяльності особами, які таку службу проходять.

Узагальнення теоретичних положень М. І. Іншина, інших учених, які досліджували проблеми проходження державної служби, надає підставу для висновку про те, що з динамікою службово-трудових відносин безпосередньо пов'язані процедури, які здійснюються у їх межах. Так, можна виокремити такі процедури проходження державної служби: а) прийняття на службу, що пов'язане із встановленням відповідних умов, здійсненням відбору та добору персоналу; б) зарахування на службу, що стосується прийняття присяги та наказу щодо зарахування; в) просування по службі, що пов'язане з атестацією, стажуванням, ротацією кадрів, підвищенням, пониженням по службовій сходинці; г) припинення державної служби.

Існує й інша систематизація процедур проходження державної служби: а) добір кадрів (конкурс, тестування, співбесіда); б) прийняття на службу (видання наказу про прийняття на службу на відповідну вакантну посаду та про присвоєння відповідного рангу, ознайомлення з детальним описом службових повноважень, прав та обмежень, приведення до присяги службовця, облаштування службового місця та видача службового посвідчення); в) власне здійснення службової кар'єри (атестація, щорічне оцінювання, присвоєння чергового або позачергового рангу); г) реалізація інших прав службовця (оформлення відпустки, направлення у службове відрядження, проведення службового розслідування тощо); д) переведення на іншу посаду (у тому самому чи в інший орган — конкурс, співбесіда, видання наказу про звільнення у зв'язку з переведенням та видання наказу про прийняття на вакантну посаду по переводу); ж) припинення служби (видання наказу про звільнення зі служби, проведення остаточного розрахунку, повернення службового посвідчення та видача трудової книжки) [5, с. 334].

Розглядаючи ту частину служби в органах прокуратури, що спрямована на реалізацію державних інтересів, слід підкреслити її сутнісний взаємозв'язок із державною службою. Виходячи із цього, можна зазначити, що процедури проходження служби в органах прокуратури доцільно розглядати у контексті їх кореспондування із процедурами проходження державної служби.

Закон України «Про прокуратуру» не визначає процедури проходження служби в органах прокуратури, натомість встановлює вимоги до

осіб, які призначаються на посади прокурорів і слідчих, особливості статусу кадрів органів військової прокуратури, класні чини працівників органів прокуратури, заохочення та відповідальність прокурорів і слідчих, матеріальне і соціальне забезпечення працівників прокуратури, заходи їх правового і соціального захисту, пенсійне забезпечення прокурорів і слідчих. Відповідні норми містяться у розділі IV зазначеного Закону. Слід підкреслити, що законодавець використовує бланкетний спосіб викладення норм, якими врегульовано порядок присвоєння й позбавлення класних чинів, особливості правового режиму діяльності військовослужбовців військових прокуратур. Так, порядок присвоєння і позбавлення класних чинів визначено Постановою Верховної Ради України від 6 листопада 1991 р. № 1795-XII, якою затверджено Положення про класні чини працівників органів прокуратури України [10], особливості правового режиму діяльності військовослужбовців військових прокуратур — Законом України «Про військовий обов'язок і військову службу» [11].

Проходження служби в органах прокуратури невід'ємно пов'язане з процедурами добору, прийняття на службу, призначення на посаду, просування по службі — службовим атестуванням, звільненням зі служби. При цьому процедури призначення на посаду, просування по службі та службове атестування можна об'єднати в єдині процедури службової кар'єри. Оскільки проходження служби в органах прокуратури являє собою сукупність певних, послідовно здійснюваних процедур, об'єднаних єдиною метою — забезпечення виконання конкретним громадянином, що набув статус прокурора, конституційно визначених функцій — можна ставити питання про процесуальну форму проходження служби в органах прокуратури.

Звернення до наукових здобутків учених, які аналізували сутність правової форми, дозволяє виокремити три етапи розвитку правової доктрини. Для першого етапу був характерний науковий підхід, за яким сутність юридичних форм сприймалася через певну діяльність державних органів, які виконували певні функції та реалізували напрямки державної діяльності. Так, у 40-х рр. минулого століття С. О. Голунський, М. С. Строгович підкреслювали, що функції держави реалізуються: законодавством (діяльністю Верховної Ради СРСР), управлінням (адміністративною діяльністю, що здійснювалась урядовими та відомчими органами), правосуддям (здійснюваним виборними судами).

На другому етапі розвитку правової доктрини про сутність правової форми від діяльності державних органів та відповідних напрямків реалізації функцій держави вчені абстрагувалися, зосередивши увагу на змістовних характеристиках правової форми як юридично значущого явища. Саме на цьому етапі було обґрунтовано наявність двох видів правових форм: правотворчість і правозастосування. Така наукова думка знайшла підтримання більшості вчених. Згодом В. М. Горшеньов обґрунтував необхідність доповнення цього переліку видів правових форм третім видом — статутною діяльністю [12, с. 7].

В. М. Горшеньов сформулював поняття правової форми як сукупності однорідних процедурних вимог, що висуваються до дій учасників процесу, спрямованих на досягнення певного матеріально-правового результату [13, с. 13]. Ним було виокремлено такі ознаки правової форми: 1) зв'язок із розглядом юридичної справи; 2) здійснення на підставі норм права; 3) завжди зумовлює юридичні наслідки [12, с. 8].

Ознаки правової форми притаманні і відносинам у сфері проходження служби в органах прокуратури. Вони виникають на підставі сукупності певних юридичних фактів, якими є ті умови, дотримання яких є необхідним фізичними особами, що бажають набути статусу прокурора. Виходячи зі змісту ст. 46 Закону України «Про прокуратуру», такими умовами є: 1) належність до громадянства України; 2) наявність вищої юридичної освіти; 3) наявність необхідних ділових і моральних якостей. Визначено такі особливості щодо умов, які встановлено для осіб, що призначаються на посади прокурорів Автономної Республіки Крим, областей, міст Києва і Севастополя та прирівняних до них прокурорів. Ці особливості, в основному, стосуються вікових обмежень та наявності відповідного стажу роботи в органах прокуратури. Так, вік має становити не молодше 30 років, а стаж роботи в органах прокуратури або на судових посадах — не менше 7 років. На посади районних і міських прокурорів призначаються особи віком не молодше 25 років зі стажем роботи в органах прокуратури або на судових посадах не менше 3 років.

Фізична особа може набути статусу прокурора тільки на підставі норм чинного законодавства. Набуття такого статусу тягне за собою юридичні наслідки у формі дій, право й обов'язок здійснювати які випливає з конституційно визначеної компетенції. При цьому особа, що набула статусу прокурора, виступає тільки від імені держави, не має власного інтересу у вирішенні певної юридичної справи.

Отже, відносини у сфері проходження служби в органах прокуратури відповідають визначеним В. М. Горшеньовим ознакам правової форми, а тому можна сказати, що проходження служби в органах прокуратури здійснюється саме у такій формі.

В. М. Горшеньов надав визначення юридичного процесу як комплексної системи органічно взаємопов'язаних правових форм діяльності уповноважених органів держави, посадових осіб, а також зацікавлених у вирішенні різних юридичних справ інших суб'єктів права, яка: а) виражається у здійсненні операцій із нормами права у зв'язку з вирішенням певних юридичних справ; б) здійснюється уповноваженими органами держави та посадовими особами на користь зацікавлених суб'єктів права; в) закріплюється у відповідних правових актах — офіційних документах; г) регулюється процедурно-процесуальними нормами; д) забезпечується відповідними способами юридичної техніки [12, с. 8]. Вчений доводив безперспективність протиставлення процедури й процесу як у реальній, так і в понятійній площині [12, с. 11].

Необхідно зазначити, що в сучасних наукових дослідженнях з адміністративного права і процесу сутність процесуальної форми проаналізована недостатньо. Науковий пошук спрямовувався переважно на визначення змісту адміністративного процесу (В. Б. Авер'янов, О. М. Бандурка [14], І. П. Голосніченко, Е. Ф. Демський [15], О. В. Кузьменко [16], О. І. Миколенко [17], В. Г. Перепелюк [18], А. О. Селіванов [19], М. М. Тищенко та ін.), процесуального права (Є. Г. Лукьянова [20]), сутності адміністративно-правових відносин (О. І. Харитонова [21]). Активну участь у законотворчому процесі з метою опрацювання проекту Адміністративно-процедурного кодексу України брали І. Б. Коліушко, В. П. Тимощук, А. М. Школик та ін. Вказаним проектом передбачено визначення порядку діяльності органів виконавчої влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб щодо реалізації і захисту прав, свобод, законних інтересів фізичних і юридичних осіб.

Якщо звернутися до широкого розуміння процесуальної форми, то її сприймають із позицій реалізації демократичних принципів державного управління суспільством [22, с. 146].

Враховуючи вищезазначене, можна говорити про головну ознаку процесуальної форми як про різновид правових форм — охоплення нею сукупності однорідних процедурних дій, спрямованих на досягнення конкретного матеріально-правового результату. Етимологічне значення терміна «процедура» можна знайти у тлумачних словниках, де визначено процедуру, в основному, з позицій тривалої, послідовної справи, певного, офіційно встановленого порядку [23, с. 526; 24, с. 543]. З юридичної точки зору термін «процедура» означатиме, насамперед, врегульовані нормами права послідовно здійснювані дії, спрямовані на досягнення правового результату, що відображається у певних правових наслідках [25, с. 10].

У ст. 2 проекту Адміністративно-процедурного кодексу України під адміністративною процедурою мається на увазі визначений законодавством порядок адміністративного провадження. У свою чергу, під адміністративним провадженням розуміється сукупність послідовно здійснюваних адміністративним органом процедурних дій і прийнятих процедурних рішень із розгляду та вирішення адміністративної справи, що завершується прийняттям адміністративного акта та його виконанням [26]. Таким чином, у проекті передбачено взаємозв'язок термінів «адміністративна процедура», «адміністративне провадження». Разом із тим, межа між цими термінами є досить умовною, а інколи такий взаємозв'язок є доволі заплутаним. Зокрема, під адміністративною процедурою пропонується мати на увазі певний процесуальний порядок, а саме — адміністративне провадження — як сукупність процедур. Вбачається, застосування терміна «процесуальні дії» замість терміна «адміністративна процедура» було би доцільним.

Таким чином, адміністративну процедуру можна визначити як нормативно встановлений порядок послідовно здійснюваних однорідних

процедурних дій суб'єктів відповідних адміністративно-правових відносин. Ознака однорідності означає, що процедурні дії об'єднані, враховуючи спільну мету, предмет та завдання здійснення. Сукупність однорідних процедур можна розглядати як стадію чи етап (залежно від мети та завдання здійснення відповідних процедур) адміністративного процесу.

Процедури проходження служби в органах прокуратури, порівняно із загальним поняттям адміністративних процедур, зумовлюються особливостями відповідних відносин, які реалізуються у процедурно-процесуальній формі. Отже, адміністративні процедури проходження служби в органах прокуратури — це група однорідних, послідовно здійснюваних громадянами України адміністративно-процедурних дій щодо набуття статусу прокурора, слідчого прокуратури та забезпечення здійснення професійної діяльності з виконання покладених Конституцією України, чинним законодавством повноважень.

Як самостійний елемент юридичного процесу стадія являє собою частину визначеної у часі процесуально-процедурної форми послідовно здійснюваних, логічно пров'язаних дій щодо прийняття процесуального акта допоміжного або основного призначення. Процесуальна стадія визначена як головний елемент процесуальної форми, що являє собою комплекс взаємопов'язаних і взаємозумовлених процесуальних дій, які: 1) утворюють певну сукупність процесуальних правовідносин; 2) викликають необхідність у встановленні, доведенні, обґрунтуванні всіх обставин юридичної справи, що розглядається; 3) зумовлюють необхідність закріплення, офіційного оформлення одержаних процесуальних результатів у відповідних актах-документах. Процесуальні стадії визначаються як елемент процесуальної форми, який характеризує динамічну, часову сторону юридичного процесу, тобто елемент, який визначає початковий, проміжні та кінцевий етапи розгляду юридичної справи.

Стадія процесу може бути визнана автономною за таких умов. Насамперед, наявність автономних завдань, які вирішуються у межах кожної стадії. Разом із тим ці завдання мають бути пов'язаними із завданнями всього процесу. Кожна із стадій процесу має бути об'єктивно обумовленою, а повноваження суб'єктів процесу на кожній стадії, відповідно, мають бути відмінними від повноважень та суб'єктного складу на іншій стадії. Важливою умовою визнання стадії процесу є закінчення процесуально-процедурних дій певним актом-документом. Тобто має значення юридичне оформлення результату здійснення процесуально-процедурних дій у межах певної стадії. І, насамкінець, принципи, гарантії, способи здійснення процесуально-процедурних дій мають відмінності на кожній стадії процесу.

Отже, визначення стадій проходження служби в органах прокуратури має бути здійснено з урахуванням зазначених вище теоретичних положень. Крім того, враховуючи публічний характер служби в органах прокуратури, доцільно знову звернутися до здобутків учених-адміністра-

тивістів, які стосуються процесуальної форми проходження державної служби. Так, учені підкреслюють стадійний (поетапний) характер проходження державної служби. Проходження служби названо процесом, який триває і починається з виникнення державно-службових відносин, тобто з моменту заміщення особою державної посади, з подальшим переміщенням працівника по службі, проведенням оцінки та атестації державних службовців, та завершується припиненням державно-службових відносин. Виокремлюються обов'язкові та факультативні стадії проходження служби. До обов'язкових віднесено прийняття на службу, присвоєння рангу службовцю вперше, приведення присяги службовця, присвоєння чергових рангів, припинення служби. До факультативних віднесено переведення на іншу посаду, присвоєння рангу службовцю позачергово, заохочення, притягнення до відповідальності. Маючи на увазі обов'язків перелік стадій проходження служби, виокремлено такі основні стадії: 1) прийняття на службу; 2) просування по службі; 3) припинення служби [5, с. 334–335].

Зазначений вище підхід учених-адміністративістів щодо виокремлення стадій проходження служби може бути застосований і до процесу проходження служби в органах прокуратури. Однак доцільним є врахування специфіки служби в органах прокуратури, що визначає наявність особливостей процедур проходження служби. Специфіка служби в органах прокуратури обумовлена, насамперед, тим, що повноваження прокуратури, на відміну від повноважень інших правоохоронних органів, визначені в Основному Законі України. Такий спосіб правового регулювання функціонування прокуратури означає конституційно значуще місце прокуратури в системі державної влади, враховуючи, що прокуратура не належить до органів жодної гілки державної влади — законодавчої, виконавчої, судової.

Вказане обумовлює приділення особливої уваги процедурам добору персоналу в органи прокуратури. Саме тому постає доцільним виділити у окрему стадію процедури добору та прийняття на службу в органи прокуратури. Інші стадії — просування та припинення служби — визначені, виходячи з переліку основних стадій проходження державної служби.

Таким чином, у процесі проходження служби в органах прокуратури доцільно виокремити такі стадії: а) добір та прийняття на службу; б) просування по службі (службова кар'єра); в) припинення служби.

Слід зазначити, що більшість процесуально-процедурних питань щодо проходження служби в органах прокуратури врегульовано підзаконними нормативно-правовими актами — наказами Генеральної прокуратури України, зокрема: від 20 січня 2006 р. № 2гн «Про організацію роботи з кадрами в органах прокуратури України»; від 18 березня 2009 р. № 19, яким затверджено Положення про порядок заміщення посад помічників прокурорів і слідчих у міських, районних та прирівняних до них прокуратурах; від 30 грудня 2009 р. № 80, яким затверджено

Положення про порядок стажування в органах прокуратури; від 19 березня 2005 р. № 3гн «Про організацію прокурорського нагляду за додержанням і застосуванням законів щодо захисту прав і свобод громадян, державних та публічних інтересів»; від 19 вересня 2005 р. № 4/1гн «Про організацію прокурорського нагляду за додержанням законів органами, які проводять оперативно-розшукову діяльність» та ін. Серед наведеного переліку наказів Генеральної прокуратури України не всі безпосередньо стосуються питань проходження служби. У деяких із них, а саме тих, які регламентують процедури реалізації конституційно визначених повноважень, містяться приписи щодо компетенції певного структурного підрозділу Генеральної прокуратури України та підпорядкованих їй органів та підрозділів.

Отже, проходження служби в органах прокуратури являє собою специфічний вид суспільно корисної діяльності, під час якої службовці органів прокуратури (прокурори, слідчі прокуратури) вступають у відносини, зміст яких визначається конституційним призначенням цієї служби відповідно до ст. 121 Основного Закону та прийнятими на її виконання Закону України «Про прокуратуру», інших законодавчих та підзаконних актів. Проходження служби в органах прокуратури являє собою сукупність взаємопов'язаних процедур прийняття на службу, реалізації службової кар'єри та припинення служби. Сутність зазначених процедур є публічною, оскільки за їх допомогою реалізується призначення прокуратури щодо виконання функцій держави. Саме тому доцільно вказати на те, що ці процедури є адміністративними. Що стосується питань організації робочого часу і часу відпочинку, оплати праці, стимулювання (заохочення), відповідні відносини врегульовані здебільшого нормами трудового, фінансового та інших галузей права.

Проходження служби в органах прокуратури доцільно розглядати, зважаючи на її процесуальну форму, у межах якої виділено певні стадії: добір та прийняття на службу, просування по службі, припинення служби. Кожна зі стадій являє собою сукупність відповідних адміністративних процедур. Центральною стадією процесу проходження служби в органах прокуратури є стадія просування по службі. Процедури просування по службі осіб, призначених на прокурорсько-слідчі посади, доцільно систематизувати у такі основні етапи: а) висунення на прокурорсько-слідчу посаду; б) атестація; в) присвоєння чергового класного чину; г) професійна підготовка, підвищення кваліфікації; д) переміщення на іншу посаду, а також звільнення з посади.

Додатковими етапами доцільно визначити: а) роботу з кадровим резервом; б) застосування заходів морального й матеріального заохочення; в) проведення службового розслідування; г) застосування заходів дисциплінарної відповідальності, не пов'язаних зі звільненням з органів прокуратури.

Визначення на останньому етапі просування по службі в органах прокуратури процедур, які не пов'язані зі звільненням з органів проку-

ратури, ґрунтується на тому, що здійснення процедур звільнення з органів прокуратури тягнуть за собою припинення відносин у сфері проходження служби, а тому віднесені до іншої стадії процесу проходження служби. При цьому слід підкреслити, що послідовність основних та додаткових етапів є, певною мірою, умовною, оскільки додаткові етапи можуть бути реалізовані у будь-який момент здійснення процедур просування по службі.

Література

1. Іншин М. І. Правове регулювання службово-трудової діяльності державних службовців як особливої категорії зайнятого населення України : навч. посіб. / *М. І. Іншин*. — Х. : ФІНН, 2010. — 672 с.
2. Про міліцію : Закон України від 20 груд. 1990 р. № 565-XII // Відомості Верховної Ради УРСР. — 1991. — № 4. — Ст. 20.
3. Про Службу безпеки України : Закон України від 25 берез. 1992 р. № 2229-XII // Відомості Верховної Ради України. — 1992. — № 27. — Ст. 382.
4. Про затвердження Положення про порядок проведення атестації прокурорсько-слідчих працівників органів прокуратури України : наказ Генеральної прокуратури України від 12 верес. 2005 р. № 2958ц // Бюлетень законодавства і юридичної практики України. — 2009. — № 12.
5. Адміністративне право України: академічний курс : підручник. У 2 т. Т. 1 / редкол.: В. Б. Авер'янов [та ін.]. — К. : Юрид. думка, 2007. — 592 с.
6. Старилов Ю. Н. Государственная служба в Российской Федерации : направления реформирования и концепция программы специального учебного курса // Государство и право. — 1995. — № 1. — С. 44–48.
7. Битяк Ю. П. Державна служба в Україні: організаційно-правові засади : монографія / *Ю. П. Битяк*. — Х. : Право, 2005. — 304 с.
8. Атаманчук Г. В. Сущность государственной службы: история, теория, закон, практика : монографія / *Г. В. Атаманчук*. — 2-е изд., доп. — М. : Изд-во РАГС, 2008. — 312 с.
9. Ангена М. Аппарат управления социалистического государства / [*М. Ангена, М. Беньямин, Г. Дорохова, А. Лунев*]. — М. : Юрид. лит., 1987. — 518 с.
10. Про затвердження Положення про класні чини працівників органів прокуратури : постанова Верховної Ради України від 6 листоп. 1991 р. № 1795-XII // Офіційний вісник України. — 2006. — № 10. — Ст. 632.
11. Про військовий обов'язок і військову службу : Закон України від 25 берез. 1992 р. № 2232-XII // Відомості Верховної Ради України. — 1992. — № 27. — Ст. 385.
12. Теория юридического процесса / под общ. ред. В. М. Горшенева. — Х. : Изд-во при Харьк. гос. ун-те изд. объединения «Вища школа», 1983. — 196 с.
13. Юридическая процессуальная форма. Теория и практика / [*Н. В. Виртук, В. М. Горшенев, Т. Н. Добровольская и др.*] ; под ред. В. М. Горшенева, П. Е. Недбайла. — М. : Юрид. лит., 1976. — 279 с.
14. Бандурка О. М. Адміністративний процес : підручник / *О. М. Бандурка, М. М. Тищенко*. — К. : Літера ЛТД, 2001. — 336 с.
15. Демський Е. Ф. Адміністративне процесуальне право України : навч. посіб. / *Е. Ф. Демський*. — К. : Юрінком Інтер, 2008. — 496 с.
16. Кузьменко О. В. Теоретичні засади адміністративного процесу : монографія / *О. В. Кузьменко*. — К. : Атіка, 2005. — 352 с.

17. Миколенко А. И. Административный процесс и административная ответственность в Украине : учеб. пособие / *А. И. Миколенко.* — Х. : Одиссей, 2004. — 272 с.
18. Перепелюк В. Г. Адміністративний процес. Загальна частина : навч. посіб. / *В. Г. Перепелюк.* — Чернівці : Рута, 2003. — 367 с.
19. Селіванов А. О. Адміністративний процес в Україні : реальність і перспективи розвитку правових доктрин / *А. О. Селіванов.* — К. : Ін Юре, 2000. — 68 с.
20. Лукьянова Е. Г. Теория процессуального права / *Е. Г. Лукьянова.* — М. : Норма, 2003.
21. Харитонова О. І. Адміністративно-правові відносини : концептуальні засади та правова природа : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.07 / *Олена Іванівна Харитонова* ; Одес. нац. юрид. акад. — О., 2004. — 435 с.
22. Селіванов А. О. Верховенство права в Конституційному правосудді. Аналіз конституційної юрисдикції / *А. О. Селіванов.* — К. ; Х. : Акад. прав. наук України, 2006. — 400 с.
23. Даль В. И. Толковый словарь живого великорусского язика. В 4 т. Т. 4 / *В. И. Даль.* — М. : Рус. яз., 1980. — 680 с.
24. Евгеньева А. П. Словарь русского язика. В 4 т. Т. 1 / *А. П. Евгеньева.* — 2-е изд., испр. и доп. — М. : Рус. яз., 1984. — 750 с.
25. Алімов Р. С. Процедури в адміністративному праві України: теорія і практика : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07 / *Р. С. Алімов* ; Нац. ун-т держ. податкової служби. — Ірпінь, 2002. — 199 с.
26. Проект Адміністративно-процедурного кодексу України від 18.07.2008 р. № 2789 [Електронний ресурс] // Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. — Режим доступу : http://gska2.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?id =&pf3511=33073

Анотація

Ківалов С. В. **Адміністративно-правова природа відносин у сфері проходження служби в органах прокуратури.** — Стаття.

Стаття присвячена розгляду питань щодо визначення сутності, правової природи, особливостей і правового регулювання відносин, які виникають при проходженні служби в органах прокуратури. Особлива увага приділена розмежуванню адміністративних і трудових правовідносин, які виникають при проходженні служби в органах прокуратури, їхній процесуальній характеристиці.

Ключові слова: прокуратура, проходження служби, правове регулювання, цивільна і мілітаризована державна служба.

Аннотация

Кивалов С. В. **Административно-правовая природа отношений в сфере прохождения службы в органах прокуратуры.** — Статья.

Статья посвящена рассмотрению вопросов определения сущности, правовой природы, особенностей и правового регулирования отношений, возникающих при прохождении службы в органах прокуратуры. Особенное внимание уделено разграничению административных и трудовых отношений, возникающих при прохождении службы в органах прокуратуры, их процессуальной характеристике.

Ключевые слова: прокуратура, прохождение службы, правовое регулирование, гражданская и милитаризированная государственная служба.

Summary

Kivalov S. V. **Administrative-legal nature of relations in the sphere of the process of going through the service in the prosecution bodies.** — Article.

The article is devoted to the researching of the issues concerning definition of the essence, legal nature, special features, legal regulation of relations that appear in the process of going through the service in the prosecution bodies. Special attention is devoted to the question of differentiation of administrative and labour legal relations that appear in the process of going through the service in the prosecution bodies, their procedural characteristic.

Keywords: prosecution, going through the service, legal regulation, civil and military state service.

УДК 342(477).001.73/76

М. П. Орзіх

КОНСТИТУЦІЙНА МОДЕРНІЗАЦІЯ ТА РЕФОРМУВАННЯ В УКРАЇНІ

Конституційні перетворення в Україні у ретроспективі проходили у формах модернізації та реформування, далеко не завжди одержуючи доктринальні обґрунтування з необхідним аналізом та прогнозуванням соціально-політичних та юридичних наслідків цих перетворень, що були природні з «виходом» реформи за межі власного предмета конституційного права в сферу системно-структурних якісних змін у державно-правовому і суспільному житті.

В цих умовах та враховуючи постійний інтерес та численні спроби кардинально змінити зміст Конституції України, конституційний лад та устрій держави, її співвідношення з громадянським суспільством та людиною (її конституційно-правовим статусом), врешті, проведення уявної за змістом та наслідками, незавершеної, суперечливої реформи 2004 року спонукало та обумовило науково-прикладний інтерес колективу кафедри до змісту та процесу конституційних перетворень в країні. Одночасно з урахуванням фундаментальності (щодо інших галузей права) конституційного права виникла потреба обґрунтування можливості втілення оновлених або таких, що мають потенціал для цього, конституційних засад у поточне іногалузеве законодавство та організаційно-правові моделі з метою формування в країні системи сучасного українського конституціоналізму.

Ці напрями наукових досліджень передусім передбачали чітке уявлення про процеси модернізації та реформування конституційних засад держави і суспільства, за умови безперечної конституціоналізації суспільного та державного життя.

При цьому робочою гіпотезою, що була веріфікована вітчизняним та світовим, перш за все європейським, досвідом було уявлення про те, що модернізація конституційного буття, конституційно-правових реалій не

© М. П. Орзіх, 2010

завжди означає внесення текстових змін до Конституції України або перетворення її окремих положень.

Конституційна модернізація можлива як у формі зміни конституційних нормативно-вербальних засад, так й у формі тлумачення конституційних норм, що призводить до підвищення уваги до діяльності Конституційного Суду України — єдиного органу, уповноваженого на офіційне тлумачення Конституції України, визначення конституційності актів органів державної влади.

Конституційна юстиція таким чином стає головним, якщо не єдиним, найбільш ефективним засобом, може не усвідомлюючи того, здатна виконати, образно кажучи, місіонерську роль стосовно конституційної модернізації в країні. Її потенціал визначається тим, що вона має можливість швидко й ефективно реагувати на зміни політичної і соціально-економічної ситуації в країні; має можливості впливати на всі елементи конституціоналізму (нормативні, ідеологічні, праворегулятивні, охоронні); сприяє системоутворюючій і системозберігаючій функціям Конституції у відношенні мети реформи в умовах значного у порівнянні з іншими галузями обсягу конституційного законодавства, переваги підзаконних актів у загальному масиві законодавства у співвідношенні 95,4 % — 4,6 %, продовження дії законів Української ССР і діючих в Україні ряду законів Союзу РСР, збереження в правовій системі країни близько 60 % заборонних норм (при світових стандартах — до 18 %); не має апеляційної інстанції («Вище Конституційного Суду тільки Бог», — говорив С. Хмара) і тому не зв'язаної процесуальними «умовностями» при необхідності винесення рішень з орієнтацією на визначені правові пріоритети, використання преюдиціональності власних рішень, відомого практиці Верховного Суду США принципу «тлумачення, що змінюється»; здатна синтезувати теорію і практику, виконувати роль «наукового центру розвитку конституційно-правової думки» (В. Є. Скомороха).

При цьому потенціал конституційної юстиції, що впливає на мету і форми конституційних перетворень, залежить не тільки від авторитетності Суду, професіоналізму, життєвої мудрості суддів, але й від концептуальної позиції юстиції, насамперед, відносно до самої себе і своєї діяльності. Тут вибір власної парадигми невеликий: або прямувати за відомим постулатом Ш. Монтеск'є, що називав суддів «вустами закону, звичайними, пасивними істотами», або орієнтуватися на позицію, що сформувалася в практиці Верховного Суду США: судді Верховного Суду виявляють приклад поваги до Конституції, але, що таке Конституція США, знають тільки судді, що «повинні бути динамічними компонентами історії, якщо бажати і домагатися того, щоб наші інститути були життєвими, спрямовуючими силами в наше століття» (W. Douglas). Ця формула досить близька конституційному положенню Конституційного Суду України, що є «єдиним органом конституційної юрисдикції» і офіційного тлумачення Конституції і законів України (ст. 147 Конституції

України). А «тлумач, залежно від обставин, може розуміти Конституцію краще, ніж розуміли її автори самого тексту» (Т. Маунц).

Вибір парадигми власної самосвідомості, науково-дослідної і прикладної діяльності кафедри відбивається на визначенні науковцями рольової позиції Суду, прагнення брати участь на всіх стадіях конституційного провадження, у науково-експертній роботі. Це обумовило методологічну позицію кафедри щодо Конституції України як до (1) «заповідної зони» (М. И. Краснов), «священої корови» (В. Н. Шаповал) або, як нещодавно говорила спікер Палати общин парламенту Великої Британії Б. Бутройд, «громіздкої, застиглої, кам'яної, обмеженої писаної Конституції» чи (2) «засобу життя суспільства (В. Б. Пастухов), «продукту...часу й обставин» (Ч. Боржо), «середовища мешкання», що «вимагає раціонального використання» (Б. Н. Страшун).

Стосовно до другого варіанта Конституція розглядається не як «щось незмінне і нерухоме... вона може мінятися під впливом об'єктивних обставин. Мова йде не про новацію тексту Конституції, але про «мовчазне перетворення» Конституції, тобто її зміни без зміни конституційного тексту (Б. С. Ебзеєв). Французькі юристи, яких іноді називають «великими споживачами конституції», порушують питання: «чи дійсно варто вважати, що норми, що були видані в 1789 році, зберегли свою нормативну якість у XX сторіччі і що вони відповідають структурі сучасного суспільства?» (Р. Жано). Верховний Суд США майже дав відповідь на це в одному зі своїх рішень (справа Маккудах проти Мериленду): «Конституція покликана існувати в століттях і пристосовуватися до різних криз...» Цей судовий фрагмент, власне кажучи, і в часі збігається з появою прикладної доктрини «властивих» (inherent) повноважень як невід'ємних від суб'єкта реалізації суверенітету.

Важливою була для кафедри також науково-практична настанова при аналізі юридичної теорії і практики — від позитивізму і неопозитивізму, його подолання з позицій загальних принципів права, перш за все — верховенства права і цінностей природно-правової доктрини аж до використання елементів юридичного реалізму.

Пошук рішення проблеми наведено в публікаціях кафедри, законопроектних працях в площині теоретичного обґрунтування і впровадження в юридичну практику невластивих статуарній правовій системі елементів системи «живого права», теоретико-прикладного інституту англосаксонської системи права, який успішно використовується не тільки європейськими країнами, що сприйняли англосаксонську систему (наприклад, Данія, Ісландія, Норвегія, Швеція, Фінляндія), але й у правових системах, заснованих на принципах континентальної системи права.

Тільки в цьому випадку можливо відкинути докір європейських юристів у явно недостатньому використанні прецедентів і доктринальних наробітків у посткомуністичному праві, і американських юристів, що взагалі нерідко дивуються, як серйозно їхні європейські колеги ставляться до дотримання букви закону і як недбало до власної практики.

Але ж це потребує постійного супроводження юридичної практики наукою права, стосовно процесів конституційної модернізації передусім конституційно-правовою доктриною.

Конституційне реформування якісно відрізняється від модернізації за засобами та наслідками. Класичною формою реформування є прийняття нової Конституції або, у всякому разі, перетворення, що торкається розділів I «Загальне положення», III «Вибори. Референдум», XIII «Внесення змін до Конституції України». І, хоча українська Конституція не містить вказівки про те, що будь-які положення Конституції не можуть суперечити основам конституційного ладу (пор.: ч. 2 ст. 16 Конституції Російської Федерації), невідповідність конституційних змін розділу I Конституції України мають розглядатися як якісне реформування Конституції, що потребує ретельного додержання відповідного конституційно-законодавчого провадження в межах конституційного процесу. Тут немає різниці, ідеться про новий текст Конституції або її «нову редакцію», що неодноразово пропонувалося протягом останього п'ятиріччя та завершилося невдалою спробою провести конституційне реформування у спосіб, що не передбачений Конституцією України [1]. Цей шлях не є реформаційним та навіть еволюційним, але містить всі ознаки революційних конституційних перетворень та за певних обставин може характеризуватися як конституційний переворот, що найменше — узурпація влади, яка, за визначенням Конституційного Суду України (від 5 жовтня 2005 р.), «означає, зокрема... вносити зміни до Конституції України у спосіб, який порушує порядок, визначений розділом XIII чинного Основного Закону України... будь-які дії держави, її органів або посадових осіб, що призводять до узурпації права... є неконституційними і незаконними» [2].

Тому проблема меж та процедур конституційних перетворень привернула особливу увагу науковців кафедри, що доводили необхідність до будь-яких конституційних перетворень переконати, при необхідності примусити всіх і кожного поважати конституційні приписи, що є запорукою перетворення «конституції без конституціоналізму» (R. Charlet), тобто номінальної, вербальної конституції, в конституцію, що передбачає «повну інтеграцію конституційних норм у динаміку політичного життя» (K. Loewenstein).

На цьому ґрунті проводились наукові дослідження сучасного конституціоналізму в Україні — як кінцевої мети конституційних перетворень. Результатом цих досліджень були видані дві монографії та великий обсяг інших фахових публікацій М. П. Орзіха та А. Р. Крусян, фундаментальність досліджень яких підтверджена захистом у 2010 році докторської дисертації А. Р. Крусян [3]. Зокрема, М. П. Орзіх доводив, що конституціоналізм — центр, навколо якого «обертається» вся сучасна конституційно-правова проблематика. Категоріально це достатньо універсальний носій теоретичної енергії сучасного конституційного права, основна парадигма конституційної практики, критерій конституційності

діяльності й актів індивідуальних та колективних суб'єктів права, умова становлення «динамічної конституційної юриспруденції», яка, на відміну від «статичної», орієнтована на формування та використання законів і технічних засобів розвитку права, реформування конституційні дійсності. Такий підхід особливо актуальний для країн перехідного періоду, що характеризується в значній мірі невизначеністю соціально-політичних координат розвитку суспільства та потребує адекватного конституційно-технологічного (інженерного) рішення, конституційного забезпечення політичного реформування.

Продовжуючи цей науковий напрям, А. Р. Крусян спрямувала свої дослідження на розроблення науково-практичної парадигми сучасного українського конституціоналізму з урахуванням сучасних умов вітчизняної конституційно-правової практики. У цьому напрямі були визначені гносеологічні витоки конституціоналізму, його сутність, розкрито структуру та зміст системи сучасного українського конституціоналізму, встановлені та розкриті принципи конституціоналізму, обґрунтовано передумови та мету сучасного українського конституціоналізму, основні напрямки здійснення конституційного реформування та конституційно-правового забезпечення політичної реформи в контексті становлення та еволюційного розвитку системи сучасного українського конституціоналізму. В результаті було сформульовано уявлення про сучасний конституціоналізм як публічно-правову систему конституційної організації сучасного суспільства на основі права, демократії та утвердження конституційно-правової свободи людини, змістом якої (цієї системи) є конституція та конституційне законодавство, конституційні правовідносини, конституційна правосвідомість, конституційний правопорядок і функціонування якої спрямовано на обмеження (самообмеження) публічної влади на користь громадянського суспільства, прав і свобод людини.

Природним при наведеному розумінні конституціоналізму було звернення колективу кафедри до проблем співвідношення держави і місцевого самоврядування, що були предметом спеціальних досліджень за державною програмою минулих п'ятиріч, де провідною науковою організацією була визначена кафедра конституційного права ОНЮА [4]. Продовжуючи ці дослідження, що вже мали великий обсяг публікацій та прикладних робіт, фундаментальний науковий вихід — докторську дисертацію, науковці кафедри представили у теперешньому пятиріччі неменьший обсяг публікацій, кандидатські дисертації В. Р. Барського, Ю. Ю. Бальція, В. А. Григор'єва, науково-прикладні праці О. М. Алікової, К. К. Кулі, А. Т. Назарко, В. М. Панасюк [5].

У результаті теоретичних та практичних узагальнень, що проводилися в Україні та за кордоном, з використанням напрацювань кафедри за проблемами місцевого самоврядування Н. В. Мішиною представлена низка публікацій компаративистського характеру, дві монографічні роботи, врешті, успішно захищена докторська дисертація [6]. При цьому постановка і вирішення проблеми обумовлені тим, що посилення впливу

глобалізації та інтеграції на суспільне і державно-правове буття України актуалізуються багатоманітними за природою та призначенням процесами сприйняття світового досвіду державотворення, становлення та розвитку громадянського суспільства в Україні. Ці процеси вирішально впливають на життя країни, сприяють, як слушно зазначив Конституційний Суд України в Рішенні від 10 січня 2008 р., «розвитку громадського самоврядування, тобто самоорганізації громадян за місцем проживания, роботи, навчання або за іншими ознаками в межах, визначених Конституцією України і законами України». Тенденция сприяння самоорганізації населення, також і терироріальної, цілком відповідає новітнім європейським стандартам, закріпленим у конституційних документах ЄС. Так, Лісабонський договір 2007 р., який набув чинності 1 грудня 2009 р., наголошує на необхідності «реалізації принципу субсідіарності» і «відкритості функціонування всіх органів ЄС із метою широкого залучення інститутів громадянського суспільства до участі в управлінні».

Природно також у зв'язку з дослідженням сучасного конституціоналізму звернення кафедри до особистісної проблематики права. Значними для загальних та окремих досліджень цієї проблематики були монографічні роботи М. П. Орзіха, А. Р. Крусян, фахові видання В. О. Міхальова [7].

У процесі конституційних перетворень актуалізується проблема конституційних конфліктів, що має обмежений обсяг наукових досліджень та привернула увагу молодих вчених кафедри. Науковий пошук А. А. Єзерова у цьому напрямку завершився кандидатською дисертацією [7]. Необхідність системного дослідження конституційних конфліктів, а також їх профилактики та вирішення стали підґрунтям для розробки класифікації конституційних конфліктів у спосіб представлення їх у вигляді єдиної універсальної схеми. Виділення певних однорідних діагностичних ознак дозволило віднести окремий конституційний конфликт до відповідної одиниці систематизації — типу, рівня, класу, роду, предметної групи та виду. Виділивши певні ідеальні типи, ця схема дозволяє не тільки дистанціюватися від конкретного конфликту, але й розширити проблемне поле для здійснення діагностики конституційних конфліктів, тобто має велике прикладне значення. Тому ефективним засобом одержання знань про конституційні конфлікти за допомогою системи логично послідовних методологічних, теоретичних, методичних, організаційно-технічних процедур з метою подальшого вдосконалення конституційно-правових відносин та конституційно-правового регулювання визначено конституційно-конфліктну діагностику.

Розробка проблематики конституційної конфліктології стала у нагоді при науковому аналізі виборчого права та виборчого процесу в Україні. В цьому напрямку працювали В. О. Куранін та С. С. Сон [9]. Фундаментальні дослідження з цієї проблематики з вихідом за межі традиційного конституційного регулювання, звернення до електоральних технологій,

виборчої інженерії здійснила М. В. Афанасьєва [10], що продовжує науковий пошук у цьому напрямку вже у ролі докторанта кафедри. У процесі її досліджень доводиться, що на сучасному етапі виборчі кампанії здебільшого перетворюються на заздалегідь спланований процес, який складається з ефективних способів та прийомів її організації та проведення. Суб'єкти виборчих перегонів з урахуванням ресурсів, які є в їх розпорядженні, активно проектують та впроваджують у практику виборчі технології, займаючись практично соціально-інженерною діяльністю. В очах громадськості виборчі технології здебільшого сприймаються виключно як маніпуляції, але технологічність виборчої сфери спрямована насамперед на її стандартизацію, раціоналізацію, забезпечення ефективності і не означає апріорі неправовий характер. Інженерно-технологічний підхід до виборчого права та процесу достатньо широко обговорюється у публіцистиці та політичній практиці, однак в юридичній літературі він не отримав комплексного наукового аналізу. Тому актуальними є дослідження природи виборчої інженерії та виборчих технологий, їх конституційно-правове забезпечення, розробка шляхів щодо мінімізації використання нелегальных та нелегітимних проявів інженерно-технологічної діяльності в межах виборчих кампаний.

Достатньо складний характер онтологічних та гносеологічних досліджень конституційних перетворень та зв'язаних з цими проблемами конституціоналізму, муніципального самоврядування та менеджменту, рольової позиції особистості, конституційної конфліктології та виборчих технологій призвели до необхідності постановки та вирішення методологічних питань сучасної конституціоналістики, зокрема, щодо змісту галузевої методології, категоріального складу, нових наукових та прикладних підходів аж до постановки проблеми збагачення понятійного складу сучасної конституціоналістики. За цими напрямками були опубліковані низка праць М. П. Орзіха та М. В. Афанасьєвої [11].

Конституційні перетворення в Україні з урахуванням визначених ст. 11 Закону України «Про засади внутрішньої і зовнішньої політики» засад зовнішньої політики держави, спрямованої на «забезпечення інтеграції України в європейський політичний, правовий простір» мають достатньо жорстку орієнтацію на міжнародні стандарти та європейський вимір конституційної модернізації та реформування. Тому загальна проблема, що вирішувалася науковцями кафедри, постійно «звірялася» з вказаним виміром розвитку українського права. Цьому напрямку були присвячені низка робіт М. П. Орзіха, докторські дисертації А. Р. Крусян і Н. В. Мішиної, кандидатська дисертація Д. С. Терлецького, публікації Я. В. Чернопищук [12]. Зокрема, в аспекті євроінтеграційних процесів особливий интерес викликають дослідження Д. С. Терлецького, що мають подальшу перспективу для теорії і практики. Автор переконливо доводить, що інкорпорація міжнародних договорів, що закреплена у ст. 9 Конституції України, є одним із засобів національної імплементації норм міжнародного права. У цілому концепція національної імплементації

вигідно відрізняється від інших концепцій здійснення норм міжнародного права на території держав і дозволяє найбільш повно і адекватно вирішувати завдання реалізації Українською конституційною державою своїх міжнародно-договірних зобов'язань. Застосування загальновизнаних принципів і норм міжнародного права в Україні, що є змістом, а не формою міжнародного права, в силу конституційних приписів можливо лише в тій мірі, в якій вони знайшли своє закріплення в універсальних міжнародних договорах, стороною яких виступає Україна та згоду на обов'язковість яких надана Верховною Радою України. В результаті пропонується визначення конституційної імплементації як діяльності конституційно-уповноважених органів щодо впровадження певних заходів і засобів, що здійснюється з метою належної реалізації Українською конституційною державою своїх міжнародно-договірних забов'язань.

Науково-педагогічний коллектив кафедри, виходячи з широкого уявлення про конституційно-правове регулювання, що виходять за межі «чистого» предмета конституційного права, звертався також до міжгалузевої проблематики публичного права. Так, асистент О. В. Олькіна предметом свого дисертаційного дослідження обрала конституційно-правовий статус вищих посадових осіб держави, професор кафедри Б. А. Пережняк, асистенти та аспіранти, що працюють під його керівництвом, виявляють глубокий науковий інтерес до управлінської проблематики у сфері культури та культурної політики держави [13].

Достатньо широкі за проблематикою наукові пошуки привели до визначення форм та засобів втілення, впровадження результатів досліджень в юридичну практику та навчальний процес. Цей досвід був узагальнений у двух колективних працях кафедри, присвячених досвіду доктринального супроводження юридичної практики та суттєвому доповненню навчальної літератури науково обґрунтованим навчальним та навчально-методичним матеріалом [14]. Крім того, М. В. Афанасьєва, Ю. Ю. Бальцій, В. Р. Барський, А. А. Єзеров, Н. В. Мішина, М. П. Орзіх, Б. А. Пережняк, Д. С. Терлецький брали участь у підготовці підручників та навчальних посібників, що одержали рекомендації Міністерства освіти і науки України [15]. Практично всі члени кафедри протягом п'ятиріччя підготували до виданная навчальні та навчально-методичні посібники по навчальним дисциплинам, що забезпечує кафедра. Плідно, з використанням наукових досягнень кафедри працював Дискусійний студентський клуб публічного права під науковим керівництвом А. А. Єзерова.

Природно, колектив кафедри, що займався протягом п'яти років проблемою конституційної модернізації та реформування, не гаючи часу звернувся до доленосного для України Рішення Конституційного Суду України від 30 вересня 2010 року (№ 20-пр/2010) щодо конституційності Закону України «Про внесення змін до Конституції України» від 8 грудня 2004 року № 2222-IV. Цим Рішенням Суд визнав названий Закон неконституційним, що «означає відновлення дії попередньої ре-

дакції норм Конституції України, які були змінені, доповнені та виключені Законом № 2222» (п. 6 мотивувальній частини Рішення). Кафедра брала участь у підготовці цього Рішення шляхом експертного висновку до конституційного подання за справою.

Тому вже протягом першої декади жовтня М. П. Орзіх підготував для публікації статтю «Рестарт політичної реформи в Україні: науково-прикладні підстави та конституційно-правові наслідки», а також за співпрацею із С. С. Сон та О. В. Наконечною корисне для науковців, студентів, практикуючих юристів тримовне видання Конституції України з алфавітно-предметним покажчиком [16].

Безсумнівно, вказане Рішення Конституційного Суду України буде мати вирішальний вплив на подальше планування та виконання науково-дослідної роботи колективом кафедри.

Література

1. Рішення Конституційного Суду України від 30 вересня 2010 р., № 20-рп/2010 у справі за конституційним поданням 252 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України «Про внесення змін до Конституції України» від 8 грудня 2004 року № 2222-IV (справа про додержання процедури внесення до Конституції України) [Електронний ресурс]. — Режим доступу обмеженої функціональності : 20-%D1%DO%BF%2F2010
2. Орзіх М. П. Рестарт політичної реформи в Україні: науково-прикладні підстави та конституційно-правові наслідки / *М. Ф. Орзіх* // Юридичний вісник. — 2010. — № 4.
3. Орзіх М. Ф. Современный конституционализм в Украине. Вступ до українського конституційного права : монографія / *М. Ф. Орзіх, А. Р. Крусян*. — К. : Алерта, 2006 ; Крусян А. Р. Сучасний український конституціоналізм : монографія / *А. Р. Крусян*. — К. : Юрінком Інтер, 2010 ; Крусян А. Р. Сучасний український конституціоналізм: теорія та практика : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук / *А. Р. Крусян*. — О., 2010.
4. Місцеве самоврядування в умовах формування правової держави. Реєстр № 08. 06.03/001-93. Індекс виконавця: 464-Г — Накази Державного комітету з питань науки і технологій України від 3 серпня 1993 р. — № 84 та від 5 березня 1994 р. — № 39 ; Орзіх М. П. Правове супровадження місцевого самоврядування в України / *М. П. Орзіх* // Наукові праці ОНЮА. — О., 2002. — Т. 1 : Наукові школи ОНЮА: історія та сучасність ; Орзіх М. Місцеве самоврядування в незалежній Україні: десятиріччя досягнень та прорахунків / *М. Орзіх* // Місцеве самоврядування: 10 років здобутків. — К. : Україна, 2002.
5. Баймуратов М. О. Міжнародне співробітництво органів місцевого самоврядування України : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук / *М. О. Баймуратов*. — О., 1996 ; Бальцій Ю. Ю. Правовий статус міського голови в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / *Ю. Ю. Бальцій*. — О., 2006 ; Барський В. Р. Нормотворчість представницьких органів місцевого самоврядування в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / *В. Р. Барський*. — О., 2006 ; Григор'єв В. А. Становление публичной самоуправленческой (муниципальной) власти в Украине : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / *В. А. Григор'єв*. — О., 2004 ; Алікова О. М. Громадянське суспільство й локальна (муніципальна) демократія / *О. М. Алікова* // Актуальні проблеми держави і права : зб. наук. пр. — О., 2006. — Вип. 29 ; Кулі К. К. Конституційна модель місцевого самоврядування в Україні / *К. К. Кулі* // Юридичний вісник. — 2007. — № 1; Назарко А. Т. Конституційний статус фізичних осіб як суб'єктів місцевого самоврядування / *А. Т. Назарко* //Правове життя сучасної України. — О. : Фенікс, 2006 ; Пана-

сюк В. М. Реализация государственной молодёжной политики органами публичной власти на региональном и местном уровне / *В. М. Панасюк* // Доктринальное сопровождение юридической практики: история и опыт кафедры конституционного права ОНЮА. — О. : Юрид. л-ра, 2007.

6. Мішина Н. В. Конституційно-правове регулювання діяльності органів самоорганізації населення: порівняльно-правове дослідження : монографія / *Н. В. Мішина*. — О. : Друк. дім, 2009 ; Мішина Н.В. Органи самоорганізації населення: минуле, сучасне, перспективи : монографія / *Н. В. Мішина*. — О. : Вид-во ОРІДУ НАДУ, 2008 ; Мішина Н. В. Органи саморганізації населення: порівняльно-правове дослідження : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук / *Н. В. Мішина*. — О., 2010.
7. Орзих М. Ф. Личность и право / *М. Ф. Орзих*. — О. : Юрид. л-ра, 2005 ; Орзих М. Ф. Человеческое измерение права: доктринальная ретроспектива и современная постановка проблемы / *М. Ф. Орзих* // Антологія української юридичної думки. — К. : Юрид. кн., 2005. — Т. 10 : Юридична наука незалежної України ; *Крусян А. Р.* Вказ. твір. — Розд. 2.1 ; Міхальов В. О. Класифікація і нормативне закріплення біологічних прав людини / *В. О. Міхальов* // Актуальні проблеми держави і права. — О. : Юрид. л-ра, 2005. — Вип. 22.
8. Єзеров А. А. Конституційний конфликт як феномен та процес в Україні : монографія / *А. А. Єзеров*. — О. : Юрид. л-ра, 2008: Єзеров А. А. Конституційний конфликт як феномен та процес в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / *А. А. Єзеров*. — О., 2007.
9. Куранін В. О. Легітимація виборів в Україні у контексті міжнародних стандартів / *В. О. Куранін* // Правове життя сучасної України. — О. : Юрид. л-ра, 2010; Сон С. С. Моральність та шляхи розвитку виборчої системи в Україні / *С. С. Сон* // Юридичний вісник. — 2007. — № 4.
10. Афанасьева М. В. Избирательные технологии в Украине: конституционно-правовое обеспечение : монография / *М. В. Афанасьева*. — О. : Юрид. л-ра, 2007; Афанасьєва М. В. Виборча інженерія: до постановки питання / *М. В. Афанасьєва* // Юридичний віснік. — 2010. — № 4.
11. Орзих М. Ф. Опыт введения в конституционное право Украины / *М. Ф. Орзих* // Наукові праці ОНЮА. — О. : Юрид. л-ра, 2006. — Т. 5 ; Орзих М. Категориальное определение перспектив науки конституционного права / *М. Орзих* // Наука конституційного права України: сучасний стан та напрямки розвитку. — Х., 2009 ; Орзіх М. П. Конституціоналістика: спроба збагачення юридичних терміно-понять / *М. П. Орзіх* // Наукові праці ОНЮА. — О. : Юрид. л-ра, 2009. — Т. 8 ; Афанасьєва М. Методологія конституційної науки та практики / *М. Афанасьєва* // Проблеми сучасної конституціоналістики. — К. : Юрінком-Інтер, 2010.
12. Орзіх М. П. Європейський вимір конституційного реформування в Україні: концептуальний підхід / *М. П. Орзіх* // Стратегічні пріоритети : наук.-аналіт. щокв. зб. — К. : Нац. ін-т стратегічних дослідж., 2008. — № 2 (7) ; Орзіх М. Конституційні ідеї Л. Юзькова та європейський вимір конституційно-реформаторських перспектив в Україні / *М. Орзіх* // Проблеми сучасного українського конституціоналізму : зб. наук. пр. / Конституц. Суд України, Акад. прав. наук України. — К. : Логос, 2008 ; *Крусян А. Р.* Вказ. твір ; *Мішина Н. В.* Вказ. твір; Терлецький Д. С. Конституційно-правове регулювання дії міжнародних договорів в Україні : монографія / *Д. С. Терлецький*. — О. : Фенікс, 2009 ; Терлецький Д. С. Конституційний Суд України — Міністерство юстиції України: конфлікт повноважень у сфері забезпечення дії міжнародних договорів України / *Д. С. Терлецький* // Юридичний вісник. — 2006. — № 4 ; Терлецький Д. С. Феномен «м'якого права» в контексті положень статті 18 Конституції України / *Д. С. Терлецький* // Юридичний вісник. — 2009. — № 2 ; Чернопищук Я. В. Конституціоналізація європейської інтеграції: етимологія змісту / *Я. В. Чернопищук* // Держава і право : зб. наук. ст.. — К. : Ін-т держави і права НАН України, 2010.

13. Олькіна О. В. Поняття та зміст терміна «вища посадова особа» в законодавстві України / *О. В. Олькіна* // Юридичний вісник. — 2009. — № 1 ; Пережняк Б. А. Державна політика України в галузі культури на сучасному етапі державотворення: організаційно-правові питання / *Б. А. Пережняк* // Актуальні проблеми політики : зб. наук. пр. — О. : Фенікс, 2007. — Вип. 30 ; Пережняк Б. А. Адміністративно-правове регулювання освітньої діяльності в Україні: сучасний стан і перспектива / *Б. А. Пережняк* // Часопис адміністративістики. — 2007. — № 1.
14. Доктринальное сопровождение юридической практики: история и современный опыт кафедры конституционного права ОНЮА : сб. науч.-практ. ст. — О. : Юрид. л-ра, 2007 ; Проблеми сучасної конституціоналістики : навч. посіб. : рекомендований Міністерством освіти і науки України. — К. : Юрінком-Інтер, 2010.
15. Адміністративне право України. Академічний курс : у 2 т. — К. : Юрид. думка, 2005. — Т. 1. — Розд. V (гл. 14§2), VIII (гл. 21§3) ; Т. 2. — Розд. II (гл. 16—18) ; Муніципальне право України : підручник. — К. : Правова єдність, 2009. — Розд. 11, 12 ; Проблеми сучасної конституцоналістики.
16. Юридичний вісник. — 2010. — № 4 ; Конституція України. З алфавітно-предметним покажчиком. Українською, російською, англійською мовами / уклад.: М. П. Орзіх, С. С. Сон, О. В. Наконечна. — О. : Юрид. л-ра, 2010.

Анотація

Орзіх М. П. Конституційна модернізація та реформування в Україні. — Стаття.

Конституційні перетворення в Україні у ретроспективі проходили у формах модернізації та реформування, не завжди одержуючи доктринальні обґрунтування. Стаття присвячена результатам науково-дослідної роботи кафедри щодо аналізу конституційних перетворень у країні та прогнозів подальшої модернізації та реформування конституційних засад державо- та правотворення.

Ключові слова: конституція, модернізація, реформування, конституціоналізм.

Аннотация

Орзих М. Ф. Конституционная модернизация и реформирование в Украине. — Статья.

Конституционные преобразования в Украине в ретроспективе проходили в формах модернизации и реформирования, не всегда получая доктринальные обоснования. Статья посвящена результатам научно-исследовательской работы кафедры по анализу конституционных преобразований в стране и прогнозов дальнейшей модернизации и реформирования конституционных основ государство- и правообразования.

Ключевые слова: конституция, модернизация, реформирование, конституционализм.

Summary

Orzih M. P. **Constitutional modernization and reform in Ukraine.** — Article.

Constitutional transformation in Ukraine took place in retrospective forms of modernization and reform, not always getting a doctrinal justification. The article presents the results of research of the Department of constitutional law, including the analysis of the constitutional reforms in the country and forecasts of further modernization and reform of constitutional principles of state and legislation building.

Keywords: constitution, modernization, reform, constitutionalism.

УДК 340.11:165.12

О. Ф. Скакун

ПРАВОСОЗНАНИЕ — КОМПОНЕНТ ПРАВОВОЙ СИСТЕМЫ ИЛИ ЕЕ ПРЕДСИСТЕМА?

В отечественной юридической литературе, казалось бы, утвердилось мнение о том, что правосознание является непременным компонентом правовой системы [1, с. 129; 2, с. 114—115; 3, с. 135; 10, с. 19; 12, с. 16—18; 17, с. 194; 22, с. 484]. Правосознание, интегрируемое правовой культурой, как и правомерное поведение, правопорядок, отнесено учеными-правоведами к правовым явлениям, которые служат общими правовыми средствами в правовой системе, так называемыми средствами-действиями [9, с. 46; 13]. Общим правовым средствам принадлежит менее активная роль, чем специальным правовым средствам (запреты, дозволения, обязывания, рекомендации, поощрения, наказания, нормы права, правоотношения, субъективные права и обязанности, акты непосредственной реализации норм права, акты применения норм права, акты толкования норм права и др.). Общие правовые средства, будучи составной частью механизма правового влияния — большего по объему правового явления (в его структуру входят и специальные правовые средства), чем механизм правового регулирования, помогают определить особенности групп и типов (семей) правовых систем.

Однако наряду с такой позицией ряд российских правоведов, в частности С. В. Черниченко в статье «Вопрос в соотношении международного и внутригосударственного права как правовых систем (Размышления по поводу некоторых книг коллег)», содержащей богатый материал для размышлений благодаря широкой эрудиции и глубине знаний ее автора — известного ученого, высказывает мнение о том, что «вряд ли в нее (правовую систему. — *О. С.*) должно включаться правосознание, о каком бы виде ни шла речь» [24, с. 9]. При этом правосознание квалифицируется как питательный, исходный материал правовой системы, «так сказать, предсистема». При справедливом заявлении о том, что «право как система норм без правосознания мертво» [24, с. 9], делается

© О. Ф. Скакун, 2010

категоричный вывод: правосознание не является ни частью права, ни «частью правовой системы» [24, с. 9]. Указанное мнение ставит под сомнение правильность освещения отечественными правоведами правосознания как компонента правовой системы. Востребованным является ответ на вопрос: правосознание есть исключительно предсистемой правовой системы, ее питательным материалом, или входит в структуру правовой системы как ее непременный компонент.

Для выявления соотношения правосознания и правовой системы рассмотрим основные аргументы автора указанной статьи, выступающего против включения правосознания в структуру правовой системы.

Аргументация уважаемого ученого диктуется соображениями о том, что имеется «два разных значения правовой системы». Одно из этих значений напрямую связывается с проблемой взаимодействия международного и внутригосударственного права и, как следует из текста статьи, именно эта проблема стимулирует исключение ряда компонентов (системы органов, учреждений, принимающих участие в разработке правовых норм, их принятии и/или применении и др.) из структур правовых систем — внутригосударственных и международных. Мы не касаемся вопроса о соотношении международного и внутригосударственного права, межгосударственной и внутригосударственной правовых систем (освещение этого вопроса является целью статьи, которая анализируется). Главное наше внимание обращено на отрицание автором этой статьи такого компонента структуры правовой системы, как правосознание, и отсюда, как представляется, — на неполноту определения понятия правовой системы (независимо от признания ее «разных значений»).

Сначала воспроизведем предложенное уважаемым автором определение понятия внутригосударственной правовой системы, чтобы убедиться в исключении из него такого компонента, как правосознание. Внутригосударственная правовая система — это «единство внутригосударственных правовых норм (и индивидуальных установок) с порождаемыми ними субъективными правами и обязанностями, внутригосударственными правовыми связями, внутригосударственными правоотношениями и тем самым с устанавливаемым внутригосударственным правопорядком» [24, с. 18–19]. Считаем, что дефиниция внутригосударственной правовой системы, хотя и логична, однако несколько сужена. Ее сужение усматривается в: 1) акценте главным образом на последствиях правотворческой деятельности, без учета как его субъектов, так и объектов — индивидуальных и коллективных; игнорирование тех элементов правовой системы, которые выполняют в ней общие функции, прежде всего такого элемента, как правосознание; 2) ограничении внутригосударственной правовой системы сугубо *внутренними* связями и отношениями, при одновременной констатации, что внутригосударственное право шире национального. Поскольку второй вопрос не заявлен в качестве предмета рассмотрения в нашей статье, остановим внимание на первом

(хотя можно поспорить с категоричностью положения об ограничении правовой системы государства исключительно внутренними связями).

Основным аргументом уважаемого ученого в пользу того, что правосознание не является частью правовой системы, служит квалификация правовой системы как нормативно-правового феномена. К правовой системе он относит все то, что имеет нормативный, внешний, характер. Утверждается, что правовая система «начинается там, где существуют нормы». Отсутствие нормативной основы у правосознания, наличие у него главным образом «внутреннего» выражения (психологического — эмоционального и интеллектуального плана)» [24, с. 9] служит определяющим для вывода о том, что правосознание не может считаться компонентом правовой системы. Так ли это?

Относительно того, что правовая система предполагает наличие норм права, не может быть возражений. Именно система права составляет основной регулятивный (нормативный) элемент правовой системы. Сами нормы права есть результат, как государственной регламентации общественных отношений, так и автономного регулирования, исходящего от институтов гражданского общества, системы местного самоуправления, инициативных граждан [15, с. 53]. Действительно, нормы права — плод развития общественных отношений, коммуникации, конфликта и компромисса, эквивалентного обмена деятельностями между социализированными индивидами. В нормах права типизируются сходные потребности и интересы людей, объективируются постоянно воспроизводимые социальные обстоятельства, интерпретируется социальная практика. Система норм права — результат продолжительного общественного вырабатывания моделей поведения и процедур их осуществления. При этом нормы права, служащие специальными средствами правовых систем, как и сами правовые системы, не «парят в облаках», а существуют в конкретном месте в конкретное время.

Прежде всего, вызывает возражение суждение автора указанной статьи о том, что правосознание не входит в правовую систему «при формировании и осуществлении права (т.е. в процессе правоприменения)» [24, с. 9]. И хотя он не столь категоричен в оценке ничтожной роли правосознания при осуществлении права; как бы придает такой его роли вероятностный характер (вводит слово «вероятно») и даже отмечает, что «без правосознания не может быть уяснения правовых норм» и «оно (правосознание. — *О. С.*) присутствует на любой стадии осуществления права» [24, с. 9], однако его вывод о неприемлемости правосознания как компонента правовой системы однозначен. Ученый считает, что при употреблении категории «правовая система» в широком смысле (не равноценном праву) следует подразумевать особенности преломления права в процессе его осуществления, а «не роль правосознания в его преломлении» [24, с. 9]. Выходит, что право в процессе его осуществления «преломляется» за пределами правосознания, то есть вне субъекта, творящего, познающего и использующего право. В такой

интерпретации право предстает как абстрактно объективное явление, лишенное интерсубъективности.

Для убедительности правоты своей позиции уважаемый ученый высказывает справедливое суждение о том, что правосознание «не всегда выступает основой для создания норм права» [24, с. 9]. Однако этот бесспорный факт отнюдь не исключает ответственной роли правосознания в любой форме юридической деятельности человека — при создании актов правотворчества, реализации норм права, толковании норм права и др.

С недооценкой роли правосознания, исключением его из комплекса компонентов правовой системы нельзя согласиться по следующим причинам.

Во-первых, правосознание как специфическая нормативная форма общественного сознания и право как система норм — генетически родственные понятия, которые существуют параллельно, занимают сопредельные места в правовой системе. Их нормативность не однозначна. Если нормы права являются внешне-объективированными, всеобщими, общеобязательными, формально-определенными моделями поведения [2, с. 113], то нормативность правосознания не имеет организованной целостности системы. Правосознание не наделено свойствами самостоятельности, автономности, которыми располагает право. Правосознание находит проявления в духовных, интеллектуальных, социально-психологических оценках в тех сферах жизни, которые связаны с правом (осознание обязательности правовых норм, морально-социальная оправданность правомерного поведения и др.). Нравственные нормы, религиозные традиции, стереотипы поведения — в сущности, это те же неформальные нормы, которые характеризуют социум и обеспечивают действенность формальных, юридических, норм. Так, норма о наказании за убийство достаточно действенна на Украине вследствие общественного несогласия с такого рода уголовным преступлением. А нормы антикоррупционного законодательства не столь действенны, прежде всего, через убеждение части населения страны о том, что взятка есть допустимый грех.

Вместе с тем, в отличие от нравственной, политической, экономической, религиозной и иных форм общественного сознания (с их помощью правовое сознание подвергает оценке реальность), правосознание не лишено специфической нормативности, которая сближает его с правом. Правосознание отражает правовую реальность, воздействует на нее и формирует определенные представления и суждения о внутригосударственных, международно-правовых явлениях. Правосознанию в большей степени, чем иным формам общественного сознания, присущи определенность, формализованность и другие нормативные начала [11, с. 151].

Правосознание отражает реальность «сквозь призму должного, через сформировавшиеся в обществе правовые принципы, нормативные установления и делает это в понятиях прав и обязанностей субъектов об-

щественной жизни» [21, с. 123–124]. Особенно активно правосознание проявляет себя через господствующие юридические доктрины и профессиональное мышление юристов. Такая регулятивная (нормативная) способность правосознания характеризует его как «одну из форм существования права» [21, с. 124] и неизбежный компонент правовой системы.

Право обладает сложным институциональным юридическим инструментарием, имеет опору в государственном принуждении, а правосознание выражается в суждениях о соответствии нормам права собственного поведения, правомерности актов, принимаемых органами власти и их должностными лицами, в правовой оценке социальных фактов, в осмыслении и подтверждении роли права.

Правосознание отражает само право, его функционирование; руководствуется существующими юридическими понятиями о правах и обязанностях членов общества и т.п., подвергает их анализу и оценке; определяет те отношения общественной жизни, которые объективно нуждаются в правовой регламентации; оценивает поступки людей в сфере права, правовые явления, возникающие в связи с действием правовых норм. Известно, что по качеству законов можно определить уровень правосознания парламентариев, судебных решений — судей; административных актов — должностных лиц административного аппарата. Поэтому правосознание исследуется отечественными учеными различных поколений [8; 14; 18; 23] как категория правоведения, которая находится в неразрывной связи с правом, входит в качестве элемента в механизм правового регулирования. В таком контексте оно квалифицируется как одна из форм общественного сознания, как субъективный образ правового мира, его копия, никогда полностью не совпадающая с оригиналом.

Формирующееся первичное правосознание (а также моральное, религиозное, политическое сознание), выраженное в идеях о правом и неправом, стимулирует зарождение права. Вследствие эффективности действий авторитетного субъекта или по другой причине такие действия приобретают институциональный потенциал — становятся привычкой, воспроизводятся многократными действиями последователей, то есть признаются значительной частью населения. Действия, которые обладают наиболее функциональной значимостью и повторяются в практической деятельности, постепенно начинают восприниматься правосознанием как объективное явление и превращаются в установку поведения. Из века в век правосознание вырабатывает представления о необходимости принятия тех или иных норм права, отведения им того места и роли в правовой системе, которые вытекают из объективных возможностей.

Особую роль в деле признания норм права, формирующихся в обществе, играет правосознание субъектов, участвующих в их формулировании при создании нормативно-правовых актов, а также совершенствовании, изменении, дополнении. Преломленное сквозь призму культуры субъектов нормотворчества и опосредованное всеми формами обще-

ственного сознания, право становится фактом правосознания. Формирование, формулирование, закрепление норм права происходит благодаря правосознанию участников правотворческого процесса.

Хотя право всегда было и есть важнейшим источником воспитания, преобразования и развития правосознания, его влияние на правосознание, направление этого влияния не однозначны и зависят от качества законодательства, его соответствия реальным потребностям, от уровня работы государственного аппарата. Право способно внедрить в сознание членов общества прогрессивные правовые идеи, принципы и представления, принадлежащие отдельным представителям общества с высоким уровнем правовой компетентности, после придания им формы определенного законодательного акта. Можно согласиться с тем, что «правосознание человека во многом определяется доступностью Закона и его моральной оправданностью» [5, с. 18].

Как и прежде, так и в наши дни велика роль правосознания при решении компетентными органами конкретных юридических дел в процессе применения правовых норм. Базирование деятельности судебных органов, органов внутренних дел, прокурорских и других органов на принципах законности, справедливости и гуманности не дает развиться правовому нигилизму в обществе, способствует преодолению его «живучих» элементов, стимулирует соблюдение гражданами требований законодательства.

Благодаря правосознанию оценивается действующая правовая система, система законодательства, функционирующие либо готовящиеся к изданию конкретные нормы права, деятельность государственных органов и общественных организаций, собственное поведение и поведение окружающих, их соответствие правовым дозволениям, обязываниям, запретам. Правосознание (групповое, общественное) оказывает корректирующее воздействие на сознание отдельных лиц, способствует приближению индивидуального правосознания к общественному.

Следовательно, «жизнь» права, его норм, как и правовой системы общества, невозможна вне правосознания. Это означает, что право — объективный и субъективный феномен: правовой смысл нормы права имеет объективное значение, а субъективный смысл сосредоточен в ее ценностной составляющей — в социально-психологическом восприятии нормы права. В праве, в компонентах правовой системы (правовой культуре, правомерном поведении, правоотношениях, правопорядке) заключено духовно-нравственное и эмоционально-установочное содержание правосознания. Если общественная сознание — та среда, в которой «проявляется» право, являясь скорее условиям его существования, чем компонентом системы [16, с. 22], то правосознание выступает в двух качествах — предсистемы и компонента правовой системы.

Во-вторых, игнорируя правосознание как компонент правовой системы, мы лишаем конструкцию правовой системы жизненности. Оказывается неучтенным универсальный антропологический факт — только

человек из всех живых существ «наделен свойством быть юридическим существом», способностью «создавать и воспринимать юридическое» [4, с. 61]. Вне субъектов права, вне человека, его сознания и деятельности, немыслимо общественное развитие, в том числе в сфере права. Именно субъекты права вследствие своей социализации, в целях удовлетворения (реализации) потребностей и интересов вступают в правовую коммуникацию, правовые отношения, формируют право и правовую систему. Именно субъекты права (индивидуальные и коллективные[1]) как основные элементы социальной системы и носители прав и обязанностей выступают объединяющим началом права и правовой системы [19, с. 10].

За пределами субъектов права, которые обусловлены обществом и одновременно обусловливают его, нормы права лишены каких-либо регулятивных возможностей. Сами по себе нормы права не обладают самостоятельной внешней энергией, которая позволяла бы регулировать или управлять извне состоянием сознания и воли личности, группы, общества, приводить их установки, поступки, отношения в соответствие с правовыми предписаниями. Для такого воздействия права, его норм, необходимо встречное «движение» сознания и воли личности, группы и общества. Прежде чем выполнить регулирующую функцию, то есть влиять на сознание, волю и поведение людей, нормы права опосредуются сложным комплексом деятельности человека — психической и идеологической.

Само право, его нормы себя не определяют, их происхождение нельзя квалифицировать как исключительно объективное, поскольку право не существует вне человеческой, субъективной, идентификации части социальной реальности. В конечном счете, единство правовой системы задается не формальным принципом действительности и общезначимости права, а непрерывным характером развития личности, социальных групп, общества. В ходе этого развития общество самоотождествляется, т. е. отграничивает себя от других обществ путем формирования различных культурных норм и ценностей, в том числе и правовых. В этом случае право предстает не как «книга правил», а как «интерпретация социальной практики». А интерпретация невозможна без субъекта и его правосознания. Следовательно, право как объект познания (или наблюдения спланированного и подготовленного восприятия) не может быть независимым от субъекта познания (или наблюдения). Вне деятельности человека нет права как объекта. Именно человек фиксирует объект, но им является не само право, а свойства и отношения, которые складываются в связи с действием норм права в этой социальной реальности. При этом субъект права есть частью познающего объекта — права, его норм.

---

[1] Человек (индивид, лицо, гражданин) как реальный субъект права служит отправным началом для потенциального появления коллективных субъектов права — объединений общественных, коммерческих, государственных.

Недоучет или игнорирование субъектно-социального (институционального), духовно-интеллектуального компонента правовой системы — показатель некоей односторонней ее трактовки, близкой к нормативистской, формально-догматической.

В третьих, следствием недоучета субъектно-социального компонента правовой системы можно объяснить исключение из ее структуры связанных с правосознанием одних правовых явлений, например правомерного поведения, и признание других — правоотношений. Так, говоря о таких компонентах правовой системы как субъективные права и обязанности, которые потенциально готовы к реализации или реализуются посредством правоотношений либо вне них, уважаемый автор устанавливает момент, с которого они утрачивают такое качество. Этим моментом названо превращение правоотношений в реальное поведение субъектов права. По мнению российского ученого, поведение уже не является элементом правовой системы, оно находится «вне права и правовой системы» [24, с. 18].

Между тем любое поведение субъектов права в правовой сфере, то есть в сфере, урегулированной правом, является юридически значимым. Оно служит формой проявления свободы личности, важнейшей формой наличия определенной профессиональной деятельности, осуществляемой в государстве. Более того, без правомерного поведения в сфере действия права не происходят правоотношения, не реализуются права и свободы граждан, поскольку такое поведение выступает как юридический факт, который определяет его характер: правомерное поведение вызывает возникновение регулятивных правоотношений, неправомерные (правонарушения) — охранительных и защитных. Поведение за пределами правового регулирования общественных отношений является юридически нейтральным, не имеет юридического значения. То есть сами по себе, независимо от личностных условий и вне процессов саморегуляции поведения личности правовые нормы никакого регулятивного потенциала не несут.

Исключая правосознание из компонентов правовой системы, автор рассматриваемой статьи автоматически выводит за пределы правовой системы правовые явления, которые с правосознанием связаны, например, юридически значимое поведение. Известно, что правосознание, как специфическая форма сознания, имеет свой особый предмет отражения и объект воздействия. Предметом отражения правосознания являются реальные общественные отношения, требующие правового регулирования, само право, его функционирование, поступки людей в сфере права, а также правовые явления, возникающие в связи с действием правовых норм. Причем это отражение обладает той спецификой, что оно происходит на фоне сложившихся в обществе правовых реалий, на основе действующих юридических понятий о правах и обязанностях членов общества и т.п. Все они в совокупности подвергаются анализу и оценке. Следовательно, правосознание не только отражает юридическую дей-

ствительность, поведение людей в сфере права, но и участвует в регулировании поведения, а также в определении тех отношений общественной жизни, которые объективно нуждаются в правовой регламентации.

Поэтому как правоотношения, но и их превращение в реальное поведение (о котором пишет уважаемый ученый) не могут состояться без правосознания, поскольку всегда имеют сознательно-волевой характер. При этом поведение личности «определяется не самими правовыми нормами и содержащимися в них предписаниями, а представлениями об этих нормах и предписаниях, то есть правосознанием личности, равно как и нравственным сознанием» [7, с. 181].

Уже на уровне правомерной или неправомерной установки (сфера правосознания) осуществляется волевой процесс перевода правовых норм в реальное (правомерное или неправомерное) поведение в правовой сфере. Правовая установка — это состояние готовности личности проявить активность в области познания и реализации права, предрасположенность субъекта к определенной правовой активности в конкретной ситуации. На данном этапе еще не совершается конкретный поступок, но уже имеется нацеленность на него. Правовая установка выступает в виде субъективной нормы. В отличие от нормы права, имеющий в силу своей объективности обязательный характер для неопределенного круга лиц, нормативность установки существует лишь для конкретной личности и обеспечивается не публичной властью, а внутренним убеждением, совестью носителя установки.

Правда, не исключено, что установка на юридически значимое поведение может определяться не собственной позицией, сформированной на основе изучения и личной оценки данной нормы, а мнением окружающих, комментариями к норме представителей властей, трактовками этой нормы средствами массовой информации. Однако в любом случае возникновение правовой установки предполагает: информированность о норме права; понимание ее смысла; оценку, то есть степень одобрения нормы права; отношение к правам других лиц; эмоциональное переживание по поводу функционирования нормы права; готовность к действию. Итак, правосознание не только отражает юридическую действительность, поведение людей в сфере права, но и участвует в регулировании поведения, а также в определении тех отношений общественной жизни, которые объективно нуждаются в правовой регламентации.

В-четвертых, наше несогласие с исключением правосознания из компонентов правовой системы, отнюдь не означает умаление достоинств анализируемой статьи уважаемого ученого. Ценной стороной предложенной в ней и воспроизведенной выше дефиниции правовой системы является акцент на «*единстве*» норм и правопорядка, единстве норм и субъективных прав и обязанностей, правоотношений, то есть на цельности правовой системы, *«правовых связях»*, связях элементов ее структуры (эти связи до сих пор еще недостаточно исследованы). Такой выход на уровень структуры системы позволяет уяснить качество, глу-

бинное содержание правовой материи, ее сущность. Убедительным является объяснение соотношения системы правоотношений и правовых связей вне правоотношений (соблюдение правовых запретов и исполнение правовых обязанностей). Не вызывает возражений дефиниция правоотношений (подчеркивание их индивидуальной определенности, конкретности участников), а также утверждение об отсутствии так называемых абсолютных правоотношений и многие другие положения [24, с. 18].

Однако, на наш взгляд, структура правовой системы, компоненты которой можно рассматривать в устойчивом состоянии (статика) и развитии (динамика), не раскрывается уважаемым ученым во всей полноте. Признавая компонентом правовой системы преимущественно ее нормативную (регулятивную) сторону (нормы права, влияющие на общественные отношения и порождающие субъективные права и обязанности) и отбрасывая производные правовые явления (правосознание, правовая культура, юридическая практика, делая исключение для правопорядка), с помощью которых достигаются конечные цели, мы рискуем нарушить принцип системности в изучении данного явления. При отсутствии одного из компонентов конструкция правовой системы в итоге утрачивает смысл.

Если проанализировать дефиницию правовой системы, предложенную российским ученым, с целью установления ее структуры, то можно выделить, по сути, два таких компонента: 1) правовые нормы (и индивидуальные установки, под которыми понимаются индивидуальные дозволения, предписания и запреты, не опирающиеся на правовые нормы [24, с. 19]); 2) правопорядок как систему субъективных прав и обязанностей, реализуемых или готовых для реализации посредством правоотношений и вне них (через правовые связи), или, точнее, правопорядок как «систему правовых связей и правоотношений» [24, с. 18].

Вместе с тем, из авторских рассуждений, предваряющих дефиницию правовой системы, следует, что правопорядок расценивается несколько иначе, чем это указано в дефиниции, а именно — «как результат практического действия права». Отсюда иным предстает и предварительное авторское формулирование структуры правовой системы — «нормы (и индивидуальные правовые установки) и практика» [24, с. 16]. Однако, высказав положение о том, что правовая система — это «право в действии», уважаемый ученый все же отвергает юридическую практику как компонент правовой системы. Он замечает, что практика «ближе к характеристике правовой системы в целом, а не к одному из ее компонентов» [24, с. 16]. Такая неопределенность позиции указанного автора относительно структуры правовой системы, где только один элемент оказывается определенным (правовые нормы), а второй — четко не установлен (то практика, то правопорядок), по меньшей мере, вызывает удивление. Между тем, логика формирования и совершенствования правовых норм (системы права) свидетельствует о том, что они являют-

ся результатом выявления субъектами правосознания и нормотворчества потребностей общественной (в том числе юридической — правотворческой, правореализационной и иных форм) практики.

Что касается правопорядка как компонента правовой системы[2], то его структура не может быть сведена к системе правовых связей и правоотношений. Правопорядок — состояние относительно упроченной правовой упорядоченности (урегулированности и согласованности), защищенности и безопасности правовой системы общества, которое складывается в условиях реализации принципа верховенства права и авторитета закона (правозаконности). То есть это атмосфера (устройство) нормальной, благоприятной, правовой жизни общества, устанавливаемая в результате осуществления предписаний правовых норм (использования прав, выполнения обязанностей, соблюдения запретов) всеми субъектами права [20, с. 499]. Правопорядок служит показателем степени слаженности, сбалансированности функционирования всех структурных элементов правовой системы, качества правовых связей между ними.

Разделяя мнение украинского ученого (А. Крыжановский) о том, что правопорядок невозможно выводить исключительно из системы различных правовых явлений, «лишая его собственной качественной определенности» [6, с. 20], считаем, что реальную картину поддержания правопорядка в обществе определяют надлежащие правореализация, правоприменение и другие правовые формы деятельности государства. Выходит, что не только правовые отношения, но и правомерное поведение, правовая деятельность обусловливают качество правопорядка. Обобщенно можно сказать, что порядок вводится в правовые рамки правовыми актами, основывающимися на ценностях свободы, справедливости и формального равенства, поддерживается надежными гарантиями реализации прав и интересов человека, эффективным функционированием учреждений гражданского общества и механизмов государственной власти.

Как комплексное динамическое правовое явление, правопорядок имеет, прежде всего, личностную и социальную ценность: он берет начало с биологической организации социализованного лица, которому присуща тяга к порядку. Более того, в сознании субъекта права формируется образ (общее представление) правопорядка путем объединения рационального и идеального образов (представлений) об упорядочении правом общественной жизни [6, с. 8–9]. На формирование образа национального правопорядка влияет правовая оценка степени его надежности, устойчивости, которая нередко производится в результате сопоставления предыдущих и настоящих правопорядков — национальных, интеграционных/межгосударственных, международного.

---

[2] Поскольку этот вопрос объемный, многогранный и нуждается в специальном освещении, мы останавливаем на нем внимание лишь в рамках заявленной темы статьи.

Субъекты права заинтересованы в стабилизации, поддержании равновесия между гражданским обществом и государством, создании необходимой безопасности, то есть такого состояния, когда можно предвидеть решения юридических ситуаций и рассчитывать на гарантирование осуществления прав и законных интересов. Осознание и признание субъектами права правовой защищенности, безопасности и упорядоченности общественной жизни — высшая оценка качества правопорядка как компонента правовой системы. Значит, правопорядок не может быть установлен без правосознания общества, социальной группы, лица, что подтверждает ранее высказанное положение о том, что правосознание присутствует всегда и везде, как на стадии формирования права, выступая исходным материалом, предсистемой правовой системы, так и ее непреходящим компонентом.

Таким образом, правосознание существует «до» права, в известной мере как бы опережает юридическое право, является его непосредственным идейным источником, предшествует ему, придает в общественном мнении значение «правовых» индивидуальным отношениям. Правосознание действует «параллельно» с правом: улавливает потребности его совершенствования в направлении отображения объективных общественных процессов; определяет изменения и перспективы развития права; оказывает непосредственное влияние на процесс и результаты правотворчества. Правосознание существует «после» права в том смысле, что служит ориентиром выбора целесообразного, оптимального варианта поведения в границах норм права, которые применяются или реализуются; является интеллектуальным инструментом эффективного использования законодательства, толкования норм права; может использоваться как важный инструмент применения аналогии закона и права в целях преодоления пробелов в законодательстве. Правосознание выступает в качестве идейно-нравственного измерителя профессионализма деятельности должностных лиц в системе органов государственной власти и местного самоуправления; служит способом обеспечения законности и справедливости применения правовых норм (в частности, при определении юридической ответственности за правонарушения).

Ключевой пункт правосознания — осознание человеком ценностей права, его прав и свобод и оценка действующего права с точки зрения его соответствия общечеловеческим ценностям, закрепленным в международных документах о правах человека. Это означает, что международное гуманитарное правосознание имеет приоритет перед национальным. Поэтому всегда актуальной является аксиома правосознания: «Важно понимать право, которое мы имеем, но не менее важно понимать, какое право мы хотим иметь» [25, p. 36].

Отсюда следует общий вывод о том, что правосознание, будучи предсистемой правовой системы и являясь непременным ее компонентом, одним из ее общих средств, средств-действий, «отвечает» за качество

формирования и функционирования правовой системы, эффективность ее развития в направлении утверждения принципа верховенства права.

Литература

1. Алексеев С. С. Право и правовая система / *С. С. Алексеев* // Правоведение. — 1980. — № 1. — С. 25–34.
2. Алексеев С. С. Теория права / *С. С. Алексеев*. — М. : БЕК, 1993. — 224 с.
3. Винюкова И. В. К вопросу о структуре правовой системы / *И. В. Винюкова* // Правовая политика и правовая жизнь. — 2003. — № 2. — С. 130–145.
4. Карбонье Ж. Юридическая антропология : учебник / *Ж. Кабонье*. — М., 1986. — 312 с.
5. Ковлер А. И. Антропология права : учеб. для вузов / *А. И. Ковлер*. — М. : НОРМА, 2002. — 467 с.
6. Крижанівський А. Ф. Правопорядок суверенної України: становлення та тенденції розвитку (загальнотеоретичне дослідження) : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук / *Крижанівський Анатолій Федорович*. — О., 2009. — 29 с.
7. Кудрявцев В. Н. Закон, поступок, ответственность / *В. Н. Кудрявцев*. — М. : Наука, 1986. — 212 с.
8. Лукашева Е. А. Социалистическое правосознание и законность / *Е. А. Лукашева*. — М. : Юрид. лит., 1973. — 344 с.
9. Луць Л. А. Современные правовые системы мира : монография / *Л. А. Луць*. — Львов : ЛНУ им. И. Франко, 2003. — 274 с.
10. Матузов Н. И. Правовая система развитого социализма / *Н. И. Матузов* // Советское государство и право. — 1983. — № 1. — С. 10–23.
11. Общая теория права / под ред. А. С. Пиголкина. — 2-е изд., испр. и доп. — М. : Изд-во МГТУ им. Н. Э. Баумана, 1998. — 384 с.
12. Оніщенко Н. М. Правова система: проблеми теорії : монографія / *Н. М. Оніщенко*. — К. : Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького, 2002. — 352 с.
13. Онуфрієнко О. В. Правові засоби у контексті інструментальної теорії права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / *Олексій Вікторович Онуфрієнко* . — Х., 2004. — 21 с.
14. Остроумов Г. С. Правовое осознание действительности / *Г. С. Остроумов*. — М. : Наука, 1969. — 198 с.
15. Петришин О. До проблеми соціалізації юридичних знань / *Олександр Петришин* // Про українське право. Правова освіта і наука. Методологія юридичних досліджень. К. : Грамота, 2009. — Чис. IV. — С. 50–55.
16. Поляков А. В. Петербургская школа философии права и задачи современного правоведения / *А. В. Поляков* // Государство и право. — 2000. — № 2. — С. 20–26.
17. Рабинович П. Основы общей теории права и государства : учеб. пособие / *П. Рабинович*. — Изд. 7-е, с изм. — Х. : Право, 2005. — 219 с.
18. Сапун В. А. Социалистическое правосознание и реализация советского права / *В. А. Сапун*. — Владивосток, 1984. — 167 с.
19. Скакун О. Ф. Правова система України на правовій карті світу / *О. Ф. Скакун*. — Х. : Еспада, 2004. — 454 с.
20. Скакун О. Ф. Теорія права і держави : підручник / *О. Ф. Скакун*. — К. : Правова єдність, 2009. — 519 с.
21. Спиридонов Л. И. Теория государства и права : учебник / *Л. И. Спиридонов*. — М. : Проспект, 1999. — 516 с.
22. Теория государства и права : учеб. для вузов / под ред. В. М. Корельского и В. Д. Перевалова. — 2-е изд. — М. : НОРМА, 2003. — 616 с.

23. Фарбер И. Е. Правосознание как форма общественного сознания / *И. Е. Фарбер*. — М. : Юрид. лит., 1963 — 205 с.
24. Черниченко С. В. Вопрос о соотношении международного и внутригосударственного права как правовых систем (Размышления по поводу некоторых книг коллег) / *С. В. Черниченко* // Правоведение. Известия высших учебных заведений. — 2009. — № 1. — С. 9–20.
25. Law and Legal Cultures in the 21th Century. Diversity and Unity (Plenary lectures) / ed. T. Gizbert-Studnicki, J. Stelmach. — Warsaw, 2007. — 308 p.

Анотація

Скакун О. Ф. **Правосвідомість — компонент правової системи чи її передсистема?** — Стаття.

У статті крізь призму теорії правової системи робиться спроба аналізу правосвідомості у трьох її іпостасях: як передсистеми, підсистеми та компонента правової системи. Зроблено висновок, що правосвідомість діє «до» права, «паралельно» праву та «після» права, що дозволяє говорити про правосвідомість як передсистему права.

Ключові слова: правосвідомість, правова система, компоненти правової системи.

Аннотация

Скакун О. Ф. **Правосознание — компонент правовой системы или ее предсистема?** — Статья.

В статье сквозь призму теории правовой системы предпринята попытка анализа правосознания в трех его ипостасях: как предсистемы, подсистемы и компонента правовой системы. Сделан вывод о том, что правосознание действует «до» права, «параллельно» праву и «после» права, что позволяет говорить о нем как о предсистеме права.

Ключевые слова: правосознание, правовая система, компоненты правовой системы.

Summary

Skakun O. F. **Legal Consciousness — Component of Legal System or Its Premo-System?** — Article.

In the article through the prism of the theory of the legal system attempts to analyze legal consciousness in its three guises: as premo-system, sub-system and component of the legal system. Concluded that legal consciousness acts «before» law «in parallel to» law and «after» law, which allows us to speak of him as a premo-system of law.

Keywords: legal consciousness, legal system, components of legal system.

УДК 340:572.02

В. В. Завальнюк

АНТРОПОЛОГІЧНИЙ ВИМІР ГЛОБАЛІЗАЦІЙНИХ ПРОЦЕСІВ У ПРАВОВІЙ СФЕРІ

Трансформації, які нині відбуваються чи не в усіх сферах суспільного життя, набули глобальний та стрімкий характер. Даний процес привертає увагу науковців з точки зору виявлення закономірностей та базових принципів нових змін. Відзначаючи такий характер змін, американський політолог Г. Кіссінджер зауважує, що світовий порядок та його складові ніколи ще не змінювались так швидко, глобально і глибоко. Якісно новий рівень сучасної дійсності дає підстави розглядати його як перехідний період до багатомірного світу третього тисячоліття. Тенденції переходу до цього нового ступеня розвитку очевидні вже сьогодні.

Більшість дослідників особливо наполягають на тому, що наприкінці XX сторіччя світ переживав такий період якісних змін, які кардинально трансформували економічну, політичну, соціальну та інші системи світу.

Хоча стрімке зростання інтересу науковців та громадськості до глобальних трансформацій припадає на другу половину XX ст., процеси компресії простору й часу, соціальної «акселерації» стали предметом осмислення у філософії, літературі та соціальній науці вже на межі XIX—XX ст. Так, ідея переходу на новий ступінь людської організації та утворення загальносвітової цілісності була наріжним каменем у теоріях антропокосмічного еволюціонізму В. І. Вернадського, Е. Леруа, Тейяра де Шардена, російського космізму М. Ф. Федорова тощо. Із середини минулого століття лавиноподібні зміни у світі, складність і багатовимірність суспільних відносин призвели до «ерозії» принципу територіальності організації влади та унеможливили розуміння національної держави лише в межах її кордонів, без урахування динаміки глобальних економічних, політичних і соціально-культурних трансформацій. Дедалі більшу увагу дослідників привертають процеси структурування глобальної системи через транснаціональні механізми перерозподілу ресурсів,

© В. В. Завальнюк, 2010

праці та ідей, що набувають домінуючого стану за рахунок елімінації національних акторів.

До кінця 80-х рр. XX ст. дебати навколо проблем глобального розвитку точились в межах чотирьох класичних макросоціологічних концепцій: марксизму (В. Ленін, К. Каутський, Р. Бренер, Л. Склейрта та ін.), теорії модернізації (А. Лнкелес, Д. Мейєр, Д. Сміт та ін.), теорії залежності (П. Баран. Ф. Кардозо, П. Преебищ, Е. Фалето та ін.) і теорії світової системи (Дж. Аррігі, І. Валлерстайн, С. Чейз-Дан, А. Франко та ін.). Незважаючи на ідеологічні розходження, представники цих теоретичних підходів дотримуються загальної позиції, що ринкова капіталістична система демонструє здатність до глобального розширення. Зазначені вище теорії стали вагомим внеском у розуміння природи та характеристик глобалізаційного впливу на визначення місця акторів у глобальному світі, ніж їх національні чи локальні характеристики. Попри очевидні позитивні зрушення в розвиткові людської спільноти, і надалі зберігається асиметричність та ієрархічність світової системи. Водночас зосередженість на розгляді структурних, макрорівневих процесів із позиції економоцентризму, недооцінка впливу периферії та локальні процеси роблять проблематичним моделювання траєкторії розвитку глобалізації в рамках цих традицій.

Нова технологічна революція в останній чверті XX ст. висвітлила реалії становлення постіндустріальної цивілізації на Заході. Характеристика сучасного суспільства та специфіка глобальної цивілізації XXI ст. знайшла відображення в цілій низці концепцій, в яких головною ознакою прийдешньої стадії історичного розвитку вважається зростання ролі сервісної економіки та інформаційно-інтелектуальної складової соціального порядку. Відповідно, найперше джерело глобалізаційних процесів — постіндустріальні зміни в способі виробництва матеріальних благ (Д. Белл, А. Гурен, В. А. Гноземцев, М. Моїсеєв, Дж. Несбіт, Ж. Фураст'є, Е. Тоффлер та ін.).

Термін «глобалізація» увійшов у світовий дискурс порівняно недавно — на початку 90-х років XX ст. після краху соціально-економічної системи соціалізму та утвердження капіталізму як універсальної форми суспільного життя. Його появу пов'язують з ім'ям американського соціолога Р. Робертсона, який у 1992 р. опублікував роботу «Глобалізація» [1, с. 8], де визначив поняття глобалізації та виклав основні положення своєї теорії.

З урахуванням напрацювань попередніх дослідницьких традицій тема глобальних зрушень, встановлення взаємозв'язків і взаємовідносин на глобальному, національному та локальному рівнях в останню декаду минулого століття набула значення центрального концепту в межах різних напрямів суспільних наук. Феномен глобалізації аналізується в економічному, політологічному, соціальному, соціокультурному, екологічному, технологічному, геополітичному, правовому аспектах. Разом з тим поширення глобалізаційного концепту за межі макросоціоло-

гічних теорій і зосередження уваги науковців на розкритті механізмів глобалізації, що діють у різних сферах суспільного буття, зумовили фрагментацію її проблемного поля в межах вузьких галузей наукового знання. До того ж теоретичне осмислення глобальних тенденцій не завжди виглядає адекватним змінюваним реаліям суспільного розвитку, наслідком чого є неоднаковий ступінь розробки цієї проблематики. Якщо на початковому етапі глобалізаційних студій фокус уваги наукової спільноти великою мірою спрямовувався на економічні аспекти, то лише з другої половини 90-х рр. XX ст. активізується вивчення політичних, управлінських, культурних, демографічних та інших зрушень як самостійних чинників глобалізації.

Очевидним стало, що мультиаспектність, глибина та масштаб глобалізаційних процесів вимагають комплексного, міждисциплінарного аналізу й системного підходу. Наприкінці XX ст. дослідження глобалізації виокремились у новий самостійний напрям суспільних наук — глобалістику, що вивчає глобальний світ як динамічну цілісну систему. Питанням теорії глобалістики присвячені роботи О. Г. Білоруса, У. Бека, І. А. Василенка, Е. Г. Кочетова, Д. Г. Лук'яненка, О. С. Панаріна, Ю. М. Пахомова, М. А. Чешкова, Ю. В. Шишкова. М. А. Шепелева, А. П. Федотова та ін. [2].

Формується понятійно-категоріальний апарат, що використовується при дослідженні проблем глобального розвитку. У науковий обіг входять поняття «глобальність», «глобалізація», «глобалізм», «глобальне правління», «глобальні проблеми» тощо.

Етимологічно ці терміни походять від латинського слова *globus* — земна куля, у буквальному розумінні це означає «всеохоплююче», «загально планетарне», тобто транстериторіальне явище, пов'язане з утворенням суспільства-світу, загальносвітових форм організації людського буття.

Розкриємо зміст основних термінологічних понять — глобалістика, глобалізація і глобалізм.

Глобалістика, з одного боку, інтегрує в себе широке коло знань у сферах демографії, екології, етногенезу, культури, економіки, соціології, продовольчої і водної безпеки, глобалізованої системи торгівлі за єдиними правилами, комунікації, фінансів, освіти тощо, тобто все, що стосується розвитку людини, а з другого — формує нові знання щодо поточного та майбутнього розвитку людства.

Глобалізація — це універсалізація всіх сфер громадського життя, що зумовила нову стадію інтернаціоналізації господарського життя, злам національних кордонів, розвиток світових ринків товарів, послуг, фінансів, праці, інформації, тобто апофеоз усесвітньої ринкової економіки.

Глобалізм — система абсолютної економічної і політичної влади нових глобальних монополістичних корпорацій, які вийшли з-під контролю націй-держав свого походження і базування [3, с. 18—19].

Зазначаючи сутність поняття, американський соціолог М. Уотерс пропонує таке визначення глобалізації: глобалізація — це «соціальний процес, в якому обмеження, що їх накладає географія на соціальний та культурний устрій, послаблюються, і люди це розуміють» [4]. Й справді, географічні, культурні, економічні кордони поступово зникають, поступаючись новому, універсальному глобальному простору. В умовах глобалізації стає безальтернативним визнання того, що політика солідарних зусиль для досягнення сталого розвитку повинна змінити силову конфронтацію як на міжнародній арені, так і в сфері внутрішнього соціального життя. Ось чому більшість держав переходять до створення та правового функціонування соціальної держави, до проведення соціально орієнтованої політики.

Тепер у центрі нового світогляду в умовах глобалізації, покликаної забезпечити соціальне ефективне освоєння світу, є вже не просто людина з абстрактною гуманістичною системою цінностей, а все людство з конкретною системою нагальних матеріальних та духовних потреб. Сучасний стан науки і технологій за існуючих ресурсів планети дають можливість забезпечити належний для людини рівень споживання для всього населення Землі, який у 2—3 рази перевищить нинішній. Проте слід пам'ятати, що метою глобального розвитку має бути не матеріальне виробництво і споживання, а розвиток інтелектуально-духовної сфери. «Нова глобальна цивілізація повинна стати цивілізацією самообмеження для багатьох народів, і цивілізацією нової, не матеріальної, а духовної якості життя» [5, с. 133, 134].

Необхідною умовою ефективності управління суспільно-політичними процесами в умовах глобалізації є право. Тут доречно говорити про так зване глобальне право, хоч і сам термін не цілком адекватно розкриває його методологічний зміст. Доцільність та необхідність глобального права є умовою реалізації нормативізму як нової ідеології суспільного розвитку в умовах глобалізації.

Глобальне право — це сукупність загальнообов'язкових та універсальних норм, які задають основні правила гри для суб'єктів нового геополітичного простру, а відповідно до цього є важливим соціальним інститутом, який дає змогу сформувати адекватне уявлення про соціальне благо, не порушуючи логіки соціального порядку. За таких умов кожна національна держава має виступати в ролі арбітра, який не надає переваги жодній нормативній формі суспільного розвитку, перебуваючи водночас на позиції необхідності дотримання власної національної специфіки розвитку [6].

Як вже наголошувалося, одним із напрямків подолання теоретико-методологічної недосконалості традиційної юридичної науки є юридична антропологія.

Теоретичними джерелами, що заклали основи концепції антропології права, є праці В. В. Бочарова, А. Б. Венгерова, В. Р. Графського, Р. Д. Гриценко, В. С. Дробишевського, А. Ф. Калініна, Ж. Карбоньє,

А. І. Ковлера, В. С. Нерсесянца, Н. Рулана, І. Л. Честнова та інших учених. Останнім часом з'явилися праці вітчизняних юристів та філософів права, які приділяють вищеназваній проблематиці значну увагу. Тут необхідно виділити дослідження А. А. Козловського, С. І. Максимова, Ю. М. Оборотова, П. М. Рабіновича та ін.

В кінці XX ст. в умовах загострення глобальних проблем сучасності антропологічний підхід до права використовувався Н. Руланом і А. В. Ковлером.

Так, Н. Рулан в роботі «Антропологія права» запропонував цілком продуману концепцію антропологічного дослідження права. Автором вибраний емпіричний варіант вирішення таких фундаментальних метафізичних проблем, як характер співвідношення різноманіття і єдності, наявність мети і загальних законів в історичному розвитку людського суспільства [7].

Актуальність проблем, пов'язаних з формуванням глобального права у контексті антропології, що повинна додати глобалізаційним процесам «людський вимір», обумовлена обставинами як практичного, так і теоретичного характеру [8]. При цьому ці обставини мають одне джерело — право суб'єктивної свободи, що виступає одним з фундаментальних принципів сучасного світоустрою.

Саме культурна антропологія дозволяє вивчати динаміку культури, зокрема правової культури, антропологічний аналіз рефлексії правових феноменів. Сама культура є системою рефлексії.

Прихильником активного впровадження антропологічної науково-дослідної програми в право є І. Л. Честнов, який з цього приводу зазначає, що як загалом, так і в цілому її сутність зводиться до «людського виміру» політико-правових явищ. При цьому учений звертає увагу на неоднорідність даної науково-дослідної програми, підрозділяючи її на структуралістську та рефлексивну, що є характерним для стану цієї дисципліни в ситуації постмодерна» [9]. Виділяють дві вихідні засади, що лежать в основі структуралістської методології: принцип «структурного пояснення» об'єктів гуманітарного знання і уявлення про несвідомий характер структури.

Важливим аспектом при розгляді досліджуваної нами проблеми є питання формування глобальної правосвідомості, яка є результатом формування оціночного ставлення до глобальних норм суспільного розвитку, а тому розкриває значущість та важливість їх застосування до окремої національної системи державного управління. Таке оціночне ставлення формується шляхом співвідношення інтересів та цілей, норм та умов, якими керуються держави в умовах прилаштування до сучасних глобалізаційних умов і пошуку форм соціальної свободи, — яка б давала змогу позбутись певної глобальної незворотності розвитку. У результаті цього формується так звана «глобальна картина світу», яка базується на глобальній правовій ментальності, що є відображенням принципів та норм геополітичного розвитку [10].

Розвиток людини як найвищої соціальної цінності, підвищення якості людського життя є одним із пріоритетів глобального розвитку. На перший план виходять такі глобальні проблеми соціальної якості життя, як освіта, професійна підготовка, здоров'я, безпека людини, боротьба з організованою злочинністю, з тіньовою економікою, можливості розвитку народного підприємництва. Значно зростає роль і місце інтелектуальної та гуманітарної глобальної інтеграції.

Глобалізація, виносячи потреби й інтереси людини за національні кордони, пускає в хід тенденцію персоніфікації міжнародних відносин, пов'язану зі становленням додаткових джерел зовнішньополітичної ініціативи — приватних корпорацій в особі їхніх керівників і самої Людини як кінцевого споживача створюваних глобальною економікою і культурою товарів, послуг, культурних цінностей і способу життя. Їхні інтереси можуть не збігатися з офіційно сформульованими національними інтересами. В. Михеєв говорить, зокрема, про виникнення феномена «Людини Інтернаціональної», що пов'язує задоволення своїх потреб не тільки зі «своєю» державою, але і зі світовою спільнотою в цілому [11, с. 132]. Тим самим людина виходить за функціональні рамки громадянина своєї країни і перетворюється на самостійний суб'єкт міжнародних відносин. Поява людських потреб, що об'єктивно перебувають на регіональному чи світовому рівні бачення, зростання їхньої кількості, є важливими передумовами глобалізації.

Таким чином, необхідно зазначити, що сучасні глобалізаційні трансформації не можуть не акцентувати увагу на людині, яка водночас є генератором нових ідей, нового світобачення. Глобалізація відчутно вторгається у сферу інтелектуального та культурного життя. Відкриваються унікальні можливості для взаємного збагачення культур, вдосконалення системи освіти, обміну результатів наукових відкритів.

В той же час глобалізаційні процеси викликають багато проблем для людства: збільшується розрив між багатими і бідними країнами в рівні життя населення, в технологічній та інформаційній сферах; безпрецедентним є демографічний розрив, екологічна деградація планети. Реальністю стали глобальні виклики, які несуть загрозу міжнародній безпеці (тероризм, транснаціональна організована злочинність тощо). Тому необхідно створити глобальну систему протидії цим викликам і загрозам, об'єднати зусилля всіх народів і держав для нейтралізації негативних наслідків глобалізаційних процесів.

Вихідним пунктом у розробленні стратегій управління суспільним розвитком в умовах глобалізації повинна бути людина, створення умов для реалізації її свободи, вибору держави, дотримання нею загальнолюдських цінностей (рівності та справедливості), які становлять основу правового статусу держави в сучасному постмодерному суспільстві.

Література

1. Robertson R. Globalization / *R. Robertson*. — London, 1992.
2. Радзієвський І. Понятійно-концептуальний вимір сучасних глобальних трансформацій / *І. Радзієвський* // Вісник Національної академії управління при Президентові України. — 2006. — № 1. — С. 77–83.
3. Білоус О. Глобалістика — нова синтетична наука / *О. Білоус, В. Власов* // Вісник Національної академії наук України. — 2010. — № 3. — С. 17–26.
4. Waters M. Globalization / *M. Waters*. — London ; New York, 1995.
5. Білоус О. Глобалізація. Прийняти виклик часу / *О. Білоус* // Віче. — 2000. — № 12.
6. Шумилов В. М. Концепция глобальной правовой системы / *В. М. Шумилов* // Юрист-международник. — 2003. — № 3. — С. 46–52.
7. Рулан Н. Юридическая антропология : учебник / *Н. Рулан*. — М. : Норма, 2000. — 310 с.
8. Співак В. М. Глобалізація у людському вимірі / *В. М. Співак* // Держава і право. Юридичні і політичні науки : зб. наук. пр. — К., 2007. — Вип. 37. — С. 626–636.
9. Честнов И. Л. Актуальные проблемы теории государства и права : эпистемология государства и права : учеб. пособие / *И. Л. Честнов*. — М. : Знание : ИВЭСЭП, 2004. — 63 с.
10. Гладкий О. Нормативізм як інструментарій управління суспільним розвитком в умовах глобалізації / *О. Гладкий, Р. Войнович* // Вісник Національної академії державного управління при Президентові України. — 2006. — № 2. — С. 28–35.
11. Михеев В. В. Глобализация и азиатский регионализм: вызовы для России / *В. В. Михеев*. — М., 2001.

Анотація

Завальнюк В. В. **Антропологічний вимір глобалізаційних процесів у правовій сфері.** — Стаття.

Розкрито зміст основних термінологічних понять — глобалістика, глобалізація і глобалізм. Аналізується сутність та характерні особливості глобалізації як транстериторіального явища, пов'язаного з утворенням суспільства-світу, загальносвітових форм організації людського буття.

Ключові слова: глобалізація, глобалізм, глобальні тенденції, глобальне право, антропологія права, права людини.

Аннотация

Завальнюк В. В. **Антропологическое измерение глобализационных процессов в правовой сфере.** — Статья.

Раскрыто содержание основных терминологических понятий — глобалистика, глобализация и глобализм. Анализируется сущность и характерные особенности глобализации как транстерриториального явления, связанного с образованием общества-мира, общемировых форм организации человеческого бытия.

Ключевые слова: глобализация, глобализм, глобальные тенденции, глобальное право, антропология права, права человека.

S u m m a r y

Zavalnyk V.V. **Anthropological dimension of globalization processes in the legal sphere.** — Article.

In the article disclosed the basic terminological concepts — Global Studies, globalization and globalism. The nature and characteristics of globalization as transterritorial phenomenon associated with the formation of society-world, global forms of organization of human existence are examines.

Keywords: globalization, globalism, global trends, global law, anthropology of law, human rights.

УДК 161/162:340

Л. Н. Сумарокова

ЮРИДИЧЕСКАЯ ЛОГИКА: ПРЕДМЕТ И ПЕРСПЕКТИВЫ РАЗВИТИЯ

Вопрос о статусе и предметной области юридической логики выходит за пределы чистой теории и касается как юридической практики, так и мировоззренческих оснований логики и юриспруденции. Одни исследователи уверенно признают существование относительно самостоятельной дисциплины «на границе» логики и юриспруденции, а другие столь же уверенно отрицают какое-либо право юридической логики на существование. Попытки аргументировать указанные позиции, в конечном счете, приводят к необходимости уточнения соотношения теоретического и практического способов освоения мира. Современная философия, как подчеркивает А. А. Ивакин, пришла к выводу о единстве, живом взаимодействии трех функций и, соответственно, трех подсистем мировоззрения: ценностной, познавательной и поведенческой; в соответствии с этим аксиология, гносеология и праксеология признаются основными философскими дисциплинами [1, с. 37—40] и очерчивают главные аспекты философских проблем.

В праксеологии реализуется своего рода обратная связь в движении уровней освоения мира: чем более развитым и, в определенной мере, автономным становится теоретический уровень, тем сильнее ощущается потребность в восстановлении его связи со всей целостностью бытия, со всеми остальными видами человеческой деятельности. Далеко не случаен тот «поворот к практике», который характерен для целого ряда философских областей в конце XX века: появляются работы по практической этике, практической логике. Наряду с философией права, реализующей направление исследований от философии к праву, всё более чётко проявляют себя поиски, ведущиеся в противоположном направлении — от права, от реальных правовых отношений — к философии. Сошлёмся в этой связи на книгу А. Ф. Закомлистова «Юридическая философия», где автор отстаивает необходимость признания «фундамен-

© Л. Н. Сумарокова, 2010

тального антропологического норматива», который реализуется в праве, но сфера действия которого шире, чем юридическая сфера [2, с. 11, 13–15]. Здесь юридическая философия в известной мере противопоставляется философии права. Впрочем, сегодня заметна и другая тенденция: интерпретировать философию права именно как исследование, идущее от права к философии, что организационно проявилось в отнесении философии права к юридическим дисциплинам.

Однако, как представляется, для смежных областей знания актуальной является задача не очередной смены «главного» направления, а гармонизации, уравновешивания обеих тенденций; только такая гармонизация даёт право на устойчивое существование каждой «пограничной» дисциплины. Сегодняшнее противостояние мнений таково, что в споре побеждают скорее противники признания юридической логики, чем сторонники. Причина, на мой взгляд, состоит в том, что и та, и другая сторона по сути дела отождествляют юридическую логику (и тем самым практическую логику) с прикладной. Приведем типичное определение: «Юридическая логика — прикладной вид знаний, рассматривающий применение общей логики в конкретной специфической сфере человеческой деятельности — юриспруденции. Юридическая логика включает в себя все положения науки логики, демонстрируя вместе с тем особенности и значение их в юридической деятельности» [3, с. 10]. А между тем, если юридическая логика — частный случай практической логики и действительно является результатом взаимодействия логики и юриспруденции, в ней должны не только сосуществовать, но и взаимодействовать два направления исследований: от логики к юриспруденции (прикладная логика) и от юриспруденции к логике (логогенез, протологика). К протологике можно отнести производство «рабочих схем», дополняющих известные логические построения. Как бы эти «рабочие схемы» ни квалифицировались — «протологические», «квазилогические», «внелогические», они могут сопоставляться с логикой, «переводиться» на языки современной логики или восполнять их, когда в этом есть потребность. В подавляющем большинстве публикаций по юридической логике о втором направлении не говорится ничего. Учебники по юридической логике от обычных учебников логики отличаются лишь юридическими примерами да многочисленными утверждениями о важности логики для юристов.

Исключений из общего правила немного; к ним можно отнести работы В. Д. Титова, где к юридической логике относятся оба направления исследовательской активности. Значительное внимание уделено роли судебной практики в формировании древней протологики, а затем и собственно логики [4]. В. Д. Титов защищает тезис о том, что и современная юриспруденция не ограничивается лишь применением готовых логических схем и правил: она вырабатывает свои структуры и правила, отражающие внутреннюю логику права, проявленную и закрепленную в юридической практике [5].

Нельзя считать, что процессы логогенеза, происходившие в древнем мире, закончились вместе с возникновением логики как самостоятельной науки. Логическое знание совершенствуется — уточняется, систематизируется и пополняется не только в результате внутрилогического творчества; существуют креативные процессы в различных сферах человеческого бытия, результаты которых могут представлять интерес для логики как науки. *Формальное мышление возникает на основе формального поведения*, т.е. поведения по заранее принятым правилам, эталонам, образцам [6, с. 10]. Юридическая практика, в том числе практика правосудия, не только в древности влияла на формирование и функционирование понятия доказательства; она продолжает влиять на них и сейчас. Особенно велик вклад процессуального права, веками шлифовавшего правила ведения доказательства в суде, принципы, лежащие в основе правосудия. Именно обобщение достижений процессуального права в юридической логике должно, как представляется, стать мощным стимулом для совершенствования общей логической теории и тем самым для осознания факта взаимодействия логики с практической жизнью современного человечества — связи опосредованной, сложной, не всегда прозрачной и обозримой, однако объективно существующей. Это помогает осмыслить относительность существующих платонистских представлений об априорности и вечности логических структур, во многом укрепившихся в современной логике благодаря Г.Фреге.

Юридическая логика, осуществляющая гармоническое равновесие прикладного и креативного аспектов изучения формального мышления, имеет право на существование в той мере, в какой она обеспечивает не только адекватное понимание взаимодействия логики и юриспруденции, но и их дальнейшее развитие, совершенствование в интересах целостного, гармоничного бытия человека.

Остановимся далее на некоторых моментах взаимодействия логики и юриспруденции, которые дают представление о предметной области юридической логики и о перспективах её дальнейшего развития.

Начнём с общей констатации, состоящей в том, что для юридической логики весьма продуктивным оказывается коммуникативное измерение как мышления, так и права. В качестве метаязыка успешно могут использоваться языки семиотики и теории общения в широком их понимании. Это касается всех основных разделов юридической логики:

— формы представления и понимания информации в юриспруденции;

— формы переработки, трансформации юридически значимой информации, обеспечивающие взаимопонимание коммуникантов;

— формы обоснования юридических решений и выводов;

— общие законы и принципы логики, действующие для всех указанных форм мышления.

Активно обсуждаемой проблемой, относящейся к первому из упомянутых выше разделов логики, является проблема уточнения юридических терминов, в том числе проблема дефинитивных норм. Юридический

термин (слово или словосочетание) может уточняться различными способами; одним из них является определение-уточнение общих, существенных признаков, образующих содержание (смысловое значение) термина и тем самым задающих его предметную область. Такой юридический термин может быть назван юридическим понятием. Однако далеко не все юридические термины выражают понятия. И далеко не все способы уточнения юридических терминов являются определениями. Определение необходимо для уточнения базовых, фундаментальных понятий, составляющих категориальный базис языка юриспруденции в целом.

Тремя обязательными компонентами понятия выступают слово-термин, его особое смысловое значение и его предметное значение, задаваемое выбранным смыслом. Для успешного функционирования базового юридического понятия надо, чтобы сообщество юристов приняло все три компонента понятия и связь между ними понимало как необходимую связь. Последнее условие выражает прагматический аспект юридического понятия, который дополняет его семантический (смысловое и предметное значение) и синтаксический (связь между признаками) аспекты.

В логике давно известно разделение реальных и номинальных определений. В современном контексте коммуникативного подхода их различие можно интерпретировать следующим образом: в номинальном определении эксплицитным является отношение именования, а в реальном — отношение обозначения. Оба они могут реализоваться одновременно, если они являются сторонами одного предметного значения. В этом случае они могут иметь практически одинаковый смысл. Например: «Вынужденный прогул — время, на протяжении которого работник не по своей вине лишен возможности работать» (реальное определение). «Термином «вынужденный прогул» называется время, на протяжении которого работник не по своей вине лишен возможности работать» (номинальное определение). Но отношение именования может быть направлено не на предмет непосредственно, а на некоторый ранее встречавшийся текст или другой смысл, быть при этом их сокращенным знаком и только опосредованно, через этот текст или смысл («текст в тексте», «интертекст» с семиотической точки зрения) соотноситься с предметной областью термина и его актуальным смыслом. Сюда обычно относят определения терминов, состоящие в раскрытии этимологии слова, взятой из какого-либо древнего языка. В юридических текстах широко распространены и другие варианты «интертекстовых» номинальных определений, связанных не только с семантикой, но и с прагматикой коммуникации, с вопросами удобства организации сообщения. Скажем, стороны договора обозначаются собственными развернутыми именами с указанием соответствующих реквизитов, а потом фиксируется: «далее именуется «Заказчик»; «далее именуется «Исполнитель». Это не что иное, как вариант номинального определения, имеющего вид сокращения ранее построенного текста («интертекста»).

Различие между номинальными и реальными определениями относительно: это не столько два разных вида определения, сколько две разные функции определения, которые не обязательно исключают друг друга. Любое реальное определение не только характеризует предмет, но и попутно делает термин фактически именем, знаком этого предмета. С другой стороны, номинальное определение дает иногда достаточную информацию о предмете.

В юридической практике весьма существенным оказывается другое, чисто прагматическое свойство определения: его легитимность, его принятие правовым социумом. Так, В. Д. Титов обращает внимание на прагматическую сторону юридических определений, выделяя арбитральные определения, которые «должны приниматься авторитетным научным сообществом правоведов как общеобязательные, безотносительно к различиям разделяемых логических доктрин» [7, с. 204]. Соглашаясь с В. Д. Титовым относительно значимости арбитральных юридических определений, я не могу согласиться лишь с тем, что речь идет об особом виде определений, наряду с реальными и номинальными определениями: здесь речь идет о разных функциях определения, вполне совместимых друг с другом, различающихся лишь по степени эксплицитности и значимости в конкретной коммуникативной ситуации. Любая дефиниция (и реальная, и номинальная) в любой юридической коммуникации должна быть принятой всеми ее участниками. Это прагматическое правило общезначимости отсутствует в обычных учебниках логики, там уделяется внимание семантике и синтаксису, но не уделяется внимание прагматике (способам и правилам употребления) выраженной в языке мысли. Поскольку разработка логической прагматики сегодня весьма актуальна, логикам следует прислушаться к выводам юристов, фиксирующих прагматическое измерение правовых дискурсов. Это относится ко всем разделам логики.

На сегодняшний день самая главная сфера взаимодействия логики и юриспруденции, наиболее ярко обнаруживающая необходимость взаимообогащения этих двух областей, — теория доказательства.

С одной стороны, теория доказывания в юриспруденции почти не использует языка современных логических теорий доказательства, и поэтому выглядит несколько архаичной, а с другой стороны, — современные логические теории доказательства напрасно игнорируют те свойства и правила доказательства, которые установлены в многовековой судебной практике, и значимость которых выходит за пределы юриспруденции.

Юридическая логика, идя от общей логики к юриспруденции, должна использовать весь арсенал средств современной логической теории доказательства, особенно дедуктивных его форм. Прошли те времена, когда судебное доказательство достаточно было представить в форме силлогизма: норма права — большая посылка (аксиома); факты — меньшая посылка; решение суда — заключение силлогизма. Эта

схема годится для самых простых случаев, когда доказательство — простая линейная логическая связь, вывод из аксиомы. Более сложные случаи судебного доказывания строятся нелинейно, для них уместно использование других типов вывода, разработанных в логике XX века: например, естественный вывод, секвенциальный вывод и т.д. Если кроме норм права и фактических данных в доказательстве используются выдвинутые на их основе альтернативные гипотезы, то в этом случае реализуется структура естественного вывода. В других случаях в качестве альтернатив могут использоваться не гипотезы, а варианты логических выводов из аргументов сторон. Тогда принимается схема секвенциального вывода. Юридическая теория судебного доказывания может учитывать эти и другие структурные варианты нелинейных выводов.

С другой стороны, юридическая логика, идя от опыта юриспруденции к логике, может принимать участие в разработке неклассических вариантов логической теории доказательства, учитывающих такие принципы и качества судебного доказывания, которые утвердились в юриспруденции и вполне могут претендовать на признание в качестве универсальных принципов и качеств доказательства как такового.

При этом нельзя не учитывать той смены парадигм, которая происходит в юриспруденции и которая непосредственно касается переосмысления сути судебного права. Правоведение все более отказывается от односторонней трактовки правосудия как своего рода карательной машины: функция наказания, принуждения не только не единственная, но и не главная его функция; главной функцией правосудия должна стать функция гармонизации правовых отношений в обществе. «Специфика суда, его объективная природа и вместе с тем его отличие от других видов социальной регуляции состоит в реализации принципа формального равенства, равного отношения к сторонам-участникам судебного процесса» [8, с. 239]. Принципу формального равенства наилучшим образом соответствует найденная и закрепленная в судебной практике форма доказывания — диалог (полилог). Структура судебного доказывания усложняется тем, что в нем имеются $n+1$ тезисов, $n+1$ рядов аргументов, $n+1$ вариантов методов доказывания, где n — число сторон; к позициям сторон прибавляется позиция суда. Можно констатировать, что диалогичность — обязательное эмержентное качество судебного доказывания, призванное обеспечить равные возможности сторон в судебном споре. К другим качествам такого же уровня значимости следует отнести также альтернативность, многоуровневость и системность судебного доказывания [9, с. 232–234].

Выводы:

1. Юридическая логика имеет право на существование в качестве самостоятельной дисциплины «на границе» логики и юриспруденции только в том случае, если в ее структуре объединятся и будут уравновешивать друг друга два направления исследований: от логики к юрис-

пруденции (прикладная логика) и от юриспруденции к логике (логогенез, протологика).

2. Перспективы развития юридической логики в значительной мере зависят от того, насколько успешно будет осуществляться такой синтез указанных направлений, который будет способствовать совершенствованию как логики, так и юриспруденции.

3. В настоящее время «точкой роста» юридической логики является взаимодействие логических и юридических учений о доказательстве, в частности анализ утвердившихся в судебной практике упомянутых выше эмержентных свойств доказывания.

Литература

1. Ивакин А. А. Диалектическая философия : монография / *А. А. Ивакин*. — Изд. 2-е, перераб. и доп. — О. : Феникс ; Суми : Університет. кн. ; М. : ТрансЛит, 2007.
2. Закомлистов А. Ф. Юридическая философия / *А. Ф. Закомлистов*. — С.Пб. : Юрид. центр пресс, 2003.
3. Тер-Акопов А. А. Юридическая логика : учеб. пособие / *А. А. Тер-Акопов*. — М. : ИКФ Омега-Л, 2002.
4. Титов В. Д. Логическое знание в его социально-исторической детерминации / *В. Д. Титов*. — Х. : Регионинформ, 2004. — 260 с.
5. Титов В. Д. Юридическая логика в США / *В. Д. Титов*. — Х. : Ксилон, 2007. — 250 с.
6. Брюшинкин В. Н. Практический курс логики для гуманитариев / *В. Н. Брюшинкин*. — М. : Новая шк., 1996.
7. Титов В. Д. О специфике определений в юриспруденции / *В. Д. Титов* // Логико-философские студии : сб. ст. — С.Пб. : Изд-во С.-Петерб. ун-та, 2005. — Вып. 3.
8. Пашинский А. И. Специфика правосудия в контексте либертарного правопонимания / *А. И. Пашинский* // Ежегодник либертарно-юридической теории. — М. : ГУ ВШЭ, 2009. — Вып. 2.
9. Сумарокова Л. Н. Основы логики / *Л. Н. Сумарокова*. — О. : Юрид. л-ра, 2009.

Аннотация

***Сумарокова Л. Н.* Юридическая логика: предмет и перспективы развития.** — Статья.

Юридическая логика рассматривается в статье как вариант практической логики и включает, как полагает автор, два направления исследований: от логики к юриспруденции (прикладная логика) и от юриспруденции к логике (логогенез, протологика). Перспективы развития юридической логики зависят от того, насколько успешным будет синтез этих направлений.

Ключевые слова: практическая логика, юридическая логика, прикладная логика, логогенез, протологика, эмержентные качества судебного доказательства.

Анотація

***Сумарокова Л. М.* Юридична логіка: предмет та перспективи розвитку.** — Стаття.

Юридична логіка розглядається у статті як варіант практичної логіки і включає, як

вважає автор, два напрями досліджень: від логіки до юриспруденції (прикладна логіка) та від юриспруденції до логіки (логогенез, протологіка). Перспективи розвитку юридичної логіки залежать від того, наскільки успішним буде синтез цих напрямів.

Ключові слова: практична логіка, юридична логіка, прикладна логіка, логогенез, протологіка, емержентні властивості судового доказування.

Summary

***Sumarokova L. M.* Legal logic: the subject and development prospects.** — Article.

The legal logic is discussed in the article as a variant of practical logic, and includes, as suggested by the author, two research directions: from logic to jurisprudence (application logic) and from the jurisprudence to logic (logogenesis, protologic). Prospects of development of legal logic depend on the success of the synthesis of these directions.

Keywords: practical logic, legal logic, applied logic, logogenesis, protologic, emergent properties of evidence in jurisprudence.

УДК 130.123

А. А. Ивакин

О ВКЛАДЕ ФРИДРИХА НИЦШЕ В ФОРМИРОВАНИЕ СОВРЕМЕННОЙ ОНТОЛОГИИ (размышления над текстом лекций М. Хайдеггера о Ф. Ницше)

Издавна вопрос «Что есть сущее?» — это ***весь*** вопрос философии [5, с. 2]. Так лаконично и категорично определяет Мартин Хайдеггер предмет философии, и, тем не менее, с этим трудно не согласиться: действительно, вопрос о бытии всего сущего является и исходным, и «сквозным» среди всех других вопросов философии. Но если это так, то при исследовании философского творчества того или иного мыслителя за любым кружевом его слов и символов всегда можно и нужно увидеть попытку ответить на этот один-единственный вопрос. И это требование в полной мере относится и к исследователю философского наследия Ф. Ницше, прячущего свои мучительные поиски ответа на данный вопрос за иносказаниями, эпатажем и показным цинизмом.

В самом начале своих лекций о Ницше Хайдеггер требует от своих слушателей, чтобы две центральные идеи Ницше — идею ***«воли к власти»*** и идею ***«вечного возвращения того же самого»*** — они понимали в самом тесном их единстве.

Однако для некоторых философов сама задача единения таких, на первый взгляд, взаимоисключающих идей кажется неразрешимой. Так, например, немецкий философ Альфред Боймлер, кстати, один из идеологов немецкого фашизма, был уверен, что эти две идеи Ницше совершенно несовместимы, поскольку учение о вечном возвращении означает прекращение становления [5, с. 10].

Итак, всё сущее находится в постоянном изменении, и причиной и выражением этого у Ницше выступает «воля к власти», бытие же сущего остается при этом тем же самым — единым и неизменным, и это Ницше выражает в форме идеи «вечного возвращения того же самого». Как же, действительно, совместить эти два утверждения?

© А. А. Ивакин, 2010

Очевидно, что проблема эта сугубо диалектическая, но, к сожалению, далеко не всегда диалектическими были и являются попытки ее решения. Одна из форм попыток подобного рода — и А. Боймлер является типичным ее представителем — заключается в том, чтобы, вместо того, чтобы решать противоречие между единством, самотождественностью мира и его постоянным изменением, попробовать от этого противоречия просто взять и избавиться, то есть, оставив одну из его частей, умалить или полностью отбросить другую. В таких случаях и сама проблема начинает уже звучать как формально-логическая альтернатива: «либо — единство мира, либо — его развитие».

С искушением при решении данной проблемы игнорировать ее диалектическую суть столкнулись уже великие создатели европейской философии. Так Парменид, автор категории «бытие», пытался убедить всех в том, что внимание следует обращать только на единство мира, на его устойчивость и самотождественность. В этом случае движение становится всего лишь ничтожной подробностью бытия и даже более того — некоей чувственной иллюзией.

Возьмем на себя смелость проиллюстрировать парменидовское решение с помощью следующего простого примера. Зададим себе вопрос: вода в аквариуме, будь она слишком холодной или же — слишком горячей, она ведь всё равно остается той же самой водой, не правда ли? Правда-то правда, но... только с точки зрения физика или химика, но никак не с точки зрения живущих в этом аквариуме рыбок. Точно так же и точка зрения Парменида есть не что иное, как позиция мыслителя, озабоченного пониманием того, каков мир сам по себе, а не с точки зрения живущих в нем людей.

Впрочем, вряд ли Парменид мог полностью игнорировать позицию и интересы человека. Хочется думать, что, настаивая на единстве и единственности бытия, он тем самым и людей призывал жить не чем-то преходящим, ложным и мелким, а быть причастными к тому, что является настоящим, неизменным, правильным, вечным.

По крайней мере, именно такой, можно сказать, — этический, оттенок парменидовской глубинной неизменности бытия и лег в основу формирования платоновского миропонимания. Правда, в отличие от Парменида, Платон, разделил единый мир надвое. Единство, тождественность он поместил в один мир, а текучесть и изменение — в другой. Один мир он, как и Парменид, назвал бытием, а другой, чтобы его не отождествляли с абсолютным небытием, он предложил называть «иным бытия» [4, с. 382–385]. Свое принципиальное согласие с Парменидом Платон выразил так: первый мир, идеальный, это — настоящий, истинный, а второй, материальный, — ненастоящий, неистинный мир.

Эта схема строения бытия на многие века определила мировоззрение множества людей, и, в первую очередь, — христиан. И платоновское влияние в данном случае вряд ли можно назвать плодотворным: в логическом плане потому, что, как уже было сказано, Платон отказался

от идеи единства мира, а в мировоззренческом плане — потому, что многие отцы христианской церкви использовали учение Платона для воспитания у верующих презрения к земному миру, призывая, вместо улучшения, преобразования его, возлюбить мир иной — мир небесный. Заметим, что сам Платон не был столь категоричен в абсолютном противопоставлении мира материального, чувственного — миру идеальному, сверхчувственному. В противном случае было бы непонятно то исключительное внимание, которое он уделял *возможности* идеального государства, которую он очень надеялся и пытался, хотя бы частично, превратить в *действительность* именно в этом материальном, «ненастоящем» мире.

Обратимся, однако, к тому из великих философов, кто сумел избежать искушения упростить рассматриваемую нами здесь проблему, — к Гераклиту. Правда, Гегель считал его всего лишь своеобразной «диалектической половинкой» Парменида, поскольку Гераклит, якобы, в качестве антитезиса противопоставил «бытию» Парменида — «становление», то есть вечное движение. Такое искусственное противопоставление Гегель сконструировал в угоду своей логике, причем даже вопреки тому, что Гераклит жил и мыслил исторически раньше, чем Парменид.

Опровержение данного гегелевского логического схематизма неоднократно звучало в истории философии. И, действительно, Гераклит на самом-то деле как раз и был тем первым философом, который интуитивно прочувствовал, а затем и сформулировал, единство самотождественности и вечного становления космоса. Существует немало различных трактовок гераклитовского понимания единства Логоса и Огня, и весьма знаменательно то, что большинству из своих комментаторов Гераклит не дал повода усомниться в том, что он, утверждая идею присущего миру вечного движения, пытается в то же время соединить её с идеей единства мира. Можно даже сказать, что Гераклит оставил нам столь гениальную в своей внутренней логичности схему соотношения устойчивости и изменчивости Мира, что она до сих пор не теряет актуальности, а наоборот, — постоянно порождает желание философов возвращаться к ней на каждом из новых витков развития человеческого знания и практики.

Если говорить более конкретно, то преимущество философского учения Гераклита над учениями Парменида и Платона состоит в том, что обозначенную выше онтологическую проблему он решает глубоко диалектично: Логос в его учении проявляет себя и как неизменно, вечно существующее ***Слово,*** образно говоря, — своеобразный ***План*** последовательности перевоплощения Огня в форму воды, воздуха, земли и снова огня, и как ***Деяние*** (именно так переводит Гёте слово «Логос» в Евангелии от Иоанна [1, с. 81–82]), то есть как сам закономерный процесс этого последовательного формообразования. Таким образом, Гераклиту, в отличие от других философов, удалось решить проблему систем-

ного тождества неизменного бытия и вечно становящегося сущего. И это его решение стало заодно и началом создания диалектики как логики и методологии познания.

Вслед за Хайдеггером обратим внимание на то, что Ницше, считавший Гераклита самым близким себе по духу античным философом, его философию правильно понять так и не сумел, оставшись фактически под влиянием авторитета Гегеля. Но вот, если соединить две указанные идеи Ницше, утверждает Хайдеггер (идею того, что бытие есть воля к власти, и идею вечного возращения жизненных циклов всегда к одному и тому же), то мы получим принципиально иную логическую схему бытия, схожую со схемой подлинного, а не гегелевского, Гераклита.

Да, действительно, диалектическое решение данного вопроса оказывается очень сложным. И самое интересное то, что с необходимостью обдумывания его приходится сталкиваться любому мыслящему человеку. Так, в дневнике молодого В. И. Вернадского есть такая запись: «если есть Абсолют, то нет развития».

Наверно, Вернадскому не хотелось оказаться в одной компании с Парменидом и особенно — с Зеноном. Однако как знать, не хуже ли оказаться в одной компании с Кратилом, то есть со скептиками и релятивистами? Ведь, если мы отказываемся признать диалектическое тождество Абсолюта с вечным движением становления, то мы действительно можем оказаться либо перед необходимостью догматического отрицания движения (вопреки практической очевидности его наличия), либо — перед необходимостью абсолютизации факта движения, что не позволяет признать ни самотождественности мира, ни, соответственно, возможности его познания.

Из сказанного можно понять, почему Хайдеггер считает, что при понимании вышеуказанных идей Ницше нам так важно иметь в виду глубинную направленность его философии на переиначивание, переоценку всех традиционных ценностей. Ведь главная ценность, более всего вызывающая яростное возмущение Ницше, — это как раз платоновский потусторонний, праведный, настоящий мир. «Согласно Ницше основное положение морали, христианской религии и определяемой Платоном философии звучит так: этот мир ни на что не годен, должен существовать «лучший» мир, который лучше этого, погрязшего в чувственности, над этим миром должен быть «истинный мир», сверхчувственное. Чувственный мир — лишь кажущийся мир» [5, с. 36].

Поскольку же Платон называет этот идеальный мир *истинным*, то, с точки зрения Хайдеггера, понятна и причина парадоксального нападения Ницше на *истину* как таковую.

На первый взгляд, совершенно очевидно, что Ницше противоречит сам себе, когда записывает в своих черновиках такую фразу-установку: «Задача — *видеть вещи, как они есть*» [5, с. 15]. Как это так — истина отрицается, а вещи мы хотим видеть такими, какие они есть? Однако дело в том, что все разговоры об истине, с точки зрения Ницше,

пусты, если наш единственный мир, в котором мы живем, мы отрицаем. И Ницше можно понять: отрицать мир, в котором мы живем, и стремиться в другой, истинный мир — это все равно, как призывать любить не свою родную, но обладающую определенными недостатками, мать, а некую идеальную мать, так сказать, — эталон матери.

Хайдеггер предупреждает нас о недопустимости прямолинейного и однозначного понимания таких, например, «странных» высказываний Ницше: «Невозможно жить с истиной, «воля к истине» уже есть симптом вырождения...» Если Ницше понять буквально, то вышесказанное звучит чудовищно, но если постараться Ницше понять правильно, то можно увидеть, что за выражением «воля к истине» кроется платоновская воля к «истинному миру» [5, с. 37].

В таком же ключе, считает Хайдеггер, следует понимать и известное выражение Ницше: «У нас есть *искусство*, дабы мы *не погибли от истины*».

Это выражение, в первую очередь, означает, что, по убеждению Ницше, чувственное выше и подлиннее сверхчувственного. И у этого мнения, как нам кажется, есть свое рациональное зерно: ведь действительно в любом процессе восхождения от абстрактного к конкретному нельзя останавливаться на этапе погружения к разумному, сверхчувственному, то есть к сущности исследуемой вещи. Чувственно-конкретное как *тезис* должно быть синтезировано со сверхчувственным, умопостигаемым, как с *антитезисом*. И синтез этот должен выразиться в теоретически-конкретном знании, являющемся высшей формой чувственного, ибо по завершении восхождения мы в непосредственно воспринимаемом нашими органами чувств предмете «видим» еще и его внутренний смысл, доступный сверхприродному чувству человека, которое мы называем продуктивным воображением или интуицией.

Однако, дело здесь не только в защите правильного понимания роли чувственного в познании (Платон, действительно, эту роль принижал). Важно, подчеркивает Хайдеггер, иметь в виду и то, что Ницше понимает под искусством нечто более широкое, чем это делает обыденное современное мышление. Вспомним, говорит он, что древние греки искусство, наряду с другими произведениями человеческой мысли и человеческих рук называли techne. Но «techne» — это не техника, а то, что противостоит по своему происхождению тому, что греки называли «physis», а именно — творческой силе природы и продуктам ее творения. Значит, «techne» — это творческая сила человека и продукты его творчества.

Отсюда, как нам представляется, буквально напрашивается следующий вывод: человек должен жить не упованием на чудеса, а — творчеством, активно изменяющим нашу, во многом еще убогую, жизнь. Не отказываться от земного мира, не презирать его, а активно изменять его в лучшую сторону. Натура (природа) должна стать культурой. Но это не есть вытеснение одного другим: культура посредством творчества человека формируется как *разумная природа*. И в конечном счете био-

сфера должна усилиями человека перейти в ноосферу. Многих из названных здесь терминов Ницше, конечно, не употребляет, но общая направленность его мышления ведет, как нам кажется, именно к этим практическим выводам.

Прежде чем продолжить анализ онтологических идей Ницше, необходимо сделать еще одно важное добавление к сказанному выше. Соглашаясь с Хайдеггером в том, что мировоззренческое противостояние Ницше Платону способствовало его негативному отношению к категории «истина», мы, тем не менее, не можем согласиться с тем, что в этом состоит основная причина его скептицизма, который Ницше пытался обосновать как свою принципиальную гносеологическую позицию [3, с. 581—590] и который, подчеркнем это, приходит в явное противоречие с его же собственными категорическими утверждениями, в том числе и относительно универсальности феномена воли к власти.

Попробуем теперь вслед за Хайдеггером прояснить отнологический смысл этого самого феномена и понятия — «воля к власти». И способствовать этому намерению будет обращение к его же, Ницше, пониманию жизни. «Жизнь» — это настолько важная категория философии Ницше, что позже даже слилась с ней в ее названии — «философия жизни». Жизнь, уверяет нас Ницше, есть самая известная нам форма бытия. Разве может «быть» что-нибудь мертвое? — спрашивает он, забывая о своем скептицизме. Разве может оно быть, «если сокровеннейшая сущность бытия есть воля к власти»? [5, с. 34]. Таким образом, заметим, что вовсе не об одном лишь человеке, а тем более — не о человеке-политике, идет у Ницше речь, когда он произносит свое знаменитое «воля к власти».

Феномен жизни Ницше понимает очень широко и вовсе не биологически. Он даже так называемое неживое понимает как нечто имеющее *силу и направленность*. Поэтому есть основание полагать, что «философию жизни» Ницше вполне можно поместить в, казалось бы, чуждое ему русло размышлений Б. Спинозы, Г. Лейбница и Тейяра де Шардена об универсальных характеристиках всего сущего.

Действительно, что хочет сказать нам Ницше словами «перспективное — основное условие всякой жизни»? Вот каким образом излагает Хайдеггер заключенную в этой формуле мысль Ницше: «Ящерица... улавливает в траве еле слышный шорох, но не слышит тут же сделанного пистолетного выстрела. Следовательно, живое существо как бы «истолковывает» свое окружение и вместе с тем — всё происходящее, причем не мимоходом, а в качестве основного процесса самой жизни...» [5, с. 107].

То же самое Ницше считает возможным сказать и о так называемой «безжизненной природе»: и в ней «...соотношение сил и тем самым те или иные связи устанавливаются определенной перспективой».

И отсюда вывод: «Нет никакого неорганического мира» [5, с. 107].

И отсюда — многозначительное вопрошание Ницше в его наброс-

ках, сделанных в 1886—1887 годах: «Основной вопрос: принадлежит ли *перспективное к сущности*? И, может быть, между различными сущностями существует только некая форма созерцания, некое отношение? Быть может, различные силы находятся в определенном отношении, так что это отношение связано с определенной оптикой восприятия?» И тут же ответ на это вопрошание: «Это было бы возможно, *если бы все бытие было бы чем-то принципиально воспринимающим*» [5, с. 107].

Бытие, во всех его проявлениях есть жизнь, есть творчество, и поэтому «techne», несмотря на то, что греки, в определенном смысле, противопоставляют его «physis», на самом-то деле есть продолжение творчества природы, его особенная, высшая, разумная форма.

Остаётся сожалеть, что Ницше, находясь под влиянием Шопенгауэра, не видит *диалектического* тождества (то есть единства в различии), различных форм воли: воли неживого, живого и мыслящего. Конечно, само превращение «воли» в «волю к власти» уже есть шаг вперед по сравнению с той серой неразличимостью всюду и всегда тупой и злой воли, каковой она выступает в философии Шопенгауэра. Но этого шага еще мало, так как здесь мы должны видеть развитие единого. Украинский философ Н. В. Хамитов убедительно показывает, как воля к жизни эволюционно переходит в волю к власти, а затем последняя — в волю к творчеству [6, с. 163—169]. Нам, однако, представляется, что процесс формопревращения воли следует понимать не только онтогенетически, но и филогенетически, усматривая его в сам***о***й природе — в эволюции форм движения.

Однако как соединить с идеей воли к власти идею вечного возращения того же самого? Причем при решении этого вопроса следует помнить, что Хайдеггер упрямо твердит: эта идея является основным учением в философии Ницше [5, с. 111—113].

У Ницше есть такая фраза-тезис (заголовок главы): «Учение о вечном возвращении как молот в руке могущественнейшего» [5, с. 8]. Выходит, что, по мнению Ницше, кроме воли к власти каждого отдельного сущего и всех их вместе взятых, есть ещё воля к власти со стороны некоего «Могущественнейшего»? Трудно, наверное, было бы как-то еще иначе истолковать этот тезис.

Речь у Ницше, действительно, идет о носителе высшей Воли к власти: воли власти Бытия как Абсолюта — над хаосом, постоянно возникающим и пребывающим как вне, так и внутри сущего. «Могущественнейший» берет на себя задачу не только «разового» созидания сущего, но и постоянного его творения, укрепления и обновления. Так, собственно, и подобает вести себя Демиургу, если не забывать, что исконное значение греческое слова «демиург» — это работник, строитель, мастер. Во-первых, Абсолют наделяет каждое вещество и существо — волей к власти и делает всё сущее живым и активным. Во-вторых, он периодически как бы переворачивает песочные часы бытия и

возобновляет тем самым его циклы: «Вечные песочные часы бытия переворачиваются снова и снова, и ты вместе с ними, пылинка пыли!» [5, с. 120].

Итак, всё повторяется, всё возвращается на круги своя. И эта мысль оказалась для Ницше так тяжела, что он не смог ее перенести. Почему-то он вообразил, что возвращение необходимо окажется абсолютно, в деталях, полным, буквальным возвращением. А главное, он вообразил, что центром такого возвращения будет отдельно взятый человек. И это показалось Ницше невыносимым. Можно ли выдержать такую форму бессмертия, когда каждое мгновение даже бестолково прожитой жизни снова с фотографической точностью будет повторяться? И снова будет рядом со мной лежать вот этот серый камень и ползти вот этот самый паучок, и так же будет болеть моя голова?

На наш взгляд, причина такого странного догматизма кроется в словах «пылинка пыли», — вот с этим образом человека в вечном круговороте «песочных часов» бытия соглашаться не хотелось бы. Дело, видимо, в том, что Ницше по-настоящему так и не понял, что такое человек. Мысль его сосредоточивалась на изолированном, самодостаточном, неизменном, индивидуальном «Я». Но такого «я» не существует вообще: любое «я» как социальный и космический феномен способно расширяться и развиваться по направлению от «я» психологического к «я» трансцендентальному и к «я» абсолютному.

В своем, слишком буквальном и формальном, понимании «вечного возвращения» Ницше каким-то образом забывает о том, что его Заратустра ушел в горы одним человеком, а к людям вернулся совсем другим! Так что место *круга* в процессе вечного развития сущего должна занять *спираль*. И в этом случае «вечное возращение того же самого» мы должны со вздохом облегчения и чувством оптимизма осознать и воспринять как вечное возращение развивающегося сущего к своему единству, как вечное движение становления, обновления, развития Бытия и его Логоса. А уж если возможным окажется и возвращение каждой отдельной личности к самой себе, то можно верить и надеяться, что это будет воскрешением лишь всего лучшего, что есть в каждом из нас.

Так что же, возможно, за возгласом Заратустры «Бог умер» должен последовать другой возглас, подобный тому, который полагалось издавать глашатаям, извещающим о смерти короля? Итак, «Бог умер, да здравствует Бог!?» Лев Шестов был совершенно уверен, что именно жажда такого провозглашения лежит в основании всего философского творчества «атеиста» Ницше. Однако Л. Шестов хорошо понимал и другое: путь к утолению этой жажды пролегает для Ницше через его мучительные поиски своего Бога [7]. Видит в Ницше богоискателя и Хайдеггер. Да, действительно, глубокое проникновение непредвзятого исследователя в подлинный смысл философии Ницше позволяет увидеть, что, разрушая старые ценности, он мечтал, но не успел, выстроить ценности новые, он постоянно искал *смысла бытия* и даже свое учение

о вечном возвращении именовал своеобразно понимаемой им *верой* [5, с. 167–173].

Говоря об отличии философии от науки, Хайдеггер заметил: «Стремление как можно скорее что-то создать и боязнь того, что это будет слишком поздно, здесь не актуальны в силу одной особенности, присущей всякой подлинной философии: её современники всегда понимают ее неправильно. Философ должен перестать быть современником даже по отношению к самому себе. Чем принципиальнее и революционнее оказывается его философия, тем сильнее она нуждается в воспитании того человека и того поколения, которое должно ее принять» [5, с. 117].

И Ницше прекрасно понимал это: «Чужды мне современники, предмет насмешки моей!.. Только одну страну люблю я — *страну детей моих,* еще не открытую, лежащую в дальних морях: пусть неустанно ищут ее корабли мои» [2, с. 106].

Большинство современников Ницше поняли его или довольно упрощенно или искаженно. Очень хочется надеяться, что время правильного понимания идей этого мыслителя наконец-то пришло. Ибо пришло время Новой философии: философии единения людей перед возникшим пред ними Общим Делом решения глобальных проблем и строительства Ноосферы. Гению и великомученику Фридриху Ницше есть что сказать этому поколению людей.

Литература

1. Гёте И. В. Фауст / *И. В. Гёте.* — М., 1936.
2. Ницше Ф. Так говорил Заратустра. Книга для всех и не для кого / *Фридрих Ницше.* — М. : Интербук, 1990.
3. Ницше Ф. Веселая наука // Сочинения : в 2 т. / *Фридрих Ницше.* — М. : Мысль, 1990. — Т. 1.
4. Платон. Софист // Сочинения : в 3 т. / *Платон.* — М. : Мысль, 1970.
5. Хайдеггер М. Ницше. В 2 т. Т. 1 / *М. Хайдеггер.* — С.Пб. : Владимир Даль, 2006.
6. Хамитов Н. В. Философия человека: От метафизики к метаантропологии / *Н. В. Хамитов.* — К. : Ника-Центр, 2002.
7. Шестов Л. Добро в учении гр. Толстого и Ф. Ницше / *Л. Шестов* // Вопросы философии. — 1990. — № 7. — С. 59–128.

Аннотация

***Ивакин А. А.* О вкладе Фридриха Ницше в формирование современной онтологии (размышления над текстом лекций М. Хайдеггера о Ф. Ницше).** — Статья.

Соглашаясь с Хайдеггером в том, что Ницше как философ не может быть правильно понят без выявления онтологического аспекта его текстов, автор данной статьи стремится продолжить усилия Хайдеггера, направленные на использование понятий Ницше «воля к власти» и «вечное возвращение» для завершения того, что не успел сделать сам Ницше: создать, хотя бы в самых общих чертах, целостный образ диалектического взаимодействия устойчивости бытия с вечным становлением сущего.

Ключевые слова: Хайдеггер, Ницше, философия, воля к власти, вечное возвращение, бытие, истина, диалектика.

Анотація

Івакін О. А. **Про внесок Фрідріха Ніцше у формування сучасної онтології (роздуми над текстом лекцій М. Гайдеґґера про Ф. Ніцше).** — Стаття.

Погоджуючись з Гайдеґґером у тому, що Ніцше як філософа не можна правильно зрозуміти без виявлення онтологічного аспекту його текстів, автор даної статті прагне продовжити зусилля Гайдеґґера, спрямовані на використання понять Ніцше «воля до влади» і «вічне повернення» для завершення того, що не встиг зробити сам Ніцше: створити, принаймні, в найзагальніших рисах, цілісний образ діалектичної взаємодії сталості буття з вічним становленням сущого.

Ключові слова: Гайдеґґер, Ніцше, філософія, воля до влади, вічне повернення, буття, істина, діалектика.

Summary

Ivakin A. A. **About the contribution of Friedrich Nietzsche to the formation of modern ontology (Reflections over the text of the lectures of Heidegger about Nietzsche).** — Article.

While agreeing with Heidegger that Nietzsche as a philosopher can not be properly understandable without identifying the ontological aspects of his texts, the author of this article is trying to continue efforts of Heidegger, directed on the usage of Nietzsche's concepts «will to power» and «eternal return» to complete what Nietzsche himself did not have time to do: to create, at least in generally, an integral image of the dialectical interaction between the sustainability of the being and eternal returning of reality.

Keywords: Heidegger, Nietzsche, philosophy, will to power, eternal return, being, truth, dialectics.

УДК 347.965.(470)

М. Р. Аракелян

СТАВЛЕННЯ СУСПІЛЬНОЇ ДУМКИ В РОСІЙСЬКІЙ ІМПЕРІЇ ДО ІНСТИТУТУ АДВОКАТУРИ НАПЕРЕДОДНІ СУДОВОЇ РЕФОРМИ 1864 р.

У сучасних демократичних державах, до числа яких прагне стати Україна, невід'ємним фактором правової системи й основним недержавним інститутом захисту особистості, її прав і свобод є адвокатура.

Як слушно зазначає професор Д. П. Фіолевський, «після сімдесятирічного існування радянської правової системи ряд колишніх радянських республік, роблячи крок уперед з метою адаптації до європейської цивілізації в галузі права, власне кажучи, роблять два кроки назад, повертаючись до правової системи, що існувала на їхніх територіях у період Російської імперії.

Такі «нововведення», як суди присяжних, апеляційні суди, незмінюваність суддів, реальна рівність учасників судового процесу, незалежна адвокатура тощо, багато в чому повторюють кроки Російської судової реформи 1864 р. У той же час це рух вперед порівняно з організацією судової і правоохоронної системи в колишній радянській державі» [20, с. 6–7].

Ставлення до адвокатури, незалежної преси дає уявлення про справжні цінності, визнаванні владою. Повернення в Україні після 1991 р. до таких цінностей, як особистість, її права та свободи, утвердження принципу поваги до прав людини, затверджених ООН, надає сильного поштовху до розвитку відповідних правових інститутів і, насамперед, адвокатури.

Інститут адвокатури як один із важливих недержавних інститутів права забезпечує захист прав, свобод громадян, інститутів демократії. Його розвиток залежить від офіційної позиції влади щодо функції та призначення цього правового інституту та від суспільної думки, яка визначає та визнає дієспроможність цього інституту.

Таким чином, повертаючись певною мірою до історії організації та

© М. Р. Аракелян, 2010

проведення судової реформи 1864 р. в Російській імперії, розгляд ставлення влади до інституту адвокатури та ставлення до нього суспільної думки є на часі актуальним питанням.

Дослідженню історії становлення інституту адвокатури, в тому числі й ставлення суспільства та держави до нього, приділяли увагу російські вчені-правознавці кінця XIX — початку XX ст.: К. Арсеньєв, Є. Васьковський, М. Винавер, І. Гессен, О. Коні, а також сучасні дослідники Ю. Хаскі, Л. Демидова, В. Сергєєв, Ю. Лубшев тощо [3–8; 13; 21; 2; 15].

Серед відомих українських вчених-правознавців, які приділяють увагу дослідженню цього суспільно-правового інституту, слід назвати Т. Варфоломієву, І. Головацького, Я. Зейкана, В. Медведчука, М. Міхієнко, О. Святоцького, Д. Фіолевського тощо [4; 9; 10; 18; 19; 20].

Інститут адвокатури («адвокатський стан») західноєвропейського типу виникає в Російській імперії з 1864 р., під час проведення судової реформи.

Ставлення до адвокатів та їхніх функцій у суспільстві до 1864 р., у представників правлячої династії Романових було вкрай негативним. Так Петро I вважав ходатаїв та ябедників (так називали адвокатів на початку XVIII ст.) товаришами злодіїв та душогубців. На його думку, своїми виступами вони тільки більше плутали суддю, заважаючи прийняти справедливе рішення: «...а иные истцы и ответчики, для таких же своїх коварств и неправды, нанимают за себя в суды и в очные ставки ... ябедников и составщиков же воров и душевредцов, и за теми их воровскими и ябедническими и составными вымыслы и лукавством в вершение тех дел правым и маломочным людем во оправдании чинится многая волокита и напрасные харчи и убытки и разоренье, а винным, от того отбывательство и продолжение, а ябедником и ворам поживки» [11, с. 278–279].

В указі від 25 травня 1752 р., оголошеному імператрицею Єлизаветою Петрівною Сенату, діяльність ябедників визнавалася як шкідлива: «...к крайнему неудовольствию Нашему слышим разорение и притеснение подданных Наших от ябедников. Которые не страшась суда Божия, всякие вымыслы противу правды стараются употребить, и тем чинят правым в их делах решению помешательство и продолжение в Приказах; ... того ради на то учрежденным местам, по должности и званию своему, искоренять таковые Нашему Императорскому Величеству и общему покою противные поступки, и с виноватыми поступать по силе указов. ... ежели кто ... за сим указом явно или тайно, в том будет уличен, то, ... у оных движимое и недвижимое имение отписано будет на Наше Императорское Величество» [12, с. 653].

У роботі Є. Васьковського наводяться витяги із листів Катерини II, в яких вона висловлює своє ставлення щодо адвокатів: «...адвокаты, соображаясь с тем, когда и как им заплати, поддерживают то правду, то ложь, то справедливое, то несправедливое...»; «...адвокаты и прокураторы у меня не законодательствуют и никогда законодательствовать

не будут, пока я жива, а после меня будут следовать моим началам...» [6, с. 320]. Катерина II вважала адвокатів Робеспьера та Дантона головними винуватцями буржуазної революції у Франції, злочинцями, які виступили проти монархічного устрою та законної влади, що призвело до заборони адвокатської діяльності в Російській імперії.

За часів правління Миколи I існування інституту адвокатури також виявилося неможливим. Так, у розмові з князем Голіциним імператор впевнено зазначив: «Нет, князь, пока я буду царствовать, России не нужны адвокаты. Проживем и без них» [6, с. 123]. Така позиція російського імператора у житті проявлялася у вигляді викоренення навіть самої думки про створення інституту адвокатури в Російській імперії.

Принагідно зауважимо, що думка про «шкідливий» для суспільства інститут адвокатури була притаманна також й французькому імператору Наполеону. Отримавши для розгляду законопроект про організацію адвокатури, він зазначив: «Пока я буду носить шпагу, я не подпишу подобного декрета. Я хочу, чтобы можно было отрезать язык всякому адвокату, который употребил его против правительства» [14, с. 7—8]. Наслідком стає прийняття установчими зборами Франції рішення про скасування стану адвокатів.

У той же час судове представництво в Російській імперії існувало у вигляді стряпчих та повірених (судові представники). Їхне право на представництво інтересів позивача та відповідача було з часом закріплено у Своді Законів Російської імперії [16, ст. ст. 184, 191]. Назвати таке представництво професійним захистом було неможливо, оскільки суспільна думка негативно ставилася до діяльності стряпчого. Встановлений стереотип стряпчого-канцеляриста, здатного лише на написання скарги або позову, заважав побачити в ньому захисника-правника, представника інтересів громадянина, закону.

У Західному краї, до складу якого входили 3 українські губернії, адвокатура була створена та діяла на ґрунті польських Конституцій 1726 і 1764 рр. та III Литовському Статуті. Відповідно до цих нормативно-правових актів, адвокати були не лише при головних (губернаторських) та нижчих (повітових та міських) судах, але і при судах духовних. Адвокатами могли бути лише дворяни — власники нерухомого майна (деревень), які постійно проживали в губерніях приєднаних від Польщі, які склали присягу, мали беззаперечну репутацію, а також володіли правом.

Введення адвокатури у цій частині Російської імперії не дало бажаних результатів, оскільки адвокати не користувалися повагою у населення. Про це красномовно свідчать друковані періодичні видання того часу: «Трудно встретить сословие более несимпатичное в западной России, чем адвокаты» — писалося у «Киевлянине» [20, с. 39].

У такому вигляді адвокатура проіснувала в Західному краї до поширення на цю територію російських цивільних законів. Таким чином місце адвокатів посів діючий на території усієї імперії інститут присяжних і приватних повірених.

Неможливість реформування інституту судових представників в Російській імперії першої половини XIX ст. пояснювалася також і політичними мотивами. Адвокат, який покликаний захищати передусім законні інтереси громадянина та людини, завжди заважає владі чинити беззаконня. Чим менше в державі рівень дотримання законності — тим більше утисків від влади зазнає інститут адвокатури. Таким чином професія адвоката набуває політичного відтінку. Виконуючи свій професійний обов'язок, захищаючи закон та протестуючи проти його порушення, адвокат виступає проти свавілля уряду, влади, оскільки саме вона і насаджує це свавілля. В таких умовах діяльність інституту адвокатури буде мати «антиурядовий» характер. Необхідність створення сучасної європейської системи судочинства в Російській імперії в другій половині XIX ст. підштовхувала владу до перегляду провладного ставлення та формування позитивної громадської думки до функції суспільного інституту адвокатури.

«Уже одно то, что адвокатура служила в разные эпохи то опорою, то противовесом одной и той же политической системы, доказывает, что в ней не было ничего политического в истинном смысле слова, что она руководилась своими особыми началами и что отношение ее к власти и взаимное отношение власти к ней зависели не от той или иной политической системы самой по себе, а от отношения этой системы к защищаемому его правовому принципу», зазначав на початку XX ст. відомий правознавець М. Винавер [7, с. 6].

Після поразки в Кримській війні в Російській імперії розпочинається новий період структурних соціально-політичних та економічних реформ. Необхідність судової реформи стає зрозумілою владі та суспільству. В основу судової реформи покладалися принципи дотримання «букви» закону, змагального судочинства. Останній вважався самим стародавнім, єдиним можливим принципом світового судочинства. Необхідною умовою змагального судочинства було створення інституту адвокатури — в російській інтерпретації — стану присяжних повірених. Виникнення такого суспільного інституту було б неможливим без зміни суспільної думки та провладного ставлення до цього інституту.

На початку 60-х рр. XIX ст. у відомій публіцистичній збірці «Русский Вестник» виходить серія публікацій, де позитивно розглядається діяльність адвокатів: «Против адвокатуры, сколько мы знаем, существует у нас нелепое предубеждение... Мы особенно остановились на адвокатуре, потому, что возможность и польза ее в настоящее время наиболее подвергается сомнению, а без нее реформа судопроизводства будет походить на дом, выстроенный без фундамента» [17, с. 385].

«Виправдовування» наявності інституту адвокатури в Російській імперії вченими-правниками здійснювалося й після реформи. Так у роботі Є. Васьковського зазначалося: «опасения Екатерины II и Николая I были неосновательны, что не адвокаты были виновниками революции 1789 г. и что адвокатура институт не политический, а юридический. Она

преследует те же задачи, что и суд: защиту права и осуществление закона» [6, с. 320].

Існування в Російській імперії суспільного інституту адвокатури знаходилося у залежності від ставлення влади та суспільної думки до його правових функцій та політичного впливу. Необхідність формування сучасного, європейського судочинства підштовхнула владу та суспільство Російської імперії в другій половині XIX ст. до перегляду ставлення до функцій інституту адвокатури взагалі. Зміна такого ставлення з вкрай негативного на позитивне дозволило провести судову реформу 1864 р.

Література

1. Адвокатская деятельность : учеб.-практ. пособие / под ред. В. Н. Буробина. — М. : Юстина-МНЭПУ, 2001.
2. Адвокатура в России : учебник / под ред. Л. А. Демидовой, В. И. Сергеева. — М. : ЗАО Юстицинформ, 2004.
3. Арсеньев К. К. Заметки о русской адвокатуре / *К. К. Арсеньев*. — С.Пб., 1875.
4. Варфоломієва Т. В. Конституційні засади діяльності адвокатури / *Т. В. Варфоломієва* // Адвокат. — 1996. — № 2.
5. Васьковский Е. В. Адвокатура // Судебные уставы 20 ноября 1864 г. за 20 лет / *Е. В. Васьковский*. — Пг., 1914. — Ч. 2.
6. Васьковский Е. В. Организация адвокатуры. Т. 1 / *Е. В. Васьковский*. — С.Пб., 1903.
7. Винавер М. М. Очерки об адвокатуре / *М. М. Винавер*. — С.Пб., 1902.
8. Гессен И. В. Адвокатура, общество и государство / *И. В. Гессен*. — М. : Юрист, 1997.
9. Головацький І. Ю. Діяльність адвоката-захисника у кримінальному процесі / *І. Ю. Головацький*. — К. : Атіка, 2003. — 351 с.
10. Зейкан Я. П. Право на захист у кримінальному процесі : навч. посіб. / *Я. П. Зейкан*. — К., 2004. — 278 с.
11. Именной : об отмене в судных делах очных ставок, о бытии вместо оных распросу и розыску, о свидетелях, об отводе оных, о присяге, о наказании лжесвидетелей и пошлиных деньгах : [указ № 1572 від 21 лют. 1697 г.] // ПСЗРИ. Собр. I. — С.Пб., 1830. — Т. III. — С. 278–279.
12. Именной объявленный из Сената : о искоренении ябеды : [указ № 9989 від 25 трав. 1752 р.] // ПСЗРИ. Собр. I. — С.Пб., 1830. — Т. XIII. — С. 653.
13. Кони А. Ф. Отцы и дети судебной реформы / *А. Ф. Кони*. — С.Пб., 1914.
14. Лохвицкий Л. В. Французская адвокатура / *Л. В. Лохвицкий* // Русское слово. — 1834. — № 1. — С. 7–8.
15. Лубшев Ю. Ф. Адвокатура в России : учебник / *Ю. Ф. Лубшев*. — 2-е изд. . — М. : ООО «Профобразование», 2002.
16. Свод законов Российской империи. Т. X. — С.Пб., 1857. — Ч. 2.
17. Свод Замечаний // Русский вестник. — 1857. — Кн. 1.
18. Святоцький О. Д. Адвокатура : історія і сучасність / *О. Д. Святоцький, В. В. Медведчук*. — К. : Ін Юре, 1997.
19. Святоцький О. Д. Адвокатура України / *О. Д. Святоцький, В. В. Міхеєнко*. — К., 1997.
20. Фіолевський Д. П. Адвокатура : підручник / *Д. П. Фіолевський*. — К. : Алеута : Прецедент, 2006.
21. Хаски Ю. Российская адвокатура и советское государство. Происхождение и развитие советской адвокатуры, 1917–1939 / *Ю. Хаски*. — М., 1993.

Анотація

Аракелян М. Р. **Ставлення суспільної думки в Російській імперії до інституту адвокатури напередодні судової реформи 1864 р.** — Стаття.

У статті розкривається питання формування суспільної думки в Російській імперії щодо інституту адвокатури напередодні судової реформи 1864 р. Розглядається становлення інституту адвокатури та ставлення до нього органів влади, російських монархів, суспільства. Підкреслюється важливий вплив на проведення судової реформи 1864 р. суспільної думки до цього суспільно-правового інституту. Визначено, що успішне проведення судової реформи 1864 р. в Російській імперії було б неможливим без зміни суспільної думки з негативної на позитивну до інституту адвокатури.

Ключові слова: інститут адвокатури, суспільна думка, судова реформа 1864 р.

Аннотация

Аракелян М. Р. **Отношение общественного мнения в Российской империи к институту адвокатуры накануне судебной реформы 1864 г.** — Статья.

В статье рассматривается вопрос формирования общественного мнения в Российской империи к институту адвокатуры накануне судебной реформы 1864 г. Рассматривается становление института адвокатуры и отношение к нему органов власти, российских монархов, общества. Подчеркивается значительное влияние на проведение судебной реформы 1864 г. общественного мнения к этому социально-правовому институту. Доказано, что успешное проведение судебной реформы 1864 г. в Российской империи было бы невозможным без изменения общественного мнения от негативного на позитивное к институту адвокатуры.

Ключевые слова: институт адвокатуры, общественное мнение, судебная реформа 1864 г.

Summary

Arakelyan M. R. **Public opinion to the institute of advocacy in the Russian Empire before the judicial reform of 1864.** — Article.

The article investigates the formation of public opinion to the institute of advocacy in the Russian Empire before the judicial reform of 1864. The establishment of the institute of advocacy and attitude of the authorities, Russian monarchs and society are examined. The article underlines the significant impact of public opinion on the socio-legal institute of judicial reform of 1864. It was proven that the success of judicial reform of 1864 in the Russian Empire would have been impossible without changes in public opinion from negative to the institute of advocacy.

Keywords: institute of advocacy, public opinion, judicial reform of 1864.

УДК 340.342

В. В. Дудченко

ПЛЮРАЛІСТИЧНА ТЕОРІЯ ДЖЕРЕЛ ПРАВА: НОВІ МОЖЛИВОСТІ В ОСЯГНЕННІ ПРАВА

Актуальність теми, що розглядується, визначається необхідністю розмежування права та закону, духу і букви права як наскрізних проблем у пошуці права. Дана проблема є герменевтичною.

Предмет герменевтики права охоплює тлумачення концепту права, основних правових понять, норм права і юридичних фактів з метою з'ясування їхнього смислу.

У цьому зв'язку пошук права у герменевтичній концепції відмінності між правом та законом своєю підставою має плюралістичну теорію і практику джерел права. За такого підходу спосіб пошуку права є онтологічно-телеологічним.

Блискучим взірцем розв'язання зазначеної проблеми є вчення про право Г. Гегеля.

Г. Гегель указує на існування живих звичаїв, які висновуються з людського серця і чуття [1, с. 247—248]. Спорідненим звичаю постає договір, у гегелівському громадянському суспільстві норми договірного права стають законом [1, с. 122—137].

Суб'єктивні права можуть бути лише в носіїв волі, тобто особистостей. Тож особистість є підґрунтям права і основне веління права проголошує: будь особистістю та поважай інших як особистостей. Однак для прояву свободи особистості необхідно забезпечити її зовнішню сферу свободи, яка досягається запровадженням власності. «Близько півтори тисячі років тому, — нотує мислитель, — завдяки християнству почала затверджуватися свобода особи і зробилася хоча й у незначної частини людського роду, всезагальним принципом. Стосовно ж свободи власності, то вона, можна сказати, лише з учорашнього дня одержала визнання у значенні принципу. Це може служити прикладом із всесвітньої історії, який свідчить про те, який тривалий час необхідно духу, щоб просунутися у своїй самосвідомості» [1, с. 118].

© В. В. Дудченко, 2010

Особистість має право накладати свою волю на річ, що, загалом, приводить до появи обміну та договору. Г. В. Ф. Гегель і розпочинає свою філософію права з відносин володіння річчю як найпростішого правового відношення. «У тому, що особистість вміщує свою волю в річ, полягає поняття власності» [1. с. 109]. Розумність власності полягає не в задоволенні потреб, а в тому, що знімається декларативна суб'єктивність особистості. Лише у власності особистість постає як розум. «На тій підставі, що я даю моїй волі наявне буття через власність, то власність також мусить бути визначена як ця, моя. У цьому полягає важливе вчення про необхідність приватної власності... Свобода власності є головною умовою блиску громадянського суспільства» [1, с. 264]. Далі мислитель простежує перехід від власності до договору. Він запевняє, що більша частина власності в громадянському суспільстві ґрунтується на договорі і, що вкрай важливо, право договору стає законом. Розум робить таким же необхідним, щоб люди вступали в договірні стосунки — дарували, обмінювалися, торгували тощо, — як і те, щоб вони мали власність. Договір передбачає, що ті, хто вступає в нього, визнають один одного особистостями і власниками. «У договорі я володію власністю через загальну волю; саме інтерес розуму полягає в тому, щоб суб'єктивна воля зробилася більш загальною» [1, с. 128]. Тут народжується соціальність.

Якщо осмислити живі звичаї і надати їм форми усвідомленої всезагальності, то природне право («право саме у собі») набуває вигляду закону. Кожний індивід знаходить у законі формулу своєї істинної предметної сутності, бо закони розкривають і повідомляють йому те, що він доти лише невиразно відчував у глибині своєї істоти. Тож підпорядкування істинним законам не в змозі притиснути його свободу. Кожний істинний закон, за Г. В. Ф. Гегелем, є свободою; він є виговореною сутністю свободної волі і зазнає в ньому себе. Ті ж закони, які не узгоджені із свободною волею людини, залишаються порожнім зобов'язанням.

Позитивне право є правом, установленим у якій-небудь державі таким, що вимагає свого здійснення; те, що в ньому визнано «закономірним», те і є витоком знання про «правне» і «право». Але саме тут і починаються небезпека й ускладнення, які ведуть нерідко до спотвореного, не належного нормоутворення і нормозастосування.

Передусім, установлений закон може неправильно віддзеркалювати природне право («право саме у собі»). Тоді виявляється розбіжність між законом і правом у його розумній сутності. Позитивне право може бути породженням сваволі; воно може таїти в собі начала насильства і тиранії; воно може складатися просто з нерозумних законів. Тоді виникає і має місце право, яке суперечить своїй сутності — неправе право.

Запроваджений закон, навіть якщо він правильно сформульований, навіть якщо він адекватно відбиває зміст свободної людської волі, може зустрітися з великим ускладненням. Закон у значенні загального прави-

ла вступає у сферу конкретної емпірії з її множинністю, яка не піддається ніякому передбаченню. І ось серед людей виникає хибна думка, що позитивне право повинне мати характер «досконалого законодавства», тобто охоплювати усі подробиці і передбачити усі можливі випадки кодексу приписів. Починається безнадійна погоня за емпіричним матеріалом, що вислизає і дедалі розгалужується; розум знемагає в пошуках нових «принципів» і «розумних» критеріїв, а законодавство не удосконалюється за змістом та потворно зростає. Тоді воно стає неприступним для знання і засвоєння; громадяни перестають знати своє право, і закон перестає бути їхнім власним законом: гине свобода покори. Створювати такі закони — все одно, що написати кодекс чужою мовою, або, подібно тирану Діонісію, повісити так високо, щоб жоден громадянин не зміг їх прочитати; наслідок один і той же: втрата свободи і безправ'я.

Пошуки такого вичерпного кодексу безглузді і згубні. Закон неминуче залишається на рівні абстрактності і всезагальності. І якщо він намагатиметься педантично передбачити і регламентувати кожний прояв життя, то виникає поліцейська держава, в якій усе підпорядковано закону і нагляду, в якій закон протистоїть живому людському духу, як чужа, зовнішня, всезрівнююча сила, що пригнічує і переслідує людину. Право виявляється в основі своїй спотвореним, бо закони вироджуються в порожню думку, позбавлену абсолютної сутності.

З одного боку, закони повинні бути зрозумілими, відтворювати зрілу цілісність, інакше загине свобода; але, з іншого боку, невпинно виникає потреба в нових законах. Розв'язання цієї проблеми вбачається в тому, що закони мають містити лише всезагальні основні положення, принципи, які адекватно віддзеркалюють природне право, або «право само у собі» у його абсолютному змісті; основні положення підлягають подальшій «спеціалізації» в межах дійсної необхідності; але центр тяжіння має бути перенесений з «абстрактного правила» на живу дієвість закону в душу людини, тобто на правосвідомість.

Важливо не те, щоб люди безперервно мали за мету абстрактні правила й перетворювали своє життя на механічне підведення своїх вчинків під букву законів. Важливо, щоб в душах людей жило і діяло природне право і щоб закони адекватно і правильно відтворювали зміст людської свободної волі: тоді позитивне право збігатиметься з природним правом і «свободна воля» збереже свою свободу. Люди мають жити правом і в праві, знаючи його розумну сутність і свою власну розумну природу. Закон мусить бути для людини тим «об'єктом», який тільки умовно начебто «приходить зовні», а в дійсності він розкриває внутрішню сутність душі — розумну і свободну волю. Зустріч суб'єктивної волі з законом мусить мати не підкорююче, а звільнююче значення, бо розум завжди звільнюється шляхом усвідомлення своєї тотожності з «об'єктивним». А для цього усвідомлення людині необхідно не лише знати закон, а й мати також вільний доступ до своєї внутрішньої природи, яка в усіх людей однакова [1, с. 247—257].

Правова заповідь проголошує: будь особистістю і поважай інших як особистостей. Це необхідно тому, що без цього немає шляхів до цілого, до ідеї. Ось звідки висновується і головна заборона природного права притискувати особистість, її життя, її діяльність і сферу її свободи. На цій забороні ґрунтуються всі правові веління.

Природне право або «право саме в собі» дається кожній людині у вигляді її розумної і свободної волі, і суддя може здобути його таким же чином, як і громадянин, що постає перед судом. Суддя не повинен застосовувати закон, ідучи вслід за його буквою, бо на цьому шляху педантичного пристосування справжню справедливість неможливо відшукати. Між загальним правилом, даним у законі, і одиничним випадком завжди залишається розбіжність, яка вимагає того, щоб закон був модифікований. Ця модифікація, одначе, мусить здійснюватися у дусі істинного права, згідно з вказівками людської свободної волі або, за висловлюванням Г. В. Ф. Гегеля, — вона мусить бути зумовлена «спогляданням цілого». Але таку зумовленість суддя в змозі знайти тільки всередині себе. Тут можливо, звичайно, що суб'єктивна впевненість судді буде саме лише його суб'єктивною впевненістю, не більше. Але правильна організація суду присяжних дає певну гарантію від таких рішень. Суд присяжних, який називається судом громадянської совісті, має перевагу над «суто юридичними судами», бо тільки він задовольняє вимогам «свободного» суду [1, с. 257—264].

«Суддя мусить виносити вирок на підставі законів — це правило, він є лише знаряддям законів ... Хоча цей бік діяльності судді, безперечно, існує, але є і другий бік, який полягає в тому, що суддя не може тільки застосовувати закони. Суддя не тільки реалізує закон, він є тут і творчою стороною, його точка зору, його думка тощо впливають на перебіг справи, він мусить бути присутнім при цьому як особлива особа, звідси і його думки, погляди, нахили, бажання, окремі інтереси, що завжди мають місце в окремій людині. Вирок складається з двох елементів: один із них — закон, другий — думка, точка зору, характер судді, і ця друга сторона значною мірою існує... Кожен суддя повинен мати совість, вона має силу, і в цьому полягає перевага судді, совість інших не має сили, іншими словами, вони не судді. Щодо совісті, ті і другі рівні, однак совісті судді надано право виносити вирок» [1, с. 446—447].

За переконанням мислителя, судочинство мусить бути публічним, а суд має бути судом присяжних, а не лише суто «юридичним судом». Право вимагати публічності судочинства ґрунтується на тому, що метою суду є право, яке в значенні всезагального мусить здійснюватися в присутності всезагального. Г. В. Ф. Гегель зазначає: «Природна справедливість відмовляється на підставі моральних чи інших міркувань від формального права і займається насамперед змістом правового спору. Значення суду присяжних полягає в тому, що у винесеному ним рішенні в даному окремому випадку він не тримається формальностей судочинства і особливо об'єктивних доказів, що задовольняють вимоги закону,

а ґрунтується на інтересі, який має місце в окремому випадку, не керуючись необхідністю винести всезагальне законне рішення» [1, с. 259–260]. Якщо члени громадянського суспільства лише фізично, ногами присутні в суді, то це небагато коштує, коли вони не можуть бути присутні там духовно, на підставі свого знання [1, с. 264].

Таким є вчення Г. В. Ф. Гегеля про «суддівське право», коли суддя постає в ролі законодавця. Таке вчення служить вагомим підґрунтям для плюралізму позадержавних правопорядків, підпорядкованих, рівнозначних або ж переважаючих державне право, що мають місце на Заході у наші дні. Своїм вченням мислитель обмежив державну владу в справі врегулювання нею відносин у суспільстві. Це є головним і принциповим в обстоюваній ним правовій державі.

Гегелівське вчення далі розвивають сучасні англомовні правники Г. Берман, Д. Ллойд, Т. Оноре, Л. Фуллер, В. Кернз, В. Оуенз.

Найбільш яскрава риса західної традиції права це — існування і змагання всередині одного суспільства різних юрисдикцій і різних правових систем [2, с. 27]. Держава існує в системі різних юрисдикцій, де кожна юрисдикція, включаючи і юрисдикцію держави, пов'язана правом інших юрисдикцій [2, с. 56–57].

В епоху формування традиції права на Заході переважала теорія природного права і виявом природного права історично першим був звичай. Теорія підпорядкування звичаю природному праву була одним зі знаменних здобутків в історії права. Для визначення справедливості звичаю було розроблено витончені критерії: його тривалість, всезагальність, однакове застосування, його розумність — усі ті критерії, які застосовувалися й у XX столітті. «Право є звичай, а не лише воля чи розум законодавця. Право поширюється не лише згори вниз, але знизу вгору» [2, с. 531]. Сьогодні нормами звичаю і моралі урегульовано стосунки в багатьох неформальних спільнотах — у школі, міському кварталі, селі, на фабриці. Внутрішні правила таких асоційованих форм, як церкви, клуби, університети і профспілки, є правом.

Г. Берман говорить про «сучасну кризу західної законності». «Презирство до закону з боку всіх верств населення стимулюється нинішнім обуренням тим, що називають юридичним формалізмом, який підкреслює однакове застосування загального правила» [2, с. 52–53]. У період кризи законності необхідний більш широкий погляд на право. Той, хто визначає право занадто вузько, тобто як корпус правил, не дозволяє нам зрозуміти західну традицію права. «Вузькість наших концепцій права не дає нам бачити не лише право, але й історію... Нам необхідно подолати зведення права до набору технічних прийомів для чинення справ, подолати розподіл права і історії ототожнення всього права з національним правом і всієї нашої історії права з національною історією права; помилку стосовно виключно політичної і аналітичної юриспруденції («позитивізм»), чи виключно філософської і моральної юриспруденції («теорія природного права»), чи виключно історичної і соціоеко-

номічної юриспруденції («історична школа», «соціальна теорія права»). Нам потрібна юриспруденція, яка інтегрує всі три традиційні школи і виходить за їх межі. Така єдина юриспруденція наголошувала б, що в право треба вірити, інакше воно не буде працювати; а це охоплює не лише розум, але також чуття, інтуїцію і віру. Це вимагає цілковитого суспільного визнання» [2, с. 16–17].

Традиційно визнане поняття права як корпусу правил, похідних від статутів і рішень судів, які відображають теорію волі законодавця (держави) як вищого джерела права, цілком не придатне для того, щоб підтримати дослідження транснаціональної правової культури. Говорити про західну традицію права — означає постулювати поняття права не як корпусу правил, але як процесу, дійства, в якому правила мають сенс лише в контексті інститутів і процедур, цінностей і способу мислення. За такого більш широкого погляду джерела права охоплюють не лише волю законодавця, але також розум і совість суспільства та його звичаї і звички. В епоху формування західної традиції права не було такої кількості законодавчої діяльності чи прецедентів, як у наступні століття. Більша частина права походила від звичаю, який розглядався у світлі права справедливості, що визначалася як розум чи совість. Необхідно визнати, що звичай і право справедливості такою ж мірою є правом, що й статути і рішення, якщо ми взагалі хочемо прослідкувати і сприйняти західну традицію права.

Значною перешкодою на шляху розуміння західної традиції права є позитивно-аналітична юриспруденція, позитивізм постулює деякого правителя, який віддає накази у формі правил і накладає санкції за їх невиконання «за його волею», тож, за Г. Берманом, «аналітична юриспруденція, або як тепер часто говорять, юридичний позитивізм, не є достатньою теоретичною базою для розуміння процесу розвитку правових інститутів на Заході» [2, с. 28].

Подолання сучасної кризи західної законності американський правник вбачає у зверненні до звичаєвого народного права Європи, яким воно було в період з VI по X століття, у діалозі з незахідним правом.

Общинний устрій суспільств середньовічної Європи зумовив общинний характер звичаєвого права, в якому цінувалися товариськість, взаємозалежність, взаємна відповідальність і інші общинні цінності. Звичаєве право народів Європи було не нав'язаним згори зводом правил, а скоріше невід'ємною частиною колективної свідомості, «колективною совістю» громади. Сам народ створював закони і чинив суд на своїх зборах. Права і обов'язки відображали цінності громади, були живим законом. Переговори і примирення — ось стиль давнього народного права Європи.

Парадигма суспільного устрою, коли право розчинялося в релігійних, політичних, економічних, сімейних та інших інститутах і процесах, історично передувала розвиткові правових систем західної цивілізації. Давні зводи законів римлян, греків та індусів і на Сході і на Заході «змішували

релігійні, цивільні і просто моральні приписи без найменшої уваги до їх суті», а «відокремлення права від моралі і релігії від права належить лише до пізніших етапів розумового прогресу» [2, с. 88].

Сучасний американський правник Л. Фуллер виокремлює чотири джерела або форми права: звичай, договір, законодавство, судове рішення. Правник зазначає, що жодна з форм права не може претендувати на звання єдино практичної та справедливої, бо кожна з них має свої переваги і недоліки [3, с. 102].

Особливу увагу Л. Фуллер приділяв такій формі права недержавного походження, як договір. «Перша річ, яка впадає нам в око при більш близькому розгляді договору, — це специфічність термінології. Договір між двома сторонами, який має належну форму і визначений предмет, є так би мовити законом у мініатюрі. Якщо ми хочемо довідатися про юридичні: права та обов'язки сторін у межах сфери дії договору, ми дивимося на умови самого договору. У разі виникнення спору, суд тлумачить і застосовує ці умови значною мірою так, немов вони були актом законодавчого органу» [3, с. 87]. У юристів не дуже прийнято говорити про «закон договору», хоча римляни не вагаючись вживали рівнозначний вислів, а у французькому цивільному кодексі констатується, що договір має «силу закону між сторонами». Умови договору мають вигляд якогось особливого різновиду законодавчого права. Проте такий погляд на справу спричинює певні незручності для всіх позитивістських теорій, які наполягають на тому, що законотворчість є монополією держави, що будь-який справжній закон — це закон, створений чи встановлений державною владою, а все, що походить з іншого джерела, не може бути справжнім продуктом законотворчості, бо коли б існувала така річ, як «закон договору», то мали б існувати два види державного права: встановлене у законодавчому порядку і створене на договірній підставі. Для розв'язання цієї проблеми звично пропонується вважати, що право сторін договору створювати обов'язкові для себе самих норми існує внаслідок делегування законодавчих повноважень держави та з її дозволу. Л. Фуллер спростовує таке пояснення. На його думку, цьому поясненню перешкоджає те, що в багатьох країнах цілком неможливо виявити хоча б якийсь законодавчий акт, що надавав би окремим громадянам право покладати на себе договірні зобов'язання. Це право впродовж століть просто вважалося наданим [3, с. 87—88].

К. Цвайгерт і Х. Кьотц доповнюють Г. Бермана і Л. Фуллера таким чином. Уже відзначалося, що німецькі компаративісти вважають тенденцію «антиформалізму у праві» елементом стилю західного права. У приватному праві ця тенденція полягала в тому, що просте узгодження воль (консенсу) вже породжувало договірні зобов'язання, незалежно від форми їх вираження. У даному разі ідеться про важливу ознаку розвинутої правової культури. Історичним попередником і антиподом консенсусу був правовий формалізм, який фактично обмежував кількість мож-

ливих угод на підставі приписуваної законом необхідності укладати їх у точно визначеній формі. На пізнішому етапі розвитку правової культури з'являється фігура «неоформленої» фіктивної угоди — тієї, яка виражала волю учасників, але не передбаченої законом [4, с. 79—84]. Сторони, що уклали подібну угоду, добивалися її віднесення до одного з визнаних законом видів чи спільно розпочинали «фіктивний процес», щоб ухилитися від вимог закону, які їх не задовольняли. Але останній етап розвитку — це боротьба проти «трагізму форми», котрий полягає в тому, що сторони не могли досягати бажаного, оскільки не виконали окремих приписаних законом формальностей, які їм, напевно, не були відомі [4, с. 11—112].

Стосовно правових систем романо-германської сім'ї, то знання закону недостатнє для розуміння цих систем у цілому. Закон поступається місцем іншим правовим джерелам. Конституція Франції 1958 р. запровадила поняття регламенту як альтернативи закону. У Франції джерелами права є: законодавство в широкому розумінні, включаючи підзаконні акти і циркуляри, судова практика, тлумачення законів, а також інші джерела, такі як колективні договори, міністерські уточнення, постанови арбітражних судів, акти-правила юридичної практики, типові договори. Сучасна тенденція така, що в обсязі одної справи має місце змішання різних правових джерел.

Найчастіше юристу доводиться вдаватися одночасно до всіх видів першоджерел. Він вивчає праці теоретиків і практиків, публікації великого обсягу чи збірки встановлених форм і зразків документів [5, с. 122]. Ученому-правознавцю неминуче доводиться здійснювати дві дії: аналіз джерел права і синтез. Юрист мусить вибирати джерела права, бо різні джерела права всі разом беруть участь у формуванні суспільного устрою [5, с. 103, 119].

У сучасній компаративістиці, яка ґрунтується на теорії «правового плюралізму», визнається, що юридична практика будь-якого суспільства охоплює багато різноманітних юридичних укладів, які утворюють свою ієрархію і почасти конкурують при застосуванні до тотожних юридичних ситуацій. Тому порівняння правових систем не може обмежуватися кодексами і законами, але мусить охоплювати всі джерела права [5, с. 245—274].

Аналогічно міркує й Р. Давід. Європейська правова традиція ніколи не змішувала право і закон (за винятком кодифікації і законодавчого позитивізму XIX століття, який нині подоланий) і не стверджувала, що одне вивчення закону (іншого юридичного припису) дозволяє дізнатися, що таке право. Прихильники позитивізму відмовилися від розуміння закону, яке панувало у XIX столітті. Нині вони визнають правотворчу роль, а, відтак, і юридичну чинність договорів, доктрин і рішень суддів. За сучасних умов у теорії та практиці панує думка, що абсолютний суверенітет закону в країнах романо-германської правової сім'ї є фікцією і що по ряд з ним існують й інші джерела права. Закон має сенс

лише у єдності з ними. Жодна з форм права не може претендувати на звання єдино практичної та справедливої. Кожна з них має свої переваги і недоліки [6, с. 104—107].

На його думку, принципи і переконання, які спрямовують розвиток права, неминуче черпаються з інших сфер. Існує істина, що має фундаментальне значення, а саме: вирішальними факторами, які визначають плин соціальної еволюції, завжди будуть вкрай абстрактні уявлення про правильне і належне, а не конкретні цілі чи бажання, влада абстрактних ідей ґрунтується, головним чином, на тому, що більшість людей сприймають їх не як теорії, а як самоочевидні істини, які виступають у ролі передумов. Юрист, що практикує, краще виконує свою задачу, якщо належним чином застосовує загальні принципи права, які він вивчив та мусить послідовно застосовувати та ін [6, с. 179—198].

Стосовно «добудови права», то варто додати, що обставиною, яка легітимує таку добудову є спрямованість останнього на забезпечення справедливості. Федеральний конституційний суд Німеччини побачив конституційне втілення цього положення в ст. 20, абз. 3 Конституції Німеччини. Тож, стає очевидним, що Конституція Німеччини вимагає підпорядкування не лише законові, а й праву. У цьому розумінні «право» включає в себе цінності, здобуті із загальновизнаних, схвалених суспільною правосвідомістю норм, звичаїв і правил, ці цінності становлять основоположні уявлення суспільства про справедливість. Така формула дає дозвіл на існування дещо ширшого кола правил, ніж ті, що встановлені («позитивовані») державною владою. Правосуддя, таким чином, має в цій формулі легітимну базу для добудови права, встановленого законом — згідно з панівними у суспільстві уявленнями про справедливість і їхніми смисловими, систематичними та іншими взаємозв'язками у контексті конституційно обмеженого правопорядку. В Україні такою легітимною базою є конституційні преамбула і статті 1, 3, 5, 6, 8, 19, 21, 22 та ін. прямої дії та найвищої юридичної сили, згідно з якими влада у правовій державі обмежена природним правом і суспільним договором.

Вже відзначалося, що пошук права у герменевтичній концепції відмінності між правом і законом своєю підставою має плюралістичну теорію і практику джерел права. У цьому зв'язку К. Цвайгерт і Х. Кьотц говорять про «теорію ухилення від закону», коли закон поступається місцем іншим правовим джерелам [4, с. 17—18]. Р. Давід акцентує увагу на «нейтралізації дії конкретних норм через звернення до загальних принципів» [6, с. 117—128]. Р. Циппеліус наголошує на «суддівській добудові права, встановленого законом; така добудова відхиляється від змісту слів закону і виправляє його там, де закон веде до несправедливих чи безглуздих результатів» [7, с. 116—124]. Ж.-Л. Бержель і Н. Рулан аналізують едикти преторів і акультурацію римського права, відзначаючи, що «римський приклад показує цивілізоване обличчя права» [5, с. 111—118; 8, с. 73—75].

Сучасний французький юрист Р. Лєже наголошує на тому, що закони постійно піддаються змінам, проте у праві є дещо стале. Таким сталим є ідея,яка характеризує систему права. Р. Лєже говорить про панівну роль доктрини в Німеччині і Франції. У цих країнах «постійно посилаються на теоретиків права під час судових дебатів, і нерідко навіть у самих судових рішеннях наводяться їх цитати... Саме доктрина забезпечує синтез права,його критику, виявлення правових прогалин, а також сприяє різними способами розробці законодавства. Якщо англійське право є правом суддів, то французьке і німецьке право більшою мірою є професорським правом» [10, с. 78–79].

Зі всього сказаного випливає, що концепцію відмінності між правом і законом засадничо й наскрізно пронизує проблема «букви» і «духу» права. Ця проблема герменевтична. Під «буквою» права розуміють метод екзегез у тлумаченні, а під «духом» права — телеологічний метод. Метод екзегез є віддзеркаленням позитивного права, а телеологічний метод — природного права. У теорії і практиці позитивного права віддають перевагу букві закону, тоді як у природному праві — його духу та меті. У першому випадку йдеться про дослівний принцип тлумачення, а у другому випадку — про цільовий принцип, коли тлумачення здійснюється у контексті мети. Отже, юрист, який застосовує правило, кожного разу, коли це правило не цілком зрозуміле, мусить вирішувати герменевтичне завдання. Він, окрім духу закону, мусить керуватися чуттям духу всього права в цілому, духу, яким проникнуті всі інші тексти. Адже внутрішньо субстанційною сутністю права є людська свободна воля, а зовнішніми модифікаціями цієї сутності є звичай, договір, судова практика, принципи права.

Література

1. Гегель Г. В. Ф. Философия права : пер. с нем. / *Г. В. Ф. Гегель.* — М. : Мысль, 1990. — 524 с.
2. Берман Г. Дж. Западная традиция права / *Г. Дж. Берман.* — М. : Изд-во МГУ, 1998. — 624 с.
3. Фуллер Л. Анатомія права / *Л. Фуллер.* — К. : Сфера, 1999. — 144 с.
4. Цвайгерт К. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. В 2 т. Т. 1. Основы / *К. Цвайгерт, Х. Кетц.* — М. : Междунар. отношения, 2000. — 480 с.
5. Бержель Ж.-Л. Общая теория права : пер. с фр. / *Ж.-Л. Бержель.* — М. : Изд. дом NOTA BENE, 2000. — 576 с.
6. Давид Р. Основные правовые системы современности / *Р. Давид.* — М. : Прогресс, 1988. — 496 с.
7. Циппеліус Р. Юридична методологія / *Р. Циппеліус.* — К. : Реферат, 2004. — 176 с.
8. Рулан Н. Историческое введение в право / *Н. Рулан.* — М. : NOTA BENE, 2005. — 672 с.
9. Хайек Ф. А., фон. Право, законодательство и свобода: Современное понимание либеральных принципов справедливости и политики / *Хайек Фридрих Август фон.* — М. : ИРИСЭН, 2006. — 644 с.

10. Леже Р. Великие правовое системы современности: сравнительно-правовой подход / *Раймон Леже*. — М., 2009.

Анотація

Дудченко В. В. **Плюралістична теорія джерел права: нові можливості в осягненні права.** — Стаття.

У статті висвітлюються ідеї реалізації права. Доводиться, що внутрішньою сутністю права є людська свобода та гідність, а зовнішніми виявами сутності права є звичаї, договори, судова практика, законодавство, правова доктрина. Існування цих джерел права і є реалізацією ідеї права.

Ключові слова: плюралістична теорія джерел права, звичаї, договори, судова практика, законодавство, правова доктрина.

Аннотация

Дудченко В. В. **Плюралистическая теория источников права: новые возможности в постижении права.** — Статья.

В статье освещаются идеи реализации права. Доказано, что внутренней сущностью права являются человеческая свобода и достоинство, в то время как внешними проявлениями сущности права выступают обычаи, договоры, судебная практика, законодательство, правовая доктрина. Существование этих источников права и является реализацией идеи права.

Ключевые слова: плюралистическая теория источников права, обычаи, договоры, судебная практика, законодательство, правовая доктрина.

Summary

Dudchenko V. V. **Pluralistics Theory of the Sources of Law: New Possibilities in Cognition of Law.** — Article.

In the article the ideas of realization of law are illuminated. It is grounded that the internal nature of law are the human freedom and dignity. At the same time external nature of law are customs, contracts, judicial practice, legislation, legal doctrine. The existence of those sources of law is the realization of idea of law.

Keywords: pluralistic theory of the sources of law, custom, contract, judicial practice, legislation, legal doctrine.

УДК 340.12:342.3

Ю. Н. Оборотов

ИНФЛЯЦИЯ ВЛАСТИ И ПРАВА КАК ИНДИКАТОРЫ СЛАБОГО ГОСУДАРСТВА

Происходящие перемены в глобализирующемся мире все в большей степени демонстрируют несостоятельность действующих политических институтов и, в частности, государства. Сегодня формируются новые модели мирового развития, среди которых, по мнению исследователей, доминирующей может стать модель развития сильного государства, глубоко интегрированного в глобальный рынок, которое уже существует в США, Японии, «Тиграх» Юго-Восточной Азии, Китае [1, с. 113].

Глобализация стала временем высвобождения капитала из-под власти государства. При этом капитал получил возможность не только диктовать условия существующему государству, но и менять смысловое назначение государства за счет его десоциализации, денационализации, детерриторизации. По сути, под влиянием глобализации складывается новая рыночная государственность, которую А. Фурсов, в отличие от давно существовавшей «нации-государства», называет «корпорацией-государством» [2, с. 54].

По мнению З. Баумана, для обеспечения свободы маневра и безграничного расширения возможностей преследовать свои цели, мировая финансовая, торговая и информационная системы заинтересованы в политической фрагментации и, совершенно определенно, нуждаются в слабых государствах, поскольку они — это как раз тот Новый мировой порядок (весьма похожий на беспорядок), который поддерживается и умножается [3, с. 242—243].

Однако корпоратизация государств с современных условиях происходит как в слабых, так и в сильных государствах. Так, в США сегодня существует не столько государство в традиционном понимании, сколько Глобамерика, т.е. матрица американских ТНК, с которой связаны формирующиеся в мире корпорации-государства. С точки зрения экономики, мораль и право таких корпораций-государств находятся не только по

© Ю. Н. Оборотов, 2010

другую сторону добра и зла, но и по ту сторону закона и преступления, поскольку это принципиально новый феномен государственности [2, с. 56].

Заглавными идеями государства-корпорации являются такие, как «выживает сильнейший», и «ничего личного». При этом корпорация-государство как административно-экономическая компания: 1) ставит интересы страны в зависимость от экономических аппаратно-ведомственных (корпоративных) интересов; 2) осуществляет приватизацию властных функций и одновременно отказывается от выполнения большей части социальных обязательств либо резко их сокращает [2, с. 55].

Становление корпоративного государства происходит под прикрытием нации-государства (национального государства), которое используется в качестве фасада, либо от имени которого действует корпорация-государство [2, с. 56]. При этом если характерная черта эпохи модерна — национальное государство и капиталистическая экономика, то общая тенденция развития эпохи постмодерна состоит в том, что современное государство все больше обволакивается экономикой и оказывается связанным ею во всех формах и средствах своего проявления. Особенно печалит факт потери государством физического индивида как своего заглавного субъекта, место которого занимает «клан», существующий по принципу деятельности корпоративного государства. Разрушение связи государства и физического индивида, державшейся на формальном скрепе в виде полученного по праву рождения или приобретенного гражданства [4, с. 9], вызванное миграционными процессами, дополняется прямым вытеснением своих граждан за пределы государства посредством ущемления прав, налогового бремени, административного беспредела и т.п.

К тому же сформированная на протяжении многих веков философская идея единства государства как высшей ценности, о которой Карл Шмидт писал как об «обязательстве государства» в виде целенаправленной деятельности по обеспечению целостности государства [5, с. 258], оказывается далекой от рвений постмодерна. И действительно, сегодня это обязательство по отношению к государству либо не выполняется, либо постоянно нарушается под различными политическими, экономическими, социальными и иными предлогами.

Все более заметны разнообразные перемены в развитии современного государства, которые свидетельствуют об определенной справедливости утверждений по поводу формирования наднациональных и ненациональных особенностей государственности эпохи постмодерна. Если при этом использовать концепцию эволюции государства, предложенную Л. Е. Грининым, с выделением стадий: 1) раннего государства; 2) развитого государства; 3) зрелого государства, — когда зрелое государство развивается в нечто новое [6, с. 525, 544], то этим новым становится современная государственность, получающая свое выражение в корпоративном государстве (сильном или слабом).

На фоне активного обсуждения политологами и международниками вопросов изменения характера государственности в современную эпоху, отечественное государствоведение в целом и теория государства в частности продолжают оставаться в плену рассмотрения традиционных вопросов статики и динамики государства. Однако эпоха постмодерна бросает новые вызовы как содержанию и направлениям деятельности государства, так и его самосохранению в классических формах. Глубина задач, которые призвана решить современная теория государства, выражается в необходимости переосмысления роли государства как субъекта развития. Изменения начинаются от самого понятия государства, до его субъектного наполнения, когда на фоне свободного пересечения границ государства и отсутствия почтения граждан к авторитету государственной власти и институтам государства, на первый план выступает проблема формирования сильного государства, способного действовать от имени общества, а не отдельных социальных групп в условиях трансформирования государственности далеко в сторону от национального строительства [6, с. 9—11]. Здесь, по сути, современное государство продвигается от нации-государства (национального государства), к корпорации-государству (корпоративному государству). В этих условиях важно использовать подходы политологии, экономической теории, социальной психологии и других отраслей научного знания для углубления представлений об особенностях современной государственности. Думается, что здесь определяющими исследованиями будут те, которые позволят продвинуться в решении дилеммы сильного и слабого государства. При этом речь идёт о тех государствах, которые охватываются «зонтичным» понятием «современное государство» [7, с. 33]. Между тем, наряду с этими государствами, существует большая группа так называемых квазигосударств, то есть непризнанных, полупризнанных и самопровозглашенных, которые составляют особую группу проблемной государственности.

Для углубления представлений о развитии современного государства необходимо использовать критерии государственности, которые позволяют четче увидеть различие, существующее, с одной стороны, в самой системе современных государств, а с другой — в тех государственных образованиях, которые претендуют на статус современного государства. Среди тех характеристик государственности, которые соответствуют современной эпохе, внешнее признание и участие в международных отношениях составляют важнейшую сторону бытия государства. Однако включение государств в международную систему и внешнее признание продолжают оставаться за пределами рассмотрения как в политической науке, так и в общетеоретической юриспруденции.

В поисках критериев разделения современных государств на сильные и слабые, при сравнении формально равных суверенных государств-членов ООН, может быть использована степень их фактической самостоятельности и способности поддерживать свое существо-

вание. На этой основе можно обозначить уровни государственности, измеряемые сравнимыми между собой параметрами, которые позволяют выйти на индекс государственности, указывающий степень успешности, управляемости, состоятельности и эффективности государств [7, с. 33].

Следует заметить, что слабое государство — это национальный и международный источник возникновения голода, СПИДа, терроризма. Сама проблема слабого государства и необходимость построения сильных государств существует уже многие годы, но террористическая атака 11 сентября 2001 года в США сделала ее более очевидной. Кроме того, причины высокого уровня развития Восточной Азии в сравнении с Латинской Америкой на протяжении последних 40 лет в значительной степени связаны с уровнем развития государственных институтов в этом регионе. В этой связи термин «слабое» характеризует бессилие государства, а не его масштабы и означает недостаток административного потенциала для нормального управления экономикой, причина которого коренится в нелигитимности политической системы в целом [8, с. 13, 42, 163].

Нельзя не согласиться с мнением Ф. Фукуямы, что искусство построения государства становится сегодня ключевой составляющей национальной силы [8, с. 200], особенно учитывая процессы глобализации и всеохватывающего экономического кризиса. В этой связи достойна внимания разработка тех направлений развития государственности, которые рассматривают государство в качестве современного безотносительно к его масштабам и фактической мощи. Подчеркнем, что слабое государство — это реалия современного государственного развития. Между тем, с другой стороны, любое ослабление государства — преграда на пути интенсивного социального развития. Только сильное государство способно эффективно решать проблемы современной жизни. Именно сильное государство может противостоять размыванию национально-государственной идентичности, которое связано с современными процессами глобализации. Ведь коллективная идентичность выступает в виде комплекса представлений, образующих согласованную солидарную мотивацию индивидуального и группового поведения, оказывается основой национально-государственного уровня идентичности. Для нее должны сохраняться узнаваемые национальные и государственные символы, которые стремятся вытеснить символы глобализации, информационного пространства и массовой коммуникации. Важным фактором сохранения в социальном поведении архетипических черт национального самосознания остаются традиции, которые активируются государственной властью [9, с. 40—42]. Для сильного государства решаема и проблема формирования новых идентификационных ориентиров, когда периферийные регионы пытаются реализовать свои претензии на культурную и цивилизационную самобытность. Таким образом, перед современным государством стоит проблема утверждения национальной и региональной

идентичности как формы самосохранения в условиях глобализации и информатизации общества.

Одним из действенных факторов развития современной государственности выступает рыночная экономика. В условиях рыночной экономики государство не только в той или иной степени оказывается управляющей системой, но сама экономика оказывает влияние на государственную власть, которая, таким образом, как и все экономические процессы, оказывается связанной с болезненной проблемой инфляции.

В экономическом смысле инфляция выступает как несоответствие между товарной и денежной массой, определяется несоответствием между разумным (рациональным) и неразумным (нерациональным) человеческим потреблением. При этом различают три вида экономической инфляции: инфляцию спроса, инфляцию издержек и структурную инфляция. Первый вид инфляции — инфляция спроса, факторами которой выступают: рост социальных расходов государства, рост государственных инвестиций, увеличение расходов компаний и частных лиц на потребление, рост частных инвестиций за счет использования банковских кредитов, положительное сальдо государственного платежного баланса. Однако эти факторы вызывают инфляцию спроса лишь тогда, когда нет существенного роста товарной массы. Несложно заметить, что основным источником этого вида инфляции выступает государство и финансовый сектор [9, с. 18].

Второй вид инфляции — инфляция издержек — обусловлена ростом производственных затрат. Здесь сказываются такие основные факторы, как увеличение заработной платы, цен на импортное сырье и продовольствие, общая либерализация цен.

Третий вид инфляции — структурная инфляция — возникает, когда общий уровень цен растет вследствие изменений на отраслевых или региональных рынках. При этом факторами роста инфляции здесь выступают: монополизация рынков, когда цены все больше отрываются от спроса и издержек, и когда происходит возвышение (приоритет) политических факторов над экономическими.

В целом инфляция в современных условиях выступает как инструмент изъятия доходов большинства в пользу меньшинства, который используется государственной властью для обеспечения соответствующего режима и экономического строя [9, с. 23–25].

По мнению экономистов, одним из важных элементов в деле преодоления инфляции является использование в экономике наряду с рыночными ценами государственных цен. Государственные цены — это цены, установленные государством на продукцию предприятий госсектора, а также установленные государством предельные розничные цены. Они призваны выполнять функцию антиинфляционной защиты. Таким образом, в экономической сфере должны действовать наряду с рыночными ценами государственные цены, а также предельные розничные цены, установленные государством [9, с. 70].

Инфляция подчиняет себе власть и заставляет ее жить по своим законам. Отсюда, кстати, можно констатировать существование инфляции власти, то есть превышения количества представителей власти и властных полномочий над численностью населения и правами граждан. Иными словами, определенной численности населения должен соответствовать определенный объем публичной власти. Поэтому при непродуманном росте объема публичной власти возрастает то, что можно именовать властной инфляцией, или инфляцией власти. Здесь может быть более приемлемым термин «политическая инфляция».

О факторах политической инфляции свидетельствуют: необоснованный рост бюджетных и корпоративных затрат на бюрократию; усиление концентрации капитала в руках олигархии; падение эффективности управления обществом и экономикой; рост асоциальных проявлений, криминализация; снижение культурного и образовательного потенциалов общества; снижение народонаселения и ухудшение генофонда [10, с. 119]. Инфляция публичной власти, или политическая инфляция — характерная черта современного мира, когда затраты на бюрократию растут повсеместно, а эффективность ее деятельности снижается. Заметим, что это касается не только государственной бюрократии, но и бюрократии ООН, Европейского Союза, НАТО, ОБСЕ и т.д.

Инфляция государственной власти — один из признаков слабого государства, его неспособности разрешать быстро и успешно возникающие политические, экономические, социальные, экологические и многие другие проблемы развития общества, человека, природы. Инфляция государственной власти может быть разделена на институциональную, функциональную и статусную. Институциональная инфляция получает свое выражение в непризнании за соответствующими институтами государства способности решать те или иные задачи, ради которых этот институт создан. Функциональная инфляция выражается в неспособности осуществлять соответствующими государственными институтами возложенных на них функций. Статусная инфляция связана с отсутствием той компетенции, которая позволяет действовать соответствующему институту государственной власти в рамках ее предназначения. Таким образом, для преодоления инфляции государственной власти необходимо разрабатывать меры по ее четкой институциализации, функциональной определенности и статусного соответствия той государственной деятельности, ради которой существует вся государственная машина. Инфляция государственной власти открывает дорогу для формирования слабого корпоративного государства (корпорации-государства).

Инфляция пронизывает также такую значимую для развития общества сферу, как духовная сфера. Духовная инфляция выступает в виде уменьшения потребности в соблюдении нравственных принципов и религиозных канонов. В этой связи духовная инфляция в странах Западной цивилизации, претендующей на эталонное значение в современном мире, вызывает вопросы о ее лидирующей роли в современном цивили-

зационном развитии. И действительно, антидуховные тенденции в развитии государств Западной цивилизации сегодня не могут быть ориентиром для других цивилизаций и культур. Справедливо в этой связи суждение патриарха Кирилла о том, что для большинства религиозных традиций очень трудно, а чаще всего невозможно согласиться с тем приматом ценностей, которые провозглашает современный либеральный «стандарт»: приоритет земной жизни над жизнью вечной, личной свободы и прав над нравственными требованиями веры и ценностями религиозного образа жизни [11, с. 72]. В этой связи интеграция Европы не может осуществляться на основе одного цивилизационного проекта при многообразии существующих культурно-религиозных традиций. Тема духовной инфляции особенно актуально в связи с вытеснением понятия греха из повседневной жизни и сферы либерального дискурса, что приводит к размыванию границ между добром и злом.

Среди направлений проявлений инфляции можно выделить инфляцию права. В первую очередь, инфляция права выражена в несоответствии количества правовых нормативов социальным нуждам человека и общества. Особенно зрима эта инфляция в сфере законотворчества, где количество законодательных актов начинает переходить все разумные пределы. Стремление ко все большему количеству законов не приводит к повышению их эффективности, а напротив, делает их в глазах населения все более приниженными, утрачивающими ореол известной высоты и сверхзначимости. Инфляция права проявляется в виде несоответствия положений и нормативов действующего законодательства нормам Конституции, вынесения государственно-властных решений, расходящихся с требованиями верховенства права и верховенства закона, неосуществления вынесенных судебных решений и т.д. В целом инфляция в правовой сфере — свидетельство несостоятельности существующей государственной власти соответствовать принципам и требованиям правового государства. Инфляция права приводит к подмене механизма действия права иными формами и средствами социального и асоциального регулирования.

Таким образом, инфляция связана не только с экономической сферой, а может быть рассмотрена также как политическая, духовная и правовая категория. Дальнейшее развитие государства и права не может рассматриваться вне связи с теми инфляционными процессами, которые протекают в этих сферах. Сегодня с учетом усиления инфляционных процессов в нашем обществе необходимо выйти на обнаружение путей преодоления инфляции, которая зачастую становится определяющим фактором торможения и даже деградации человека и общества. При этом инфляция государственной власти и инфляция права — значимые индикаторы ослабления государства и права, свидетельство того, что уровень государственности начинает соответствовать слабому государству, и что существует большая вероятность его превращения в корпоративное государство.

Литература

1. Пантин В. И. Глобальный кризис и социально-политические сдвиги в мире : [круглый стол журнала «Полис» и ИМЭО РАН «Социально-политические последствия современного кризиса и проблемы кризисного регулирования»] / *В. И. Пантин* // Полис. — 2010. — № 1. — С. 112–114.
2. Фурсов А. Государство, оно же корпорация / *Андрей Фурсов* // Эксперт-Украина. — 2006. — № 7. — С. 52–57.
3. Бауман З. Индивидуализированное общество / *З. Бауман* ; пер. с англ. В. Л. Иноземцева. — М. : Логос, 2002. — 390 с.
4. Семененко И. С. Дилемма национальной идентичности: политические риски и социальные приобретения / *И. С. Семененко* // Полис. — 2009. — № 6. — С. 8–23.
5. Шмитт К. Государство и политическая форма / *Карл Шмитт* ; пер. с нем. О. В. Кильдюшова. — М. : Изд. дом Гос. ун-та «Высшая школа экономики», 2010. — 272 с.
6. Гринин Л. Е. От раннего к зрелому государству / *Л. Е. Гринин* // Раннее государство, его альтернативы и аналоги : сб. ст. / под ред. Л. Е. Гринина [и др.]. — Волгоград : Учитель, 2006. — С. 523–556.
7. Ильин М. В. Формирование новых государств : внешние и внутренние факторы консолидации / *М. В. Ильин, Е. Ю. Мелешкина, А. Ю. Мельвиль* // Полис. — 2010. — № 3. — С. 26–39.
8. Фукуяма Ф. Сильное государство. Управление и мировой порядок в XXI веке : пер. с англ. / *Ф. Фукуяма*. — М. : Хранитель, 2007. — 220 с.
9. Семененко И. С. Идентичность в системе координат мирового развития / *И. С. Семененко, В. В. Лапкин, В. И. Пантин* // Полис. — 2010. — № 3. — С. 40–59.
10. Соколин Б. М. Инфляция и власть / *Б. М. Соколин*. — С.Пб. : Бизнес-пресса, 2004. — 144 с.
11. Кирилл. Свобода и ответственность: в поисках гармонии. Права человека и достоинство личности / *Митрополит Смоленский и Калининградский Кирилл*. — М. : Отд. вн. церковных связей Московского Патриархата, 2008. — 240 с.

Аннотация

Оборотов Ю. Н. **Инфляция власти и права как индикаторы слабого государства.** — Статья.

В статье рассмотрены вопросы развития современного государства в его движении от национального государства к корпоративному государству. Отмечается значение государства как субъекта развития в эпоху постмодерна. Определяются критерии разделения государств на сильные и слабые. Показано формирование корпоративного государства как новой рыночной государственности. Влияние экономики на развитие государства представлено через призму инфляции. Инфляция государственной власти и инфляция права представлены как индикаторы ослабления государства и права, превращения государства в корпорацию (корпоративное государство).

Ключевые слова: современное государство, сильное и слабое государство, национальное государство, корпоративное государство, индикаторы государственности, инфляция публичной власти, инфляция права.

Анотація

Оборотов Ю. М. **Інфляція влади та права як індикатори слабкої держави.** — Стаття.

У статті розглянуто питання розвитку сучасної держави від національної держави до корпоративної держави. Підкреслюється значення держави як суб'єкта розвитку епохи постмодерну. Визначаються критерії розділу держав на сильні та слабкі. Продемонстровано формування корпоративної держави як нової ринкової державності. Вплив економіки на розвиток держави продемонстровано крізь призму інфляції. Інфляція державної влади та інфляція права представлені як індикатори послаблення держави і права, перетворення держави у корпорацію (корпоративна держава).

Ключові слова: сучасна держава, сильна і слабка держава, національна держава, корпоративна держава, індикатори державності, інфляція публічної влади, інфляція права.

Summary

Oborotov Yu. M. **Inflation of the Power and Law as the Indicators of a Weak State.** — Article.

The article deals with the development of a modern state in its movement from the national state to the corporate state. The importance of the state as a subject of development in the postmodern epoch is noticed. The criteria for the separation of the strong and weak states are defined. The formation of the corporate state as a new market state is shown. Economic impact on the development of the state is represented through the prism of inflation. Inflation of a public power and inflation of the law are shown as the indicators of weakening the state and law, making the state the corporation (corporate state).

Keywords: modern state, strong and weak state, national state, corporate state, indicators of the state, inflation of a public power, inflation of a law.

УДК 130.2

А. П. Овчинникова

КУЛЬТУРНЫЙ КРИЗИС И ИНТЕЛЛЕКТУАЛЫ

Самая часто встречающаяся фраза в «одноклассниках» и прочих блогах: «Не о чем писать». Вторая по частоте — «скучно». Вообразите эту цивилизацию: пользуясь фантастическими достижениями науки и техники, они сообщают друг другу о том, что им скучно.

Александр Минкин.
Яйца Чайки, 2010 г.

Интеллигенты старшего поколения еще помнят, каким они были преисполнены энтузиазмом, когда телевидение только становилось массовым. Казалось, что теперь культура придет в каждый дом и что мы стоим на пороге новой культурной революции. Еще больший энтузиазм вызывала начавшаяся эра кибернетики (слово это почему-то почти забыто в результате наступления компьютеров, как теперь говорят, в эру высоких технологий). Тогда никому и в голову не приходило «исчислять» неприятности, которые могут из этого следовать. Ну, разве что, оживленные дискуссии вызвал вопрос, не станут ли роботы умнее человека и не поработят ли они людей. А когда появился Интернет, вызывала восторг молодых интеллигентов возможность забраться в любую библиотеку и читать, читать, читать — читать любую книгу, которую невозможно было купить или «достать» иными способами. Думал ли кто-нибудь тогда, что у любого доброго деяния есть отрицательные последствия, а более широко, что если есть Добро, то и Зло есть обязательно: Д → З? Не особенно настораживали даже знаменитые антиутопии.

К тому времени, когда началась эра высоких технологий, трех знаменитых антиутопистов XX в. уже не было в живых. Двое из них — Е. Замятин и Дж. Оруэлл — больше были обеспокоены возможностью использования достижений технического прогресса в интересах тотали-

© А. П. Овчинникова, 2010

тарной власти. Замятин предупреждал, что диктаторы могут насильно применить эти достижения для лоботомии: «вырежут» у подданных фантазию и тем самым стремление к свободе (роман «Мы»). Аналогично Оруэлл (в знаменитом «1984») предвидел, что некое Министерство правды с помощью денной и нощной пропаганды заставит всех граждан — без имен, а под номерами — стройно мыслить (в том смысле, как говорят, что следует «ходить строем»). И только третий знаменитый антиутопист — Олдос Хаксли («О, дивный новый мир») — б*о*льших проблем ожидал как раз от того, что считалось положительными достижениями прогресса.

Увы, кажется, более основательными оказались опасения Хаксли. Откровенных тоталитарных режимов на Земле осталось не так уж много, а технический прогресс идет своим чередом и теперь вступает в полосу нана-технологий.

Если Оруэлл переживал относительно того, что будут запрещаться книги, Хаксли предвидел прямо противоположное: не нужно будет запрещать книги, так как никто их не станет читать.

Оруэлл допускал, что людей могут лишать информации, Хаксли же боялся, что поток информации будет настолько велик, что человек не будет в состоянии его переваривать и деградирует до полной пассивности и эгоизма.

Оруэлл предостерегал, что от человека будут сознательно скрывать правду, Хаксли боялся, что свобода слова вступит в противоречие со свободой слышимости, что она просто утонет в море бесполезного информационного шума.

Оруэлл боялся, что сама культура подчинится рабской идеологии. Хаксли же предвидел, что в результате «восстания масс» (термин Х. Ортеги-и-Гассета) станет массовой, а значит примитивной, заполненной заменителями чувств. Согласно Хаксли, все борцы за гражданские права и рационалисты не принимали в расчет, что человек обладает безграничной тягой к развлечениям. У Оруэлла людей держат под контролем, причиняя им боль. У Хаксли людей контролируют, дозируя им доставление удовольствий. В качестве эпиграфа к «Дивному новому миру» О. Хаксли поместил слова Н. А. Бердяева: «Утопии выглядят гораздо более осуществимыми, чем в это верили прежде. И ныне перед нами стоит вопрос, терзающий нас совсем иначе: как избежать их окончательного осуществления?».

И вот сегодня невооруженным глазом виден дефицит доверия к ценностям культуры. Глобализация средств виртуального общения привела, с одной стороны, к демократизации культуры, а с другой, к ее «усреднению», к тому, что создается впечатление, будто ею может овладеть каждый — не прилагая особых усилий, не затрачивая труда. Особенно отчетливо это видно на функционировании (живой прагматике) языка — ведь мы живем в языке постоянно и всегда. Зачем знать грамматику и орфографию, если компьютер укажет ошибки? Зачем

читать и помнить прочитанное, если можно мгновенно найти в электронных библиотеках все, что угодно? Зачем вообще стремиться к вершинам культуры, если общение с партнерами в блогах, чатах, участие в электронных форумах, различных хэппенингах, перформансах, в полит-, арт- и флэш-мобах и т.п. требует «клипового» стиля подачи материала, а значит, такого же мышления? Нужен ли литературный язык для «гламурных» журналов и передач телевидения?

Мы являемся свидетелями языкового взрыва. Перемены в обществе не могут не вызвать перемены в языке. Это явление естественное, возникла новая коммуникация, которая имеет три составляющих: 1) Есть действительность; 2) Есть «текст» — мое знание о ней; 3) Есть дискурс — то, с чем я выхожу в общение, каким способом я общаюсь. Если раньше были известны устный и письменный способы коммуникации, то теперь возник промежуточный, т.е. по форме — письменный, по структуре и содержательным функциям — устный. Язык в Интернете — это не язык традиционной литературы. Возникли явления, которые для письменной речи совершенно не характерны. Это не обычная линейная письменная речь, а мутационная, практически все запреты сняты. Когда-то Лев Щерба говорил, что литературный русский язык для его носителя всегда немножко иностранный. Теперь же произошел качественный сдвиг в этом отношении. Если люди, даже хорошо владеющие литературной речью, попробуют за ужином в семье говорить на сугубо литературном языке, под зорким оком младших поколений они будут вынуждены перейти на промежуточный язык. Риск быть непонятым все более увеличивается.

О чем можно говорить, если даже президент Российской Федерации в Послании Федеральному собранию 2010 года употребляет слово «кошмарить»? Слова «беспредел», «тусовка» и длинный ряд других из уголовно-лагерного жаргона перекочевывают в официальные документы. Правда, во Франции существует довольно жесткая корреляция между умением грамотно выражать свои мысли и продвижением по служебной лестнице. Жан Бодрийяр назвал это «лингвистическим капиталом». Но это скорее исключение, чем правило. А между тем в обществе, где существуют стандарты литературного язык, есть и стратификация общества: по тому, каким языком человек пользуется, можно определить к какому слою общества он принадлежит. В стабильном обществе такая стратификация важна. В обществе же нестабильном важными оказываются другие характеристики, например, энергичность, мобильность, наличие финансовых возможностей. Получается, что правильная коммуникация — одно из условий перехода к стабильному обществу.

В Восточной Европе переход к информационному обществу осложняется еще и радикальным изменением социального устройства, разрушением привычных культурных институтов, возникновением новых социальных ниш, сменой идеологических ориентиров, размыванием прежних моральных норм, переходом к иному правосознанию и росту маргиналь-

ных форм правового нигилизма, актуализацией идей национализма и разного рода сектантства. Исчезают прежние, какими бы они ни были, образцы культуры, открылся спрос на новые парадигмы, но спрос, увы, превышает предложение. Образование же без парадигм неизбежно вступает в полосу кризиса.

А пока что вы становитесь свидетелями снисходительного отношения полуобразованного варвара к пока еще не вымершим людям высочайшей культуры: о чем с ними говорить, если они не умеют входить в эти самые блоги и чаты, не умеют в мгновение ока отправить электронное сообщение по мобильному телефону? Критики возвещают о появлении новой волны воинственных писателей (для «легализации» их называют постмодернистами, а то и запросто провозвестниками «антикультуры»). Для этих новых писателей ненормативная лексика — норма языка, а классики культуры — terra incognita: зачем их знать, если «они жили давно». Необразованность становится легитимированной.

Нечто, напоминающее нынешний кризис, уже наблюдалось сравнительно недавно — в связи с попытками построить социализм большевистского образца. В советской России интеллигенцию вывозили «философскими пароходами» и поездами. Впрочем, справедливости ради надо сказать, что в угоду другой идеологии подобное происходило и в других странах, даже в «цитадели демократии», в США.

А теперь все это происходит на фоне растущих экологических проблем, возможно, уже сигнализирующих о необратимости экстенсивной деятельности человека. «Загрязнение рек, истребление диких животных, уничтожение лесов, смывание плодородных почв в океан, сжигание морей нефти, истощение ископаемых ресурсов, на рождение которых ушла целая геологическая эпоха. Оргия преступного идиотизма. И это они называют Прогрессом», — писал Олдос Хаксли [1]. Для того чтобы общество могло выжить, экономика должна быть устойчивой и долговременно жизнеспособной, увязанной с требованиями сохранения и улучшения среды обитания.

Экономические принципы должны вытекать из задач, стоящих перед обществом. В новом обществе этими принципами были бы разумная достаточность, отсутствие конкуренции, плановое, низкоотходное производство, преимущественное использование воспроизводимых источников энергии, ограниченное накопление денег, собственности и средств производства в частных руках, относительно равномерное распределение продукта, разумная автоматизация и компьютеризация систем производства и услуг, обеспечение трудовой занятости в соответствии с возможностями и интересами человека, минимальный гарантированный доход. Почти все эти идеи и принципы общеизвестны. Однако это возможно лишь в обществе, уважающем высокую культуру, основанную на разумных и нравственных началах.

Какова реакция интеллектуалов на культурные кризисы? Спасая себя лично и лично своих читателей, они наряжаются в спасательный

жилет иронии, доводя до абсурда, доставшуюся им реальность. Так было и в прежние времена — от Сократа до Эразма Роттердамского, от Ф. Ларошфуко до А. Чехова, от Ст. Ежи Леца до М. Жванецкого.

Ирония — это гротеск, доводящий до абсурда жизненную ситуацию (театр абсурда). Зачастую ироник притворяется глупее, чем он есть, ирония — это лукавство, иносказание, слова обретают значения, противоположные их прямому смыслу. А чтобы она не провоцировала на ответные агрессивные действия, ироник охотно высмеивает и себя самого. Маска серьезности отличают иронию от юмора и от сатиры.

Смысл иронии в разные эпохи видоизменялся. Античности была свойственна «сократовская ирония», выражавшая принцип сомнения и одновременно способ обнаружения истины. Сократ притворялся единомышленником оппонента, поддакивал ему и незаметно доводил его точку зрения до абсурда, обнаруживая ограниченность очевидных истин.

В античном театре встречается и трагическая «ирония судьбы», герой уверен в себе и не ведает, что именно его поступки подготавливают собственную гибель. Как говорится, если хочешь рассмешить богов, построй свои планы на несколько лет вперед. Немецкие романтики расширили понимание иронии до мировоззренческого принципа: ирония должна быть направлена на все без остатка — как в сфере реального бытия, так и в сфере духовной жизнедеятельности. Требовалось свободно переходить от одного мнения к другому, подчеркивая относительность всех установленных «правил». Должен господствовать дух буффонады. В такой позиции они видели выражение свободы — высшей ценности.

Спасательный жилет иронии кажется его адептам чуть ли не бронежилетом и наилучшим проявлением интеллектуального здравомыслия. Предлагаются даже специальные тренинги овладения ироническим отношением — в первую очередь к себе. Например, человек заходит в ванную комнату, подходит к зеркалу и начинает двадцатиминутное упражнение. Сначала он оценивает себя и находит то, над чем можно посмеяться. А дальше начинает длинную речь. На следующем этапе человек начинает осмеивать свои недостатки, свое поведение. Только овладев способностью смеяться над собой, можно переходить на уровень иронии по отношению к другим. Чем человек умнее, тем он более понимает меру своего интеллектуального несовершенства. И если он демонстрирует понимание своего несовершенства, он оказывается в более выигрышном положении.

И что же ирония — она и в самом деле спасет культуру? Предположим, мы в максимально полной мере овладели искусством иронии. Исправим мы тем самым изъяны культуры? Может быть, и в самом деле не стоит переживать относительно происходящего? Не согласиться ли с тем, что невежество узаконено, легитимировано? Ведь и в период средневековья невежество принималось как норма. Карл X подписывался крестиком (правда, при этом собирал в своем дворе интеллектуалов

той поры). Люди понимали, что все происходит помимо воли простого человека. При этом элита оставалась элитой, а массы — массами. Они всегда восставали, но когда волны успокаивались, обнаруживалось тихое самодовольство верхов и эта самая ирония интеллектуальной элиты, которая оставалась способом «выпустить пар», не более того. Спасение культурных ценностей лежит, пожалуй, в иной плоскости.

Вообще говоря, ситуация с очевидным обеднением европейской культуры не столь уникальна для XX столетия, как кажется. Да, конечно, с последствиями большевистской реконструкции социума и с неожиданными следствиями наступления компьютерной эры мы сталкиваемся впервые. Но с разломом цивилизации и с расчисткой поля для цивилизаций будущего — нет. В ситуации гибели Римской империи интеллектуальная элита того времени также была обеспокоена тем, чтобы сохранить для потомков накопленную информацию. В V в. писатель Марциан Капелла, уже не надеясь приостановить процесс варваризации общественного сознания, пытался хотя бы зафиксировать уровень античной образованности. Он систематизировал семь античных дисциплин — грамматику, риторику, диалектику (под ней разумелась логика), арифметику, геометрию, астрономию и музыку. Тем же был обеспокоен и Анаций Боэций (480—524), который поспешил перевести четыре первых книги Начал Евклида. Работа была вовсе не бессмысленной. В значительной мере благодаря этим усилиям наука до сего дня сумела сохранить свои основания.

Вот и теперь, в условиях, когда культуру все чаще отдают на откуп торговцам, когда молодые интеллигенты явно теряют ориентиры, интеллигенция старшего поколения, спасая себя лично и своих читателей, прячется за иронию. Однако если она чувствует ответственность за наследие, полученное от предыдущих поколений, ирония старших поколений отнюдь не спасёт культуру. Спасательный жилет позволяет держаться на плаву, но отнюдь не гарантирует того, что вы доберетесь до берега. Нужны усилия иного рода. И надо спешить, пока еще не поздно. При этом не следует строить иллюзий, работа предстоит нелегкая. Не забудем все же, что Боэций, «магистр всех служб» в королевстве остготов, был казнен...

Литература

1. Хаксли О. Ape and Essence / О. Хаксли. — London : Triad / Panther Books, 1985. — P. 90.

Аннотация

Овчинникова А. П. **Культурный кризис и интеллектуалы.** — Статья.

В статье идеть речь о влиянии технического прогресса и глобализации на эволюцию культуры. Оборотная сторона демократизации культуры — ее «усреднение» и оскуде-

ние ценностей. Это отчетливо просматривается на примере современного состояния языка. Преодоление кризиса культурных ценностей невозможно без значительных изменений системы образования и повышения статуса научности гуманитарных дисциплин.

Ключевые слова: ценности, коммуникация, ирония, язык.

Анотація

Овчиннікова А. П. **Культурна криза та інтелектуали.** — Стаття.

У статті говориться про вплив технічного прогресу й глобалізації на еволюцію культури. Зворотний бік демократизації культури — її «усереднення» і збідніння цінностей. Це чітко проглядається на прикладі стану сучасної мови. Подолання кризи культурних цінностей неможливо без значних змін системи освіти й підвищення статусу науковості гуманітарних дисциплін.

Ключові слова: цінності, комунікація, іронія, мова.

Summary

Ovchinnikova A. P. **Kul'turnyy crisis and intellectual persons.** — Article.

In the article talked about influence of technical progress and globalization on the evolution of culture. A reverse aspect of democratization of culture is its come to average and scarcity of values. It is distinctly looked over on the example of the state of modern language. Overcoming of crisis of cultural values is impossible without the considerable changes of the system of education and increase of status of scientific character of humanitarian disciplines.

Keywords: values, communication, irony, language.

УДК 343.9:321.01

В. Н. Дрёмин

ИНСТИТУЦИОНАЛЬНЫЙ КРИЗИС И КРИМИНАЛИЗАЦИЯ ВЛАСТИ В ТРАНЗИТИВНОМ ОБЩЕСТВЕ: ПОЛИТИКО-КРИМИНОЛОГИЧЕСКИЙ АНАЛИЗ

Масштабное реформирование общества в постсоветских странах привело в начале девяностых годов прошлого века к генерализованному институциональному кризису. Есть все основания утверждать, что искусственная деинституционализация в то время стала основной целью многих псевдореформаторских изменений, которые, по сути, были направлены на создание благоприятных условий для обогащения небольшой группы лиц, оставшихся у власти и возглавивших приватизацию, получившую твердую характеристику «криминальной». Большая часть населения в короткое время оказалось в деклассированном положении, что не могло не отразиться на криминальной ситуации в стране. Государство как политический институт не справилось со своими функциями, а по основным направлениям своей деятельности создавало объективные и субъективные предпосылки для незаконного обогащения отдельных лиц или групп.

Особенностью украинского общества является то, что практически в течение всего периода независимости оно находится в транзитивном состоянии, что самым прямым образом отражается на процессах его криминализации.

В самом общем смысле понятие *«транзиция»* обозначает переход из одного общественного состояния в другое *(«transitus» с латинского — переход, прохождение)*, процесс изменений в обществе, преобразование. В частности, транзицией называют процесс отказа от социалистической концепции развития среднеевропейских и восточноевропейских стран, которые назывались социалистическими [1]. В современной политологии термин «транзитология» обычно применяют для характеристики стран, находящихся на этапе перехода от авторитарных режимов к демократическим [2]. В последние годы содержание данного понятия

© В. Н. Дрёмин, 2010

значительно расширилось и стало охватывать как политические, так и экономические, а также культурологические процессы. В постсоветской научной литературе для обозначения преобразования социалистического хозяйства в рыночное, перехода к политическому плюрализму используются также понятия «переходный период» и «трансформация». Транзитивность украинского общества является общепризнанным фактом, так как фактически все его структурные элементы находятся в стадии реформирования («переформатирования») либо в стадии создания. Безусловно, это не могло не отразиться на состоянии преступности в стране, ибо именно люди, склонные к противоправной деятельности, как никто другой, быстро реагируют на малейшие просчеты и упущения в функционировании институтов власти и управления. Если же речь идет о реформировании, например, системы правоохранительных органов, замене десятков тысяч специалистов, то в этой ситуации рост преступности будет естественным следствием таких радикальных «реформ». Сказанное относится не только к системе уголовной юстиции, но и в целом к функционированию социальных институтов, обеспечивающих жизнедеятельность общества в целом и каждого гражданина в отдельности. В транзитивных странах, как правило, наблюдается значительный рост преступности. Украина в этом смысле не стала исключением.

Существенная активизация преступности в 90-е годы прошлого столетия отмечалась во всех странах бывшего СССР. По оценке Межгосударственного статистического комитета СНГ, количество зарегистрированных преступлений в странах СНГ в 1995 г., на который приходится пик преступности после развала СССР, по сравнению с 1991 г. выросло на 22 % — с 2 млн 168 тыс. до 2 млн 755,7 тыс. Общее число осужденных по приговорам, вступившим в законную силу, увеличилось до 1 млн 36 тыс., или на 12 %. Максимально высокого уровня достиг и коэффициент судимости — 875 человек на 100 тыс. человек населения в возрасте от 14 лет и старше. Обобщая данные за 1991—1995 годы, Межгосударственный статистический комитет СНГ отмечал, что «криминальная среда активно консолидировалась, приобретает более высокий профессионализм и организованность, многоцелевую и крупномасштабную ориентацию, захватывает в сферу своего влияния новые слои и категории населения» [3].

Обширную информацию о состоянии преступности в контексте переходных процессов в Украине содержит фундаментальное исследование А. Г. Кулика, В. И. Бобыря «Общая тенденция преступности в Украине в 1972—1993 гг. и прогноз на ближайшие годы», которое использовалось в дальнейшем многими учеными Украины для оценки криминогенных процессов в обществе. Большая часть сформулированных авторами исследования выводов и прогнозов нашла своё подтверждение в реальной жизни [4].

Об ускоренной криминализации постсоветского общества в период распада СССР и развала экономической, правовой и политической сис-

темы государства свидетельствуют статистические данные о состоянии преступности в Украине в период 1973—2000 годов. Всего за эти годы было зарегистрировано 9 317 993 преступления, выявлено 6 063 105 человек, совершивших преступления и осуждено 4 247 669 человек. Коэффициенты интенсивности преступности в Украине с 1986 г. по 1995 год на 100 тысяч населения составляли: в 1986 г. — 488 преступлений, в 1987 г. — 484, в 1988 г. — 473, в 1989 г. — 623, в 1990 г. — 718, в 1992 г. — 921, в 1993 г. — 1033, в 1994 г. — 1096, в 1995 г. — 1241, в 1996 г. — 1202, 1997 г. — 1159 преступления. Годы наивысшей криминальной активности пришлись на период становления украинской государственности, т.е. на середину девяностых годов (1995 г.). Заметим, что с 1996 по 2010 г. наблюдался некоторый спад криминальной активности по сравнению с 1995 годом, при этом фиксировалось уменьшение не только уровня зарегистрированной преступности, но и судимости, что обусловлено, прежде всего, субъективными причинами.

В целях сравнительного криминологического анализа состояния преступности за годы, предшествующие распаду СССР, и первые годы существования независимых государств, выделим три временных периода в развитии советского государства, существенно отличающихся политической ситуацией, состоянием экономики, особенностями правового регулирования.

Первый анализируемый период (1973—1981 годы) — это так называемый «застойный» период, расцвет административно-командной системы управления обществом (условно назовём его «период Л.И. Брежнева») (табл. 1).

Второй рассматриваемый период — 1982—1990 годы (табл. 2) — период, получившей всемирную известность «перестройки» (не случайно слово «perestroyka» на Западе не переводилось), наметившейся в год прихода к власти Ю. В. Андропова, а идеологически обоснованной и внедренной в жизнь М. С. Горбачевым с середины восьмидесятых годов [5]. Не анализируя причины развала СССР, так как это не является предметом данного исследования, отметим, что либеральные перемены привели не только к невиданной для страны демократизации общественной жизни, но и обнаружили громадный криминальный потенциал необдуманной стратегически и тактически «перестройки» социалистического общества, который в полной мере раскрылся в теперь уже «знаменитые» 90-е годы прошлого века. Данные об уровне преступности и судимости за эти годы подтверждают сказанное.

Третий период — 1991—2000 годы — распад СССР, возникновение и становление независимых государств (табл. 3).

Каждый из выделенных периодов характеризуется ярко выраженными особенностями, отражение которых в определенной степени можно найти в криминальной статистике.

Так, за период 1973—1981 годов было зарегистрировано 1 447 045 преступлений. Аналогичные показатели в 1982—1990 годах

Таблица 1

Уровень преступности и судимости в Украине в 1973—1981 гг.

Годы	Зарегистрировано преступлений (% к уровню предыдущего года)	% к уровню 1973 г.	Выявлено лиц, совершивших преступления (% к уровню предыдущего года)	% к уровню 1973 г.	Осуждено	% к уровню 1973 р.	В т.ч. к лишен. свободы	Удельный вес
1973	128 340 (94,6)	100	136 752 (96,2)	100	103 969	100		
1974	144 325 (112,5)	112,5	142 517 (104,2)	104,2	110 373	106,2		
1975	145 117 (100,5)	113,1	152 761 (107,2)	111,7	110 419	106,2		
1976	148 514 (102,3)	115,8	153 411 (100,4)	112,2	113 294	109,0		
1977	141 604 (95,3)	110,3	138 455 (90,3)	101,2	104 100	100,1		
1978	155 088 (109,5)	120,8	145 240 (104,9)	106,2	113 338	109,0		
1979	178 019 (114,8)	138,7	153 623 (105,8)	112,3	123 566	118,8		
1980	196 902 (110,6)	153,4	175 244 (114,1)	128,1	138 223	132,9		
1981	209 136 (106,2)	163,0	189 252 (107,8)	138,4	151 495	145,7		
Всього	1 447 045		1 387 255		1 068 777			

Таблица 2

Уровень преступности и судимости в Украине в 1982—1990 гг.

Годы	Зарегистрировано преступлений (% к уровню предыдущего года)	% к уровню 1982 г.	Выявлено лиц, совершивших преступления (% к уровню предыдущего года)	% к уровню 1982 г.	Осуждено	% к уровню 1982 р.	В т.ч. к лишен. свободы	Удельный вес
1982	212 990 (101,8)	100	196 551 (103,9)	100	162 777	100		
1983	236 580 (111,1)	111,1	209 083 (106,4)	106,4	167 901	103,8		
1984	229 712 (97,1)	107,9	203 034 (97,1)	103,3	169 509	104,1		
1985	249 553 (108,7)	117,2	226 072 (111,3)	115,0	173 877	106,8		
1986	248 663 (99,6)	116,8	230 236 (101,8)	117,1	167 572	103,0		
1987	237 821 (95,6)	111,7	204 482 (88,8)	104,0	124 905	76,7	38 845	31,1%
1988	242974 (102,2)	114,1	172 703 (84,5)	87,9	90 987	55,9	29 372	32,3%
1989	322340 (132,7)	151,3	173 997 (100,7)	88,5	90 121	55,4	31 197	34,6%
1990	369809 (114,7)	173,6	186 683 (107,3)	95,0	104 199	64,0	35 947	34,5%
Всього	2 350 442		1 802 841		1 251 848			

Таблица 3

Уровень преступности и судимости в Украине в 1991–2000 гг.

Годы	Зарегистрировано преступлений (% к уровню предыдущего года)	% к уровню 1991 г.	Выявлено лиц, совершивших преступления (% к уровню предыдущего года)	% к уровню 1991 г.	Осуждено	% к уровню 1991 р.	В т.ч. к лишен. свободы	Удельный вес
1991	405 516 (109,7)	100	187 468 (100,4)	100	108 555	100	35 045	32,3%
1992	480 478 (118,5)	118,5	207 326 (110,6)	110,6	115 260	106,2	38 740	33,7%
1993	539 299 (112,2)	133,0	242 363 (116,9)	129,3	152 878	140,8	54 019	35,3%
1994	571 891 (106,0)	141,0	269 061 (111,0)	143,5	174 959	161,2	63 572	36,3%
1995	641 860 (112,2)	158,3	340 421 (126,5)	181,6	212 915	196,1	74 689	35,1%
1996	617 262 (96,2)	152,2	339 530 (99,7)	181,1	242 124	223,0	85 824	35,4%
1997	589 208 (95,5)	145,3	337 908 (99,5)	180,3	234 613	216,1	83 396	35,1%
1998	575 982 (97,8)	142,0	330 067 (97,7)	176,1	232 598	214,3	86 437	37,2%
1999	545 416 (94,7)	134,5	309 808 (93,9)	165,3	222 239	204,7	83 339	37,5%
2000	553 594 (101,5)	136,5	309 057 (99,8)	164,9	230 903	212,7	82 869	35,9%
Всього	5 520 506		2 873 009		1 927 044			

составили 2 350 442 преступлений, в 1991–2000 годах — уже 5 520 506 преступлений. Зафиксированный уровень прироста преступлений по отношению к 1973 г. составил в 1983 г. — 184,3%, в 1995 г. — 500,1 % (!), в 2000 г. — 431,4%.

Соответственно этим показателям выглядят и данные относительно выявленных лиц, совершивших преступления. В 1973 г. было установлено 196 551 лицо, совершившее преступление, в 1983 г. — 209 083, что составило по отношению к 1973 г. 152,9 %. Соответственно, в 1995 г. было выявлено уже 340 421 лицо (248,9 % к 1973 г.), а в 2000 г. — 309 057 лиц (226 %). Учитывая высокий уровень латентности отдельных видов преступлений, можно предположить, что реальное количество совершенных преступлений и лиц, их совершивших, во много раз превышает официальные данные.

Анализируя приведенные статистические данные и уровень латентной преступности, следует отметить, что преступность по своим качественным и количественным характеристикам, территориальной распространенности, социально-демографическим характеристикам лиц, в неё вовлеченных, представляет устойчивое социальное явление, развивающееся в соответствии с логикой развития общества в целом.

Стремительное ухудшение криминальной ситуации в стране и в отдельных регионах наблюдалось в периоды наиболее явной экономичес-

кой и политической нестабильности, развала сложившихся институтов общества. Поражает низкая эффективность деятельности правоохранительных и судебных органов, оставляющих без разрешения по сути девять из десяти заявлений граждан о совершенных преступлениях. Причины сложившегося положения кроются в особенностях политико-правовой и экономической ситуации в стране, которая охватывается понятием «институциональный кризис».

Профессор В. И. Шакун в своей острополемической книге «Власть и преступность» приводит конкретные факты, свидетельствующие о развале экономики и политических институтов в середине 90-х годов прошлого века и, как следствие, криминализации органов власти и управления. В частности, анализируя развитие общества в 90-е годы, он делает вывод, что «...сегодня в Украине мы имеем государство, в котором объединились государственные бюрократы всех уровней, «теневая номенклатура», лидеры теневого и полутеневого мира. Как раз они осуществляют тотальный контроль за распределением и перераспределением собственности и экономических ресурсов» [6].

Достаточно резок в своих оценках был в своё время Президент Украины Л. Д. Кучма. На заседании расширенной Коллегии МВД Украины 5 августа 1994 года Л. Д. Кучма таким образом обозначил основные угрозы, исходящие, как он назвал, от «пятой власти»: «Среди многих факторов, подталкивающих процессы саморазрушения экономики украинского общества, есть и такие, которые либо граничат с криминогенной сферой, либо носят откровенно антизаконный характер. Если дать политическую оценку этому явлению, то мы должны прямо признать: в Украине сформировалась пятая власть. ...Эта власть невидима. Но на сегодняшний день она наиболее сплочена. Владеет реальными рычагами влияния на государственные органы всех уровней, на определение нашего экономического режима, правоохранительные институты, на средства массовой информации, на формирование общественного мнения по тем или иным общественным вопросам. ...Достаточно сказать, что по социологическим оценкам почти половина населения считает: именно эта власть определяет направление политико-экономического развития Украины» [7].

Нет оснований не доверять Президенту Украины, имевшему полную информацию по данному вопросу. Даже если учесть, что оценка криминальной ситуации в стране была сделана высшим должностным лицом еще в 1994 г. и не тождественна нынешнему состоянию преступности, то, тем не менее, нельзя не отметить содержательную точность отмеченных тенденций криминализации основных институтов общества. Остается лишь задуматься о том, почему при такой информированности и широких полномочиях на государственном (президентском) уровне не были осуществлены решительные меры по противодействию этой пресловутой «пятой власти».

По данным Межведомственного научно-исследовательского центра

при Координационном комитете по борьбе с коррупцией и организованной преступностью при Президенте Украины, относящимся к 1998 г., ситуация в стране на рубеже веков кардинально не изменилась. Аналитики отметили сохранение реальных угроз со стороны «пятой власти» конституционному строю, суверенитету и территориальной целостности государства, экономике, социальной структуре общества, государственным силовым структурам (Вооруженным силам, СБ, МВС Украины), духовным ценностям и морали, средствам массовой информации [8].

Через десять лет после процитированного выше выступления Л. Д. Кучмы состояние в сфере противодействия преступности не претерпело изменений. На съезде судей Украины в 2005 году Президент Украины В. А. Ющенко так охарактеризовал криминальную ситуацию в стране: «Судоустройство в Украине вследствие разбалансированных действий всех ветвей власти имеет на сегодня несистемную процессуальную структуру. Это приводит к существенной несогласованности судебных решений, разрушает единство судебной практики, крайне отрицательно влияет на ее стадии. На практике это применяется для реализации коррупционных схем, «черного правосудия» и ведет к парадоксальным случаям, когда судья местного суда одной юрисдикции останавливает, отменяет решение суда другой юрисдикции или даже высшего суда другой юрисдикции. ...Криминальная юстиция в Украине и сейчас является действенным инструментом ограничения демократии. Ее активно используют в политических и экономических целях, как на высшем политическом уровне, так и в местном масштабе. Обвинительный уклон получил значительное развитие, обновленное качество. ...По заключению международных экспертов, нынешнее количество обвинительных приговоров в Украине может свидетельствовать о наличии предубежденности в действиях судей и пренебрежении презумпцией невиновности. В Украине на 100 тысяч населения ежегодно по приговорам суда в местах лишения свободы находятся 416 лиц; в Эстонии, Латвии, Литве — 339, 234 соответственно, Таджикистан — 161, Болгария — 127. В европейских странах, как правило, это 60 человек. Почти половина судебных решений не выполняется. ...По всей стране из 739 помещений судов лишь 88 пригодны для работы, 53 фактически находятся в аварийном состоянии. Более чем 1,5 тысячи судей не имеют жилья. Нет достойного ответа на высокий уровень коррупции в судах. По данным опроса «Українського демократичного кола», рейтинг коррумпированности суда 3,52 баллов по пятибалльной системе. При этом в 2005 году за нарушение присяги уволено всего 4 судьи. Суды во многих случаях перестали быть авторитетом для общественности, более половины граждан им не доверяют. По данным Института социальной и политической психологии, 63,7 % населения не доверяют судам» [9].

Положение в этой сфере к 2010 году фактически не изменилось, а по основным направлениям (уровень коррупции, системность управления

государством и его институтами, сбалансированность власти) ухудшилось.

Так, в концепции реформирования системы уголовной юстиции Украины, рассмотренной Советом национальной безопасности и обороны 15 февраля 2008 г., отмечается, что существующая система уголовной юстиции не в полной мере отвечает новым общественным отношениям, которые сложились в Украине, и не обеспечивает надлежащего состояния правопорядка, эффективной защиты лиц, общества и государства от опасных посягательств на социальные ценности, права и законные интересы, является громоздкой, внутренне противоречивой, усложненной. «Предыдущие многочисленные изменения в структуре органов уголовной юстиции не имели системный характер. Они были преимущественно направлены на удовлетворение ведомственных интересов и не обеспечили создания оптимальной системы предупреждения преступных деяний, их выявления, расследования и наказания виновных лиц. Система органов, которые традиционно называют «правоохранительными» (органы внутренних дел, Служба безопасности Украины, Государственная пограничная служба Украины, налоговая милиция и другие органы, которые должны осуществлять дознание, следствие, применять административные санкции), создана как механизм преследований и репрессий и не была трансформирована в институт защиты и восстановления нарушенных прав лиц. Не проводились эффективные мероприятия по снижению уровня коррупции в этой системе. Доверие общества к этим органам является недостаточным для их эффективной работы» [10]. К этим выводам трудно что-то добавить. Как и во множестве предыдущих официальных документов в этом тексте отражено реальное положение дел.

В другом решении Совета национальной безопасности и обороны Украины от 21 апреля 2008 года «О мерах по реализации национальной антикоррупционной стратегии и институционному обеспечению целостной антикоррупционной политики» отмечается: «До настоящего времени не создано надлежащей законодательной базы для более эффективного противодействия коррупции, нерешенными остаются вопросы усиления ответственности за коррупционные деяния, ограничения иммунитетов, институционного обеспечения противодействия коррупции, внедрения судебной реформы» [11].

Ситуация в этой сфере не меняется и в дальнейшем, так как через полгода в Указе Президента Украины В.А. Ющенко от 31 октября 2008 г. «О состоянии противодействия коррупции в Украине» дословно изложена приведенная выше цитата из решения СНБО от 21 апреля 2008 г. [12]. Можно привести множество других примеров, свидетельствующих о нежелании высших институтов власти проявить волю в противодействии преступности и коррупции.

Известный российский историк А. Фурсов таким образом рассматривает перспективы развития государства в условиях криминализации

общества: «Национальное государство ржавеет. Об этом уже и не спорят. Спорят о том, что придет на смену нации-государству. Одни полагают — мировое правительство, другие — цивилизации, третьи — регион-государства. Нация-государство действительно уходит, но государство еще достаточно сильно и не позволяет никому занять его место. Оно остается, но теряет свою национальную форму. На смену нации-государству грядет корпорация-государство» [13].

В его понимании корпорация-государство — такое устройство, цели, функционирование которого носят прежде всего экономический характер, а «вся деятельность подчинена извлечению выгоды хозяевами данной корпорации». Как следствие, корпорации-государства требуют минимизации политических и социальных издержек по содержанию территории прописки — от сведения к минимуму социальных обязательств, характерных для государства, до избавления от экономически лишнего, нерентабельного, с экономической (корпоративно-государственной) точки зрения, населения (от отсечения от «общественного пирога» до фактического исключения из реальной жизни). Как только главным для государства провозглашается экономическая конкурентоспособность в глобальном масштабе, о социальной и национальной составляющих государства можно забыть — государство начинает вести себя как корпорация, в которой все определяется экономической эффективностью: «выживает сильнейший» и «ничего личного» [13]. Граждане стран-корпораций превращаются в почти бесправное стадо, материал для государственных управляющих [14].

С этой точкой зрения совпадают взгляды профессора А. П. Дубнова: «С критики гегелевской философии права молодым Марксом начинается период квалификации государства как преступной организации, поскольку буржуазное (правовое, демократическое, с господством права частной собственности для индивидов и корпораций) государство, по Марксу, является корпорацией государственных бюрократов, владеющих государством как своей частной собственностью. Маркс объявил гегелевскую конструкцию государства и права апологией тотальной криминальности строя частной собственности: в обществе господствует материальный интерес, который представляют индивиды, публичные корпорации и государство; объем наличного материального богатства нации конечен и, хотя растет, не может удовлетворить материальные интересы субъектов во всей их полноте, поскольку они постоянно растут; духовность и нравственность вторична и никогда не будет в состоянии облагородить «войну всех против всех». Таким образом, естественное состояние гражданского общества без государства, иными словами, «всеобщий интерес и сохранение в нем особых интересов» (Гегель) есть фикция; государственная бюрократия (чиновнический аппарат) по определению не может защищать всеобщий интерес государства, она эту фиктивную, мнимую всеобщность защищает только ради своего особого корпоративного интереса, противостоящего интересам других корпора-

ций; бюрократия считает самое себя конечной целью государства, она имеет в своем обладании государство — это ее частная собственность; бюрократия как особая корпорация в государстве сначала борется с другими корпорациями за свое место под солнцем, затем стремится их сохранить, чтобы утвердить свой корпоративный принцип существования. Корпорациям бюрократия нужна как сила, которую можно использовать против других корпораций. В таком подходе — ключ к пониманию того, как возможна преступная организация. Это корпоративность, подминающая под себя государство, право и закон, это овладение государством с позиций частно-корпоративных интересов» [15].

В этой связи особый интерес вызывают осуществленные Л. Геверлингом системные исследования наиболее опасных форм организации власти — клептократии («власть воров»), лутократии («власть грабителей») и плутократии («власть богатства») [16]. Механизмы обогащения представителей различных элит, процессы становления «культуры богатства» представляют собой сложный социально-экономический процесс. Л. Гевелинг подробно анализирует тенденции формирования теневой экономики, развития криминальных синдикатов, мафиозных структур и управления нелегальным бизнесом [17]. Клептократия, по его определению, это базирующаяся на коррупции форма организации власти и адекватная ей социально-политическая группа, члены которой, допуская серьезные нарушения общественных норм, используют свои властные (обычно государственно-политические) полномочия для быстрого самообогащения и укрепления ключевых позиций в обществе. Системный анализ клептократии предполагает изучение «родственных» категорий, прежде всего, лутократии, представляющей собой конгломеративную группу лидеров криминального социума, которая опирается в своем функционировании и развитии на негативную экономику и потенциально ориентируется на создание соответствующей формы организации власти. В ряде стран клептократия и лутократия действуют во взаимосвязи и эволюционизируют в сторону плутократии. «Идеальная» плутократия, выступая в качестве референтной группы как для клептократов, так и для лутократов, воплощает социальный результат индивидуального или узкокорпоративного обогащения, а также институционализированный синтез политической власти и богатства [18].

Российские ученые следующим образом характеризуют политико-правовую ситуацию в России: «В настоящее время в политико-административной элите можно наблюдать двоякий процесс: с одной стороны, происходит перерождение «старых» сегментов политического класса (в частности, превращение управленческих команд в нечто вроде образований мафиозного типа, где критика лидера — преступление, а лояльность ему — выше закона; преобразование некоторой части силовых ведомств в отряды наемников разных политиков; расширение практики физического устранения политических конкурентов; атрофия политической воли к легальному наведению порядка и т.д.), с другой — расширение в сфере

управления числа явно криминализированных объединений, экспортированных действующей властью из сферы теневой экономики и превратившей (по крайней мере, их верхушку) в составную часть правящего класса», — пишут Н. П. Распопов и А. А. Сергунин [19].

Обычно в обществе существуют упрощенные представления об элите. Р. Миллс уточняет: «Властвующая элита состоит из людей, занимающих такие позиции, которые дают им возможность возвыситься над средой обыкновенных людей и принимать решения, имеющие крупнейшие последствия. Принимают ли они эти решения или нет — это менее важно, чем самый факт владения такими ключевыми позициями; их уклонение от известных действий и решений само по себе является действием, зачастую влекущим за собой более важные последствия, чем решения, которые они принимают. Это обусловлено тем, что они командуют важнейшими иерархическими институтами и организациями современного общества. Они руководят крупными корпорациями, они управляют механизмом государственной власти и претендуют на ее прерогативы. Они направляют деятельность военного ведомства. Они занимают в социальной системе стратегические командные пункты, в которых ныне сосредоточены действенные средства, обеспечивающие власть, богатство и известность, которыми они пользуются» [20].

Кланы, квазиродоплеменные структуры, «семьи» делают решающим фактором общественной жизни личные связи, личную лояльность, справедливо отмечает В. Г. Федотова. «Самые демократические политики требуют от единомышленников любви и безусловной преданности, а не служения отечеству. Взятка и подкуп разрушают эти патриархальные отношения, но только для того, чтобы воспроизвести их в другом клане. Архаические начала питают криминализацию. В группах с архаической связью демонстрация лояльности граничит с криминальностью, отношения характеризуются зависимостью, «повязанностью». Социетальные сообщества такого рода легко переваривают и социализм, и капитализм, последний в особенности, так как перспектива наживы делает группировки тесно связанными и сплоченными, устремленными во власть или стремящимися ею манипулировать [21]. Легко заметить, что среди современных «левых» мы можем найти и социалистов, и капиталистов, нередко связанных с криминальным миром.

Важным моментом в оценке криминализации власти является уровень нравственности лиц, её представляющих, и законов, принимаемых этой властью. Выше мы отмечали, что общество склонно оценивать преступность не только как противоправную, запрещенную деятельность, но прежде всего, как явление, противоречащее идеалам справедливости, критериям морали и нравственности. Безнравственные законы порождают безнравственное поведение. В. В. Лунеев констатирует наличие прямой корреляционной зависимости между уровнем преступности и состоянием нравственно-правовых устоев политической и особенно правящей элиты общества. Она отражает общую причинную базу

коррелируемых явлений, связь их криминальных состояний и устойчивую взаимообусловленность. Криминологическая обстановка в стране оказывает существенное влияние на уровне криминальности элитарных кругов, а противоправное и иное отклоняющееся поведение последних является серьезным криминогенным фактором в структуре причин преступного поведения граждан. Поэтому есть основания полагать: чем выше уровень преступности в обществе, тем выше уровень криминальности элитных групп и наоборот; чем выше криминальность элиты, тем выше уровень преступности среди всего населения той или иной страны [22].

По мнению Т. Н. Заславской и М. А. Шабановой три базовых, системообразующих макроинститута общества — экономика, политика и право — подверглись преобразованиям в неодинаковой степени, неодновременно и с разным успехом. «Причем в самом удручающем положении оказалось право ...Новое институциональное пространство попрежнему базируется на праве сильного при беззащитности слабого. Таким образом, за формально расширившимися правами граждан часто скрываются все те же отношения господства-подчинения, которые доминировали в «административно-командной» системе и которые за годы общественных преобразований еще более усилились в связи с погружением в неправовое поле», — отмечают социологи [23].

Система политического и экономического устройства государств транзитивного типа такова, что все названные выше свойства корпорации-государства, а фактически — клана-государства, мы с легкостью обнаружим в деятельности его основных институтов. Государство-клан или государство-корпорация, олицетворяемые термином «власть», получает то очевидное преимущество, которое заключается в возможности по своему усмотрению проявить себя «благодетелем» по отношению к той или иной социальной группе, тому или иному региону, той или иной отрасли, предприятию, финансовому учреждению. Повышение зарплат и пенсий, выплаты тем или иным категориям населения вознаграждений или задолженностей — это становится частью политики государства-корпорации. Государство переходного типа, как правило, переживает не просто реформы, а жесточайшую конкуренцию экономических кланов на грани взаимного уничтожения в борьбе за экономическое господство и политическую власть. Очевидно, что наиболее благоприятными условиями для завладения рычагами экономического и политического влияния является ситуация разбалансированности социальных институтов. Отсюда — постоянные (плановые и досрочные) выборы на всех уровнях, бесконечные кадровые перестановки, смены руководителей правительства, министерств и ведомств, необоснованные реорганизации и преобразования учреждений и т.д.

Нынешняя власть в Украине предпринимает усилия по стабилизации социальной ситуации в стране, несмотря на то, что страна в настоящее время находится на пути очередных социально-экономических и право-

вых реформ. Однако программа этих реформ и их содержательный контекст дают основание надеяться, что общество вступает в фазу устойчивого социального развития, в условиях которого возможна организация эффективного противодействия преступности. Противостояние криминализации общества рассматривается как первоочередная внутригосударственная задача и в то же время как одна из важнейших проблем глобального уровня.

Примечания и литература

1. Проблемы переходов от одних качественных состояний социальной динамики и институциональной системы к другим создали блок методологических подходов и теоретических концептов, которые постепенно складываются в особую субдисциплину, называемую «транзитологией». См.: Дегтярев А. А. Основы политической теории : учеб. пособие / *А. А. Дегтярев* ; Ин-т «Открытое о-во». — М. : Высш. шк., 1998. — С. 209.) Принято считать, что термин «транзитология» (*transitology*) был предложен в 1992 г. М. Бэравуа (Michael Buravoi). Специалисты (в частности, И. А. Быков) отмечают некоторую «политическую ангажированность» многих научных исследований по этой теме. Мы используем данный термин вне политического контекста.
2. Linz J. Problems of Democratic Transition and Consolidation / *J. Linz, A. Stepan*. — Baltimore and London : The Johns Hopkins University Press, 1996. — P. 38–54.
3. Рывкина Р. В. Социальные корни криминализации российского общества / *Р. В. Рывкина* // Социологические исследования. — 1997. – № 4. — С. 73–83.
4. Кулик А. Г. Общая тенденция преступности в Украине в 1972-1993 гг. и прогноз на ближайшие годы / *А. Г. Кулик, В. И. Бобырь* // Преступность в Украине : бюл. законодательства и юридической практики Украины. — 1994. — № 2. — С. 5–37, 13–185.
5. К «перестройке» обнаруживается разное отношение и её анализу посвящено много работ, в том числе и критических. В одном из словарей её характеризуют довольно однозначно: «...Кроме восхваляемых нынешними «демократами» и «либералами» ценностей (демократия западного типа, свобода, гласность), перестройка и сопутствующие ей демократические реформы привели к: разделу страны на суверенные государства, разделению русского народа, потере мирового авторитета страны на мировой арене, ограблению и обнищанию населения, развалу самых передовых отраслей промышленности, глобальному изменению массового сознания, приходу к власти коррумпированных элементов, разгулу преступности (в том числе и этнической), наркомании, проституции, снижению рождаемости, обострению межнациональных отношений и многому другому...». — Мир словарей. Электроный ресурс. — Режим доступа : http://mirslovarei.com/content_pol/PERESTROJKA-683.html).
6. Шакун В. И. Влада и злочинність / *В. И. Шакун*. — К., 1997. — С. 202.
7. Кучма Л. Д. У нас есть шанс остановить мафионизацию украинского общества. Выступление Президента Украины на расширенной Коллегии Министерства внутренних дел Украины 5 августа 1994 года / *Л. Д. Кучма* // Голос Украины. — 1994. — 10 авг.
8. Соціально-кримінологична характеристика «п'ятої влади» // Науково-аналітичний бюлетень Міжвідомчого науково-дослідного центру при Координаційному комітеті по боротьбі з корупцією та організованою злочинністю при Президенті України. — 1998. — № 2. — С. 60–73.
9. Стенограмма выступления Президента Украины В. А. Ющенко на VII съезде судей Украины // Официальный сайт Президента Украины: [Электронное издание]. — Режим доступа : http://www.president.gov.ua/ru/news/1599.html.

10. Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 15 лютого 2008 року Про хід реформування системи кримінальної юстиції та правоохоронних органів : Указ Президента України № 311/2008 від 8 квіт. 2008 р. [Електронний ресурс] // Офіц. сайт Ради нац. безпеки та оборони. — Режим доступу : http://www.rainbow.gov.ua
11. Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 21 квітня 2008 року Про заходи щодо реалізації національної антикорупційної стратегії та інституційного забезпечення цілісної антикорупційної політики : Указ Президента України № 414/2008 [Електронний ресурс] // Офіц. сайт Ради нац. безпеки та оборони. — Режим доступу : http://www.rainbow.gov.ua
12. Указ Президента України № 1101/2008 «Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 31 жовтня 2008 року «Про стан протидії корупції в Україні» [Електронний ресурс] // Офіц. сайт Президента Україны. — Режим доступа : http://www.president.gov.ua/ru/news/1599.html
13. Фурсов А. Государство, оно же корпорация / *А. Фурсов* // Эксперт Украина. — 2006. — 20 февр. [Электронный ресурс]. — Режим доступа : http://www.expert.ua/articles/8/0/1586/.
14. Калашников М. Рождение государств-мутантов. Государства-нации скоро заменят государства-корпорации. Ч. 1 [Электронный ресурс] / *М. Калашников*. — Режим доступа : www.km.ru/strategy/archive.asp?
15. Дубнов А. П. Коррупция как глобальная проблема современности [Электронный ресурс] / *А. П. Дубнов* // Владивостокский центр по изучению организованной преступности. — Режим доступа : http://crime.vl.ru/docs/konfs/ekat_1.htm
16. Гевелинг Л. В. Клептократия: Социально-политическое измерение коррупции и негативной экономики. Борьба африканского государства с деструктивными формами организации власти / *Л. В. Гевелинг*. — М. : Гуманитарий, 2001. — 590 с.
17. Гевелинг Л. В. Клептократия / *Л . В. Гевелинг*. — М. : Гуманитарий, 2001. — 592 с. ; Гевелинг Л. В. К политологической теории плутократии (основные и параллельные формы организации власти в странах Западной Африки) / *Л. В. Гевелинг* // Вестник Московского университета. Сер. 13. Востоковедение. — 1998. — № 3. — С. 21–37 ; Гевелинг Л. В. Теневая экономика. Формирование криминальных структур / *Л. В. Гевелинг* // Капитализм в Африке: особенности и противоречия развития. — М. : Наука, 1993. — С. 235–246 ; Гевелинг Л. В. Плутократия. Черты эталонной модели / *Л. В. Гевелинг* // Механизмы политической власти в странах Западной Африки. — М. : ИНФРА, 1991. — С. 72–88 ; Гевелинг Л. В. Парадоксы бюрократизации российского общества: между социализмом, капитализмом и паразитоценозом / *Л. В. Гевелинг* // Мировая экономика и международные отношения. – 1996. – № 12. — С. 99–106; Гевелинг Л.В. Феномен и механизмы деструктивного развития обществ переходного типа (к итогам дискуссии) / *Л. В. Гевелинг* // Восток. Афро-азиатские общества: история и современность. – 2000. – № 5. — С. 76–91. Гевелинг Л. В. Клептократия: Социально-политическое измерение коррупции и негативной экономики. Борьба африканского государства с деструктивными формами организации власти / *Л. В. Гевелинг*. — М. : Гуманитарий, 2001. — 590 с.; Гевелинг Л. В. Коррупционные формы политического финансирования: материальная основа распространения терроризма / *Л. В. Гевелинг* // Финансовый мониторинг потоков капитала с целью предупреждения финансового терроризма. — М. : Изд-во МНЭПУ, 2005. — С. 111–142; Гевелинг Л. В. Деструктивные формы организации власти (клептократия, лутократия, плутократия в политической жизни африканской страны) : курс лекций. Текстовое (символьное) электронное издание / *Л. В. Гевелинг*. — М. : ИСАА при МГУ, 2004.
18. Гевелинг Л. В. Деструктивные формы организации власти (клептократия, лутократия, плутократия в политической жизни африканской страны) : курс лекций. Текстовое (символьное) электронное издание [Электронный ресурс] / Л. В. Гевелинг. —

М.: Ин-т стран Азии и Африки МГУ, 2004. — Режим доступа: http://www.iaas.msu.ru/pubon_r.html
19. Распопов Н. П. Клиентарные отношения и бизнес-элиты в российской модернизации / *Н. П. Распопов, А. А. Сергунин* // «Коррупция в России: муниципальные, региональные, федеральные и международные аспекты». Аналитический доклад. Нижний Новгород: Центр социально-экономической экспертизы, Нижегородский государственный лингвистический университет имени Н. А. Добролюбова, 2000. – http://www.transparency.org.ru/CENTER/DOC/article_03_intr.doc.
20. Данилов А. Н. Социология власти: теория и практика глобализма / *А. Н. Данилов*. — Мн. : Университетское, 2001. — 447 с. — С. 142.
21. Федотова В. Г. Криминализация России. Автохтомный капитализм как реакция на правый радикализм / *В. Г. Федотова* // Свободная мысль. Теоретический и политический журнал. — 2000. — № 2. — С. 34–51.
22. Лунеев В. В. Криминогенная обстановка в России и формирование новой политической элиты / *В. В. Лунеев* // Социологические исследования. — 1994. — № 8–9. — С. 89–101.
23. Заславская Т. И. К проблеме институционализации неправовых социальных практик в России: сфера труда / Т. И. Заславская, М. А. Шабанова // Мир России. — 2002. — Т. 11, № 2. — С. 3–38, 7–8.

Аннотация

Дрёмин В. Н. **Институциональный кризис и криминализация власти в транзитивном обществе: политико-криминологический анализ.** — Статья.

В статье рассматриваются особенности преступности в постсоветских странах в 90-е годы, когда произошло институциональное разрушение общества. Рассматриваются перспективы развития государства в условиях ускоренной криминализации общества и проникновения преступности во власть. Обосновывается вывод о том, что слияние криминалитета и власти создает предпосылки для появления государства нового типа — криминального государства. Противостояние криминальной государственности рассматривается как первоочередная задача и одна из важнейших проблем глобального уровня.

Ключевые слова: преступность, власть, криминализация общества, криминализация власти, криминальное государство, противодействие криминализации государства

Анотація

Дрьомін В. М. **Інституційна криза і криміналізація влади в транзитивному суспільстві: політико-кримінологичний аналіз.** — Стаття.

У статті розглядаються особливості злочинності в пострадянських країнах у 90-ті роки, коли відбулося інституційне руйнування суспільства. Розглядаються перспективи розвитку держави в умовах прискореної криміналізації суспільства і проникнення злочинності у владу. Обґрунтовується висновок про те, що злиття криміналітету і влади створює передумови для появи держави нового типу — кримінальної держави. Протистояння кримінальної державності розглядається як першочергове завдання і одна з найважливіших проблем глобального рівня.

Ключові слова: злочинність, влада, крміналізація суспільства, криміналізація влади, кримінальна держава, протидія криміналізації держави

Summary

Dryomin V. N. **Institutional crisis and criminalization the authorities in the transitive society: political and criminological analysis.** — Article.

The article discusses the features of criminality in the post-Soviet countries in the 90s. The perspectives of a state development in the conditions of an accelerated criminalization of the society and the penetration of criminality into public authorities are approached. Arguments are brought for the conclusion that the merge of criminality and public authorities creates the prerequisites for the emergence of a new type of state — a criminal state. Opposing the criminal statehood is regarded as a top priority and one of the major global problems.

Keywords: crime, public authority, society criminalization, public authority criminalization, criminal state, countering the state criminalization

УДК 323.1

К. М. Вітман

КОНФЛІКТНІСТЬ ЕТНІЧНОСТІ ЯК ЗАГРОЗА ЕТНОПОЛІТИЧНІЙ СТАБІЛЬНОСТІ ДЕРЖАВИ

Поняття етнополітичної стабільності відносно нещодавно з'явилося у вітчизняній етнополітології в контексті теоретичних напрацювань етноконфліктології, формування теорії етнонаціональної або етнополітичної безпеки та вирішення практичних питань забезпечення злагоди та стабільності у сфері етнонаціональних відносин України. Відтак, ступінь наукової розробки поняття визначається переважно ступенем розробки етнополітичної проблематики в Україні в цілому. Однак цілісні наукові дослідження, присвячені феномену етнополітичної стабільності, почали з'являтися на пострадянському просторі відносно недавно в контексті осмислення конфліктогенного потенціалу етнічності.

В ході вивчення етнічності етнополітологи, етносоціологи та етнопсихологи дійшли висновку, що етнічність сама по собі є потужним конфліктогенним чинником. Цю особливість помітили ще дослідники примордіалістського напрямку: Е. Шилз, Е. Сміт, М. Новак, Л. Гумільов, які розглядали етнічність як об'єктивну складову людської природи, як біологічний зв'язок людини з етнічною спільнотою. Етнічні відмінності, етнічна свідомість, розуміння того, що «ми такі, а вони інші» [1], обстоювання інтересів своєї етногрупи призводять до конфлікту етнічних ідентичностей в міжетнічній взаємодії.

Досить часто етнічний конфлікт виникає під дією чинників позаетнічної природи: соціальних, економічних, політичних. Тому неодноразово здійснювалися спроби розглядати етнічний конфлікт виключно як соціальний, однак вони повно не відображали структуру, причини та зміст конфлікту за участю етнічного фактора, а відтак не могли стати основою для напрацювання ефективних стратегій його врегулювання. З іншого боку, врахування складного, багатовимірного феномена етнічності ускладнювало пошук політичних і правових механізмів врегулювання етнополітичних конфліктів.

© К. М. Вітман, 2010

В російській етноконфліктології спостерігаються активніші, ніж в українській, спроби розмежувати соціально-політичні конфлікти та конфлікти за участю етнічного фактора. Останні наділяються низкою особливостей:

— етнополітичні конфлікти найчастіше мають статусну природу й відбуваються навколо зміни статусу тієї або іншої етнічної групи;

— це більшою мірою конфлікти ідентичностей, аніж конфлікти інтересів (нові учасники частіше стають на сторону, з якою себе ідентифікують, їх позиція щодо конфліктного питання є здебільшого вторинною);

— поведінка учасників в етнополітичних конфліктах ірраціональна з огляду на високу емоційність поведінки;

— для них характерне домінування деструктивного початку над конструктивним (заворушення, теракти);

— етнополітичні конфлікти багатофакторні (причини їх виникненя полягають не лише в обмеженні культурних прав меншин, але й незадоволенні рівнем економічного розвитку регіону компактного проживання національної меншини);

— етнічність може маскувати політичну боротьбу між елітами держави [2)].

Останнє положення підтверджується тлумаченням етнічності в теоріях інструменталізму та конструктивізму. В межах інструменталізму будь-яка активність етнічних груп розглядається як цілеспрямована діяльність етнічних еліт у боротьбі за владу й привілеї. За відсутності необхідних передумов навіть політичні еліти можуть запустити процес актуалізації етнічної належності. Щоб здобути владу для реалізації власних політичних цілей, не обов'язково претендувати на неї демократичним способом на загальнонаціональному рівні. Можна здобути владу у створеній автономії або державі внаслідок пробудження етнічної свідомості національної меншини. Етнічні еліти спочатку звертаються до традицій, звичаїв, мови, популяризують їх, вказують на важливість етнічних ідентитетів [3]. Етнічність починає виконувати роль механізму інтеграції групи, формування її з представників, що усвідомлюють свою пов'язаність загальною історією, культурою, спільними інтересами і потребами. Члени етнічної групи починають усвідомлювати свої, відмінні від більшості інтереси та вимагати їх задоволення.

Політичні еліти інколи очолюють процес формування окремої етнічної належності, інколи запускають його як політичний проект. Відповідно до теорії конструктивізму, етнічність не є чимось наперед заданим, вона є результатом творення, в ході якого інтерпретуються відмінності між етносами. Фактично у конструктивізмі етнічність постає процесом конструювання уявних спільнот, який ґрунтується на усвідомленні об'єктивного зв'язку між членами спільноти. Це зв'язно репрезентують етнічні характеристики: єдина культура (мова, звичаї, релігія), спільне походження, історичне минуле. З теорії конструктивізму випливає, що

етнічність взагалі може бути сконструйована штучно на основі певних об'єктивних або вигаданих ознак (етнічних маркерів), нав'язаних певній групі осіб.

Конфліктність сконструйованої етнічності задається постійним переконуванням (в першу чергу через ЗМІ) представників уявної спільноти в об'єктивній інакшості, відмінності етногрупи від титульної нації або інших національних меншин за допомогою певних ознак (уявних або вигаданих). Відмінність етнічної ідентичності означає відмінність цілей та інтересів етногрупи від цілей титульної нації. Певні елементи конструювання етнічності простежуються в Україні на прикладі політизації етнічної належності русинської етнографічної групи. Її лідери апелюють до того, як разюче русинська мова відрізняється від української, яку давню та славетну історію мають русини, яка майже не має нічого спільного з українською історією. Тобто формують набір етнічних маркерів, які максимально віддаляють етногрупу від української нації.

Сконструйована політичними елітами етнічність набуває типових для будь-якої етнічності ознак. Як стверджують представники конструктивістського напрямку: немає значення реальна етнічність чи сконструйована, головне, що вона стає об'єктивною реальністю для членів конкретної етнічної групи у процесі цілеспрямованого впливу на них [4]. Російський етнопсихолог Г. Солдатова у своїх працях виокремлює такі ознаки етнічності:

— консервативність, етнічність завжди звернена до минулого (міфів, історії, героїчних здобутків, боротьби за незалежність);

— здатна мобілізувати сили і ресурси індивіда й групи, особливо у випадках загрози етнічній належності, виживанню етносу;

— стимулює солідарність і групову згуртованість;

— потенційно конфліктна, оскільки механізм її функціонування ґрунтується на принципі протиставлення «ми» й «вони» (чим актуальнішою для групи є етнічність);

— емоційна, гостро і непередбачувано реагує на зовнішній вплив;

— оскільки етнічність може бути актуалізована під зовнішнім впливом, отже, етнічність керована [5].

Російський етнополітолог В. Аксентьєв наголошував на важливості виявлення значущості етнічної складової у конфліктах між етногрупами. «В будь-якому конфлікті, в якому є етнічний компонент, переплітаються економічні, соціальні та інші лінії суперництва, мотиви участі у таких конфліктах будуть різними для різних прошарків етнічних груп. Оскільки соціальні конфлікти у сучасному світі мають багатофакторну природу, навряд чи правомірно говорити про етнічний конфлікт «в чистому вигляді» [6]. Дослідник пропонує використовувати як своєрідний маркер ідентифікацію щонайменше однієї зі сторін конфлікту — себе або противника в етнічних категоріях: «Якщо етнічний компонент є домінуючим, то хоча б одна зі сторін позначить себе або суперника в етнічних термінах (ми росіяни, вони чеченці, абхазці)». При цьому,

стверджує В. Аксентьєв, особливо важливо зафіксувати те, як ідентифікують один одного пересічні учасники конфлікту, які не намагаються з політичною метою закамуфлювати його суть [6]. Якщо вони в першу чергу ідентифікують себе як представників певної етнічної спільноти, то етнічний фактор у такому конфлікті домінуватиме над іншими. Відтак, в ході забезпечення етнополітичної стабільності у державі, в ході врегулювання подібних конфліктів необхідно виходити з урахування цієї особливості.

Відповідно до теорії різних типів етнічності російського соціолога Л. Дробіжевої, предметом аналізу будь-якої конфліктної взаємодії груп, в якій з'являється натяк на фігурування етнічного фактора, має бути аналіз стану етнічності. Дослідниця у своїх працях виділяє три різновиди етнічності: етнічний спокій, актуалізована та політизована етнічність [7]. У стані етнічного спокою етнічної групи більшість її представників не переймаються проблемами, пов'язаними із соціальним статусом, політичним, економічним становищем, можливостями культурного розвитку етнічної групи. Ці питання перебувають на периферії інтересів групи. В умовах соціально-економічної нерівності, проявів дискримінації за ознакою етнічної належності, невирішення проблем нормального функціонування етносу відбувається актуалізація етнічності.

Політизація етнічності розпочинається з усвідомлення елітою або ядром етносу того, що досягти покращення свого соціального, економічного становища або створення умов для етнокультурного розвитку можна лише за допомогою політичних засобів. Політичні еліти починають переконувати інших представників етногрупи у тому, що вирішити свої економічні, соціальні, культурні та інші проблеми вони зможуть, тільки висунувши ультиматум владі титульного етносу: змінити політичний статус (з етногрупи до національної меншини, з національної меншини до державотворчої нації), розширити представництво в системі влади (шляхом запровадження механізмів квотування) і управління, набути територіальної або екстериторіальної автономії. Як правило, в процесі політизації етнічності політичні еліти апелюють до дискримінованого становища етносу у державі. Тому й вимагають автономного статусу, збільшення фінансування або запровадження етнічного квотування для вирівнювання становища меншини у державі поряд з титульною більшістю.

За інформацією українського етнополітолога В. Картунова, 90 % конфліктів у державі за участю етнічного фактора виникають між більшістю та національними меншинами, незадоволеними своїм поточним становищем у державі, статусом, представництвом у владі, участю у процесі прийняття рішень [8]. Для підтримання етнополітичної стабільності держава змушена в процесі здійснення етнонаціональної політики гнучко реагувати на запити та вимоги національних меншин, запобігаючи процесу актуалізації та політизації етнічності, зважаючи на її конфліктогенний потенціал.

Етнополітологи закликають не перебільшувати значення соціально-економічних факторів у конфліктних ситуаціях між етногрупами. Абсолютна більшість з них не виникла б, якби на економічні, соціальні, політичні, територіальні причини не нашаровувався етнічний фактор. Водночас міжетнічні конфлікти, підсилені цілим комплексом економічних, соціальних, релігійних і культурних проблем, мають тенденцію до переростання у політичні конфлікти, набуваючи статусу етнополітичних. Будь-які конфлікти за участю етнічного фактора несуть у собі загрозу етнополітичній стабільності та етнополітичній безпеці, оскільки демонструють стійку тенденцію до переростання в етнополітичні.

В етнополітичному конфлікті конфронтуючі групи, діючи політичними методами, поляризують свою позицію за етнічною ознакою. Етнополітичний конфлікт — це різновид етнічного конфлікту, пов'язаний з політизацією етнічної належності. Зокрема, російський етнополітолог А. Аклаєв дає визначення етнополітичного конфлікту як зіткнення суб'єктів політики в їхньому прагненні реалізувати свої інтереси й цінності, пов'язані з досягненням або перерозподілом політичної влади, визначенням її символів, а також групового політичного статусу й пріоритетів державної політики, в якому етнічні відмінності стають принципом політичної мобілізації, і принаймні одним із суб'єктів є етнічна група [9].

Конфлікт за участю етнічного фактора може набути загрозливих для існування держави форм завдяки великому емоційному потенціалу етнічності, ірраціональності поведінки сторін, що конфліктують, та можливості швидкої консолідації всіх соціальних груп певного етносу за етнічною ознакою. Найбільша загроза держави з боку етнополітичного конфлікту полягає у тому, що він може призвести до її дезінтеграції. Найчастіше невдоволена національна меншина, яка провокує конфлікт, звертається за допомогою до етнічної батьківщини, яка стає на її захист. Відтак у етнополітичний конфлікт втягуються сусідні держави.

Найвдалішою ілюстрацією цього положення є Нагірно-Карабаський конфлікт. Підтримка Вірменією вірменської меншини в нагірно-карабаському регіоні, який територіально належав до Азербайджану, вилилася у війну між обома державами. Гострі етнополітичні та етнотериторіальні конфлікти провокують розвиток дезінтеграційних тенденцій навіть без участі у них сусідніх держав. Будь-яка держава, втягнена у внутрішні або зовнішні етнополітичні конфлікти, втрачає свої позиції на міжнародній арені. Відтак, держави, зацікавлені у недопущенні конфліктів за участю етнічного фактора, підтримують етнополітичну стабільність за допомогою механізмів та заходів, окреслених принципами етнонаціональної політики.

Етнополітична стабільність сучасних держав великою мірою залежить від своєчасного розв'язання проблем сфери етнонаціональних відносин, забезпечення вільного розвитку самобутності та задоволення прав національних меншин як рівноправних складових політичної нації, розвитку демократії, популяризації етнокультурного плюралізму, інтег-

рації мігрантів. Адже навіть поліетнічний склад населення може стати потенційною загрозою етнополітичній стабільності, оскільки наявність більше ніж однієї етноспільноти, в межах однієї держави означає можливість виникнення непорозумінь та конфліктів між ними на ґрунті етнічної ідентичності, підсиленої іншими факторами нерівності.

Історія містить безліч прикладів, як, нейтралізуючи конфліктогенний потенціал етнічності — намагаючись запобігти виникненню конфліктів за участю етнічного фактора, держава розпочинала боротьбу з поліетнічністю свого національного складу. А. Кіссе виокремив такі групи механізмів взаємодії держави з іноетнічним населенням. До насильницьких механізмів зараховуються історичні непритаманні для сучасного світу геноцид, етноцид, депортації, етнічні чистки. Прикладом етнічної чистки може слугувати операція «Вісла», здійснена Польщею у 1947 році. Метою операції було розпорошення і ослаблення української національної меншини. Операція полягала у депортації українців з етнічних територій проживання: Лемківщини, Підляшшя і Холмщини на захід та північ Польщі. Там вони втратили зв'язок з Україною та між собою і швидко асимілювалися.

До демократичних або консенсусних механізмів належать інтеграція національних меншин, надання їм національно-культурної автономії, територіальної автономії або запровадження федеративного устрою. До примусових — насильницька асиміляція, домінування титульної нації у всіх сферах життя держави, що спонукає представників меншини змінювати свою національну належність [10]. Останні механізми практикуються етнонаціональною політикою Азербайджану, яка полягає у відмові національним меншинам у реалізації їх прав шляхом примусової інтеграції в азербайджанську націю. Неофіційно оголошені потенційно загрозливими для етнополітичної безпеки та територіальної цілісності лезгіни та аварці мають дуже обмежені можливості для реалізації своїх етнокультурних прав в Азербайджані.

Таким чином держави перехідного періоду інколи надають перевагу політиці моноетнізації держави, вдаючись до примусових, недемократичних засобів зменшення кількості представників меншин на своїй території. При цьому на офіційному рівні констатується моноетнічність держави як довершений факт. Тому державою проводиться етнонаціональна політика, спрямована у першу чергу на задоволення потреб нації, а не меншин, оскільки їм відмовляється у самому факті перебування на території держави. Послуговуючись моноетнічністю як аргументом, влада відмовляється приймати законодавчу базу захисту прав меншин та ратифікувати відповідні міжнародні документи. Таку стратегію обрав Казахстан, констатуючи тенденцію моноетнізації держави, тобто досягнення в перспективі казахською нацією 90% та більше населення держави. І це при тому, що напередодні здобуття незалежності державою, під час перепису 1989 року, титульна нація навіть не становила більшості — 40,1 %. Частина національних меншин, в першу чергу ро-

сійськомовних, була змушена залишити Казахстан, інша частина асимілювалася.

Російські дослідники погоджуються з тим, що поліетнічні держави, такі як Росія, є поживним ґрунтом для виникнення етнічних конфліктів. Як стверджує Р. Бурцева, між різними етнічними групами в російському суспільстві дотепер існує величезна дистанція, що є причиною численних суперечностей. Відокремлення деяких етнічних груп в етнокультурні співтовариства, їх партикуляризація наражають на небезпеку цілісність держави. Ріст етнічної напруженості й загострення міжетнічних відносин, загрожуючи етнополітичній стабільності, стимулюють дезінтеграційні тенденції [11]. Однак Росія своєю етнонаціональною політикою демонструє, що не збирається жертвувати етнічним різноманіттям на користь етнополітичної стабільності.

В окремих пострадянських державах, на зразок Казахстану, Азербайджану, склалося хибне уявлення про ефективність недемократичних засобів нейтралізації конфліктогенної дії етнічного фактора, які полягають у асиміляції та інших механізмах тиску на представників національних меншин. Адже їх ефективність безперспективна. Поліетнічність слід трактувати не як загрозу, а як основу збереження етнополітичної стабільності, запоруку міжетнічного миру та злагоди. Гарантована державою кожному громадянину, незалежно від його етнічної належності, можливість реалізовувати свої права є найкращим запобіжником актуалізації конфліктогенної природи етнічності.

Література

1. Гумилев Л. Н. Этносфера: История людей и история природы / *Л. Н. Гумилев*. — М., 1993. — С. 294.
2. Политическая конфликтология / [под ред. С. Ланцова]. — С.Пб. : Питер, 2008. — С. 27.
3. Кривицька О. Конфліктний вимір етнонаціонального розвитку України / *О. Кривицька* // Політичний менеджмент. — 2005. — № 2. — С. 25.
4. Арбеніна В. І. Етнічність як предмет соціологічного аналізу [Електронний ресурс] / *В. І. Арбеніна*. — Режим доступу : www.sociology.kharkov. Ua/docs/chten_O/1arbenina/doc.
5. Солдатова Г. У. Психология межэтнической напряженности / *Г. У. Солдатова*. — М. : Смысл, 1998. — С. 200.
6. Авксентьев В. А. Этническая конфликтология: в поисках научной парадигмы / *В. А. Авксентьев*. — Ставрополь, 2001. — С. 113.
7. Этносоциология / *Ю. В. Арутунян, Л. Н. Дробижева, А. А. Сусоколов*. — М. : Аспект Пресс, 1998. — С. 84.
8. Картунов О. В. Вступ до етнополітології : [наук.-навч. посіб.] / *О. В. Картунов*. — К. : Ін-т етнополітики, управління та господарського права, 1999. — С. 125.
9. Аклаев А. Р. Этнополитическая конфликтология / *А. Р. Аклаев*. — М. : Дело АНХ, 2008. — С. 34.
10. Кіссе А. І. Етнічний конфлікт: теорія і практика управління. Політологічний аналіз : [монографія] / *А. І. Кіссе*. — К. : Логос, 2006. — С. 76.
11. Бурцева Р. В. Проблемное поле современной этнополитологии / *Р. В. Бурцева* // Без темы. — 2006. — № 1. — С. 42.

Анотація

Вітман К. М. **Конфліктність етнічності як загроза етнополітичній стабільності держави.** — Стаття.

Розглядається феномен етнічності, аналізується його конфліктогенна природа як потенційна загроза порушення етнополітичної стабільності держави. Вивчаються спроби постсоціалістичних держав нейтралізувати дію етнічного чинника.

Ключові слова: етнічність, етнополітична стабільність, етнічний конфлікт, національна меншина.

Аннотация

Витман К. Н. **Конфликтность этничности как угроза этнополитической стабильности государства.** — Статья.

Изучается феномен этничности, анализируется его конфликтогенная природа как потенциальная угроза нарушения этнополитической стабильности государства. Изучаются попытки постсоциалистических государств нейтрализовать действие этнического фактора.

Ключевые слова: этничность, этнополитическая стабильность, этнический конфликт, национальное меньшинство.

Summary

Vitman K. M. **Conflict of ethnicity as threat to ethnopolitical stability of the state.** — Article.

Ethnicity phenomenon is studied, its conflict essence as potential threat to ethnopolitical stability of the state is analyzed. Postsoviet states attempts to neutralize ethnic factor effect are studied.

Keywords: ethnicity, ethnopolitical stability, ethnic conflict, national minority.

УДК 342.726-053.6

Н. М. Крестовська

ЮВЕНАЛЬНА ПРАВОВА КУЛЬТУРА

Категорія правової культури є одною з найбільш досліджених у сучасній юридичній науці, незважаючи на те, що її відносно недавно (в 60-ті рр. XX ст.) було введено до наукового обороту. З існуючих методологічних підходів до вивчення правової культури суспільства найбільш точним видається аксіологічний. Так, наприклад, М. М. Вопленко говорить про правокультурність як особливий зріз або рівень правосвідомості, законності, законодавства та юридичної практики, а також правових установ, що характеризується їхньою відповідністю цінностям людської культури на певному етапі розвитку суспільства [2, с. 42—43].

Структурно правова культура визначається більшістю авторів як сукупність усіх позитивних правових явищ певного суспільства, що виражається у стані правосвідомості громадян і посадових осіб держави, рівнях досконалості чинного законодавства, законності і правопорядку, розвитку юридичної техніки, культури правотворчості та правозастосування.

Розмаїття правової культури, як правило, передається через її суб'єктну характеристику. За цим критерієм виокремлюють правову культуру особистості, соціальної або професійної групи, а також правову культуру суспільства. На наш погляд, усвідомлення багатства та специфіки цього явища буде неповною без звернення до змістовної сторони правової культури, зумовленої, серед іншого, галузевими особливостями та ціннісними орієнтаціями чинного права. Сучасна юриспруденція оперує поняттями конституційно-правової культури (Б. А. Страшун), кримінально-правової культури (В. В. Кулигін), культури прав людини (Л. І. Глухарева, О. А. Лукашева, Є. М. Павленко). Остання визначається як система знань, ціннісних орієнтацій та поглядів, психологічних почуттів, заснованих на визнанні та повазі гідності людини, її прав і свобод, а також практичних навичок та умінь по їх реалізації та захисту [8, с. 6]. Одним з компонентів культури прав людини, на наш погляд,

© Н. М. Крестовська, 2010

має бути визнана ювенальна правова культура (культура прав дитини), формування якої відбувається на межі XX–XXI століть. Обґрунтуванню та аналізу цієї наукової категорії присвячується ця стаття.

Ювенальна правова культура базується на усвідомленні, визнанні та прийнятті суспільством таких цінностей, як діти та дитинство. Цінність дітей, на відміну від дитинства (що сприймалось як хвороба, від якої слід якомога скоріше одужати), визнавалася і визнається будь-яким суспільством, але у традиційному суспільстві цінність дитини визначалася не її «дитячістю», а, у кращому випадку, сприймалась як свідоцтво повноцінності сім'ї, як безкоштовні робочі руки і, найголовніше, як страхування на майбутнє. У сучасному цивілізованому світі ціннісна прогалина між поняттями «дитинство» та «дитина» подолана. Дитина є цінною саме тим, що вона — дитина, що вона переживає період життя, який є унікальним. Дитинство за своєю природою, внаслідок свого інноваційного потенціалу та відкристості світу цінностей є, по суті, ідеальною моделлю буття людини. Тому сучасна філософська антропологія та соціальна філософія визначають гармонійно розвинуту особистість як людину, яка у дорослому стані зберегла найкращі риси дитини — відкритість світу та Іншому, довірливість, цікавість, здатність дивуватися, адпативність тощо.

На правовому рівні цінність дитини та дитинства знайшла відбиток у закріпленні не тільки захисту охорони прав дитини, але й визнанні дітей самостійними суб'єктами права, що є основною «заслугою» ратифікованої усіма державами світу Конвенції про права дитини. Принципово новий підхід світу дорослих до світу дитинства заснований на визнанні пріоритету запитів, інтересів, потреб дітей, самоцінності та суверенітету дитячої субкультури, прав дитини на особливе піклування та допомогу, на захист від насильства з боку дорослих, на перевагу при розподілі ресурсів суспільства, як у сприятливі, так і у важкі часи. Діти в першу чергу мають користуватися результатами успіхів людства і в останню — страждати від його невдач.

Ключовим моментом формування ювенальної правової культури сучасного суспільства є ювенальна правосвідомість. Ще на початку XX ст. Еллен Кей писала про те, що прорив у сфері прав дитини стане можливим тільки за умови формування нової правосвідомості: «Така свідомість зробить турботу про нове покоління, його виникнення, про догляд за ним і виховання його центральним завданням суспільства; навколо цього завдання будуть групуватися всі звичаї та закони, усі суспільні установи, воно стане точкою зору, з якої будуть обговорюватися всі інші рішення» [4, с. 2].

У свою чергу базовим елементом ювенальної правосвідомості є система знань про права дитини (якщо ширше — про правовий статус дитини), на що має бути орієнтоване як молоде покоління, так і, насамперед, дорослі. На сьогодні наукова концепція правового статусу дитини на пострадянському просторі вироблена зусиллями спеціалістів у сфері

ювенального права (В. І. Абрамов, Дж. ван Бюрен, Н. Є. Борисова, О. В. Бутько, О. І. Вінгловська, Л. Ю. Голишева, С. П. Коталейчук, Н. М. Опольська та ін.), популяризована численними навчальними посібниками. Але якщо можна говорити про наявність доволі високого наукового рівня ювенальної правосвідомості, то професійний її рівень залишає бажати кращого. Як правило, в ювенальному законодавстві обізнані лише працівники органів і служб у справах дітей та спеціальних установ для дітей, причому поінформованість не завжди означає готовність та уміння діяти у дусі ювенальної правової культури.

Відсутність спеціальної підготовки юристів (суддів, прокурорів, адвокатів тощо), які у своїй професійній діяльності покликані вирішувати «дитячі» питання, є визначальним чинником проблем у формуванні професійного «шару» ювенальної правової культури. Так, у ході реалізації проекту «Суд, дружній до дитини» (2008 р.) було виявлено, що судді місцевих судів слабко орієнтуються у процесуальних аспектах реалізації права дитини на участь у справах, які її стосуються, зокрема, не знають і тим більше не застосовують ратифіковану Україною Європейську конвенцію про здійснення прав дитини [11]. Як показують узагальнення судової практики, не враховується думка дитини при вирішенні таких питань, як визначення місця проживання дитини при розлученні батьків, призначення аліментів тощо [9]. Наведені факти говорять про залишки морально застарілого розуміння дитини як об'єкта, а не суб'єкта правових дій. Занепокоєння недостатньою поінформованістю про нормативні акти міжнародного ювенального права серед відповідних українських спеціалістів висловив Комітет ООН з прав дитини [5].

Звітуючи про виконання Україною Конвенції про права дитини, державні органи відзначають наявність ювенально-орієнтованих юридичних дисциплін у вищих навчальних закладах юридичного спрямування [7, с. 17]. Але це скоріше видання бажаного за реальне. Слід констатувати на сьогодні відсутність в Україні системи підготовки кадрів для правничої роботи з дітьми.

Доволі важко оцінити стан буденної ювенальної правосвідомості. Але окремі відомості принаймні про поінформованість дітей про свої права наявні. За даними всеукраїнського соціологічного дослідження 2000 р., від 10 до 30 % дітей шкільного віку не знали про наявність у них тих чи інших прав, причому найбільш слабкі знання були виявлені щодо особистих прав (на особисте життя, на захист від інформації, що шкодить благополуччю тощо). Найбільш поінформованими діти були щодо права на виховання у сім'ї, права на освіту, на використання рідної мови. Що стосується поінформованості в окремих соціальних групах дітей, то найменш поінформованими щодо усіх прав були діти у складній життєвій ситуації (діти-інваліди, діти-сироти, вихованці дитячих будинків, діти з неблагополучних сімей, діти-мігранти тощо) [6]. У 2008 р. експертні оцінки щодо обізнаності дітей про свої права були зроблені у ході дослідження «Стан застосування законодавства України в сфері

захисту прав дитини на рівні Херсонської області». За твердженнями експертів діти в основному були ознайомлені зі своїми правами, але не знали способів їх захисту. В основному підтверджують такий висновок і автори III та IV зведеної періодичної доповіді України щодо виконання Конвенції з прав дитини [3; 7, с. 11].

Освіта у сфері прав дитини відповідно до міжнародних ювенальних стандартів є одним із завдань сучасної держави. Інструментами ювенально-просвітньої діяльності мають стати навчальні дисципліни, соціальна реклама, державні, муніципальні та громадські організації. На сьогодні Конвенція ООН про права дитини вивчається учнями 5—9-х класів в межах курсів за вибором «Права дитини», «Грай за правилами», «Практичне право», «Громадянська освіта» тощо; учнями 9-го класу в межах обов'язкового курсу «Основи правознавства». Певну роль у просуванні знань про права дитини відіграють ЗМІ. Але особливо відзначимо роль державних інституцій в ювенально-виховній роботі. Зокрема, роз'яснення та пропаганда прав, свобод і законних інтересів дитини серед дітей та їх законних представників є частиною виконання державами-учасницями Конвенції про права дитини. У багатьох країнах ця функція покладена на омбудсмана з прав дитини, як правило, найбільш шанованого та авторитетного спеціаліста у сфері захисту прав дитини. В Україні така державна посада не передбачена законодавством, а до переліку функцій Уповноваженого Верховної Ради з прав людини просвітницька функція не входить.

Ювенально-правове виховання, як уявляється, має здійснюватися в тісній єдності з формуванням етичних і ціннісних настанов особистості. Адже ювенальна правосвідомість як, можливо, жодна інша відмітна своїм емоційно-психологічним компонентом. Феномен дитинства повинен бути переосмислений суспільством не тільки з позицій права, але й релігії, і моралі. Передусім, таким засадничим принципом ювенально-правового виховання має стати толерантність, що у заломленні до дитини означає прийняття її інакшості у порівнянні з дорослим, повагу до її гідності, готовність почути та врахувати її думку. Між тим сьогодні в Україні спостерігається поступове сповзання до середньовічних уявлень про дитину як про власність батьків, що, на жаль, ініціюється окремими організаціями, які у правах дитини вбачають загрозу традиційним релігійним та сімейним цінностям.

Освіта у сфері прав дитини має бути безперервною і орєнтованою не тільки на дітей, але й на їхніх батьків. Як видається, недооцінка цієї цільової аудиторії у пропаганді прав дитини є основною причиною успіху сьогоднішньої контрпропаганди з боку окремих кіл громадськості, які ратують за скасування ратифікації Україною Конвенції про права дитини та усього ювенального законодавства. Спотворене розуміння прав дитини як виключно вільної волі, що нібито дається дитині без будь-яких обмежень, призвело до деформації і так дуже тендітної та нерозвинутої ювенальної правосвідомості пересічних громадян України.

Ювенальна правова культура передбачає активну державну правову політику, насамперед, — удосконалення ювенального законодавства і ювенальних установ. Найважливішим кроком сучасних держав у цьому напрямку стало приєднання до Конвенції ООН з прав дитини, розробка на її основі інших регіональних і спеціальних міжнародних ювенальних стандартів. Принципи ювенального права в багатьох державах мають конституційний ранг. Так, наприклад, Конституція України в ст. 51 гарантує державну охорону дитинства, а ст. 52 декларує: рівність дітей у своїх правах незалежно від походження, а також незалежно від того, народилися вони в шлюбі або поза шлюбом; заборона будь-якого насильства над дитиною та її експлуатації, переслідування за такі дії; утримання і виховання дітей, позбавлених батьківського піклування, за рахунок держави; підтримку і заохочення благодійності щодо дітей.

Однак конституційного закріплення принципів ювенального права явно не досить для формування повноцінної ювенальної політики держави. На їхній основі має бути створене розгорнуте несуперечливе ювенальне законодавство. На сьогодні Україна має низку актів ювенального законодавства, серед яких — закони «Про охорону дитинства», «Про органи і служби у справах дітей і спеціальні установи для дітей», «Про соціальну роботу з дітьми й молоддю», «Про забезпечення організаційно-правових умов соціального захисту дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування», «Про основи соціального захисту бездомних громадян і безпритульних дітей». Ці закони становлять нормативний компонент ювенальної правової культури, який, попри все вищевказане, на сьогодні не є досконалим. Раз у раз акти ювенального законодавства демонструють застарілий підхід до дітей як до пасивного об'єкта зусиль держави, суспільства, сім'ї. Так, у Законі Україніи «Про соціальну роботу з дітьми та молоддю» діти фігурують як об'єкт соціальної роботи [10, ст. 4]. Кримінальне та кримінально-процесуальне законодавство України містить норми, які деякою мірою забезпечують підвищений захист дитини, яка перебуває в конфлікті із законом, але все-тки кримінальний процес щодо неповнолітніх залишається модифікацією загального кримінального процесу і тому має каральний і надто формалізований характер, не усуває стигматизації дитини і слабко впливає на її ресоціалізацію. Приватноправові галузі українського законодавства «пристосовані» до потреб дитини ще менше. Так, попри ратифікацію країною Європейської конвенції про здійсення прав дітей, вони не забезпечують повноцінну участь дитини у вирішенні справ, які її напряму стосуються.

Найбільшою ж проблемою в Україні залишається недосконалість ювенальних установ, у системі яких досі відсутні такі обов'язкові елементи, як ювенальні суди та омбудсман з прав дитини. Зазначимо, що об'єднана Європа давно уже перегорнула сторінку під назвою «Створення ювенальної юстиції» і переходить на принципово новий рівень створення юстиції, дружньої до дітей [12].

У підсумку зазначимо таке:

Ювенальна правова культура виступає як процес і результат усвідомлення суспільством цінності дитинства, визнання необхідності захисту прав дітей і сприяння їх соціалізації з використанням усього арсеналу правових засобів, наявних у певному суспільстві. Носієм ювенальної правової культури виступає як суспільство у цілому, так і окремі соціальні та професійні групи (діти, їх батьки, вчителі тощо), так і окремі індивіди.

Умови формування ювенальної правової культури українського суспільства уявляються як комплекс правотворчих, організаційних, просвітніх заходів, що включають: виховання дітей і дорослих у дусі поваги до прав дитини, удосконалення ювенального законодавства та імплементація міжнародних ювенальних стандартів, реформування системи ювенальних установ, підготовка фахівців для роботи в системі захисту прав дитини.

Ювенальна правова культура в Україні формується украй нерівномірно. Якщо можна констатувати певні успіхи у пропаганді прав дитини та правотворчій діяльності щод формування ювенального законодавства, то реформування інституційної оболонки ювенальної правової культури у вигляді спеціалізованих юридичних установ для дітей та кадрового корпусу правоохоронців, правозахисників та інших спеціалістів, покликаних для роботи з дітьми, явно гальмується. Пошук шляхів удосконалення ювенально-правової складової правової культури українського суспільства є напрямом для подальших наукових розвідок у цій царині.

Література

1. Альтернативний звіт про виконання Україною положень Конвенціїї про права дитини (2002–2008) : підготовлений громадськими організаціями України. — К., 2009. — 90 с.
2. Вопленко Н. Н. Правосознание и правовая культура : учеб. пособие / *Н. Н. Вопленко*. — Волгоград : Изд-во Волгогр. гос. ун-та, 2000. — 52 с.
3. Дослідження «Стан застосування законодавства України в сфері захисту прав дитини на рівні Херсонської області» [Електронний ресурс] // Соціопростір Херсонщини. — Режим доступу : http://www.socioprostir.org.ua/index.php?go=Pages&in=view&id=262.
4. Кей Э. Век ребенка / *Эллен Кей* ; пер. с нем. Е. Залога и В. Шахно ; под ред. и с предисл. Ю. И. Айхенвальда. — М. : Изд. Д. П. Ефимова, 1905. — XXX, 293 с.
5. Комітет з питань захисту прав дітей. Сорок п'яте засідання. Розгляд рапортів країн-учасників, поданих відповідно до статті 12 (1) Факультативного протоколу до Конвенції про права дитини щодо торгівлі дітьми, дитячої проституції й дитячої порнографії : Заключні спостереження: Україна CRC/C/OPSC/UKR/CO/1, 8 червня 2007 р. [Електронний ресурс] // Громадський моніторинг виконання Конвенції ООН про права дитини в Україні. — Режим доступу : http://childrights.in.ua/upload/CRC_OPSC_ConcludingObservations_Ukr.doc.
6. Котляр А. Діти: майбутнє й теперішнє / *Алла Котляр* // Дзеркало тижня. — 2002. — 1 черв.

7. Національний звіт «Зведена III та IV періодична національна доповідь про реалізацію Україною положень Конвенції ООН про права дитини» (2002—2006 рр.). — К. : Держ. ін-т розвитку сім'ї та молоді, 2007. — 176 с.
8. Павленко Е. М. Формирование культуры прав человека и конституционного правосознания в современной России : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.02 / *Е. М. Павленко*. — М., 2006. — 28 с.
9. Практика розгляду судами справ, пов'язаних із позбавленням батьківських прав, поновленням батьківських прав, усиновленням, установленням опіки та піклування над дітьми [Електронний ресурс] / *В. М. Барсукова, О. Є. Бурлай* // Верховний Суд України. Офіційний сайт. — Режим доступу : http://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf/81b1cba59140111fc2256bf7004f9cd3/a4d3352197ef027fc225764200351814?OpenDocument
10. Про соціальну роботу з дітьми та молоддю : Закон України від 21 черв. 2001 р. № 2558-III [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=2558-14.
11. Рєуцький К. Скільки «важить» думка дитини у польських та українських судах? [Електронний ресурс] / *Костянтин Рєуцький* // Перша юридична експертиза. — Режим доступу : http://flexp.com.ua/library/article/175/
12. Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child friendly justice (Adopted by the Committee of Ministers on 17 November 2010 meeting of the Ministers' Deputies at the 1098th session) [Electronic resourse] // Council of Europe. Committee of Ministers. — Access mode : https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?id=1705197&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383.

Анотація

Крестовська Н. М. **Ювенальна правова культура.** — Стаття.

У статті поставлена проблема ювенальної правової культури як складової культури прав людини. Надане визначення ювенальної правової культури та охарактеризовані основні її складові на прикладі сучасного українського суспільства.

Ключові слова: права дитини, ювенальна правова культура, культура прав людини, ювенальне законодавство, ювенальна правосвідомість.

Аннотация

Крестовская Н. Н. **Ювенальная правовая культура.** — Статья.

В статье поставлена проблема ювенальной правовой культуры как составляющей культуры прав человека. Дается определение ювенальной правовой культуры и охарактеризованы основные ее составляющие на примере современного украинского общества.

Ключевые слова: права ребенка, ювенальная правовая культура, культура прав человека, ювенальное законодавство, ювенальное правосознание.

Summary

Krestovska N. M. **Juvenile Law Culture.** — Article.

The problem of juvenile law culture as a component of human rights culture is raised in the article. A definition of the juvenile law culture is presented, and its components are characterised on the examle of modern Ukrainian society.

Keywords: rights of a child, juvenile law culture, human rights culture, juvenile legislation, juvenile law consciousness.

УДК 342.734

Г. І. Чанишева

РЕАЛІЗАЦІЯ ПРАВ ЛЮДИНИ У СФЕРІ ПРАЦІ ТА СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ: ПРОБЛЕМИ ТЕОРІЇ ТА ПРАКТИКИ

Проблематика реалізації прав людини у сфері праці та соціального забезпечення перебуває у центрі уваги сучасних дослідників-представників науки трудового права і науки права соціального забезпечення. Увагу науковців привернуто до вивчення закономірностей здійснення права на працю, інших трудових прав, права на соціальний захист, а також їхнього розвитку, охорони і захисту.

Вітчизняними та зарубіжними вченими здійснено чимало досліджень, присвячених соціальним та трудовим правам людини, в тому числі у порівняльно-правовому аспекті з міжнародними стандартами (В. Андріїв, С. Верланов, М. Бару, Н. Болотіна, Л. Гаращенко, С. Добрянський, В. Жернаков, В. Мармазов, О. Панкевич, С. Прилипко, П. Рабінович, Н. Раданович, В. Ротань, М. Феськов, М. Хавронюк, Н. Хуторян, Г. Чанишева, А. Чернобай, С. Шевчук та ін.; Д. Гом'єн, Б. Гросс, К. Джевіцкі, А. Ейде, Л. Зваак, В. Іваненко, В. Іваненко, С. Іванов, І. Кисельов, К. Краузе, С. Лібенберг, Р. Лівшиць, О. Лукашова, М. Лушнікова, А. Лушніков, О. Пашков, А. Розас, Д. Харріс, М. Шейнін, Е. Шишак та ін.).

Метою даної статті є висвітлення актуальних теоретичних і практичних проблем реалізації прав людини у сфері праці та соціального забезпечення, що досліджувалися у межах виконання плану науково-дослідної роботи кафедри трудового права та права соціального забезпечення «Правове регулювання трудових відносин і відносин у сфері соціального захисту в умовах ринкової економіки та його ефективність» на 2006—2010 роки.

Чимало юристів на Заході вважають, що соціальна функція трудового права не повинна замикатися тільки на охороні праці. У цей час виявляється ще один бік цієї функції — турбота про найбільш повне закріплення та послідовний розвиток прав людини у сфері праці. В робо-

© Г. І. Чанишева, 2010

тах з трудового права проблематиці прав людини приділяється усе більше уваги [1].

Зважаючи на особливу актуальність проблем забезпечення прав людини у сфері праці, вченими обґрунтовується доцільність виділення у системі трудового права самостійного правового інституту з відповідною назвою, норми якого закріплювали б індивідуальні та колективні трудові права, правові засоби їх забезпечення.

Основними завданнями сучасного трудового права слід вважати визнання і послідовний розвиток системи трудових прав і свобод, встановлення державних гарантій їх дотримання і захисту, регламентацію індивідуальних і колективних трудових відносин, в яких реалізуються індивідуальні та колективні трудові права працівників і роботодавців.

Основні трудові права і свободи людини є найважливішою складовою загальновизнаних принципів і норм міжнародного права та визначають рамки національного трудового права будь-якої демократичної країни.

Основні трудові права, закріплені в міжнародних актах, ратифікованих Україною, Конституції, Трудовому кодексі України, є правовою базою для інших похідних трудових прав працівника і роботодавця. Кожне основне трудове право реалізується через більш або менш велику сукупність норм, через певний інститут трудового права.

Основні трудові права працівника поділяються на дві групи прав, які мають різну правову природу: одні з них належать до категорії статутних і складають елементи правового статусу фізичної особи — працівника, інші ж є складовою змісту трудових правовідносин між працівником і роботодавцем. Враховуючи це, одна група прав безпосередньо випливає із Конституції, міжнародних актів, ратифікованих Україною, інших законодавчих актів, а друга — набувається в результаті поведінки працівника як сторони трудових правовідносин.

Трудовим правам, які мають загальні риси з іншими соціальними правами людини, водночас властиві ознаки юридичної своєрідності. Трудові права є менш універсальними і поширюються тільки на суб'єктів індивідуальних і колективних трудових правовідносин. Реалізація трудових прав залежить від рівня економічного розвитку і пов'язана з виконанням державою певних обов'язків у сфері соціальної політики. Деякі трудові права сформульовані у вигляді оціночних базових положень, наприклад, право на справедливі та сприятливі умови праці, право на справедливу і задовільну винагороду, що забезпечує гідне людини існування для неї самої та її сім'ї, та на додаткові засоби соціального забезпечення у разі необхідності. Серед основних трудових прав, закріплених у міжнародних актах, є мінімальні соціальні стандарти робочого часу, часу відпочинку, заробітної плати, охорони праці тощо. Їх реалізація у національній юридичній практиці потребує встановлення відповідних державних соціальних стандартів та соціальних гарантій. Основні трудові права конкретизуються в трудових правах, передбачених нормами різних галузевих інститутів (заробітної плати, робочого часу, часу відпо-

чинку, охорони праці та ін.). Норми, в яких закріплюються основні трудові права, є «каркасом», стрижнем, навколо якого групуються численні норми трудового законодавства.

Головною ознакою основних трудових прав є не звідність того чи іншого права до інших основних прав. Кожне основне трудове право є комплексним за своїм змістом і може бути розглянуто як сукупність більш дрібних прав (наприклад, право на справедливі та сприятливі умови праці, передбачене ст. 7 Міжнародного пакту про економічні, соціальні та культурні права, право на справедливі умови праці, закріплене у ст. 2 Європейської соціальної хартії (переглянутої)).

Основними тенденціями розвитку трудових прав на початку XXI ст. є такі: єдність приватних і публічних засад; посилення значення міжнародних стандартів трудових прав; новий комплексний підхід до трудових прав та їх правового опосередкування, створення умов для всебічного розвитку людської особистості; недопущення погіршення становища працівників порівняно з рівнем, передбаченим чинним законодавством, і заборона зловживання трудовими правами; визнання соціального діалогу працівників і роботодавців (їх представників) основним принципом реалізації трудових прав та свобод.

Порівняльно-правовий аналіз міжнародних трудових норм та законодавства України щодо основних трудових прав дозволяє дійти висновку, що законодавство України не повністю відповідає вимогам міжнародних трудових норм про основні трудові права, хоча в окремих випадках, зокрема, щодо захисту прав дітей та підлітків, містить навіть більш високі стандарти. Для забезпечення повної відповідності необхідно провести адаптаційну діяльність шляхом внесення змін та доповнень до Конституції України, актів чинного трудового законодавства, проекту Трудового кодексу України. Перелік основних трудових прав, закріплений у Конституції України, не відповідає повною мірою положенням Загальної декларації прав людини, Міжнародного пакту про економічні, соціальні та культурні права. Тільки окремі трудові права, які містяться у зазначених актах, відтворено у тексті Основного Закону. Зміст ст. 21 «Основні права працівника» проекту Трудового кодексу України необхідно привести у відповідність з положеннями ратифікованих Україною статей Європейської соціальної хартії (переглянутої) та іменувати її «Основні трудові права працівника» [2].

Одним з найважливіших прав людини у сфері праці є право на працю, яке реалізується у більшості випадків шляхом укладення трудового договору. Трудовий договір як багатозначне поняття слід розглядати: 1) як угоду про працю в якості найманого працівника; 2) як основну форму реалізації конституційних прав людини і громадянина на вільну працю, яка гарантує реалізацію інших індивідуальних і колективних трудових прав працівників; 3) як юридичний факт, що є підставою виникнення, існування у часі та розвитку індивідуальних та колективних трудових правовідносин; 4) як центральний інститут галузі та науки

трудового права; 5) як правову форму реалізації принципу свободи праці, що характеризує договірний порядок виникнення, зміни та припинення трудових правовідносин; 6) як юридичну форму підбору кадрів роботодавцем. У проекті Трудового кодексу України (ст. 11) передбачено ще одне значення трудового договору — як одного із способів регулювання трудових відносин. Закріплення у законопроекті ролі трудового договору як індивідуального регулятора трудових відносин свідчить про посилення договірних основ трудового права. Укладений у письмовій формі трудовий договір являє також собою і документ, на відміну від трудового правовідношення, що є теоретичною абстракцією.

У сучасний період трудовий договір виконує наступні функції, які виражають його цільове призначення: регулятивну, установчу, нормативну, соціальну, захисну. В умовах ринкової економіки особливе значення мають захисна та соціальна функції трудового договору [3].

Нормативну базу регламентації і забезпечення колективних трудових прав складають три групи джерел: міжнародно-правові акти всесвітнього рівня (акти ООН, МОП); акти регіонального рівня (Ради Європи, Європейського Союзу та ін.); акти національного законодавства. Останні повинні відповідати ратифікованим Україною міжнародним актам про права людини, в яких проголошено такі колективні трудові права як право працівників і роботодавців на свободу об'єднання, право працівників на участь в управлінні організацією, право працівників і роботодавців на колективні переговори, право працівників і роботодавців на укладання колективних договорів, право працівників на інформацію і консультації, право працівників і роботодавців на вирішення колективних трудових спорів (Європейською соціальною хартією (переглянутою) передбачено право працівників і роботодавців на колективні дії, включаючи право на страйк), право працівників отримувати інформацію та консультації під час колективного звільнення.

Зазначені права є колективними правами не тільки через те, що реалізуються колективними суб'єктами (організаціями роботодавців (їх об'єднаннями), колективами працівників, профспілками (їх об'єднаннями), первинними профспілковими організаціями та їх виборними органами, примирно-посередницькими органами з вирішення колективних трудових спорів та ін.). Колективний характер даних прав обумовлений також формою (порядком) їх реалізації як безпосередньо колективом працівників, так і через уповноважених представників. Водночас такі трудові права як право на працю, право на належні, безпечні і здорові умови праці, право на відпочинок та ін. залежно від суб'єктної ознаки та порядку реалізації є за своєю природою індивідуальними трудовими правами.

Реалізація колективних трудових прав не може ущемлювати індивідуальні трудові права працівника, знижувати закріплений законодавством їхній рівень. Індивідуальні та колективні трудові права є тісно взаємопов'язаними. Водночас в актах національного законодавства необхідно

не тільки закріпити зазначені права, а й передбачити чіткий механізм їхньої реалізації та захисту.

Конституція України, чинний КЗпП не закріплюють повний каталог колективних трудових прав відповідно до міжнародних трудових стандартів. КЗпП має й інші суттєві недоліки: закріплюючи те чи інше колективне трудове право, Кодекс обмежується його проголошенням, не передбачаючи механізму реалізації, правових наслідків порушення. Так, перелік основних трудових прав працівників, закріплений ст. 2 КЗпП, не відповідає повною мірою всесвітнім універсальним та європейським трудовим стандартам. Деякі права, передбачені у зазначеній статті, нині вже стосуються не сфери праці, а сфери соціального забезпечення (на матеріальне забезпечення в порядку соціального страхування в старості, а також у разі хвороби, повної або часткової втрати працездатності, на матеріальну допомогу в разі безробіття), а відтак не можуть бути віднесені до основних трудових прав. Закріплене у ст. 245 КЗпП право працівників брати участь в управлінні підприємствами, установами, організаціями не забезпечено механізмом його реалізації. Кодексом не передбачені колективні трудові права роботодавців.

Проект Трудового кодексу України у частині закріплення і забезпечення трудових прав, у тому числі колективних, має переваги перед чинним КЗпП. Так, закріплення фундаментальних трудових прав, зокрема заборони дискримінації у сфері праці, супроводжується встановленням способу його захисту (ст. 4 проекту Трудового кодексу України). В окремих статтях 21 і 26 закріплені основні права працівника і роботодавця, хоча не всі колективні трудові права, передбачені ратифікованими Україною міжнародними та європейськими актами про права людини, відтворено у тексті зазначених статей законопроекту.

Для забезпечення колективних трудових прав важливе значення має включення до проекту Трудового кодексу України окремої Книги шостої «Колективні трудові відносини», що є своєчасним і досить прогресивним кроком у розвитку національного трудового законодавства.

Реалізація працівниками, роботодавцями колективних трудових прав відбувається в рамках колективних трудових відносин як складової предмету трудового права. Колективні трудові відносини являють собою суспільні відносини, що виникають при реалізації їх сторонами (представниками) колективних трудових прав відповідно до чинного законодавства.

У зв'язку з цим розробникам законопроекту треба було чітко визначити поняття та види колективних трудових відносин, їхні сторони, представників інтересів працівників і роботодавців на різних рівнях, форми безпосереднього здійснення працівниками своїх прав у колективних трудових відносинах. Натомість, із редакції проекту Кодексу, рекомендованого до другого читання, із Книги шостої відповідні норми було виключено.

Належне законодавче забезпечення колективних трудових прав має важливе значення для подальшого розвитку соціального діалогу у сфері

праці. Норми, що регламентують відповідні відносини, виділено в окрему главу 1 «Соціальний діалог» Книги шостої проекту Кодексу. Саме сторони соціального діалогу (працівники і роботодавці) безпосередньо та через своїх представників реалізують колективні трудові права та кореспондуючі ним обов'язки. У зв'язку з цим виникає питання про співвідношення колективних трудових відносин і відносин із соціального діалогу у сфері праці. Останні реально існують у вигляді того чи іншого виду колективних трудових відносин, а саме поняття соціального діалогу видається доцільним розглядати як систему зазначених відносин.

Відносини із соціального діалогу мають різну галузеву природу, оскільки соціальний діалог відбувається не тільки у сфері застосування найманої праці, а охоплює широкий спектр питань соціальної сфери: питання зайнятості, оплати праці і доходів населення, підготовки і перепідготовки кадрів, соціального забезпечення, соціального страхування, охорони здоров'я, освіти, захисту громадян як споживачів та ін. Правове регулювання відносин із соціального діалогу здійснюється за допомогою норм трудового права, права соціального забезпечення, житлового, медичного, освітянського права та деяких інших галузей. У рамках трудових правовідносин працівник здійснює й інші соціальні права (зокрема, право на матеріальне забезпечення у разі безробіття, хвороби, повної або часткової непрацездатності), однак їх реалізація відбувається на підставі норм іншої галузі права — права соціального забезпечення. Тому Трудовим кодексом можуть регулюватися тільки відносини із соціального діалогу у сфері праці, які є трудовими за своєю галузевою природою, що узгоджується із змістом статей Кодексу, котрі визначають сферу дії трудового законодавства (ст. 2 «Відносини, що регулюються Трудовим кодексом України», ст. 6 «Регулювання трудових відносин» та ін.).

Відносини із соціального діалогу у сфері праці носять колективний характер не тільки через суб'єкту ознаку, а й через свій зміст, оскільки в них реалізуються колективні трудові права та інтереси сторін.

На думку експертів МОП, соціальний діалог може розглядатися як двосторонні відносини між роботодавцями та представниками працівників або між профспілками і організаціями роботодавців, в яких уряд бере участь прямо або опосередковано.

Видається доцільним визначити соціальний діалог у сфері праці у частині першій ст. 332 проекту Трудового кодексу України як систему колективних трудових відносин між працівниками, роботодавцями (їх представниками), органами виконавчої влади, іншими суб'єктами цих відносин, що виникають у процесі реалізації їх колективних трудових прав та інтересів.

Соціальний діалог здійснюється його сторонами у таких основних формах: формування і діяльність органів соціального діалогу; колективні переговори; укладення колективних угод і колективних договорів; взаємні консультації та інформування сторін соціального діалогу; участь

працівників та їх представників в управлінні організаціями; участь працівників у розподілі прибутку; участь представників працівників і роботодавців у досудовому або позасудовому вирішенні трудових спорів; здійснення сторонами контролю за виконанням зобов'язань, спільних рішень, інші форми, визначені законами, колективною угодою, колективним договором, локальним нормативно-правовим актом [4].

У п. 21 ст. 21 проекту Трудового кодексу України закріплюється право на захист своїх трудових прав, у тому числі в суді. Слід погодитися з І. В. Лагутіною, яка пропонує зазначене основне трудове право працівника сформулювати наступним чином — право на захист своїх трудових прав та інтересів [5]. На думку вченого, зазначене право включає як можливість звернення за захистом до юрисдикційного органу, так і можливість правомочної особи захищати належне їй право власними діями, зокрема, удаватися до способів самозахисту трудових прав. На нашу думку, доцільно було б сформулювати у п. 21 зазначене право як право на захист своїх трудових прав та інтересів, включаючи самозахист [6].

Захист трудових прав та інтересів працівників є сукупністю юрисдикційних та неюрисдикційних форм, організаційних, процедурних і процесуальних способів, матеріально-правових заходів, спрямованих на припинення і попередження порушень трудового законодавства, поновлення порушених трудових прав і відшкодування заподіяної внаслідок таких порушень шкоди.

Форму захисту трудових прав та інтересів працівників можна визначити як діяльність уповноважених органів, працівника або його представника (професійної спілки) із захисту трудових прав і законних інтересів, які виявляються у застосування передбачених законодавством способів і заходів, спрямованих на припинення і попередження порушень трудового законодавства, поновлення порушених трудових прав і відшкодування заподіяної шкоди.

Форми захисту трудових прав поділяються на два види: юрисдикційну та неюрисдикційну. Юрисдикці йна форма захисту трудових прав та інтересів є діяльністю передбачених законом органів (органів судової влади, органів з розгляду трудових спорів, органів з нагляду і контролю за додержанням законодавства про працю) із захисту порушених або оспорюваних прав та інтересів. У свою чергу юрисдикційні форми захисту трудових прав працівників поділяються на міжнародні та національні.

Неюрисдикційна форма захисту передбачає дії працівників із захисту трудових прав та інтересів, які здійснюються ними самостійно, без звернення до відповідних юрисдикційних органів. Йдеться про самозахист працівниками своїх трудових прав та інтересів, який здійснюється ними як індивідуально, так і колективно (зокрема, оголошення страйку). До неюрисдикційних форм захисту та інтересів працівників слід віднести і доюрисдикційне врегулювання трудового спору зусиллями його сторін.

Способи захисту трудових прав та законних інтересів можна визначити як сукупність дій, що застосовуються юрисдикційними органами, самою уповноваженою особою чи її представником (профспілкою, іншими представниками працівників) з метою захисту трудових прав і законних інтересів шляхом припинення і попередження порушень трудового законодавства, поновлення порушених чи оспорюваних трудових прав і відшкодування заподіяної шкоди.

У нормах законодавства України, що регулюють процес адаптації до законодавства ЄС, наголошується на необхідності проведення комплексних наукових досліджень з питань адаптації законодавства, зокрема, проведення порівняльно-правового дослідження відповідності законодавства України законодавству ЄС у певних визначених пріоритетних сферах. Зокрема, щодо трудового права України такими пріоритетними сферами на початковому етапі адаптації є охорона праці та свобода руху працівників. Для проведення адаптаційного аналізу в галузі трудового законодавства необхідно з'ясувати, насамперед, що становить трудове право ЄС, і які чинники вплинули і впливають на його розвиток.

Систему трудового права ЄС становлять норми, що регулюють індивідуальні та колективні трудові відносини. До інститутів індивідуального трудового права належать:

— свобода пересування працівників;
— рівноправ'я чоловіків і жінок;
— трудовий договір;
— робочий час та час відпочинку;
— оплата праці;
— правове регулювання зайнятості;
— охорона праці та виробнича гігієна;
— професійна підготовка, перепідготовка та підвищення кваліфікації працівників.

До інститутів колективного трудового права належать:

— соціальне партнерство та соціальний діалог;
— захист прав працівників у випадку колективних звільнень;
— захист прав працівників у випадку банкрутства та зміни власника підприємства;
— участь працівників в управлінні виробництвом, право на інформацію та проведення консультацій;
— правове регулювання проведення переговорів та укладання угод на європейському рівні;
— правове регулювання статусу об'єднань профспілок на європейському рівні та інших організацій представництва працівників;
— правове регулювання статусу об'єднань роботодавців на європейському рівні [7].

Серед соціальних прав людини і громадянина важливе місце займає право на соціальний захист, передбачене ст. 46 Конституції України. Основні засади зазначеного права зводяться до того, що усі без винятку

громадяни України мають право на соціальний захист; основою такого захисту є соціальне забезпечення; підставою соціального забезпечення є передбачені законом соціальні ризики; гарантіями забезпечення цього права є загальнообов'язкове державне страхування за рахунок страхових внесків громадян, підприємств, установ і організацій, а також бюджетних та інших джерел соціального забезпечення і створення мережі державних, комунальних, приватних закладів для догляду за непрацездатними; пенсії, інші види соціальних виплата та допомог, що є основним джерелом існування, мають забезпечувати рівень життя, не нижчий від прожиткового мінімуму, встановленого законом.

Сучасні умови ринкової економіки потребують від людини активних дій щодо особистого соціального захисту. Держава повинна створити їй економічні та правові умови для забезпечення гідного життя власною працею; використання нових стимулів до праці і економічної діяльності; створення цивілізованих механізмів розподілу доходів (акціонерні та інші форми участі населення в розподілі прибутків, соціальний діалог, недержавне пенсійне забезпечення та ін.); формування економічної системи самозахисту і вирівнювання стартових можливостей за допомогою цивільного законодавства.

Соціальне забезпечення — це поєднання системи державного і недержавного матеріального забезпечення і соціального обслуговування в індивідуальній формі фізичних осіб, які перебувають складних життєвих обставинах, на зазначених у законі або договорі умовах зі спеціально створених для цього фондів; вони ґрунтуються на перерозподілі частини валового національного продукту з метою вирівнювання доходів різних верств населення і забезпечення соціальної злагоди у суспільстві.

Соціальне забезпечення виконує такі функції: соціальну; економічну; виробничу; реабілітаційну; політичну; демографічну; виховну.

В основу юридичного механізму соціального забезпечення покладено категорію соціального ризику. Соціальні ризику можна визначити як такі події в житті людини, за яких виникає небезпека втрати матеріальних засобів для задоволення її першочергових (базових) потреб, необхідних для збереження і відтворення повноцінного життя як члена людського суспільства.

У більшості країн склалися три основні форми соціального забезпечення: соціальне страхування, соціальне забезпечення за рахунок державних коштів та соціальна допомога.

Основними формами соціального забезпечення в Україні є: 1) загальнообов'язкове державне соціальне страхування; 2) державна соціальна допомога; 3) спеціальний соціальний захист; 4) додатковий соціальний захист; 5) недержавне соціальне забезпечення.

До додаткового соціального захисту належить соціальний захист дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, сутність якого полягає у встановленні на законодавчому рівні додаткових заходів соціального захисту з боку держави (на додаток до загальних умов

захисту дітей) цієї категорії дітей та осіб з їх числа, у встановленні додаткових гарантій та наданні додаткових пільг щодо працевлаштування, набуття освіти, медичного обслуговування, забезпечення житлом, а також отримання непрямих соціальних послуг.

Соціальний захист дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, є системою гарантованих державою економічних, юридичних, фінансових та організаційних заходів щодо повного державного забезпечення відповідно до державних соціальних стандартів і отримання передбачених законодавством пільг для задоволення їх життєво необхідних потреб і створення умов для нормальної життєдіяльності [8].

Українська держава визнає одним з пріоритетних напрямків своєї соціальної політики правовий та соціальний захист інвалідів, у тому числі дітей-інвалідів. Теоретичні дослідження сутності поняття «соціальний захист» дали змогу дійти висновку, що соціальний захист є практичною діяльністю з реалізації основних напрямків соціальної політики, однією з найважливіших функцій держави. Соціальний захист можна поділити на загальний і спеціальний. Загальний соціальний захист передбачає діяльність держави та інших органів, визначених законодавством, щодо забезпечення основних соціальних та інших прав громадян, а спеціальний означає спеціальну систему стабілізації особистості, соціальної групи, що потребує через ті чи інші причини особливої турботи і допомоги. Дітям-інвалідам повинен забезпечуватися спеціальний соціальний захист [9].

В Україні триває пенсійна реформа, запроваджена законами України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування» та «Про недержавне пенсійне забезпечення». Якщо за раніше чинним законодавством пенсія надходила з одного джерела і становила державну пенсію у вигляді твердого відсотку заробітку залежно від стажу роботи, але, за загальним правилом, не більше 75 % від середнього заробітку особи, то нова пенсійна системи складається з трьох рівнів: перший рівень — солідарна система, другий — накопичувальна система, третій — система недержавного пенсійного забезпечення. Таким чином, пенсія особи має складатися з трьох частин, кошти для кожної структурної частини накопичуються і виплати здійснюються за спеціальними умовами [10].

Закон України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування» передбачає запровадження системи пенсійного страхування, яка базуватиметься на чіткому розподілі матеріального забезпечення в старості залежно від трудової участі громадян у здійсненні соціального внеску до системи пенсійного страхування.

Література і примітки

1. Human rights and labour law. — London, 1993 ; Byre A. Human rights at the workplace / *A. Byre*. — London, 1988.

2. Краснов Є. В. Основні трудові права: міжнародні стандарти і законодавство України : дис. ... канд.. юрид. наук / *Є. В. Краснов*. — О., 2008.
3. Римар Б. А. Види трудового договору за законодавством України : дис. ... канд. юрид. наук / *Б. А. Римар*. — О., 2009.
4. Трюхан О. А. Організаційно-правові форми соціального діалогу у сфері праці : дис. ... канд. юрид. наук / *О. А. Трюхан*. — О., 2006.
5. Лагутіна І. В. Форми захисту трудових прав працівників : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / *І. В. Лагутіна*. — О., 2007. — С. 14.
6. Про самозахист як особливу неюрисдикційну форму захисту індивідуальних і колективних трудових прав працівників див. докл.: Лагутіна І. В. Форми захисту трудових прав працівників : дис. ... канд. юрид. наук / *І. В. Лагутіна*. — О., 2007. — Підрозд. 3.1. Поняття та галузеві ознаки самозахисту працівниками своїх трудових прав; підрозд. 3.2. Способи та межі самозахисту працівниками своїх трудових прав та інтересів.
7. Право Європейського Союзу. Особлива частина : навч. посіб. / за ред. М. Р. Аракеляна, О. К. Вишнякова. — К. : Істина, 2010. — Розд. 12. Трудове право / Г. І. Чанишева, О. М. Дарморис. — С. 314–350.
8. Потопахіна О. М. Соціальний захист дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування : дис. ... канд.. юрид. наук / *О. М. Потопахіна*. — О., 2008.
9. Тарасенко В. С. Поняття та форми соціального захисту дітей-інвалідів / *В. С. Тарасенко* // Актуальні проблеми держави і права : зб. наук. пр. — О., 2008. — Вип. 37. — С. 71–75.
10. Про основні етапи пенсійної реформи див.: Сирота І. М. Реформування системи соціального страхування та пенсійного забезпечення України / *І. М. Сирота* // Актуальні проблеми держави і права : зб. наук. пр. — О., 2008. — Вип. 37. — С. 13–17.

Анотація

Чанишева Г. І. **Реалізація прав людини у сфері праці та соціального забезпечення: проблеми теорії та практики.** — Стаття.

У статті висвітлюються актуальні теоретичні і практичні проблеми реалізації прав людини у сфері праці та соціального забезпечення, що досліджувалися у межах виконання плану науково-дослідної роботи кафедри трудового права та права соціального забезпечення «Правове регулювання трудових відносин і відносин у сфері соціального захисту в умовах ринкової економіки та його ефективність» на 2006–2010 роки.

Ключові слова: трудове право; право соціального забезпечення; основні трудові права; право на працю; право на соціальний захист; соціальний діалог; форми захисту трудових прав

Аннотация

Чанышева Г. И. **Реализация прав человека в сфере труда и социального обеспечения: проблемы теории и практики.** — Статья.

В статье освещаются актуальные теоретические и практические проблемы реализации прав человека в сфере труда и социального обеспечения, которые исследовались в рамках выполнения плана научно-исследовательской работы кафедры трудового права и права социального обеспечения «Правовое регулирование трудовых отношений и отношений в сфере социальной защиты в условиях рыночной экономики и его эффективность» на 2006–2010 годы.

Ключевые слова: трудовое право; право социального обеспечения; основные трудовые права; право на труд; право на социальную защиту; социальний диалог; формы защиты трудовых прав.

S u m m a r y

Chanysheva G. I. **Realization of human rights in the sphere of labour and social security: problems of theory and practice.** — Article.

Actual theoretical and practical problems of realization of human rights in the sphere of labour and social security are highlighted in the article, which were researched during fulfilment of the plan of scientific research work of the department of labour law and social security law «Legal regulation of labour relations and relations in the social security sphere in conditions of market economy and its effectiveness» for 2006–2010.

Keywords: labour law; law of social security; fundamental labour rights; right for labour; right for social protection; social dialog; forms of defense of labour rights.

УДК 351.713 (477)

Є. В. Додін

ЗМІСТ ПРАВООХОРОННОЇ ФУНКЦІЇ МИТНИХ ОРГАНІВ УКРАЇНИ

Підвищення ефективності протидії контрабанді та порушенням митних правил органами митної служби каталізувало існуючу значний час думку щодо необхідності надання органам цієї служби статусу «правоохоронних органів» [1; 2]. Оскільки вважається, що він підкреслює особливу їх роль та значення у структурі державного апарату, особливі пільги та преференції для службовців цих органів, а в деяких випадках й для членів їх сімей. Тому прагнення набути такого статусу митними органами вже довгий час в тій чи іншій мірі порушується в науковій та публіцистичній літературі. До обговорення цього питання залучалися також й фахівці митної служби. Причому з кожним роком це прагнення становилося все наполегливішим, оскільки його апологети вважали, що з набуттям цього статусу автоматично підвищиться імідж митної служби у суспільстві.

На жаль, вони забули про те, що імідж створюється не шляхом набуття того чи іншого «статусу», не шляхом включення того чи іншого суб'єкта до кола тих, що мають відповідний «статус», а, насамперед, оптимальним виконанням покладених на них завдань з чітким дотриманням вимог закону та забезпечення прав громадян, як це вимагає ст. 3 Конституції України. Хоча формально законодавець вже давно визнав митні органи — правоохоронними органами. Також він розповсюдив особливі пільги та особливий захист життя, здоров'я, гідності та честі, що притаманні співробітникам правоохоронних органів, на митних службовців. По-перше, це вже було зроблено в офіційному документі, який був зареєстрований в Міністерстві юстиції України 26 лютого 1997 р. за № 54/1858. Мова йде про спільний Наказ Міністерства внутрішніх справ України, Генеральної прокуратури України, Служби безпеки України, Державного комітету у справах охорони державного кордону України, Державної митної служби України, Державної податкової ад-

© Є. В. Додін, 2010

міністрації України № 3/1/2/5/2/2 від 9 січня 1997 р. «Про затвердження Інструкції про порядок використання правоохоронними органами можливостей НЦБ Інтерполу в Україні у попередженні, розкритті та розслідуванні злочинів», у примітці до ст. 1 якої визначений перелік органів, служб та інших державних структур, що відносяться до кола правоохоронних, а саме: Міністерство внутрішніх справ, Генеральна прокуратура, Служба безпеки, Держкомкордон, Державна митна служба та Державна податкова адміністрація України.

По-друге, було визначено Законом України «Про державний захист працівників суду і правоохоронних органів» [3], у ст. 1 якого було закріплено, що він встановлює систему особливих заходів державного захисту працівників суду і правоохоронних органів від перешкоджання виконанню покладених на них законом обов'язків і здійсненню наданих прав, а так само від посягань на життя, здоров'я, житло і майно зазначених осіб та їх близьких родичів у зв'язку із службовою діяльністю цих працівників. А у ст. 2 визначено, що правоохоронні органи — органи прокуратури, внутрішніх справ, служби безпеки, військової служби правопорядку у Збройних силах України, **митні органи**, органи охорони державного кордону, органи державної податкової служби, органи і установи виконання покарань, слідчі ізолятори, органи державної контрольно-ревізійної служби, рибоохорони, державної лісової охорони, інші органи, які здійснюють правозастосовчі або правоохоронні функції[1].

Більш того, Пленум Верховного Суду України у своїй постанові № 10 від 18 червня 1999 р. «Про застосування законодавства, що передбачає державний захист суддів, працівників суду і правоохоронних органів та осіб, які беруть участь у судочинстві», розглянувши матеріали узагальнення судової практики у справах про посягання на життя, здоров'я, гідність, житло і майно суддів, працівників суду і правоохоронних органів та осіб, які беруть участь у судочинстві, висловив занепокоєння з приводу того, що керівництво органів, що були вказані у Законі (у тому числі було визначено й керівництво митної служби), не вживають належних заходів щодо втілення його вимог щодо організації дієвого захисту (ст. 1 ч. II).

До речі, на наш погляд, це зауваження Верховного Суду України відносно ставлення керівництва митної служби України до забезпечення безпеки (у широкому розумінні) своїх співробітників, членів їх сімей, їх майна та інших матеріальних благ слід вважати досить обґрунтованими.

Кримінальна та адміністративно-каральна практика свідчить про те, що загроза життю, здоров'ю, майну та іншим благам митників не знижується, й це обумовлено не стільки недофінансуванням передбачених цим законом заходів, скільки недбалим використанням для цього власних існуючих можливостей, притаманних цій системі. В її структурі

---

[1] Пункт 1 ч. 1 ст. 2 із змінами, внесення згідно із законами від 11 грудня 1998 р. № 312-XIV, від 15 травня 2003 р. № 743-IV, від 14 квітня 2009 р. № 1254-VI.

створені підрозділи, які могли б у повному обсязі забезпечити захист життя, здоров'я та майнових інтересів митників та членів їх сімей — це підрозділи внутрішньої безпеки та митної варти, сама назва яких говорить щодо такого їх використання. Але діяльність першого підрозділу, відповідно до Примірного положення про нього, головним чином спрямована на боротьбу з корупцією у митних органах [4], а призначенням другого, як це встановлює Примірне положення про службу (відділ) митної варти, є боротьба з порушеннями митних правил поза пунктами пропуску на державному кордоні (митному кордоні) України, охорони територій, будівель, споруд та приміщень митних органів, охорони та супроводження товарів та транспортних засобів, забезпечення охорони зон митного контролю [5]. Тобто існуючі ці та інші спеціалізовані структурні підрозділи взагалі повинні виконувати вимоги цього закону, тому в жодному звіті про діяльність цих структур взагалі не згадується така їх робота. Дійсно, на перший погляд, всі підстави для того, щоб визнати митні органи правоохоронними, а їх співробітників — співробітниками правоохоронних органів. Однак цей напрямок діяльності митної служби, що, незважаючи на значний обсяг так званої «правоохоронної роботи» (у вузькому значенні — це боротьба зі злочинами та іншими правопорушеннями (насамперед із так званими адміністративними проступками) або підтримання громадського порядку (патрулювання в громадських місцях, контроль за проведенням масових заходів) [6] й на існуючу тенденцію її розширення та ускладнення, не є суттєвою ознакою української митниці та її підрозділів, яка визначає її місце у структурі державного апарату України.

Митна служба — це багатофункціональна і багатоцільова державна структура: це виконання фіскальних, регулятивних функцій, міжнародного співробітництва тощо. Про це свідчать думки експертів Всесвітнього банку, які для характеристики змісту діяльності цієї системи, одному з розділів своєї об'ємної роботи «Керівництво з модернізації митної служби» дали назву «Функції митних органів». Так автори цього розділу визначають, що кожна митна служба повинна: збирати значні суми у вигляді податків, захищати внутрішнього виробника, забезпечувати безпечне проходження вантажів, припиняти спроби ввезення до країни недозволених та небезпечних виробів і матеріалів (наприклад, зброї або прострочених медикаментів), протидіяти наркоторгівлі, слідкувати за додержанням законів та правил, прийнятих згідно зі Статутом Світової торговельної організації. Передбачається, що, виконуючи вищезгадані функції, митні органи будуть діяти достатньо ефективно (тобто результативно) і кваліфіковано (з найменшими витратами для національного бюджету та спільнот, що торгують) та не створювати зайвих перешкод вільному руху вантажів через кордон.

Отже, залежно від місця митної системи в структурі держави, а воно не є стабільним (так поширюється передача функції організації митної справи до недержавних структур — Республіка Болгарія, Ангола тощо,

однак навряд чи у ближчі роки цей процес стане безповоротним), визначення її призначення та інших факторів, перелік функцій цієї системи, їх зміст, засоби, методи, заходи їх реалізації можуть зазнати значних змін. Так, порівнюючи МКУ 1991 та МКУ 2002 років, можна звернути увагу на значне розширення функцій в сучасний період (що, насамперед, обумовлене завершенням переходу до сфери зовнішньоекономічних відносин з адміністративно-командного їх регулювання до ринкових; втіленням у практику митної діяльності держави міжнародних митних норм, правил і стандартів та впливу значного кола інших суб'єктивних та об'єктивних факторів). Так з'явилися інформаційна, регулятивна функції, функція міжнародного співробітництва. Одночасно у світі проходить корегування об'єму та змісту історично визначених функцій, форм, методів, засобів та заходів їх реалізації. Навіть при законодавчому визнанні існування традиційно притаманних функцій може проходити зміна їх ролі та місця в колі повноважень митних органів.

Митні органи виникли як фіскальні організації, вони й досі своєю головною метою бачать отримання мит та митних зборів. В деяких країнах (Кувейт — 71,5 %; Багамські Острови — 50,1 %; С'єрра-Леоне — 50 %) ці надходження формують значну частину бюджету (як відомо, в 2010 р. в Державний бюджет України надійшло приблизно 85,5 млрд грн митних платежів (за минулий рік 83,1 млрд грн) [7].

Дійсно, деякі країни, які все більш стурбовані питанням безпеки, вводять митну службу у систему протидії злочинності (США — Департамент внутрішньої безпеки; Канада — Міністерство суспільної безпеки та надзвичайних ситуацій). Але залежність бюджету цих країн від фіскальної митної діяльності практично 1—2 %. Тобто статус митних органів пов'язаний із визначенням їх головних завдань, а вони є пріоритетними не тільки у чинний час (про що свідчить наказ ДМСУ), достатньо ознайомитися з планом впровадження першочергових заходів з реалізації концепції реформування діяльності митної служби України «Обличчям до людей», як стане свідомо, що він зовсім не зорієнтований на підвищення якості її правоохоронної діяльності, причому ДМСУ наполегливо підтримує прийняття Законів України «Про внесення змін до Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» (щодо надання митним органам права здійснювати оперативно-розшукову діяльність) та Закон України «Про внесення змін до Кримінально-процесуального кодексу України (щодо надання митним органам права досудового слідства у справах про контрабанду). Але й зостануться такими найближчі роки, як про це стверджує Концепція реформування діяльності митної служби України, що була затверджена ДМСУ 29 жовтня 2010 р., «Обличчям до людей». Відмітивши у її вступній частині те, що Концепція зазначила, що «державний контроль продукції — діяльність митних органів із забезпечення відповідності продукції, що ввозиться на митну територію України для вільного обігу, встановленим вимогам, а також забезпечення відсутності загроз від такої продукції суспільним інтересам. Але

у той же час не можна забувати про те, що без належного здійснення правоохоронної функції митним органам дуже важко, а часом і неможливо, виконати інші, у тому числі, й головні завдання, що стоять перед ними. До того ж слід враховувати специфіку правоохоронної діяльності митників, на жаль, вона зосталася поза увагою вчених у зв'язку із чим правоохоронна діяльність митної служби ототожнюється з такого роду діяльністю інших державних органів. Акцентування на цій специфіці дає підставу для розробки адекватних пропозицій щодо оптимізації правоохоронної діяльності митних органів. Загальні рекомендації, яких є дуже багато в науковій літературі, лише опосередковано можуть впливати на покращення стану цього виду діяльності митних структур. Треба абстрагувати від визначення правоохоронної справи митників як однопорядкових форм діяльності інших органів, й зосередитися на підкресленні її специфіки.

Вона, на наш погляд, полягає: по-перше, у її змісті: згідно зі ст. 101 Кримінально-процесуального кодексу України, митні органи є органами дізнання у справах про контрабанду, відповідно до розділу XIX МК України митні органи здійснюють провадження у справах про порушення митних правил, вони є суб'єктами міжнародного співробітництва з питань проведення спільних заходів, спрямованих на запобігання, виявлення і припинення контрабанди та порушень митних правил (ст. 318 МК України). Її зміст дещо розширився у зв'язку з прийнятим у грудні 2010 р. Закону України «Про державний ринковий нагляд і контроль нехарчової продукції» [8], який поклав на митні органи виконання ще одного напрямку правоохоронної діяльності, який досі ще не був визначений у чинному законодавстві, що регулювало сферу митної справи. У ст. 1 «Визначення термінів» вказано, що державний контроль продукції — діяльність митних органів із забезпечення відповідності продукції, що ввозиться на митну територію України для вільного обігу, встановленим вимогам, а також забезпечення відсутності загроз від такої продукції суспільним інтересам.

Надання таких повноважень митним органам значно змінює зміст та характер їх правоохоронних повноважень.

По-друге, у багатоманітності правових підстав її здійснення:

а) національні підстави: матеріальні та процесуальні кодекси України, закони, акти президента держави, Кабінету Міністрів України;

б) відомчі акти: Держмитслужби, Адміністрації прикордонної служби, Міністерства фінансів та інших центральних органів виконавчої влади;

в) акти судових органів: Постанови Пленуму Верховного Суду України, Вищого адміністративного суду тощо;

г) міжнародні конвенції з питань митної справи (Міжнародна конвенція про взаємну адміністративну допомогу у відверненні, розслідуванні та припиненні порушень митного законодавства від 9 червня 1977 р.), міжнародні конвенції про посилення боротьби з міжнародною злочинні-

стю, оскільки митна злочинність є структурною часткою міжнародної злочинності, багатосторонні та двосторонні угоди (КМУ, ДМСУ тощо).

По-третє, у методиках, заходах та засобах здійснення («контрольована поставка», «проведення спеціальних операцій», «застосування спеціальних заходів» тощо).

По-четверте, форми та методи організації її здійснення: отримання інформації від відповідних структур; взаємодія при проведенні операцій при протидії митній злочинності, проведення спільних операцій тощо.

По-п'яте, правоохоронна діяльність у сфері митної справи здійснюється лише окремими підрозділами митної системи.

Тобто правоохоронна функція завжди була притаманна митній службі з моменту її виникнення, але її зміст корегувався залежно від багатьох внутрішніх та зовнішніх факторів, як, у свою чергу, впливали на стан інші галузі та сфери політичного, економічного та ідеологічного життя будь-якої країни. Ця закономірність стосується й сучасної України. Правоохоронна функція митних органів дійсно є важливішою складовою частиною у системі основних їх напрямків. Більш того, форми, методи та заходи її реалізації в найбільшій мірі привертають увагу ЗМІ, інших інформаційних структур, а особливо окремих громадян, тому при оцінці роботи митних органів з боку суспільства, звичайно, наголос робиться на її досягнення у боротьбі з контрабандою та іншими порушеннями митного законодавства. Але на зовнішнє враження від результатів боротьби з контрабандою та порушеннями митних правил, що мають митні органи, повинні визначити їх місце у структурі державного апарату шляхом надання цим органам статусу «правоохоронних». Вони не є правоохоронними, але це не змінює їх державний рівень, більш того, сукупність їх повноважень, що закріпленні у значній кількості актів, що мають як різні джерела, так й різну юридичну силу, надали підстави, при визначенні системи центральних органів виконавчої влади, митну службу визнати у ролі органу цієї гілки з особливим статусом.

Література

1. Приймаченко Д. В. Правоохоронна діяльність митних органів України: ознаки й поняття / *Д. В. Приймаченко* // Митна справа. — 2004. — № 6. — С. 14–18.
2. Федотов О. П. До питання оперативно-розшукової діяльності в митних органах України / О. П. Федотов // Митна справа. — 2003. — № 3. — С. 24–34.
3. Про державний захист працівників суду і правоохоронних органів : Закон України від 23 груд. 1993 р. № 3781-XII // Відомості Верховної Ради України. — 1994. — № 11. — Ст. 50.
4. Про затвердження Примірного положення про підрозділ внутрішньої безпеки митного органу, спеціалізованої митної установи та організації : наказ Держ. митної служби України від 8 трав. 2009 р. № 432.
5. Про затвердження Примірного положення про Службу (відділ) митної варти : наказ Держ. митної служби України від 5 жовт. 2010 р. № 1146.
6. Правоохранительные органы : учеб. для вузов и факультетов / под ред. К. Ф. Гуценко. — М. : Зерцало, 2000. — 400 с.

7. Матеріали прес-конференції заступника Голови Державної митної служби України С. Сьомки [Електронний ресурс]. — Режим доступу : www.customs.gov.ua.
8. Про державний ринковий нагляд і контроль нехарчової продукції : Закон України від 2 груд. 2010 р. № 2735-VI // Офіційний вісник України. — 2010. — № 101. — Ст. 3602.

Анотація

Додін Є. В. **Зміст правоохоронної функції митних органів України.** — Стаття.

Стаття присвячена розгляду проблемних питань надання митним органам України статусу правоохоронних органів із врахуванням специфіки правоохоронної діяльності митників, яка залишається поза увагою науковців. Акцентування на цій специфіці дає підставу для розробки адекватних пропозицій щодо оптимізації правоохоронної діяльності митних органів.

Ключові слова: статус, митні органи, правоохоронні органи, правоохоронна діяльність.

Аннотация

Додин Е. В. **Содержание правоохранительной функции таможенных органов Украины.** — Статья.

Статья посвящена рассмотрению проблемных вопросов предоставления таможенным органам Украины статуса правоохранительных органов с учетом специфики правоохранительной деятельности таможенников, которая остается вне поля зрения ученых. Акцентирование на этой специфике дает основания для разработки адекватных предложений по оптимизации правоохранительной деятельности таможенных органов.

Ключевые слова: статус, таможенные органы, правоохранительные органы, правоохранительная деятельность.

Summary

Dodin E. V. **The content of the law enforcement functions of customs bodies of Ukraine.** — Article.

The article considers the problem to the granting of customs bodies of Ukraine the status of law enforcement officers with specific law enforcement, customs officials, which remains outside the purview of scientists. Focusing on this specific cause for the development of adequate proposals to optimize the law enforcement activity of customs bodies.

Keywords: status, customs, police, law enforcement.

УДК 341.362.1

Н. А. Зелинская

ПИРАТСТВО КАК ПРЕСТУПЛЕНИЕ *JURE GENTIUM*

Сегодня, в начале XXI века, восставшее, как призрак из глубины веков, пиратство представляет реальную угрозу международной безопасности. Захват 18 октября в 2005 г. в территориальных водах Сомали либерийского судна «Panagia» с украинским экипажем на борту стал одним из первых драматичных доказательств остроты проблемы пиратства для Украины, но, к сожалению, далеко не последним. События последних лет свидетельствуют об эскалации этой опасности.

Океаны становятся ареной преступной деятельности. Пиратство и вооруженный разбой против судов посягают на жизнь, здоровье моряков и безопасность международного судоходства, на которое приходится 90 процентов грузовых перевозок в мире [1]. Как и многие сотни лет назад, мировое сообщество в поиске эффективного механизма противодействия этому феномену концепции пиратства *jure gentium* и теории универсальной юрисдикции. «Согласно этой теории, основную мысль которой высказывал уже Гуго Гроций, основной вопрос не в том, какое государство имеет право наказывать, а в том, чтобы ни одно преступление не осталось ненаказанным. Универсальная юрисдикция как юрисдикция государства, в котором обвиняемый фактически задержан, была упомянута уже в *Corpus Juris Civilis*» [3, с. 17]. Универсальность юрисдикции относительно преступлений пиратства является, по-существу, единственным случаем однозначного ее признания и применения со стороны государств [23, p. 38; 24, p. 91].

Пиратство является самым древним преступлением, относительно которого государства использовали принцип универсальной юрисдикции в соответствии с международно-правовым обычаем, притом что в договорном праве определения пиратства не существовало до 1958 г. [36, p. 218]. Как известно, Первая конференция по морскому праву 1958 г. приняла Конвенцию об открытом море, включавшую восемь статей о пиратстве. В Конвенцию ООН по морскому праву 1982 г. были

© Н. А. Зелинская, 2010

внесены аналогичные положения. Несмотря на содержащиеся в конвенциях по морскому праву нормы, допускающие применение универсальной юрисдикции, она остается обычно-правовой, поскольку касается архаичного *crimen iure gentium*.

Выдающийся британский ученый Дж. Шварценбергер, обращаясь к пиратству как наиболее часто приводимому примеру международных преступлений, в 1950 г. писал, что нормы международного права о пиратстве как преступлении *jure gentium* составляют предписание к государствам, направленные на то, чтобы расширить национальную юрисдикцию в отношении таких деяний за пределы государства. Основываясь на таком походе, Дж. Шварценбергер приходил к выводу, что пиратство может быть названо преступлением *jure gentium* только с точки зрения естественного права, нашедшей отражение в Конвенции об открытом море 1958 г., называемой «естественно-правовой» моделью, в противоположность которой с точки зрения позитивиста, «пиратство» — исключительно преступление внутригосударственного права, и единственный вопрос, входящий в сферу международного права, это вопрос о юрисдикции государства, позволяющей применить внутригосударственное уголовное право по отношению к иностранцу, действующему вне территориальной юрисдикции [37, p. 263, 268, 295].

«Единственным случаем международно-правового обычая, устанавливающего применение универсальной юрисдикции, является пиратство. Основным аспектом, который отличает универсальную юрисдикцию относительно пиратства от современных конвенционных форм универсальной юрисдикции, — это тот факт, что государства считают целесообразным осуществлять уголовное преследование пиратов в своих местных судах, ссылаясь на международный обычай универсальной юрисдикции относительно них как преступников *hostes humani generis*, а не соглашались с ее возможным применением путем подписания соответствующих соглашений, — замечает Н. Д. Джойнер [27, p. 56].

Международно-правовая концепция пиратства как преступления *jure gentium* служит, таким образом, основой для применения универсальной юрисдикции, в силу чего уяснение содержания понятия «пиратство» как преступления по общему международному праву представляет несомненный интерес и неизбежно обращает нас к достаточно изученной проблематике истории его формирования (ни в коей мере не претендуя на ее освещение) с единственной целью — поиска ответа на вопрос о том, насколько адекватно современное конвенционное определение пиратства его исторически сложившемуся понятию.

Истоки понятия «пиратство» ищут в глубокой древности. «Происхождение слова «пират» не вполне ясно, но то, что оно родилось в Греции, — несомненно. Большинство исследователей склоняются к тому, что слово «пиратство» произошло от древнегреческого *peirai* — совершать нападение. Им уже пользовались такие писатели древности, как Полибий и Плутарх» [2, с. 6; 38, p. 41—42]. Термин «пират» или его

аналог в классических текстах Древней Греции применялся к любому, кто атаковал судно в море. Упоминание о пиратстве встречается в текстах Фукидида, который писал об усилиях правителя Крита Миноса освободить моря от пиратов. «Древнейшее в Европе государство, возникшее на острове Крит, обязано своим развитием мореходам-торговцам... — напоминают В. Прус и Р. Короткий. — Мощный флот позволил Миносу, а за ним и другим правителям Крита, подчинить «многие земли» (Геродот). Отсюда опять-таки на кораблях критского флота плыли к берегам острова заморские богатства и рабы. Сами же эти корабли, как и суда критских купцов, которые отправлялись с товарами в поисках новых земель, были вожделенной добычей пиратов Эллинского моря. С ними Минос вел постоянную борьбу, но искоренить их на просторах Средиземноморья, как, впрочем, и жители Эллады, а позже — и Римская империя, не смог. Часть дани, предназначенная для Миноса, часть товаров, произведенных критскими ремесленниками и земледельцами, оседали в убежищах пиратов» [13, с. 115].

В период становления Римской империи как сильной цивилизации проблема пиратства приобрела особое значение. «В римских юридических сборниках — дигестах — зафиксирован закон, приписываемый мудрому греческому законодателю Солону, где перечислены три равноправные профессии: моряки, пираты и купцы. Никто не мог игнорировать пиратский промысел, хотел он того или нет. Тут все зависело от обстоятельств, как и то, кому быть дичью, а кому охотником. И никто не знал, в какой из этих ипостасей ему придется выступить, едва родной берег скроется из виду Это была единая «трехглавая профессия», наподобие греческой богини Гекаты или карфагенской Истины, — рассказывают В. Л. Григорян и В. И. Дмитриев, заключая: «Тысячу раз прав был Гете, утверждавший устами Мефистофеля, что «война, торговля и пиратство — три вида сущности одной» [2, с. 5].

Невзирая на то, что акты пиратства осуждались властью, пиратство долго оставалось одним из средств ведения войны, вследствие чего концепция пиратства в древности фактически не отделяла его от действий военного характера. Государства вели «войны с пиратами». «Чтобы очистить Средиземное море от морских разбойников, Рим неоднократно предпринимал войны с пиратами, и ему удалось значительно ограничить развитие морского разбоя, процветавшего в древности», — писал Ф. Ф. Мартенс [10, с. 58–62].

Понятие «пиратство» было чрезвычайно политизировано: оно использовалось для обвинения врагов и оправдания собственных действий во время войны. Рим пытался бороться с пиратством с помощью *lex de provinciis praetoriis* и призывал все государства помогать ему в этой борьбе, в частности, посредством отказа в предоставлении пиратам баз, с которых они могли бы осуществлять свои нападения. Общая неприемлемость пиратства стала, в определенной мере, фундаментом для будущего построения концепции универсальности международного преступ-

ления пиратства. Рим считал пиратов «всеобщими врагами» и «международными публичными врагами». Таким образом, пираты со времен Греции и Рима по сегодняшний день являются врагами человечества, что позволяет говорить о том, что пиратство, в какой-то степени, объединило государства в борьбе с ним [38, p. 41—42].

Ч. Г. Александрович утверждает: «В античные времена существенным фактором, который влиял на становление феномена пиратства, была нехватка эффективной власти организованного политического сообщества. Греция (как потом и Рим) боролась с пиратством, чтобы распространить свой контроль над морскими пространствами. На территории *pax romana* любые военные действия были запрещены. Концепция территории мира и войны (*duellum*, потом *bellum*) неуклонно поддерживалась правителями Рима. Война в этот период определялась не только как война между государствами, но и как любой военный конфликт, даже если он включал частные интересы. Позднее Г. Гроций различал частные и публичные войны. Св. Августин настаивал на их ограничении по моральным основаниям, полагая, что использование силы может быть оправданным только как реакция на несправедливость или страдание. Это стало фундаментом для доктрины *bellum justum*. Возможность и обязанность государства контролировать использование силы является основной его компетенции. Монополия на использование силы была основной характеристикой государств. Те, кто нарушал эту монополию, назывались пиратами или разбойниками. Несмотря на существующий принцип свободы открытого моря, эта свобода не была абсолютной — океан был предметом правового регулирования. Некоторые государства даже заявляли об их суверенитете над целыми морями и океанами — так, Венеция заявляла о ее юрисдикции относительно Адриатики. С тех времен, когда Г. Гроций писал о принципе *mare liberum*, свобода открытого моря означала недоминирование отдельного государства, однако не правовой вакуум. После открытия нового мира европейцы установили морской правовой режим, которой отличался от территориального режима государства. Следовательно, пираты были лицами, которые вели войну незаконно, они были врагами всего человечества, преступниками, находящимися «вне закона». Пиратство, таким образом, стало *sceleris iuris gentium*, то есть преступление против общего правопорядка всех наций» [16].

Парадоксальным явлением в истории пиратства как преступления *jure gentium* стал институт каперства, превращавший преступника *hostis humani generis* во вполне «легитимного» профессионального морского разбойника. Выдача официальных каперских патентов в Европе, предположительно, началась во второй половине XII в. и получила большое распространение. В основе каперского права лежало «естественное право на возмездие». С XIII в. в некоторых странах, например в Англии, лицензии на возмездие стали называться каперскими патентами. Поскольку каперами были частные лица, чаще всего пираты, которые

с разрешения властей снаряжали за свой счет судно с целью захвата купеческих судов неприятеля или даже нейтральных держав, то в Англии, помимо термина «капер», использовался термин «приватиры». Во Франции в XIII—XIV веков также практиковалась выдача лицензий на осуществление возмездия. Королевские корсарские патенты предоставляли корсарам возможность под защитой королевской власти грабить и убивать тех, кто был назван в числе врагов французской короны. Правители некоторых европейских стран предпринимали попытки разработать основы «каперского права». Доступность каперского патента в эпоху средневековья, особенно в XIV— XV веках, вела к тому, что капером мог стать практически любой человек, вследствие чего, по существу, произошла «легализация» пиратов [14, с. 239—241].

Каперы, в определенной мере, восполняли недостаток численности регулярной армии и флота. Пиратство процветало в Англии времен королевы Елизаветы. Это была грандиозная «эра» пиратства, длившаяся, как полагают, приблизительно до в 1620-х годов. Вместе с тем пиратство было криминализировано (An Act for the Punishment of Pirates and Robbers of the Sea, 1536; An Act for the More Effectual Suppression of Piracy, 1700) и сурово наказывалось. Грань между пиратом и капером часто становилась гранью между королевскими наградами и виселицей. Один из наиболее известных истории английский пират — Г. Морган — был выдающимся военачальником, добивавшимся громких побед во имя Английской короны. Несмотря но то, что над пиратом иногда сгущались тучи и ему грозило правосудие, он получил дворянский титул и должность вице-губернатора Ямайки. Вряд ли можно безапелляционно утверждать, что все его действия совершались только ради обогащения.

Пиратство не было только европейским феноменом. «Испокон веков пиратство существовало у китайских берегов и в Малаккском проливе, у берегов Индонезии и Филиппин — везде, где проходили торговые пути. В Северо-Восточной Азии китайцы называли пиратов «вокоу», корейцы — «вагу», а японцы — «вако» [8, с. 17]. В летописях японского императорского двора IX—X веков отражена активность морских пиратов. Приказом императорского двора 932 г. даже учреждалась должность «цуйбу кайдзоку си» (уполномоченного по преследованию и аресту пиратов). Пираты действовали не только в целях личного обогащения. «Король пиратов» в японской истории — Фудзивара Сумитомо — в 936 г. поднял восстание и сумел объединить под своим командованием значительные силы. Сумитомо поставил под контроль все судоходство в акватории Внутреннего моря, под его командованием находились сотни кораблей. Только в 941 г. императорским войскам удалось его разгромить [8, с. 17, 18].

Как известно, к концу средневековья в бассейне Средиземного моря, в котором еще с античных времен сложились традиционные очаги пиратства, возник еще один, новый и мощный центр морского разбоя. Он

вошел в историю не только мореплавания, но всей средиземноморской цивилизации под названием «варварийский», его главной базой стал остров Джарба в заливе Сирт (Сурт). Варварийскими государствами в XVI веке называли в Европе Марокко, Алжир, Тунис, чьи порты стали пиратскими базами [11; 13, с. 35]. Пираты не только участвовали в боевых действиях, но и воглавляли морские силы Османской империи, удостаивались самых высоких почестей.

Практика привлечения частных судов к морской войне получила широкое распространение и считалась обычной до XIX столетия. Государство, которое выдавало каперское свидетельство, стремилось к достижению своих публичных интересов, обусловленных, впрочем, желанием отдельных людей удовлетворить собственные потребности. Каперство использовалось государством и с целью наживы, и с целью ослабления внешнего политического противника. Изданный в 1720 г. в Российской империи морской Устав содержал следующее определение понятия «капер»: «Торговое морское судно, вооруженное и наносящее вред неприятелю с разрешения правительства, то есть морской партизан». Трудно отрицать то обстоятельство, что пиратство всегда имело более или менее выраженный политический компонент. Руководила пиратами, безусловно, и в первую очередь, цель обогащения, однако она нередко переплеталась со стремлением к обретению власти, влияния на власть, а пираты пользовались поддержкой государственной власти в действиях, направленных против ее противников. Следует заметить, что понятие частных целей в этом аспекте не тождественно понятию корыстных интересов. Речь идет в данном случае о *негосударственных* интересах, которые вполне могут быть сопряжены с политическими целями негосударственных субъектов. Личная мотивация может состоять, например, в чувстве вражды, мести и, в числе прочего, политических намерениях. Как известно, среди мотивов убийства Платон ставил на первое место — стремление к богатству, на второе — честолюбие [12, с. 406].

Осознание мировым сообществом всеобщей опасности пиратства привело к объявлению пиратов врагами всего человечества и стало основой международного консенсуса относительно возможности применения по отношению к ним универсальной юрисдикции государств. Декларация о морской войне, подписанная в Париже 4 (16) апреля формально запретила каперство [6, с. 29]. В Декларации провозглашалось: «Каперство есть и остается уничтоженным» (п. 1). В силу того, что использование вооруженного насилия частными лицами с целью захвата морских судов утратило легитимность, в концепции пиратства как преступления *jure gentium* стало формироваться в качестве его элемента *specific intent* — специальное намерение, которое состоит в *приватных*, то есть негосударственных целях нападающих.

Понятие пиратства в международном и национальном праве не имело четких параметров и постоянно эволюционировало. Законодательством

многих стран пиратство рассматривалось как тяжкое преступление и наказывалось смертной казнью. Обратимся к юриспруденции Англии, которая, будучи морской державой, уделяла особое внимание проблеме пиратства. «В национальном праве пиратство *jure gentium*, как самое давнее международное преступление, имело разные интерпретации и элементы, замечают И. Бантекас и С. Наш. — До принятия Закона против преступлений на море в 1536 г. королем Генрхом VIII, пиратство каралось только в том случае, если было совершено в регионе, подконтрольном Короне. Закон в 1536 г. изменил юрисдикционный элемент, но не сущность пиратства — ограбление на море» [17, p. 96].

Юридическая концепция пиратства в английском праве была изложена уже в середине XVII в. Ч. Моллоу (1646—1690) в книге «De jure maritimo et navali: or, a treatise of affairs maritime and of commerce», которая впервые была издана в 1676 г. и многократно переиздавалась. Ч. Моллоу определяет пирата как «морского вора» (*sea thief*) или преступника *hostis humani generis*, который с целью обогащения внезапно нападает на морских торговцев» [31, p. 73—102].

Судья Дженкинс в 1668 г. писал: «Тот же грабеж, который может случиться на дороге, но который происходит в море, — это пиратство. Грабеж — не только присвоение моего имущества, но и страх, который я испытываю при нападении, когда у меня силой, с оружием, забирают имущество. Когда это происходит на море, оно является еще более устрашающим и называется пиратством» [34, p. 283]. Судья Дженкинс также утверждал, что «все пираты и морские разбойники находятся вне закона всех народов, то есть не подлежат защите правителей и законов», «каждый должен быть уполномочен и вооружен для борьбы с ними как с мятежниками и предателями, для того чтобы подавить и искоренить их». Д. Коломбос сравнивает это мнение с решением лорда Стоуэлла по делу *«Le Louis»,* в котором говорилась: «Не может быть мира с профессиональными пиратами. Они враги каждой страны, и поэтому по отношению к ним всегда действуют чрезвычайные права войны». Пиратство состоит в актах применения силы, совершенных в открытом море при отсутствии признанного на то правомочия и за пределами юрисдикции какого-либо цивилизованного государства» [5, с. 386].

Международное право с XVII в. определяло пиратство как «любой акт ограбления в открытом море, не санкционированный государством и совершенный в духе враждебности» [20, p. 559]. При этом международно-правовая и внутригосударственная интерпретация этого понятия иногда существенно различались. В «Новом словаре права» Дж. Джейкоба и Дж. Холта в 1750 г. в статье «Pirates» утверждается: «Если пираты грабят корабль в порту или бухте, — это не является пиратством, а является ограблением согласно праву народов. Однако в соответствии с общим правом (common law) — это является пиратством» [25].

Судья Высшего Адмиралтейского Суда Англии Чарльз Хейджс по делу *Nix v. Dawson* (в 1696 г.) дал следующую дефиницию пиратства: «Пиратство — это просто морское определение ограбления (robbery)» [29, p, 316]. Концепция, согласно которой «вооруженное ограбление, разбой в открытом море», — это пиратство в соответствии с правом народов», имела многих авторитетных сторонников [21, p. 6]. Тем не менее она не была универсально признанной. Определение пиратства как «robbery» подвергалось критике как слишком узкая и в то же время слишком широкая интерпретация [30, p. 217].

Судья Верховного Суда США Дж. Маршал в 1819 г. заявлял: «Я имею сомнения относительно самого существования такого понятия, как «пиратство», определенным соответственно правом народов. Мне кажется очевидным, что любое государство будет карать грабеж в открытом море в соответствии с ее собственными законами и актами» [19, p. 288].

Неоднократно возникал вопрос, может ли государство разрешать акты пиратства и тем самым освобождать от ответственности лиц, их совершающих. В 1853 г. Лашингтон при рассмотрении дела судна «Magellan Pirates» утверждал: «Даже независимое государство, по моему мнению, может быть виновно в совершении актов пиратства». Совершавшиеся во время первой и второй мировых войн германскими подводными лодками преступные действия против торговых судов в открытом море послужили поводом для дальнейшего обсуждения этого вопроса. Хайд придерживался мнения, что «государственная санкция на совершение актов пиратства не должна освобождать пиратов от ответственности за их неправомерные с точки зрения международного права деяния» [5, с. 388–389].

Особый интерес в рассматриваемом нами контексте представляет решение по делу *Piracy Jure Gentium,* рассмотренному согласно особому указанию ст. 4 Закона о судебном комитете 1833 г., в котором Тайный совет воздержался от собственного определения понятия пиратства, поддержал ранее сформулированное понятие, согласно которому «пиратством является всякий акт вооруженного насилия на море, который не является правомерным актом войны», считая это определение «наиболее точным и вместе с тем кратким» [5, с. 387].

Д. Коломбос определелял пиратство как «акты применения силы, совершенные в открытом море при отсутствии признанного на то правомочия и за пределами юрисдикции какого-либо цивилизованного государства». При этом, по мнению Д. Коломбоса, «не обязательно, чтобы мотивом являлось извлечение личной выгоды; мотивом может быть также беспричинная ненависть или личная месть за действительное или мнимое повреждение или оскорбление, нанесенное лицами или категорией лиц или каким-либо отдельным органом государственной власти, — писал Д. Коломбос. — С другой стороны, убийство и грабеж, совершенные на судне, не обязательно квалифицируются как акты пиратства.

Они подлежат наказанию в соответствии с законодательством государства флага. Убийцы и грабители становятся пиратами в том случае, если действия против судна совершены в целях обращения его и его груза в их собственную пользу» [5, с. 387].

Национальные суды занимали различные позиции относительно основных признаков пиратства. Так, Верховный Суд Филиппин в феврале 1922 г. принял решение об осуждении к смертной казни преступника, который напал на датское судно вблизи Индонезии с пиратским намерением и действия которого были обременены изнасилованием на судне. Суд решил: «Пиратство не имеет территориальных пределов. Оно может быть совершенным даже на территории 3 миль прибрежного государства» [39, p. 260]. Существует большое количество дел, решение по которым было вынесено в соответствии с внутригосударственным правом Англии, США или других государств, однако, поскольку внутригосударственные законы о пиратстве отличаются от государства к государству, их полезность в качестве вспомогательных материалов для решения современных проблем в международном контексте достаточно ограничена [22, p. 6—10].

Несмотря на разнообразие подходов, в целом, к середине XIX столетия утвердилось понятие пиратства как «классического» международного преступления — преступления *jure gentium*, которое представляло опасность для мирового сообщества и подлежало универсальной юрисдикции. Пираты объявлялись врагами рода человеческого — *hostis humani generis*. «Общность интересов всех культурных государств по отношению к некоторым сферам деятельности ведет к тому, что за некоторые деяния, направленные против общих интересов, наказывают, не обращая внимания на место совершения деяния, по законам государства, задержавшего преступника, — утверждал Ф. Лист (1909). — Такими общими интересами являются: международный торговый оборот; безопасность великих путей сообщения; обеспечение монетного и денежного дела; защита от международных врагов — «*hostes generis humani*», каковы морские разбойники...» [9, с. 221]. В 1917 г. Н. А. Захаров писал: «К числу... преступных деяний, наказуемых согласно обычаю международного права, относится столь распространенный ранее, но встречающийся и поныне морской разбой, или пиратство, под именем которого понимается вооруженное нападение, совершенное частными лицами в открытом море на корабль, с целью захвата этого корабля, находящегося на нем груза или же лиц, плывущих на нем. Пиратским судном может быть лишь частное судно, не имеющее от отечественной государственной власти специального разрешения на производство осмотра и захвата судов в открытом море, и поэтому действующее в интересах личной выгоды. Поэтому, если бы, несмотря на постановление Парижской декларации 4 (16) апреля 1856 г. об отмене каперства, государство, подписавшее эту декларацию, выдало бы каперское свидетельство частным судам, последние не считались бы пиратскими, и за

действия их отвечало бы государство, выдавшее каперское свидетельство... Так как задачею пиратской деятельности является личное обогащение самих пиратов, совершающих нападения на корабли всех наций, то, естественно, судно этих разбойников с точки зрения международного права не имеет национальности, почему оно может быть захвачено военными судами любого государства и судимо по военным законам...» [4, с. 232].

Относительно того, что акты пиратства могут быть совершены только частными лицами, устойчивого консенсуса, впрочем, не существовало. «Действия германских подводных лодок послужили непосредственной причиной принятия Вашингтонской конференцией 1922 г. резолюций о ведении морской войны, в которых указывалось, что любое лицо, нарушающее нормы международного права, если даже оно действует по приказу свыше, может преследоваться в судах любого государства «как за акты пиратства». Эти резолюции, впрочем, не вступили в силу. Вопрос был рассмотрен квалифицированными юристами Организации Объединенных Наций немедленно после окончания Второй мировой войны, причем в официальном порядке было объявлено, что должны быть изысканы средства для надлежащего наказания всех неприятельских лиц, признанных виновными в совершении преступных актов насилия» [5, с. 388—389].

Попытки кодификации международно-правовых норм, касающихся пиратства, предпринимались Лигой Наций, но успехом не увенчались [7, с. 7]. Неспособность мирового сообщества принять конвенцию о пиратстве в 30-х годах прошлого века может свидетельствовать о том, что в тот период отсутствовало универсальное приемлемое определение этого преступления. Значительную путаницу в интерпретацию международно-правовой концепции пиратства внесло подписанное и вступившее в силу в сентябре 1937 г. Нионское соглашение, участниками которого были такие крупные державы, как Болгария, Великобритания, Греция, Египет, Румыния, СССР, Турция, Франция, Югославия. Этот договор в своей преамбуле содержал следующее заявление: «Принимая во внимание, что в связи с испанским конфликтом в Средиземном море были совершены подводными лодками повторные нападения на торговые суда, не принадлежащие ни одной из сторон борющихся в Испании; что эти акты являются нарушением правил международного права, изложенных в IV части Лондонского договора от 22 апреля 1930 г., об уничтожении торговых судов, что они противоречат самым элементарным принципам человечности и что они должны быть по всей справедливости квалифицированы как акты пиратства; (should be justly treated as acts of piracy) [33]. В Дополнительном соглашении к Нионскому соглашению, статье II, говорилось: «Настоящее Соглашение применимо ко всякому нападению, произведенному в Средиземном море на какое-либо торговое судно, не принадлежащее ни одной из воюющих в Испании сторон, каким-либо надводным кораблем или воздушным судном,

не считающимся с принципами человечности, освященными международным правом, при войне на море, изложенными в части IV Лондонского договора от 22 апреля 1930 г. и подтвержденными Протоколом, подписанным в Лондоне 6 ноября 1936 г.» [15]. Нионское соглашение позволяет высказать серьезные сомнения относительно того, что в первой половине XX века окончательно сложилась концепция пиратства как международного преступления *jure gentium*. Более того, оно свидетельствует о серьезных расхождениях в понимании его международно-правового содержания.

Трудности согласования определения пиратства отразились на процессе выработки этого понятия Комиссией по международному праву. Несмотря на существенные расхождения в правовых и политических позициях членов Комиссии, Конвенция об открытом море, содержавшая определение пиратства, была разработана и принята. Согласованное определение было включено впоследствии в Конвенцию ООН по морскому праву 1982 г. Широко распространено мнение, что конвенционное определение отражает международно-правовой обычай, определяющий пиратство как преступление *jure gentium*, в силу чего нормы, формулирующие это понятие, имеют правовое значение для всех государств, вне зависимости от того, являются ли они участниками договора [18]. В то же время многие специалисты настаивают на том, что конвенции содержат только частичную кодификацию обычного права о пиратстве. По их мнению, данное определение носит сугубо договорный характер, не соответствует в полной мере обычно-правовому представлению о пиратстве, а содержащиеся в них нормы, касающиеся пиратства, связывают только их участников [32, p. 105].

В любом случае, конвенции служат веским доказательством существования международно-правового обычая, наделяющего государства универсальной юрисдикцией в отношении актов пиратства. Понятие пиратства, основанное на обычном международном праве, оказывается настолько аморфным, что его исследователи приходят к различным выводам относительно элементов и границ этого понятия [32, p. 109—110]. Профессор А. П. Рабин, глубоко изучив историю пиратства и борьбы с ним с глубокой древности, заключил, что понятие пиратства как преступления против общего международного права не построено на достаточно последовательной практике [35]. Однако, при всей «неопределенности», «аморфности» обычно-правового определения пиратства, отказаться от его применения невозможно, так как именно оно, в первую очередь, является международно-правовым основанием универсальной юрисдикции государств в отношении пиратских действий. На протяжении всей истории пиратства мотивация его действующих лиц далеко не всегда ограничивалась целями личного обогащения и не исключала политических компонентов.

Безусловно, современное понимание пиратства существенно отличается по своим правовым характеристикам от античного или средневеко-

вого понимания этого феномена. Оно, как представляется, существенно отличается (или должно отличаться) и от той модели, которая утвердилась и получила конвенционное подтверждение во второй половине XX века — в период «холодной войны». Основная проблема конвенционного определения состоит в указании на личные цели нападающих. В условиях, когда основная опасность от актов пиратства исходит в ситуациях, когда «частные» цели тесно переплетены с политическими, а некоторые негосударственные организации соперничают по своей мощи с государствами, критики сформулированнного в конвенциях определения пиратства справедливо указывают на неадекватность исключения из определения любых проявлений политического экстремизма [26, p. 272; 28]. Очевидно, что в то время, в условиях идеологической конфронтации, доходящей до мракобесия с обеих сторон, универсальная юрисдикция могла быть допущена только по абсолютно деполитизированным пиратским акциям. Для того чтобы универсальная юрисдикция была распространена на все акты захвата морских судов в открытом море, в том числе имеющих политическую мотивацию или политический контекст, нужен определенный, весьма высокий, уровень единства мирового сообщества в осуждении таких актов и готовности к их преследованию. В современных условиях этот уровень не является недостижимым. Эволюция юридической концепции пиратства *jure gentium* не завершена: ее распространение, в соответствии с современными реалиями, на политически мотивированные акции расширяет возможности международного сотрудничества в борьбе с вооруженным захватом морских судов, в силу чего является желательным и исторически обоснованным.

Литература

1. Генеральный Секретарь ООН. Послание по случаю всемирного дня океанов 8 июня 2009 г. [Электронный ресурс]. — Режим доступа : http://www.un.org/Depts/los/reference_files/oceansday2009.Russian.pdf.
2. Григорян В. Л. Пиратство, разбой и терроризм на море / *В. Л. Григорян, В. И. Дмитриев*. — М. : ИКЦ «Академкнига», 2004.
3. Дрьоміна Н. В. Юрисдикція міжнародних кримінальних судів і трибуналів : монографія / *Н. В. Дрьоміна*. — О. : Фенікс, 2006.
4. Захаров Н. А. Курс общего международного права / *Н. А. Захаров*. — Петроград, 1917.
5. Коломбос Д. Международное морское право : пер. с англ. / *Д. Коломбос*. — М. : Прогресс, 1975.
6. Коровин Е. А. Международные договоры и акты нового времени / *Е. А. Коровин*. — М. ; Ленинград : Госиздат, 1924.
7. Короткий Т.Р. Международно-правовое обеспечение противодействия пиратству / *Т. Р. Короткий*. — О. : Фенікс, 2009.
8. Куманев Д. С. Проблема пиратства как разновидности терроризма и ее влияние на региональную безопасность в АТР / *Д. С. Куманев* // Ойкумена. — 2010. — № 2.
9. Лист Ф. Международное право в систематическом изложении / *Ф. Лист* ; пер. и ред. В. Э. Грабаря. — Юрьев (Дерпт), 1909.

10. Мартенс Ф. Ф. Современное международное право цивилизованных народов. Т. 1 / Ф. Ф. Мартенс. — 5-е изд., доп. и испр. — С.Пб. : Тип. М-ва путей сообщ. (А. Бенке), 1904.
11. Нейдинг М. М. Пираты Черного моря / *М. М. Нейдинг, Р. М. Короткий.* — О. : БАХВА, 1994.
12. Платон. Законы / *Платон* // Сочинения : в 3 т. — М., 1972. — Т. 2, ч. 2.
13. Прус В. Притяжение насилия. Циклы трагедий / *В. Прус, Р. Короткий.* — О. : Феникс, 2009.
14. Сидорченко В. Ф. Морское пиратство / *В. Ф. Сидорченко.* — С.Пб. : Изд. дом СПбГУ, 2004.
15. Agreement supplementary to The Nyon Agreement, 181 L.N.T.S. 137, entered into force Sept. 17, 1937 [Электронный ресурс]. — Режим доступа : http://www1.umn.edu/humanrts/instree/1937a.htm.
16. Alexandrowicz Ch. H. Studies in the history of the law of nations / *Ch. H. Alexandrowicz* // British Yearbook of International Law. — 1972. — Vol. 2. — P. 203–205.
17. Bantekas I. International criminal law / *I. Bantekas, S. Nash.* — 2nd ed. — Routledge Cavendish, 2003.
18. Barrios E. Note, Casting a Wider Net: Addressing the Maritime Piracy Problem in Southeast Asia / *E. Barrios* // Boston College International & Comparative Law Review. — 2005. — N 28. — P. 149–153.
19. Benjamin Munn Ziegler. The international law of John Marshall / *Benjamin Munn Ziegler.* — Ed. reprint. — The Law Book Exchange, Ltd.
20. Bishop J. P. Commentaries on the criminal law. Vol. 2 / *J. P. Bishop.* — 4th ed. — Little, 1868.
21. Dickinson S. N. The Pirates own book; or, Authentic narratives of the lives, exploits, and executions of the most celebrated sea robbers: With historical sketches of the Joassamee, Spanish, Ladrone, West India, Malay, and Algerine pirates / *S. N. Dickinson.* — F. Blake, 1855 ; Original from the New York Public Library 2009.
22. Dubner B. H. The law of international sea piracy / *B. H. Dubner.* — BRILL, 1980.
23. Engdahl O. Protection of personnel in peace operations: the role of the «safety convention» against the background of general international law / *O. Engdahl* ; ed. Martinus Nijhoff. — 2007.
24. Gilbert G. Responding to international crime / *G. Gilbert* ; ed. Martinus Nijhoff. — 2006.
25. Giles J. A new law-dictionary: containing the interpretation and definition of words and terms used in the law; and also the whole law and practice thereof, under all the heads and titles of the same : together with such informations relating thereto, as explain the history and anitquity of the law... / *J. Giles, J. Holt.* — 5th ed. — 1750 ; The Law Book Exchange, Ltd., 2004.
26. Halberstam M. Terrorism on the High Seas: The Achille Lauro, Piracy and the IMO Convention on Maritime Safety / *M. Halberstam* // The American journal of international law. — Vol. 82. — P. 269–310.
27. Joyner N. D. Aerial hijacking as an international crime / *N. D. Joyner.* — Brill Archive, 1974.
28. Keith M. War, Piracy and Terror : the High Seas in the 21st Century / *M. Keith* // The Journal of International Maritime Law. — 2006. — Vol. 12, issue 5. — P. 313–324.
29. Kenny C. S. Outlines of Criminal Law. Based on Lectures Delivered in the University of Cambridge (1911) / *C. S. Kenny.* — Adamant Media Corporation, 2006.
30. Lauterpacht H. International Law Reports. Vol. 7 of International Law Reports Set Complete set / *H. Lauterpacht.* — Cambridge : Cambridge Univ. Press, 1940.
31. Molloy Ch. De jure maritimo et navali: or, a treatise of affairs maritime and of commerce / *Ch. Molloy.* — London : J. Walthoe junior, J. Wotton, 1722.

32. Noyes J. E. An Introduction to the International Law of Piracy / *J. E. Noyes* // California Western International Law Journal. — 1990. — N 21.
33. The Nyon Agreement, 181 L.N.T.S. 137, entered into force Sept. 14, 1937. [Электронный ресурс]. — Режим доступа : http://www1.umn.edu/humanrts/instree/1937a.htm.
34. Phillimore R. Commentaries upon international law. Vol. 1 / *R. Phillimore*. — T. & J. W. Johnson, 1854. ; Original from Harvard University, 2007.
35. Rubin A. P. The law of piracy / *A. P. Rubin*. — Univ. Press of the Pacific, 2006. — 460 p.
36. Sarah B. The United States and the International Criminal Court: national security and international law / *B. Sarah, Sewall C. Kaysen*. — Rowman & Littlefield, 2000.
37. Schwarzenberger G. The Problem of an International Criminal Law / *G. Schwarzenberger*.
38. Simbeye Y. Immunity and International Criminal Law / *Y. Simbeye*. — Ashgate, 2004.
39. Verzijl J. H. W. International law in historical perspective. Vol. 4 / J. H. W. Verzijl. — Martinus Nijhoff, 1971.

Аннотация

Зелинская Н. А. **Пиратство как преступление jure gentium.** — Статья.

В статье рассматривается развитие концепции пиратства как преступления jure gentium, сложившейся на протяжении многих веков взаимодействия государств в борьбе с этим видом преступности. Исследуются международные и внутригосударственные юридические характеристики пиратства. Подчеркивается, что на протяжении всей истории пиратства мотивация морских разбойников не ограничивалась целями личного обогащения и не исключала политических компонентов. Автор приходит к выводу, что эволюция юридической концепции пиратства jure gentium не завершена: ее распространение, в соответствии с современными реалиями, на политически мотивированные акции расширяет возможности международного сотрудничества в борьбе с захватом судов, в силу чего является желательным и исторически обоснованным.

Ключевые слова: международное право, международное преступление, пиратство, универсальная юрисдикция.

Анотація

Зелінська Н. А. **Піратство як злочин jure gentium.** — Стаття.

У статті розглядається розвиток концепції піратства як злочину jure gentium, що склалася протягом багатьох століть взаємодії держав у боротьбі з цим видом злочинності. Досліджуються міжнародні та внутрішньодержавні юридичні характеристики піратства. Підкреслюється, що протягом всієї історії піратства мотивація морських розбійників не обмежувалася цілями особистого збагачення і не виключала політичних компонентів. Автор приходить до висновку, що еволюція юридичної концепції піратства jure gentium не завершена: її поширення, відповідно до сучасних реалій, на політично мотивовані акції розширює можливості міжнародного співробітництва в боротьбі із захопленням судів, в силу чого є бажаним і історично обґрунтованим.

Ключові слова: міжнародне право, міжнародний злочин, піратство, універсальна юрисдикція

Summary

Zelinskaya N. A. **Piracy as a crime jure gentiu.** — *A*rticle.

The article examines the evolution of the concept of piracy as a crime *jure gentium*, developed over many centuries of states' interaction in combating this type of crime. The international and national legal characteristics of piracy are described. It is emphasized that throughout the history of piracy, the pirates' motivation was not limited only to the purpose of personal enrichment and did not exclude the political components. The author concludes that the evolution of the legal concept of piracy j*ure gentium* has not finished: its expansion, in line with modern realities, towards politically motivated actions increases the potential for international cooperation in counteracting seizure of ships, which makes it desirable and historically grounded.

Keywords: international law, international crime, piracy, universal jurisdiction

УДК 343.985

В. В. Тищенко

КРИМИНАЛИСТИЧЕСКАЯ МЕТОДИКА РАССЛЕДОВАНИЯ: СОВРЕМЕННОЕ СОСТОЯНИЕ И ПЕРСПЕКТИВЫ РАЗВИТИЯ

Основное предназначение методики расследования преступлений, интегрирующей все криминалистические знания и использующей знания других наук, состоит в разработке эффективных научных рекомендаций по быстрому и полному раскрытию и расследованию преступлений различных категорий. Вместе с тем криминалистическая методика в названных целях создает собственную теоретическую базу, на которой формируются, углубляются и уточняются научные знания о предмете ее исследования, задачах, структуре, общих принципах построения отдельных методик расследования и содержании последних.

Концептуальной позицией в разработке теоретических и методологических основ методики расследования является, по нашему мнению, использование деятельностного, системного и функционального подходов. Указанные подходы позволяют существенно повысить эффективность криминалистических рекомендаций, направленных на оптимизацию расследования преступлений в целом, а также отдельных их видов и групп.

Важно отметить, что криминалистическая методика исследует такие специфические объекты действительности, как преступление (преступная деятельность) и расследование (деятельность по раскрытию и предупреждению преступлений). Выявление и исследование криминалистически значимых закономерностей в процессе названных видов деятельности, их взаимосвязи, механизмов образования следов, способов получения и использования информации в процессе доказывания по уголовному делу составляет предмет общих теоретических положений методики расследования преступлений как раздела криминалистики. На базе этих положений разрабатываются научные рекомендации соответствующего содержания по оптимальной организации и проведению расследования отдельных категорий (видов, групп) преступлений.

© В. В. Тищенко, 2010

Основная цель теоретических и методологических основ криминалистической методики расследования видится в создании системы научных подходов и принципов разработки отдельных методик расследования и условий их использования в расследовании конкретных преступлений.

Данная цель может быть разделена на следующие задачи: 1) разработка общей теории создания частных методик; 2) разработка рекомендаций по применению имеющихся частных методик применительно к расследованию конкретного преступления; 3) разработка рекомендаций по построению методики расследования конкретного преступления при отсутствии научной методики расследования соответствующей категории преступлений. Названные задачи могут быть решены путем создания соответствующей системы принципов разработки и построения криминалистической методики расследования [1, с. 17—22; 2, с. 115—124].

Решение указанных задач необходимо начинать с изучения объектов методики расследования: преступления и расследования.

С позиций деятельностного подхода преступление характеризуется определенной более или менее сложной системой действий, психофизиологических актов, поступков, которые совершаются для достижения поставленной цели с предвиденным или непредвиденным результатом (последнее более характерно для преступлений, совершаемых по неосторожности). В структуре современной преступности все больше места занимает не массив единичных преступлений, а совокупности преступлений определенной направленности отдельных лиц, а чаще организованной группы лиц, что приобретает характер криминального промысла, то есть преступной деятельности. В наиболее развитой форме преступная деятельность представляет собой заранее планируемую и корректируемую систему действий по подготовке, совершению и сокрытию серии преступлений, осуществляемую для достижения постоянных преступных результатов и рассчитанную на достаточно продолжительный период [3, с. 143]. В этой связи в криминалистической методике расследования преступлений в зависимости от степени их сложности и масштабности должно содержаться не только описание и анализ способов совершения отдельного преступления, но и данные, ставшие итогом изучения механизма преступлений, а затем и исследования технологий преступной деятельности [4, с. 34—35; 5, с. 148—152].

Рассмотрение деятельности по совершению преступления или многоэпизодной преступной деятельности как системы позволяет выделить следующие элементы: субъект деятельности, мотив и цель, объект, способы, средства и обстановка (условия), результат и последствия деятельности. Анализ и обобщение данных по названным элементам конкретных видов и групп преступлений, по взаимосвязям и взаимозависимостям этих элементов позволяет правильно определить структуру криминалистической характеристики преступлений.

Хотелось бы обратить внимание на значение изучения последствий преступной деятельности. Понятие последствий такой деятельности

включает в себя все изменения в материальной обстановке, на отдельных объектах и в сознании людей, которые произошли вследствие действий и поведения преступника, его взаимодействия с другими участниками события на стадиях подготовки, совершения и сокрытия преступления. Такие изменения обусловливают возникновение следов-отражений, как материальных, так и идеальных, соответствующих информационных источников и создают объективные предпосылки познания преступного события и его обстоятельств.

Важная роль в разработке и в применении методик расследования на практике принадлежит криминалистической классификации преступлений. Такая классификация способствует полной и, вместе с тем, дифференцированной их криминалистической характеристике, пониманию генезиса криминальных и следственных ситуаций, постановке криминалистических задач и разработке методик расследования различного уровня: межвидовых (комплексных), видовых, подвидовых (групповых), а также вневидовых методик. Криминалистический анализ и обобщение криминалистически значимых данных о преступлениях определенной категории образуют ее криминалистическую характеристику. Синтез таких данных создает возможность построения информационной модели исследуемой категории преступлений, что позволяет, в свою очередь, правильно подобрать познавательные средства и методы в расследовании. Криминалистическая характеристика преступлений способствует на начальном этапе расследования, который отличается нередко резким дефицитом информации, использованию ее данных для построения общих и частных версий, нахождению правильного направления расследования, определению наиболее вероятных мест нахождения следов и других носителей доказательственной информации. Подлежат дальнейшему углубленному исследованию корреляционные зависимости между элементами криминалистической характеристики, что способствует разработке типовых версий [6; 7].

Другим объектом исследования в криминалистической методике расследования является деятельность по расследованию преступлений (следственная деятельность). Расследование представляет собой системную деятельность, которая осуществляется надлежащим субъектом во взаимодействии с другими официальными лицами и общественностью в рамкам уголовно-процессуального закона и направлена на раскрытие, пресечение и предупреждение преступлений и привлечение всех виновных лиц к ответственности.

Система следственной деятельности противостоит системе преступной деятельности, выполняя не только защитные, «оборонительные» функции, но и функции активно-наступательные, направленные на ликвидацию, прекращение существования каждой выявленной и процессуально зафиксированной криминальной деятельности. В свою очередь, система преступной деятельности применяет разнообразные способы противодействия расследованию, что вызывает необходимость разработки средств и методов его преодоления.

Задачи и функции методики расследования обусловливают анализ следственной деятельности как специфического процесса познания расследуемого события. Такое познание осуществляется путем поиска носителей информации и их последующего использования в качестве источников доказательств. Наряду с этим сложная система следственной деятельности требует умелой организации и эффективного управления. Поэтому в теории криминалистической методики важно выделять и исследовать такие аспекты следственной деятельности, как познавательный, информационный и организационно-управленческий [2, с. 89—114].

Базируясь на изложенном, криминалистическую методику как раздел криминалистики можно определить как систему научных положений и рекомендаций, направленных на изучение закономерностей механизма совершения преступлений различных категорий и разработку методов и технологий их выявления, раскрытия и расследования.

По своему содержанию криминалистическая методика расследования состоит из двух частей: 1) общих (теоретических, науковедческих и методологических) положений и 2) отдельных методик расследования конкретных категорий преступлений.

К первой части следует отнести определения объектов и предмета методики расследования, источников формирования, ее задач, принципы научной разработки отдельных методик расследования, определение их структуры, проблемы классификации таких методик для более эффективного использования в практической деятельности.

Необходимо отметь тесную зависимость между принципами разработки частных методик и определением структуры последних, что не всегда учитывается в литературе. Вопрос о структуре методик расследования отдельных видов и групп преступлений остается дискуссионным.

Так, одними авторами (А. Н. Васильев, И. Ф. Герасимов Н. А. Селиванов и др.) в структуру методики включается криминалистическая характеристика рассматриваемой группы преступлений [8, с. 32; 9, с. 344, 121]. Другими такая характеристика в нее не включается либо потому, что отрицается ее методическое значение (А. В. Дулов, Р. С. Белкин) [11, с. 72—73; 12, с. 738—739], либо потому, что она рассматривается как основа разработки частных методик, но не в качестве элемента последних (В. П. Бахин, А. В. Шмонин) [13, с. 184—185; 14, с. 99].

Неоднозначна и позиция ученых по отношению к такому элементу структуры частной методики, как обстоятельства, подлежащие доказыванию. Так, высказывается мнение (Н. П. Яблоков, В. Ю. Шепитько, А. Г. Филиппов и др.) о необходимости рассмотрения названных обстоятельств в частных методиках наряду с криминалистической характеристикой преступлений [15, с. 546; 16, с. 270; 17, с. 441]; как главенствующих в структуре методик расследования и исключающих необходимость включения в нее такой характеристики (С. Н. Чурилов) [18, с. 29]; как

ненужных в связи с включением в структуру частных методик криминалистической характеристики (И. А. Возгрин, Е. Р. Россинская) [4, с. 294; 19, с. 256].

В структуру частных методик расследования традиционно включались этапы расследования, отражающие специфику следственной деятельности, в зависимости от решаемых задач того или иного периода расследования. Но в последнее время В. Е. Корноуховым было высказано мнение о нецелесообразности выделения этапов расследования, поскольку понятие этапа довольно размытое, не имеющее своего содержания и не раскрывающее закономерностей расследования преступлений [20, с. 138–139].

С. Ю. Косарев в структуре частных методик выделяет три блока ее элементов: 1) криминалистическая характеристика как информационная основа типичных частных методик; 2) особенности этапов расследования; 3) особенности содержания работы следователя (тактики следственных действий и тактических операций) [21, с. 270–336]. Думается, что выделенные блоки не отражают в достаточной степени информационно-познавательную и организационно управленческую сущность расследования, требуют конкретизации и уточнения.

Предлагается также включать в качестве самостоятельных элементов структуры отдельной методики криминалистическую классификацию рассматриваемой группы преступлений, особенности доследственной проверки, вопросы использования специальных познаний, организацию взаимодействия следователя с органами дознания и общественностью, тактические особенности производства отдельных следственных действий и тактических операций, а также некоторые другие.

Многочисленные предложения по формированию структуры методик расследования отдельных категорий преступлений не получают должного обоснования. В их основу кладутся различные принципы образования такой структуры. Поиск таких принципов приводит иногда к выводам, что единой структуры частных методик быть не может [20, с. 140]. В другом случае утверждается, что существуют две структуры частных методик: 1) функциональная (пространственная), которая включает такие элементы, как следственная ситуация, планирование расследования, тактические комплексы, предмет доказывания; и 2) временная, включающая три этапа расследования — первоначальный, последующий и заключительный [14, с. 98–110].

С приведенными точками зрения нельзя согласиться. Методика расследования преступлений отдельных категорий преступлений является системным образованием, имеющим общую структуру для всех ее видовых и подвидовых разновидностей, поскольку она должна отражать закономерности поисково- познавательной деятельности. Различно лишь содержание составляющих ее элементов, т.к. оно отражает специфику такой деятельности в зависимости от характера, вида и других свойств преступлений. Вряд ли целесообразно в частных методиках

выделять две структуры, что только усложняет и без того непростую проблему.

Представляется, что структура частных методик расследования должна соответствовать принципам построения последних.

К ним нужно отнести:

1. Разработка методических рекомендаций с учетом криминалистической классификации преступлений, что позволит выявить и исследовать особенности соответствующей классификационной группы и создать методики различного уровня и характера: межвидовую (комлексную), видовую, подвидовую или вневидовую.

2. Разработка методик расследования на основе криминалистического анализа соответствующей категории преступлений и созданной их информационно-познавательной модели — криминалистической характеристики исследуемых преступлений.

3. Определение круга обстоятельств, подлежащих установлению по конкретной категории преступлений, для проведения целенаправленного, полного и всестороннего расследования.

4. Определение направления и задач расследования с учетом специфики следственной деятельности на разных этапах расследования: начальном, последующем и завершающем.

5. Разработка типовых версий и криминалистических алгоритмов их проверки и решения тактических задач на основе информационно-ситуационной оценки состояния расследования.

6. Рассмотрение и разработка специфических тактических и технических приемов и правил проведения следственных действий и тактических операций с учетом исследуемой категории преступлений.

Изложенные принципы построения частных методик расследования позволяют в их структуру включать следующие элементы:

1) криминалистический анализ соответствующей категории преступлений (их криминалистическая классификация и характеристика);

2) обстоятельства, подлежащие выяснению и установлению;

3) анализ и оценка исходных ситуаций на проверочном этапе расследования;

4) типовые следственные ситуации, типовые версии, задачи и средства их проверки и решения (криминалистические программы) на проверочном и начальном этапах расследования;

5) следственные ситуации, задачи и программы их решения на последующем и заключительном этапах расследования;

6) тактические и организационные особенности проведения следственных действий и тактических операций.

Названные элементы детализируются и наполняются соответствующим содержанием по каждой конкретной методике расследования.

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 [18, с. 40]. Предлагаемый общий метод расследования включает три части: 1) криминалистический анализ исходной информации о преступлении и условиях его расследования: 2) индивидуализация криминалистических частнометодических рекомендаций, т.е. их адаптация к особенностям и условиям расследования по уголовному делу; 3) реализация ситуационно обусловленной программы расследования, сопровождаемая контролем за изменением следственной ситуации со стороны следователя [1, с. 53]. Как видим, структура общего метода расследования указывает лишь на общий подход к выбору направления и технологии расследования по конкретному уголовному делу, но не раскрывает его методологического содержания. Частная же методика расследования должна указывать на систему конкретных методов и средств, применяемых комплексно и в определенной последовательности в форме криминалистических алгоритмов, используемых для раскрытия соответствующих видов преступлений, что и является основной задачей криминалистической методики. Таким образом, идея формирования частных методик с помощью учения об общем методе расследования 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 [14, с. 79]. 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 расследова-

нию преступлений [22, 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, совершаемого 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 [22, 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» [22, 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 обусловливает соответствующую систему тактических задач и операций [20, 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 [21, с. 238—269], что сближает его взгляды в этом вопросе с упомянутой позицией Ю. П. Гармаева и А. Ф. Лубина.

Заслуживает внимания 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 [4, с. 34, 102—103; 14, с. 350—376; 24, с. 9; 13, с. 18—24].

Рассмотрим соотношение понятий «методика расследования преступлений» и «технологии 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 харак-

тер [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 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 отдельным различного уровня 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.

Безусловно, в криминалистической методике расследования можно выделить и другие весьма существенные проблемы, требующие своего разрешения. Их дальнейшее исследование послужит развитию как теории криминалистики, так и практике расследования и предупреждения преступлений.

Литература

1. Тіщенко В. В. Наукові засади розробки методики розслідування / *В. В. Тіщенко* // Актуальні проблеми держави і права. — О., 2007. — Вип. 32.

2. Тіщенко В. В. Теоретичні і практичні основи методики розслідування злочинів / *В. В. Тіщенко*. — О., 2007.
3. Тіщенко В. В. Злочинна діяльність як об'єкт криміналістики / *В. В. Тіщенко* // Актуальні проблеми держави і права. — О., 2006. — Вип. 27.
4. Возгрин И. А. Введение в криминалистику / *И. А. Возгрин*. — С.Пб., 2003.
5. Волобуєв А. Ф. Технології злочинної діяльності як об'єкт криміналістичного дослідження / *А. Ф. Волобуєв, В. Б. Смелік* // Теорія і практика судової експертизи і криміналістики. — Х., 2003. — Вип. 3.
6. Синчук О. В. Розслідування вбивств: шляхи вдосконалення / *О. В. Синчук*. — Х., 2005.
7. Синчук О. В. Типові версії в структурі криміналістичної методики : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / *О. В. Синчук*. — Х., 2010.
8. Васильев А. Н. Проблемы методики расследования отдельных видов преступлений / *А. Н. Васильев*. — 2002.
9. Криминалистика / под ред. И. Ф. Герасимова, Л. Я. Драпкина. — М., 2000.
10. Селиванов Н. А. Советская криминалистика: система понятий / *Н. А. Селиванов*. — М., 1982.
11. Криминалистика / под ред. А. В. Дулова. — Минск, 1996.
12. Белкин Р. С. Курс криминалистики / *Р. С. Белкин*. — М., 2001.
13. Бахин В. П. Криминалистическая характеристика преступлений как элемент расследования / *В. П. Бахин* // Вестник криминалистики. — М., 2000. — Вып. 1.
14. Шмонин А. В. Методология криминалистической методики / *А. В. Шмонин*. — М., 2010.
15. Криминалистика / под ред. Н. П. Яблокова. — М., 2005.
16. Криміналістика / за ред. В. Ю. Шепітька. — Х., 2008.
17. Криминалистика / под ред. А. Г. Филиппова. — М., 2004.
18. Чурилов С. Н. Методика расследования преступлений. Общие положения / *С. Н. Чурилов*. — М., 2009.
19. Российская Е. Р. Криминалистика : курс лекций / Е. Р. Российская. — М., 2006.
20. Корноухов В. Е. Методика расследования преступлений: теоретические основы / *В. Е. Корноухов*. — М., 2008.
21. Косарев С. Ю. История и теория криминалистических методик расследования преступлений / *С. Ю. Косарев*. — С.Пб., 2008.
22. Гармаев Ю. П. Проблемы создания криминалистических методик расследования преступлений: теория и практика / *Ю. П. Гармаев, А. Ф. Лубин*. — С.Пб., 2006.
23. Образцов В. А. Криминалистика: модели средств и технологий раскрытия преступлений / *В. А. Образцов*. — М., 2004.
24. Журавель В. А. Окрема криміналістична методика розслідування злочинів: форма, структура, зміст / *В. А. Журавель* // Теорія і практика судової експертизи і криміналістики : зб. наук. пр. — Х., 2007. — Вип. 7.
25. Тіщенко В. В. Криміналістичні технології в теорії і практиці розслідування / *В. В. Тіщенко* // Актуальні проблеми держави і права. — О., 2008. — Вип. 44.

Аннотация

Тищенко В. В. **Криминалистическая методика расследования: современное состояние и перспективы развития.** — Статья.

В статье рассмотрены объекты криминалистической методики: преступление и расследование как системные деятельности, научные предпосылки формирования понятия и системы криминалистической методики. Выделяются современные тенденции в развитии методики расследования, в частности проблемы относительно формирования структуры отдельных методик расследования и научных принципов их разработки.

Ключевые слова: криминалистическая методика расследования, преступная деятельность, следственная деятельность, принципы разработки отдельных методик и их структура.

Анотація

Тіщенко В. В. **Криміналістична методика розслідування: сучасний стан та перспективи розвитку.** — Стаття.

У статті розглянуто об'єкти криміналістичної методики: злочин та розслідування як системні діяльності, наукові передумови формування поняття та системи криміналістичної методики. Виділяються сучасні тенденції у розвитку методики розслідування, зокрема проблеми щодо формування структури окремих методик розслідування та наукових принципів їх розробки.

Ключові слова: криміналістична методика розслідування, злочинна діяльність, слідча діяльність, принципи розробки окремих методик та їх структура.

Summary

Tischenko V. V. **Forensic investigation techniques: current condition and development prospects.** — Article.

The article deals with the objects of forensic techniques: the crime and investigation as the two system activities, academic prerequisites for the formation of concepts and system of the forensic techniques. Current tendencies in the development of investigation techniques are stressed, in particular issues concerning the formation of the structure of separate methods of investigation techniques and scientific principles of their design.

Keywords: forensic investigation technique; criminal activities, investigative activity, principles of the design of separate techniques and their structure.

УДК 347.77(477.74-250Д)

О. І. Харитонова

ОДЕСЬКА ШКОЛА ПРАВА ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ: ПОЧАТОК ФОРМУВАННЯ ТА НАПРЯМКИ ДОСЛІДЖЕННЯ

Традиційним об'єктом економічного обігу (і правовідносин, що його опосередковують) протягом розвитку людського суспільства були матеріальні речі — відокремлені частки природи та результати матеріального виробництва.

Разом із тим поза межами ринкових відносин тривалий час залишалися результати творчої, інтелектуальної діяльності. Це пояснюється тим, що проблема захисту авторських прав на твори мистецтва спочатку виглядала не надто актуальною. Адже значна частина таких творів виконувалася на замовлення, що певною мірою гарантувало захист майнових прав авторів. Немайнові права останніх мали значно меншу вартість, через що їм і приділялася незначна увага. Що стосується винаходів, то у цій галузі творчої, інтелектуальної діяльності питання здійснення і захисту авторських прав також виглядали неактуальними, оскільки реалізація результатів винаходів та нових технічних ідей і рішень, попри їх значення для розвитку людства і потенційні вигоди, відбувалася повільно та й взагалі могла бути відстрочена на століття (прикладом можуть слугувати багато які з винаходів Леонардо да Вінчі, дійсне значення яких було оцінене лише у XX ст.).

Однак на певному етапі розвитку цивілізації результати інтелектуальної діяльності почали відігравати у житті суспільства все більш важливу роль, а їх реалізація давала реальну можливість отримання стабільних і досить великих прибутків. Таким чином, споживчий ринок цінностей значних змін: поруч із традиційними його об'єктами сформувалася нова сфера — результати творчої, інтелектуальної діяльності. Значення останньої постійно зростає, оскільки зараз роль інтелектуальної власності у стабільному прогресі економіки та суспільства в цілому важко переоцінити. Сьогодні навряд чи знайдеться суб'єкт господарювання, який у своїй діяльності так чи інакше не використовував би

© О. І. Харитонова, 2010

результати інтелектуальної власності. Попит на «нематеріальний товар» з кожним днем дедалі зростає. Тому однією з важливих умов успішного розвитку науково-технічних галузей, промисловості, торгівлі тощо є не тільки визнання за автором та іншими володільцями результатів творчої, інтелектуальної діяльності певних цивільних прав, але й забезпечення надійного захисту цих прав.

Тому дослідження питань, пов'язаних з реалізацією та захистом права інтелектуальної власності, є однією з найактуальніших тем сучасного періоду розвитку економіки та права в Україні. Слід зазначити, що вітчизняна наукова доктрина права інтелектуальної власності бере свій початок ще від цивільного права Російської імперії, в якому на початку XIX ст. почала формуватися так звана теорія літературної власності. Радянський період розвитку цивільного права характерний повною відмовою від розуміння прав автора як права власності, оскільки останнє (якщо лише воно не було правом державної власності) вважалося суто буржуазною категорією. Натомість, стосовно відносин, які виникають внаслідок творчої діяльності, йдеться про захист прав автора твору як суб'єкта сукупності немайнових та майнових прав. Такий підхід знаходить відображення і у законодавстві. Так, в СРСР ці питання регулювалися «Основами авторського права» від 16 травня 1928 р., в УРСР діяв Закон від 6 лютого 1929 р. «Про авторське право», створений на підґрунті згаданих Основ [24].

В цей час формується радянська доктрина регулювання відповідних відносин, котра ґрунтується на визнанні та регулюванні авторських прав на твори літератури і мистецтва, відкриття, винаходи та раціоналізаторські пропозиції як таких, що мають, головним чином, відносний (зобов'язально-правовий), а не абсолютний характер. Відповідно у радянському законодавстві не вживався такий термін, як «інтелектуальна власність». Позиція радянських законодавців з цього питання була підтверджена і у процесі другої кодифікації цивільного законодавства: при створенні Основ цивільного законодавства Союзу РСР і союзних республік 1961 р. та цивільних кодексів союзних республік. Зокрема, у ЦК УРСР 1963 р. містилися розділи, присвячені авторському праву, праву на відкриття та винахідницькому праву, які раніше складали сферу спеціального правового регулювання (котра, як згадувалося вище, знаходилася поза межами ЦК 1922 р.) Виокремлення цих норм у спеціальні розділи означало дальший відхід від пандектної системи цивільного права, що було цілком логічним результатом спроби формування власної оригінальної системи радянського цивільного права.

Праці того часу (як вітчизняних авторів, так і радянських науковців у цілому) значною мірою мали прикладний характер [1; 20]. Але й тих, у яких розглядалися теоретичні проблеми реалізації та захисту прав суб'єктів «авторських, творчих» відносин, були присвячені, у переважній більшості, дослідженню прав авторів художніх, мистецьких творів, відкриттів, винаходів і раціоналізаторських пропозицій без ак-

центування уваги на правовій природі таких прав. До того ж дослідження ці мали несистематичний характер і закономірності розвитку цього важливого інституту практично не аналізувалися [8; 21; 30; 7].

Після набуття Україною незалежності з'являється низка наукових праць, присвячених, власне, питанням права інтелектуальної власності. Дієвим поштовхом до формування вітчизняних наукових шкіл права інтелектуальної власності стали підготовка і прийняття у 2003 р. Цивільного кодексу, в якому праву інтелектуальної власності присвячено спеціальну книгу (книга четверта), що вимагало відповідного науково-теоретично забезпечення [18; 17; 19; 3; 16; 15; 5].

Варто зазначити, що дослідження, присвячені проблемам права інтелектуальної власності, проводилися і науковцями Півдня України. Зокрема, досліджувалися загальні питання захисту прав інтелектуальної власності за цивільним законодавством України, особливості захисту прав на винахід, права та обов'язки суб'єктів авторського права, особливості цивільно-правового захисту програмного забезпечення та ін [22; 4; 12; 13]. Проте, недоліком досліджень у цій сфері була відсутність системності, розгляд окремих (хоча і важливих, актуальних) проблем, що було результатом відсутності координації наукових розвідок у цій галузі. На усунення цього недоліку (поряд з іншими завданнями) було спрямоване створення за ініціативою академіка С. В. Ківалова у Одеській національній юридичній академії кафедри права інтелектуальної власності і корпоративного права, яка від самого початку свого існування (2008 р.) почала займатися систематичними дослідженнями важливих проблем права інтелектуальної власності.

Системність досліджень проблем права інтелектуальної власності досягається тим, що на кафедрі вони провадяться за кількома пріоритетними науковими напрямками.

Основним напрямком наукових розвідок є теоретичні проблеми визначення поняття та сутності права інтелектуальної власності, дослідженням яких займається проф. О. І. Харитонова (методологічні проблеми права інтелектуальної власності) [29]. З цією метою провадяться дослідження поняття «власність» у його юридичному сенсі, аналіз поняття права інтелектуальної власності, а також дослідження проблеми визначення поняття, сутності та місця права інтелектуальної власності у системі галузей права України. Оскільки на сьогоднішній день зберігається два основних підходи до визначення правової природи інтелектуальної власності, аналізуються саме ці концепції. При дослідженні теоретичних проблем права інтелектуальної власності постає необхідність вирішення декількох проблем. Зокрема, це труднощі методологічного характеру, пов'язані з визначенням нормативної бази регулювання відносин інтелектуальної власності, до яких, окрім ЦК України, належить також низка інших законодавчих актів. Методологічним імперативом дослідження цих питань є теза, згідно з якою нормативним базисом відповідних відносин можуть слугувати як спеціальні акти зако-

нодавства, так і договори учасників відносин інтелектуальної власності, міжнародні договори, конвенції, звичаї тощо. При цьому принципово важливим є положення про можливість субсидіарного застосування до регулювання відносин інтелектуальної власності норм цивільного законодавства.

Проблема визначення місця законодавства, яке регулює відносини інтелектуальної власності в системі вітчизняного права, полягає в тому, що недостатньо враховуються особливості традицій права в Україні, які полягають у співіснуванні та одночасному впливі в Україні Західної та Східної традицій приватного права. Це зумовило ту особливість українського цивільного права, що в ньому деякі інститути речового і зобов'язального права мають основою принципові положення, запозичені з різних правових систем (романської, центральноєвропейської, англосаксонської). Однак, поки що враховується цей чинник недостатньо. У результаті, наприклад, через дискусії стосовно правової природи відносин інтелектуальної власності створюються додаткові перешкоди комплексному розвитку законодавства у цій галузі, а головне, формуванню сучасної концепції останнього.

У процесі дослідження відповідної проблематики звертається увага на те, що недостатньо чітко і послідовно визначається співвідношення в регулюванні відносин інтелектуальної власності приватноправових та публічно правових елементів. З цього приводу варто зазначити, що в Україні поділ права на приватне і публічне, а також віднесення відносин інтелектуальної власності до сфери цивільно-правового регулювання досі залишається предметом більш чи менш жвавих дискусій, про які вже згадувалося вище. Крім того, особливістю цивільного права України на сучасному етапі його розвитку є реформування цивілістичної доктрини (концепції цивільного права). Результатом такого реформування за сприятливих умов може стати перехід від радянської доктрини цивільного права до нового розуміння його як категорії, практично тотожної приватному праву, що є проявом останнього на рівні національного законодавства [27]. Звідси випливає, що у процесі зазначеного реформування має бути остаточно визначене й місце права інтелектуальної власності у системі вітчизняного права, як підгалузі (розділу) цивільного права.

Іншим напрямком наукового дослідження є аналіз правовідносин інтелектуальної власності, які виникають при створенні, використанні, охороні та захисту об'єктів права інтелектуальної власності (у цій галузі активно працюють доц. Г. О. Ульянова та кандидат юридичних наук А. В. Кирилюк) [25; 28; 26; 9]. Визначення природи правовідносин інтелектуальної власності та їх місця в системі правових відносин передбачає проведення дослідження таких аспектів проблеми, як: 1) окреслення сфери, в якій такі відносини виникають, а також сфери їхнього правового регулювання; 2) встановлення суб'єктного складу відносин; 3) визначення об'єктів правовідносин інтелектуальної власності; 4) характе-

ристика особливостей змісту таких відносин. Дослідження кожного із зазначених аспектів правовідносин інтелектуальної власності створює необхідне підґрунтя для визначення їхньої специфіки, формулювання пропозицій щодо удосконалення правового регулювання відповідних відносин.

Важливість та актуальність дослідження зазначених питань пояснюється тим, що одним з найважливіших напрямків стратегії інтеграції України до Європейського Союзу та світового співтовариства в цілому є створення національної системи захисту прав інтелектуальної власності. Динамізм відносин зумовлює появу нових об'єктів права інтелектуальної власності, винайдення нових напрямків та способів їхнього застосування, а також необхідності забезпечення захисту прав і законних інтересів суб'єктів права інтелектуальної власності. В сучасних умовах розмаїття товарів та послуг, які пропонуються на ринку, важливого значення набуває пошук нових шляхів досягнення переваг над конкурентами через удосконалення зовнішнього оформлення продукції, покращення її якості, запровадження новітніх технологій виробництва тощо. Такі процеси, у свою чергу, тягнуть зростання попиту на результати творчої інтелектуальної діяльності — об'єкти права промислової власності (винаходи, корисні моделі, промислові зразки), засоби індивідуалізації (комерційні найменування, торговельні марки, географічні зазначення) тощо. Разом із тим неврегульованість окремих питань, пов'язаних із встановленням порядку використання, охорони окремих об'єктів призводить до порушення прав суб'єктів права інтелектуальної власності, співіснування різних підходів до розв'язання спірних ситуацій. Складовою цього напрямку наукових досліджень є аналіз правовідносин, що виникають у зв'язку з реалізацією прав інтелектуальної власності, зокрема, численних видів договорів у цій сфері.

Ще одним напрямком є дослідження проблем правового захисту прав інтелектуальної власності та відшкодування шкоди, завданої порушеннями у цій сфері, якими займаються проф. Т. С. Ківалова, доц. О. О. Кулініч та кандидат юридичних наук Н. П. Бааджи [10; 11; 14; 2]. У процесі досліджень, які здійснюються у цьому напрямку, базисними положеннями є те, що захист прав інтелектуальної власності здійснюється шляхом застосування визначених у законі форм: юрисдикційної та неюрисдикційної. Остання може мати місце при захисті прав авторів за допомогою засобів масової інформації, громадськими організаціями, шляхом самозахисту, при зверненні до морально-етичних норм тощо. Юрисдикційна форма полягає у зверненні до державних органів, уповноважених розглядати справи про правопорушення у сфері інтелектуальної власності та виносити по них обов'язкові для виконання рішення. Юрисдикційна форма захисту охоплює адміністративний та судовий порядки розгляду справ та застосування передбачених законом заходів захисту. Адміністративний захист здійснюється за допомогою низки державних органів, поміж яких, передусім, треба згадати Державний

департамент інтелектуальної власності (далі — Департамент), створений у складі Міністерства освіти і науки України у квітні 2000 року. Його основними функціями є участь у забезпеченні реалізації державної політики у сфері інтелектуальної власності, прогнозування та визначення перспектив і напрямів розвитку в цій сфері, розроблення нормативно-правової бази функціонування державної системи охорони прав інтелектуальної власності та її організаційне забезпечення. Департаменту підпорядковуються державні підприємства «Український інститут промислової власності», «Українське агентство з авторських та суміжних прав», «Інтелзахист», Інститут інтелектуальної власності і права. Судовий захист прав інтелектуальної власності здійснюється в рамках цивільного, господарського, адміністративного та кримінального судочинства. У досліджуваній сфері існує чимало проблем, що потребують вирішення. Зокрема, це розмежування підвідомчості справ щодо порушення прав інтелектуальної власності між судами різних юрисдикцій, проблема доказів, судової експертизи у зазначеній сфері тощо.

У цьому контексті досліджувались також питання відшкодування шкоди, завданої неправомірним використанням авторських прав як одного із найважливіших способів захисту, який може застосовуватись як в межах договірного, так і позадоговірного неправомірного використання авторських прав.

Проблема відшкодування шкоди є однією з найбільш актуальних для сучасної правозастосовчої практики. Незважаючи на законодавче закріплення права на відшкодування шкоди, отримати таке відшкодування досить проблематично. Це пов'язано зі складністю доведення факту завдання чи спричинення моральної та майнової шкоди, визначення її розміру, способу відшкодування. Особливість авторських прав обумовлює необхідність вироблення спеціальних критеріїв визначення розміру шкоди, завданої їх неправомірним використанням, тоді як у законодавстві визначені загальні засади такого відшкодування, що не дозволяє повною мірою захистити права авторів та їх правонаступників.

Ще одним напрямком дослідження є проблеми правового регулювання відносин інтелектуальної власності у Європейському Союзі (ЄС) у контексті становлення європейського приватного права (приватного права ЄС), якими займаються, головним чином, кандидати юридичних наук Л. Д. Романадзе та Р. Є. Еннан [23; 6]. В межах цього напрямку дослідження аналізується процес становлення та розвитку правової охорони результатів інтелектуальної, творчої діяльності у ЄС, з'ясовуються передумови та способи правового регулювання відносин інтелектуальної власності у праві ЄС, визначаються зміст, характерні риси, сутність права інтелектуальної власності ЄС та його місце у системі права ЄС, особливості та правова природа об'єктів права інтелектуальної власності у ЄС, основні інститути права інтелектуальної власності, що сформувались у процесі гармонізації та уніфікації законодавства у ЄС. Досліджуються особливості забезпечення дотримання прав інтелектуаль-

ної власності у ЄС, а також шляхи подальшого розвитку правового регулювання відносин інтелектуальної власності у ЄС.

Актуальність зазначеного напрямку наукового дослідження обумовлена активізацією розвитку правової системи ЄС у галузі приватного права. Дослідження права інтелектуальної власності ЄС становить значний науковий та практичний інтерес з багатьох причин. Перш за все, право інтелектуальної власності є новою галуззю права ЄС, що досить інтенсивно розвивається та узагальнює кращий досвід країн — членів ЄС у сфері правової охорони інтелектуальної власності. Воно має істотне значення при співробітництві установ та організацій України та країн-членів та інституцій ЄС з проведення наукових досліджень та передачі технологій, а також є певним орієнтиром, у відповідність до якого має бути приведено законодавство України у цій сфері, як одна з необхідних передумов інтеграції України до ЄС. Зокрема, звертається увагу на те, що нині нарівні з такими системами правового регулювання відносин інтелектуальної власності, як міжнародна та національна (внутрішньодержавна), дедалі більшого значення та ваги набуває новий регіональний інтеграційний правовий механізм регулювання зазначених відносин, а саме гармонізація та уніфікація правової охорони результатів інтелектуальної, творчої діяльності у ЄС.

Підсумовуючи викладене, можна констатувати, що в Національному університеті «Одеська юридична академія» йде активне формування наукової школи права інтелектуальної власності. Варто зазначити, що представники зазначеної школи не обмежуються дослідженнями на регіональному рівні, але, крім того, беруть активну участь у наукових пошуках у цій сфері, контактуючи з науковцями інших наукових центрів України та зарубіжжя. Зокрема, з метою обговорення проблем права інтелектуальної власності і вироблення єдиної стратегії досліджень кафедрою права інтелектуальної власності і корпоративного права було організовано і проведено «круглий стіл» з проблем права інтелектуальної власності (2008 р.) і всеукраїнську науково-практичну конференцію, присвячену відповідним питанням (2010 р.).

Практичним результатом наукових досліджень, що проводяться в рамках формування школи права інтелектуальної власності, став захист за два роки існування кафедри чотирьох кандидатських дисертації, присвячених проблемам права інтелектуальної власності, які вписуються в контекст зазначеної вище проблематики (Н. П. Бааджи, Р. Є. Енан, А. В. Кирилюк, Г. О. Ульянова) та активна участь у підготовці колективної монографії «Цивільне право України (традиції та новації)», виданої у 2010 р. за підсумковими результатами планових наукових досліджень [29].

Разом із тим у час, коли пишеться ця стаття, колективом кафедри завершується підготовка до друку підручника з курсу «Право інтелектуальної власності» та коментаря до законодавства, що регулює відносини інтелектуальної власності, котрі мають стати своєрідним звітом

про завершення початкового періоду формування школи дослідження проблем права інтелектуальної власності в Національному університеті «Одеська юридична академія».

Література

1. Авторське право : зб. офіц. матеріалів / упоряд.: А. О. Ірлін, Л. В. Квятковська. — К. : Політвидав України, 1981. — 301 с.
2. Бааджи Н. П. Відшкодування шкоди, завданої неправомірним використанням авторських прав : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / *Н. П. Бааджи*. — О., 2010.
3. Галянтич М. К. Адміністративно-правові питання захисту промислової власності в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07 / *М. К. Галянтич*. — К., 1999. — 19 с.
4. Гарєєв Є. Ш. Винахід як об'єкт правової охорони / *Є. Ш. Гарєєв* // Актуальні проблеми держави і права : зб. наук. пр. — О., 2004. — Вип. 23. — С. 178–183.
5. Демченко Т. С. Охорона товарних знаків (порівняльно-правовий аналіз) : монографія / *Т. С. Демченко*. — К. : Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2004. — 184 с.
6. Еннан Р. Є. Правове регулювання відносин інтелектуальної власності у Європейському Союзі : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / *Р. Є. Еннан*. — О., 2010.
7. Иойрыш А. И. Научно-технический прогресс и новые проблемы права / *А. И. Иойрыш*. — М. : Междунар. отношения, 1981. — 168 с.
8. Ионас В. Я. Произведения творчества в гражданском праве / *В. Я. Ионас*. — М. : Юрид. лит., 1972. — 168 с.
9. Кирилюк А. В. Ліцензійний договір на використання літературних творів (цивільно-правовий аспект) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / *А. В. Кирилюк*. — О., 2010.
10. Ківалова Т. С. Відшкодування шкоди, завданої порушенням права інтелектуальної власності / *Т. С. Ківалова* // Проблеми права інтелектуальної власності : тези доп. круглого столу / за ред. О. І. Харитонової. — О., 2008. — С. 10–13.
11. Ківалова Т. С. Деякі проблемні питання зобов'язань відшкодування шкоди / *Т. С. Ківалова* // Часопис цивілістики : наук.-практ. журн. — О., 2008. — Вип. 7. — С. 23–27.
12. Клейменова С. М. Авторські правовідносини як форма реалізації правомочностей суб'єктів авторського права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / *С. М. Клейменова*. — К., 2004. — 20 с.
13. Колісник А. С. Цивільно-правовий захист програмного забезпечення : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / *А. С. Колісник*. — О., 2007. — 18 с.
14. Кулініч О. О. Цивільно-правовий захист персональних даних фізичних осіб / *О. О. Кулініч* // Актуальні проблеми держави і права : зб. наук. пр. — О., 2007. — Вип. 33. — С. 41–45.
15. Макода В. Є. Правова охорона промислових зразків в Україні / *В. Є. Макода*. — К. : УАБ, 2000. — 172 с.
16. Мельник О. М. Цивільно-правова охорона інтелектуальної власності в Україні : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03 / *О. М. Мельник* ; Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. — К., 2004. — 36 с.
17. Основи інтелектуальної власності. — К. : Вид. дім «Ін Юре», 1999. — 578 с.
18. Підопригора О. А. Право інтелектуальної власності України / *О. А. Підопригора, О. О. Підопригора*. — К. : Юрінком Інтер, 1998. — 336 с.
19. Право інтелектуальної власності : підруч. для студ. вищ. навч. закл. / за ред. О. А. Підопригори, О. Д. Святоцького. — К. : Ін Юре, 2002. — 624 с.
20. Прахов Б. Г. Справочное пособие по изобретательству, рационализации и патентному делу / *Б. Г. Прахов, Н. М. Зенкин*. — К. : Вища шк., 1977. — 152 с.

21. Ринг М. П. Договоры на научно-исследовательские и конструкторские работы / *М. П. Ринг*. — М. : Юрид. лит., 1967. — 200 с.
22. Ришкова О. В. Захист прав інтелектуальної власності за цивільним законодавством України : дис. ... канд. юрид. наук / *О. В. Ришкова*. — О., 2007. — 196 с.
23. Романадзе Л. Д. Захист торговельних марок у міжнародному приватному праві : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / *Л. Д. Романадзе*. — О., 2008.
24. СЗ СССР. — 1928. — № 27. — Ст. 246.
25. Ульянова Г. О. Захист авторських прав у правовідносинах, які виникають у зв'язку з рекламою : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / *Г. О. Ульянова*. — О., 2008.
26. Ульянова Г. О. Відносини представництва у сфері права інтелектуальної власності / *Г. О. Ульянова* // Актуальні проблеми цивільного, сімейного та міжнародного приватного права (Матвєєвські цивілістичні читання) : 16 верес. 2010 р. — К., 2010.
27. Харитонов Є. О. Цивільні правовідносини : навч. посіб. / *Є. О. Харитонов, О. І. Харитонова*. — К. : Істина, 2008. — С. 38.
28. Харитонова О. І. Проблеми класифікації цивільних правовідносин інтелектуальної власності / *О. І. Харитонова, Г. О. Ульянова* // Актуальні проблеми права інтелектуальної власності : зб. матеріалів І Всеукр. наук.-практ. конф., 16 черв. 2010 р. — Одеса, 2010. — С. 8–10.
29. Цивільне право України (традиції та новації): монографія / авт. кол. ; за заг. ред. Є. О. Харитонова, Т. С. Ківалової, О. І. Харитонової ; наук. ред. Н. Ю. Голубєва. — О. : Фенікс, 2010.
30. Чернышева С. А. Правовое регулирование авторских отношений в кинематографии и телевидении / *С. А. Чернышева*. — М. : Наука, 1984. — 176 с.

Анотація

Харитонова О. І. **Одеська школа права інтелектуальної власності: початок формування та напрямки дослідження.** — Стаття.

Стаття присвячена розгляду питань, пов'язаних з формуванням та розвитком інституту права інтелектуальної власності в Україні. Основна увага приділяється таким напрямкам наукових досліджень Одеської школи права інтелектуальної власності: теоретичні проблеми визначення поняття та сутності права інтелектуальної власності; аналіз правовідносин інтелектуальної власності, які виникають при створенні, використанні, охороні та захисті об'єктів права інтелектуальної власності; проблеми правового захисту прав інтелектуальної власності та відшкодування шкоди, завданої порушеннями у цій сфері; проблеми правового регулювання відносин інтелектуальної власності у Європейському Союзі у контексті становлення європейського приватного права.

Ключові слова: цивільне право, інтелектуальна діяльність, результати творчої, інтелектуальної діяльності, право інтелектуальної власності, правовідносини інтелектуальної власності, школа права інтелектуальної власності.

Аннотация

Харитонова Е. И. **Одесская школа права интеллектуальной собственности: начало формирования и направления исследования.** — Статья.

Статья посвящена рассмотрению вопросов, связанных с формированием и развитием института права интеллектуальной собственности в Украине. Основное внимание уделяется следующим направлениям научных исследований Одесской школы права интеллектуальной собственности: теоретические проблемы определения понятия и сущности права интеллектуальной собственности, анализ правоотношений интеллектуальной собственности, возникающих при создании, использовании, охране и защите объектов интеллектуальной собственности; проблемы правовой защиты прав интеллектуальной соб-

ственности и возмещения ущерба, причиненного нарушениями в этой сфере; проблемы правового регулирования отношений интеллектуальной собственности в Европейском Союзе в контексте становления европейского частного права.

Ключевые слова: гражданское право, интеллектуальная деятельность, результаты творческой, интеллектуальной деятельности, право интеллектуальной собственности, правоотношения интеллектуальной собственности, школа права интеллектуальной собственности.

Summary

***Kharitonova O. I.* Odessa School of Intellectual Property: The emergence of trends and research.** — Article.

This article examines issues of formation and development of intellectual property in Ukraine. The focus is on the following areas of research Odessa school of intellectual property rights: theoretical problems of definition and essence of the intellectual property; legal analyze of intellectual property, arised in the creation, use, conservation and protection of intellectual property; legal issues of intellectual property protection and reparation for disturbances, caused in this area; problems of legal regulation of intellectual property rights in the European Union in the context of an European private law becoming.

Keywords: Civil law, intellectual activity, the results of creative intellectual work, intellectual property legal Intellectual Property Law School Intellectual Property.

УДК 347:378.634(477.7-250д)

Є. О. Харитонов

ШКОЛА ЦИВІЛІСТИКИ В ОНЮА — НУ ОЮА: ТРАДИЦІЇ ТА НОВАЦІЇ

Дослідження питань формування та розвитку вітчизняних правових шкіл має значний теоретичний та практичний інтерес, оскільки від відповідей, які на них будуть отримані, залежить встановлення тенденцій трансформацій вітчизняної правової доктрини, а відтак і концепції права у цій галузі.

Варто зауважити, що до деяких із зазначених питань уже зверталися вітчизняні науковці. Проте, якщо, наприклад, Київській чи Харківській школам цивілістики присвячені спеціальне видання [5; 11; 12], то інші цивілістичні школи (у тому числі, Одеська) поки що привертали менше уваги дослідників. Зазначене й зумовлює доцільність звернення до теми, заявленої у заголовку статті.

Приступаючи до розгляду питань, які є предметом цього дослідження, передусім варто визначитися щодо ключових, на мою думку, понять, котрі тут вживаються: цивілістика, традиції, новації.

Отже, стосовно терміно-поняття «цивілістика». У довідкових виданнях вона визначається як галузь юридичної науки, предметом якої є: норми цивільного права; цивільні правовідносини як юридична форма відповідних суспільних відносин, що регулюються цивільним законодавством; юридичні факти; судова, судово-господарська і адміністративна практика застосування цивільно-правових норм [28, с. 363; 8, с. 777].

Автори спеціальних досліджень відповідної проблематики, зазвичай, визначають науку цивільного права або цивілістику як галузь юридичної науки, яка вивчає приватні права, становлення й зміст цивільно-правових норм і закріплених ними інститутів та конструкцій, правила і практику тлумачення і застосування цих норм з метою виявлення перспектив і тенденцій розвитку інститутів цивільного права [7, с. 101].

Запропоноване визначення здається, в цілому, достатньо вдалим, однак, разом із тим, дещо переобтяженим акцентами на «норма-

© Є. О. Харитонов, 2010

тивістській», «інституціональній» складовій цивілістики, що певною мірою відволікає увагу від значення концепції, доктрини, «духу» приватного (цивільного) права.

Із врахуванням необхідності внесення зазначених коректив можна запропонувати визначення цивілістики (науки цивільного права) як сукупності знань про правове становище приватної особи, її цивільні права, засоби реалізації та захисту останніх, об'єднані у систему понять, категорій, ідей, теорій та концепцій. При цьому предметом цивілістики («науки цивільного права») можуть бути як правові феномени, категорії, інститути, проблеми тощо, котрі розглядаються у контексті цивілістичних досліджень, так і власне «наука цивільного права» [2, с. 24—26; 3, с. 51—56; 23, с. 88—96].

Разом із тим, на тлі загалом консолідованого бачення предмета цивілістики у вітчизняній юриспруденції, особливо помітними є відсутність досліджень системи науки цивільного права. Зазвичай, зазначається, що вона в цілому збігається з системою цивільного права, хоча і має певні відмінності, які випливають із змісту зазначених систем (головні із них полягають у виокремленні таких елементів науки цивільного права, як вчення про предмет, метод, функції та систему цивільного права і загального вчення про цивільні правовідносини) [25, с. 25].

Втім, існують й інші концептуальні підходи у цій галузі. Зокрема, сутність підходу, фундатором якого можна вважати Г. Ф. Шершеневича [27], визначається прагненням сформувати уяву про предмет та розвиток науки цивільного права за допомогою характеристики особистості знаних цивілістів у контексті опису їхніх основних праць [26, с. 47—48] або характеристики праць цивілістів у контексті життєпису їхніх авторів [10, с. 102—120]. Він може бути названим «персоналістським» або «персоналістсько-бібліографічним» підходом).

Разом із тим для деяких праць є характерним прагнення дослідників проаналізувати характерні напрямки досліджень та здобутки окремих цивілістичних шкіл [9; 12; 22]. Такий підхід можна назвати «класифікаційним» або ж «персоналістсько-класифікаційним».

Третій підхід полягає в акцентуванні уваги на виокремленні та висвітленні основних періодів або етапів розвитку цивілістики взагалі, цивілістики окремої країни, регіону тощо. Його можна назвати «хронологічним» підходом. Найчастіше він застосовується для характеристики цивілістики певної країни, що дозволяє показати динаміку розвитку в ній цивілістичної думки [24, с. 25—28]. При цьому всередині згадуваного поділу на етапи (періоди) можлива більш складна систематизація матеріалу, що дозволяє згрупувати здобутки цивілістів за концептуальними підходами, предметом дослідження тощо. Найвищим досягненням використання такого підходу у галузі досліджень, що стосуються й української цивілістики, є ґрунтовна праця О. С. Йоффе, присвячена розвитку цивілістичної думки в СРСР [4]. Є і вдалі приклади застосування хро-

нологічного підходу при дослідженні потужних шкіл цивілістики окремого міста [5; 11; 12].

При певних відмінностях у характері, предметі та методах дослідження згадані підходи об'єднує та обставина, що основним предметом аналізу слугує цивілістика, наука цивільного права як така. Разом із тим варто зауважити, що тут йдеться про вивчення не цивільного права, а науки цивільного права. Іншими словами, маємо справу не з цивілістикою, а «наукознавством у галузі цивілістики» або «цивілістичним наукознавством». Хоча останнє і має безпосереднє відношення до цивілістики, але являє собою лише частину предмета останньої.

Враховуючи цю обставину, варто торкнутися течії у юриспруденції, яка полягає в тому, що предметом досліджень визначається не власне наука цивільного права, а феномен цивільного (права) в цілому, у всіх його проявах, що вивчаються наукою цивільного права.

При зазначеному «предметному» критерії визначення системи (структури) цивілістики доцільним є виокремлення таких складових її частин, як методологія цивільного (приватного) права, догма цивільного (приватного) права, історія цивільного (приватного) права, порівняльна цивілістика. (Разом із тим слід зазначити, що багато хто з вітчизняних науковців акцентує увагу на значенні методології науки цивільного права лише як сукупності методів наукового дослідження у цій галузі [7, с. 104—111], що дещо звужує, як здається, поняття цивілістики).

Методологія цивілістики займається на рівні найвищої наукової абстракції аналізом суто теоретичних положень, таких як характеристика поняття та сутності приватного права; основи визначення становища приватної особи у суспільстві; визначення засад її взаємин з іншими приватними особами, державою, іншими соціально-публічними утвореннями та їхніми фігурантами; захист прав приватної особи тощо, які є наріжним каменем у загальному предметі цивілістики. Разом із тим отримані результати слугують основою дослідження практики виникнення і трансформацій цивільних відносин, аналізу змісту та сутності норм цивільного законодавства і вироблення рекомендацій стосовно застосування останнього, визначення напрямків та перспектив його вдосконалення тощо.

«Догма цивільного права» — це частина цивілістики, що вивчає характер, особливості і зміст норм певної системи цивільного права; структуру, зміст і форми цивільного законодавства; тлумачить його; вивчає й аналізує практику застосування цивільно-правових норм із метою визначення їхньої ефективності. Предметом даного розділу цивілістики є, насамперед, чинне цивільне законодавство і практика його застосування. Варто зазначити, що термін «догма цивілістики» виглядає наразі не дуже коректним, оскільки суперечить сучасному розумінню цивільного права як права приватного, основою якого є не лише так зване позитивне право, а й природно-правова доктрина, домовленості сторін, звичаї та низка інших специфічних форм регулювання цивільних відносин. З цих

міркувань більш виправданим виглядає, скажімо, така назва відповідної частини науки цивільного права, як «практична цивілістика».

Історія цивільного (приватного) права — частина цивілістики, що вивчає розвиток цивільного (приватного) права як у цілому, так і окремих його інститутів. Вона може бути також названа «історична цивілістика». При цьому предметом дослідження може бути приватне право як наднаціональна система, окремі традиції приватного права, національні системи цивільного права, взяті в їхньому історичному розвитку, а також розвиток самої цивілістики, як науки цивільного права.

Органічною частиною науки цивільного права є «порівняльна цивілістика» чи порівняльне цивільне право, що має метою визначення загального й особливого в різних системах приватного (цивільного) права, можливість рецепції, акультурації, імплементації концепцій, основ цивільного права, окремих правових рішень чи їхньої сукупності. Її завданням є вивчення різних систем приватного права, як елементів відповідної культури, а також національних систем цивільного права і цивілістичних інститутів, взятих в їх розвитку.

Отже, цивілістика, як наука про приватне (цивільне) право, є сукупністю систематизованих знань, теорій, підходів, поглядів на приватне (цивільне) право, як таке. Складовими частинами цивілістики є: 1) теоретична цивілістика (методологія цивільного права); 2) практична цивілістика («догма» цивільного права; 3) історична цивілістика; 4) порівняльна цивілістика.

Із врахуванням викладеного «цивілістична школа» може розцінюватися та бути охарактеризована у подвійному значенні: широкому та вузькому.

У широкому сенсі «цивілістичну школу» — можна визначити як сукупність наукового потенціалу (правознавців, особистостей) у галузі цивілістики, що реалізується шляхом отримання наукових результатів на певних, властивих саме цій сукупності засадах, які відрізняють її від інших аналогічних шкіл.

При такому підході критерії об'єднання науковців в одну цивілістичну школу можуть бути різноманітними: країна, місцевість, місто, вищий навчальний (науково-дослідний) заклад, особистість керівника, особисті взаємини (симпатії чи антипатії) тощо. Аналіз діяльності цивілістичної шкоди у такому випадку може провадитися з наступною деталізацією її діяльності за допомогою «персоналістського» чи «хронологічного» підходів.

Однак можливим є і дослідження особливостей «цивілістичної школи», взятої у її вузькому значенні — як сукупності наукового потенціалу (правознавців, особистостей) у галузі цивілістики, що реалізується шляхом дослідження проблем у певному розділі цивільного (приватного) права.

При цьому визначальним стає «предметний» критерій, який дозволяє визначити «точку» прикладення наукових зусиль (наукового потенціалу)

для вирішення наукових завдань у галузі цивілістики (до того ж у тому чи іншому її розділі). Таким чином, поняття «школа» має не лише суб'єктивний об'єднуючий момент, але набуває й підстави для об'єднання за об'єктивним критерієм (предмет досліджень у межах цивілістики).

Розглядаючи під таким кутом зору наукові розвідки, проведені цивілістами ОНЮА за останні п'ять років, можна зробити висновок, що вони проводилися, головним чином, у галузі теорії (методології) цивільного права, практичної цивілістики («догми» цивільного права) та історичної цивілістики. Саме у цих сферах цивілістики викладачами кафедри цивільного права ОНЮА, її аспірантами та здобувачами найбільш активно проводилися наукові дослідження і були отримані найбільш суттєві результати, на яких варто зупинитися далі. (Дати повну характеристику наукового доробку усіх викладачів та аспірантів кафедри не дозволяє обсяг цієї статті. Тому предметом розгляду далі будуть лише ті наукові результати, котрі найбільш яскраво репрезентують творчі здобутки у відповідній сфері).

У галузі теорії (методології) цивільного права найбільш важливою і плідною була розробка проблем визначення сутності та характерних властивостей основних категорій цивільного (приватного) права: цивільного права як такого; цивілістики як науки про цивільне право; предмета та методу цивільного права; принципів (засад) цивільного права; його функцій; цивільних правовідносин та їх видів тощо.

Зокрема, у працях Є. О. Харитонова обстоювалася наукова позиція, згідно з якою цивільне право слід розглядати як прояв більш загальної категорії «приватне право», котра втілюється у положеннях цивільного права на національному рівні. При цьому приватне право пропонується визначити як сукупність юридичної доктрини, правил і норм, що стосуються визначення статусу і захисту інтересів окремих осіб, які не є фігурантами держави, не знаходяться у відносинах влади — підпорядкування стосовно одне одного, рівноправно і вільно встановлюють собі права і обов'язки у відносинах, що виникають з їх ініціативи [15, с. 23—24], а цивільне право — як сукупність концепції, ідей та правових норм, що встановлюють на засадах диспозитивності, юридичної рівності та ініціативи сторін, підстави придбання та порядок реалізації і захисту прав і обов'язків фізичними та юридичними особами, а також іншими соціальними утвореннями, що виступають як суб'єкти цивільних відносин, з метою задоволення матеріальних і духовних потреб приватних осіб та захисту їх інтересів [16, с. 29].

При цьому зверталася увага на ту обставину, що хибним було б ототожнювати приватне право з цивільним, а публічне — з адміністративним. Натомість має йтися про те, що у цивільному праві, головним чином, проявляються засади, правила та норми приватного права, а у праві адміністративному — проявляються засади та норми публічного права. Оскільки у цивільному праві проявляються засади як приватного, так і публічного права, необхідне відмежування його від інших галузей

національного права. Критеріями такого розмежування обрано було предмет та метод регулювання, принципи, на яких регулювання цивільних відносин ґрунтується, та функції, котрі цивільне право виконує.

Предметом регулювання ЦК є особисті немайнові та майнові відносини (ст. 1 ЦК). Проте, самостійним критерієм визначення останнього, як галузі, слугувати вони не можуть, оскільки, як випливає зі ст. ст. 1 та 9 ЦК, одні й ті самі відносини можуть регулюватися різними галузями права.

У зв'язку з цим досліджувався й більш надійний критерій розмежування — метод правового регулювання. При цьому зазначалося, що для методу цивільно-правового регулювання у більшості випадків властивою є відсутність категоричних приписів учасникам цивільних відносин діяти певним чином, внаслідок чого він отримав назву «диспозитивного», як такий, що відображує засади диспозитивності в правовому регулюванні, на відміну від методу імперативного — властивого праву публічному. Разом з тим, оскільки цивільно-правовий метод містить також елементи обов'язкового (імперативного) припису, стверджувалося, що до нього входять як правонаділяючий елемент, так і елемент імперативний. Разом із тим підкреслювалося, що від використання імперативного методу правового регулювання відносини, що виникають у зв'язку із заподіянням шкоди, із цивільних не перетворюються на адміністративні, а має йтися лише про те, що метод цивільно-правового регулювання охоплює як уповноважувальні, диспозитивні (у регулятивних цивільних відносинах), так і імперативні засоби впливу на учасників цивільних відносин, маючи, однак, при цьому підґрунтям засади юридичної рівності сторін, справедливості, добросовісності і розумності [21].

Визнання складної структури методу правового регулювання привело до висновку, що метод правового регулювання не можна вважати достатнім критерієм розмежування цивільного права з іншими галузями права, що, у свою чергу, зумовило необхідність аналізу як такого критерію функцій цивільного права, тобто головних напрямів його впливу на цивільні відносини з метою впорядкування останніх.

У процесі дослідження функцій цивільного права було звернуто увагу на доцільність розрізнення таких функцій, що є спільними для права взагалі, і таких, що є специфічними саме для цієї галузі. Загальноправовими функціями, що проявляються на цивілістичному рівні, було визначено: інформаційно-орієнтаційну; виховну (превентивну); регулятивну та захисну функції. При цьому підкреслювалося, що, хоча вказані функції властиві кожній галузі права, але набувають специфічних властивостей за рахунок предмета (сфера цивільних відносин) та методу правового регулювання. Разом із тим зверталася увага на те, що цивільне право виконує специфічні, тільки йому властиві функції, котрі є передумовою, проявом і результатом застосування цивільно-правового методу регулювання. Такими специфічними функціями цивільного права є: 1) уповноважувальна функція, яка полягає у тому, що цивільне право

створює нормативну базу передумови для саморегулювання у сфері приватного права, визначає засади внутрішнього регулювання за допомогою угоди сторін цивільних відносин; 2) компенсаційна функція, яка забезпечує можливість відновлення порушеного цивільного права та інтересу на еквівалентній основі.

Ґрунтовні дослідження з погляду впливу традицій та новацій на розвиток розуміння такої важливої категорії цивільного права, як його принципи (засади), були виконані Н. Ю. Голубєвою. Зазначаючи, що значення правових, зокрема галузевих, принципів полягає в тому, що вони відображають сутність змісту, соціальну спрямованість і головні галузеві особливості правового регулювання, а тому мають враховуватися при виявленні прогалин в законодавстві і застосуванні правових норм за аналогією, вона визначає принципи або ж засади цивільного права як фундаментальні ідеї, згідно з якими здійснюється регулювання відносин, що становлять предмет цивільного права. У кожній з таких засад проявляються бачення сутності даних відносин, висуваються ті чи інші вимоги до практичного забезпечення правового становища приватної особи.

Підкреслюючи актуальність проблеми визначення співвідношення понять «основні засади цивільного законодавства» та «принципи цивільного права», авторка звертає увагу на те, що принципи цивільного права та загальні засади цивільного законодавства однакові в тому, що є основними засадами, які проходять через все цивільне право, зумовлюючи зміст кожного з його інститутів і його норм. Вони є основами, базою таких важливих суспільних відносин, як майнові і особисті немайнові відносини. В цьому значенні принципи цивільного права закріплюють приватноправовий характер цивільних відносин і є орієнтирами при ухваленні правових рішень. Різниця між ними полягає в тому, що невід'ємною ознакою загальних засад законодавства є точне формулювання і нормативне закріплення в чинному законодавстві. До того ж вони можуть застосовуватися безпосередньо як норми-принципи, що не властиве принципам цивільного права. У зв'язку з цим принципово важливим є висновок, що закріплення загальних принципів цивільного законодавства у ЦК України свідчить перш за все про підтвердження законодавцем «першоджерела» цивільного законодавства, яким виступає природне право. Воно складається з норм і принципів, що визначають поведінку людей в суспільстві незалежно від позитивного права. Перераховані в ст. 3 ЦК принципи за своєю природою є розпорядженнями природного права. Їх природно-правовий характер не втрачається і у разі їх оформлення в позитивному праві.

Варто зазначити, що поряд із комплексним дослідженням категорії принципів (засад) цивільного права та цивільного законодавства здійснювалися дослідження й окремих принципів, зокрема принципу справедливості у зобов'язальних правовідносинах, котрий розглядався у контексті розвитку відповідної категорії від традицій часів римського права до новацій сучасного цивільного права України [1].

Логічною складовою досліджень базових понять у галузі методології цивільного права були розвідки цивільних правовідносин, що здійснювалися на загальнотеоретичному, галузево-теоретичному та галузево-конкретному рівнях. У процесі зазначених досліджень було зроблено висновок, що вони, як результат реалізації норм цивільного законодавства, можуть існувати на конкретно-галузевому, цивілістичному рівні у вигляді регулятивних, охоронних та організаційних цивільних правовідносин. На такому методологічному підґрунті були глибоко проаналізовані різні групи відповідних цивільних правовідносин [20].

У галузі дослідження проблем практичної цивілістики («догми» цивільного права) найбільш помітних результатів досягла Т. С. Ківалова, яка вперше у вітчизняній юриспруденції провела комплексне дослідження категорії зобов'язань відшкодування шкоди. Результати її дослідження знайшли втілення у низці статей, монографії та докторській дисертації [6]. Розглядаючи «компенсаційні» зобов'язання під різними кутами зору, Т. С. Ківалова сформулювала низку авторських положень щодо характеристики системи зобов'язань з виокремленням декількох рівнів останніх, а також зобов'язань відшкодування шкоди у цій системі. У межах проведеного дослідження, зокрема, було обґрунтовано висновок, що сучасний концептуальний підхід до визначення сутності та властивостей зобов'язань відшкодування шкоди полягає в розумінні їх як правового інституту та як відповідних недоговірних правовідносин, які виникають внаслідок завдання шкоди, де кредитор має право вимагати від боржника відшкодування завданої шкоди у повному обсязі; доведено, що особливостями регулювання відносин відшкодування шкоди є наявність у методі правового регулювання відчутного імперативного елемента, внаслідок чого загальні засади цивільного законодавства і зобов'язального права можуть застосовуватися до відшкодування недоговірної шкоди лише у тих випадках, коли це не суперечить сутності охоронних цивільних правовідносин, тощо. На підставі авторського бачення сутності правовідносин відшкодування шкоди, як передбачених нормами цивільного законодавства цивільних охоронних правовідносин, що виникають внаслідок завдання шкоди суб'єкту цивільних прав і виражаються у праві потерпілого на відшкодування завданої йому шкоди, та обов'язку особи, яка завдала шкоду, або суб'єкта, вказаного у законі, відшкодувати завдану шкоду, була обґрунтована доцільність удосконалення термінології та змісту норм глави 82 ЦК України.

У руслі зазначеного потужного напрямку наукових досліджень викладачами, аспірантами та здобувачами кафедри були проведені розвідки проблем відшкодування шкоди, завданої спеціальними суб'єктами або спеціальним суб'єктам, спеціальним об'єктам, в особливій сфері діяльності, за особливих умов тощо. Досліджувалися також компенсаційні зобов'язання, суміжні із зобов'язаннями відшкодування шкоди, передбаченими главою 82 ЦК України: зобов'язання, що виникають внаслідок рятування життя та здоров'я фізичних осіб, майна фізичних або юридич-

них осіб, зобов'язання, що виникають внаслідок створення загрози завдання шкоди, а також зобов'язання, що виникають внаслідок придбання, збереження майна без достатніх правових підстав.

Крім того, у галузі практичної цивілістики («догми» цивільного права) провадилися дослідження традицій та інноваційних напрямків вдосконалення законодавства, що визначає правовий статус суб'єктів цивільних відносин, зокрема, забезпечує реалізацію цивільних прав останніх, їх захист тощо. Тут предметом наукових розвідок, передусім, були проблеми цивільної правосуб'єктності та її реалізації стосовно як фізичних, так і юридичних осіб. Досліджувалися також проблеми укладення та реалізації договорів, наслідки визнання їх недійсними тощо.

Слід також зазначити формування окремих напрямків дослідження проблем практичної цивілістики («догми» цивільного права) з погляду наявності у них традиційного підґрунтя та інноваційних елементів, які стосувалися права власності, інших прав на речі, а також цивільно-правових аспектів реалізації права на житло, стосовно яких викладачами кафедри було захищено кілька кандидатських дисертацій.

У галузі історичної цивілістики помітне місце займали дослідження проблем формування та розвитку традиції цивільного права в Україні як базового поняття цивілістики, як галузі права та як галузі законодавства. При цьому методологічний імператив наукових розвідок у цій галузі знаходив відображення у розгляді сучасного цивільного права України як такого, що є синтезом західної та східної європейських традицій права. У контексті зазначеного дослідження було обґрунтоване розуміння категорії «традиція права» як правових цінностей, категорій, інститутів, норм, котрі протягом століть свідомо передаються від покоління до покоління, а також розуміння сутності конструкції «Схід — Захід» як такої, що полягає у виокремленні двох магістральних шляхів соціоісторичного розвитку людства взагалі та Європейської спільноти, зокрема [19].

Дещо менше за обсягом, але також важливе місце у структурі дослідження традицій та новацій в галузі цивільного права займали наукові розвідки, присвячені проблемам порівняльної цивілістики. У працях викладачів та аспірантів кафедри, присвячених цим питання, цивільне право України розглядається як таке, що ґрунтується на загальноєвропейських традиціях приватного права, відображаючи вплив (у більшості випадків — латентний) римського приватного права [18] та сучасних європейських систем цивільного права, що дозволяє характеризувати його як таке, що тяжіє до центральноєвропейської родини приватного права з переважанням елементів західної традиції права у регулюванні речових та зобов'язальних відносин і східної традиції — у регулюванні сімейних та спадкових відносин [13; 17].

Підбиваючи підсумки викладеному вище, можна зробити загальний висновок, що в Одеській національній юридичній академії (тепер — Національний університет «Одеська юридична академій») у межах до-

слідження проблем традицій та новацій в цивільному праві України продовжує розвиватися оригінальна школа цивілістики, наукові здобутки якої ґрунтуються на результатах наукових досліджень школи рецепції римського права ОНЮА [14; 22] і є інноваційним внеском в традиції цивілістики у цій галузі.

Література

1. Бабич І. Г. Принцип справедливості у римському праві та у сучасному зобов'язальному праві України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / *І. Г. Бабич*. — О., 2006. — 21 с.
2. Вільнянський С. І. Радянське цивільне право : навч. посіб. Ч. 1 / *С. І. Вільнянський*. — Х. : Вид-во Харк. ун-ту, 1966.
3. Гражданское право Украины. В 2 ч. Ч. 1 / под ред. А. А. Пушкина, В. М. Самойленко, — Х. : Ун-т внутр. дел : Основа, 1996.
4. Иоффе О. С. Развитие цивилистической мысли в СССР / *О. С. Иоффе*. — Ленинград : Изд-во Ленингр. ун-та, 1975-1978. — Ч. I. — 1975. — 160 с ; Ч. II. — 1978. — 178 с.
5. Київська школа цивілістики : до 175-річчя Київ. нац. ун-ту ім. Тараса Шевченка, 1834—2009 / за ред. Р. А. Майданчика. — К. : Алерта : КНТ : ЦУЛ, 2009. — 334 с.
6. Ківалова Т. С. Зобов'язання відшкодування шкоди за цивільним законодавством України: теоретичні проблеми : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук / *Т. С. Ківалова*. — О., 2008. — 40 с.
7. Майданик Р. Наука цивільного права України: поняття, предмет, методологія / *Р. Майданик* // Про українське право : Часопис кафедри теорії та історії держави і права Київ. нац. ун-ту імені Тараса Шевченка / за ред. І. Безклубого. — К. : Грамота, 2009. — Чис. IV.
8. Новий тлумачний словник української мови. У 4 т. Т. 4 / уклад.: В. Яременко, О. Сліпушко. — К. : Аконіт, 1998.
9. Підопригора О. Цивілістична наука в Київському університеті ім. Тараса Шевченка / *О. Підопригора* // Вісник Академії правових наук України. — 1999. — № 2. — С. 107—123.
10. Ромовська З. Українське цивільне право: Загальна частина. Академічний курс : підручник / *З. Ромовська*. — К. : Атіка, 2005.
11. Страницы Харьковской цивилистики : в 3 ч. / под общ. ред. И. В. Венедиктовой и С. Н. Бервено. — Х. : ХНУ им. В. Н. Каразина, 2010. — 216 с. — Ч. 1. История развития кафедры гражданско-правовых дисциплин ХНУ имени В. Н. Каразина ; Ч. 2. Лучшие работы кафедры гражданско-правовых дисциплин за 2009/2010 учебный год.
12. Страницы Харьковской цивилистики. В 3 ч. Ч. 3. Доктора Харьковской юридической школы / сост.: С. Н. Бервено, И. В. Венедиктова, Е. А. Греков [и др.] ; под общ. ред. И. В. Венедиктовой и С. Н. Бервено. — Х. : ХНУ им. В. Н. Каразина, 2010. — 360 с.
13. Харитонов Е. О. Современное право Украины: между рецепцией римского и византийского права / *Е. О. Харитонов, Е. И. Харитонова* // X коллоквиум романистов Центральной и Восточной Европы и Азии. Душанбе, 19—21 окт. 2005 г. — Душанбе : Тадж. гос. нац. ун-т, 2007. — С. 82—86.
14. Харитонов Є. О. Вивчення рецепції римського права в ОНЮА: десять років дослідження / *Є. О. Харитонов, О. О. Кулініч* // Юридичний вісник. — 2007. — № 4. — С. 102—108.
15. Харитонов Є. О. Вступ до цивільного права України : навч. посіб. / *Є. О. Харитонов*. — К. : Істина, 2006.

16. Харитонов Є. О. Нариси теорії цивілістики (поняття та концепти) : монографія / *Є. О. Харитонов*. — О. : Фенікс, 2008.
17. Харитонов Є. О., Харитонова О. І. Порівняльне право Європи. Основи порівняльного правознавства: Європейські традиції / *Є. О. Харитонов, О. І. Харитонова*. — Вид. 2-ге, допов. — Х. : Одіссей, 2006. — 624 с.
18. Харитонов Є. О. Рецепція римського права у сучасному цивільному праві України / *Є. О. Харитонов* // Римське право та правова культура Європи. — Люблін : Вид-во Люблін. католицького ун-ту, 2008. — С. 77–86.
19. Харитонов Є. О. Формування сучасного цивільного права України: вплив західної та східної традиції права / *Є. О. Харитонов* // Правова система України: історія, стан та перспективи : у 5 т. — Х. : Право, 2008. — Т. 3 : Цивільно-правові науки. Приватне право / за заг. ред. Н. С. Кузнєцової. — С. 79–121.
20. Харитонов Є. О. Цивільні правовідносини : навч. посіб. / *Є. О. Харитонов, О. І. Харитонова*. — К. : Істина, 2008. — 304 с.
21. Харитонов Є. О. Цивільно-правовий метод: зміна парадигми / *Є. О. Харитонов* // Часопис цивілістики. — 2006. — Вип. 3. — С. 16–20.
22. Харитонов Є. О. Школа рецепції римського права в Одеській національній юридичній академії / *Є. О. Харитонов* // Наукові праці Одеської національної юридичної академії. — О., 2002. — Т. 1. — С. 44–67.
23. Цивільне право України : курс лекцій. У 6 т. Т. 1, кн. 1 / за ред. Р. Б. Шишки та В. А. Кройтора. — Х. : Еспада, 2004.
24. Цивільне право України : навч. посіб. / за ред. Р. О. Стефанчука. — К. : Наук. думка : Прецедент, 2004.
25. Цивільне право України : підручник. У 2 кн. Кн. 1 / Д. В. Боброва, О. В. Дзера, А. С. Довгерт [та ін.] ; за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової. — К. : Юрінком Інтер, 1999.
26. Цивільне право України : підручник. У 2 кн. Кн. 1 / за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової. — К. : Юрінком Інтер, 2002.
27. Шершеневич Г. Ф. Наука гражданского права в России / *Г. Ф. Шершеневич*. — М. : Статут, 2003. — 250 с.
28. Юридична енциклопедія. В 6 т. Т. 6 / редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) [та ін.]. — К. : Укр. енцикл., 2004.

Анотація

Харитонов Є. О. **Школа цивілістики в ОНЮА — НУ ОЮА: традиції та новації.** — Стаття.

Стаття присвячена дослідженню питань формування та розвитку школи цивілістики в ОНЮА — НУ ОЮА. Окрема увага приділяється визначенню терміно-понять «цивілістика», «традиції», «новації». Визначається поняття «цивілістична школа», яке розглядається у широкому та вузькому значенні. Зазначається, що «цивілістична школа» у її вузькому значенні є сукупністю наукового потенціалу (правознавців, особистостей) у галузі цивілістики, що реалізується шляхом дослідження проблем у певному розділі цивільного (приватного) права. З урахуванням наведеного висновку, у статті наведено огляд діяльності викладачей кафедри цивільного права ОНЮА, її аспірантів та здобувачів у межах дослідження проблем традицій та новацій в цивільному праві України, яка формує оригінальну школу цивілістики ОНЮА — НУ ОЮА.

Ключові слова: цивілістика, традиції, новації, цивілістична школа, галузь.

Аннотация

Харитонов Е. О. **Школа цивилистики в ОНЮА — НУ ОЮА: традиции и новации.** — Статья.

Статья посвящена исследованию вопросов формирования и развития школы цивилистики в ОНЮА — НУ ОЮА. Отдельное внимание уделяется термино-понятиям «цивилистика», «традиции», «новации». Определяется понятие «цивилистическая школа», которое рассматривается в широком и узком значении. Отмечается, что «цивилистическая школа» в ее узком значении является совокупностью научного потенциала (правоведов, личностей) в отрасли цивилистики, что является путем исследования проблемы в отдельном разделе гражданського (частного) права. С учетом сделанного вывода, в статье рассматривается деятельность преподавателей кафедры гражданського права ОНЮА, ее аспирантов и сосискателей в рамках исследования проблем традиций и новаций в гражданском праве Украины, которая формирует оригинальную школу цивилистики ОНОА — НУ ОЮА.

Ключевые слова: цивилистика, традиции, новации, цивилистическая школа, отрасль.

Summary

Kharitonov E. O. **Civil law school in ONLA — NU OLA: traditions and novations.** — Article.

The article is devoted to researching the questions of formation and development of civil law school in ONLA — NU OLA. Certain attention is payed to defining the terms and definitions «civil law», «traditions», «novations». The concept of «civil law school» is being defined in its broad and narrow sense. It is noted that «civil law school» in its and narrow sense is a complex of the scientific potential (of lawyers, personalities) in the sphere of civil law, which is being implemented by studying the issues of a particular section of the civil (private) law. With regard to the above conclusion the article provides the review of the work of ONLA civil law department lecturers, its graduate students and applicants within the study of traditions and novations in civil law of Ukraine, which forms the original school of civil law of ONLA — NU OLA.

Keywords: civil law, tradition, innovation, civil school, sector.

УДК 347.426.6:340.115:162.6

Т. С. Ківалова

ДІАЛЕКТИЧНИЙ МЕТОД ТА СИСТЕМНИЙ ПІДХІД ЯК МЕТОДОЛОГІЧНА ОСНОВА НАУКОВИХ ДОСЛІДЖЕНЬ У ГАЛУЗІ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА (НА ПРИКЛАДІ ДЕЛІКТНИХ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ)

Перед тим як перейти до аналізу означених вище проблем методології юридичних досліджень, вважаємо за необхідне зробити застереження щодо відмінностей у розумінні тут поняття «метод наукового дослідження» і «методологія наукового дослідження». Торкаючись цього питання, у свою чергу, слід зазначити, що стосовно галузі наукового пізнання, у тому числі, й у галузі теорії права, розрізняють поняття «метод» у широкому і вузькому значенні. Так, під методом, у широкому значенні цього слова, звичайно розуміють певний шлях, спосіб, прийом вирішення якогось завдання теоретичного, практичного, пізнавального, педагогічного і тому подібного характеру [1]. Разом із тим методи загальної теорії держави і права визначають вужче — як прийоми і способи пізнання, що їх застосовує загальна теорія держави і права при вивченні свого предмета, тобто загальних і спеціальних закономірностей виникнення, функціонування і розвитку держави і права, що розглядаються як цілісні і взаємозумовлені соціальні інститути та пов'язані з ними суспільні відносини [2, с. 11].

Відповідно до розуміння сутності та призначення методів наукового дослідження методологію теорії права також розуміють у вужчому або ширшому значеннях. Так, у звуженому розумінні цього поняття воно характеризується як сукупність всіх методів і визначається як складне утворення, що включає систему різноманітних підходів, прийомів і способів за допомогою яких вона вивчає свій предмет [2, с. 11]. При широкому підході до визначення поняття методології ним охоплюється усе те, що має те чи інше методологічне значення, тобто здатне виконати методологічну функцію, зокрема, здатне організувати процес дослідження відповідно до обраного предмета та коригувати його кожного разу, коли

© Т. С. Ківалова, 2010

у цьому з'являється необхідність [3, с. 59]. Існує також інший підхід, який можна охарактеризувати як «синкретичний». Сутність його полягає у тому, що власне методологія визначається спрощено — як система особливих методів. Однак, разом із тим, це поняття надалі розширюється шляхом вказівки на те, що важливе місце у системі методології займають принципи дослідження та філософські підходи. При цьому поміж основних принципів дослідження виділяють принцип всебічності дослідження, принцип історизму та принцип комплексності у вивченні соціально-правових явищ [4, с. 20—21].

Не аналізуючи тут усе розмаїття точок зору стосовно визначення поняття та сутності категорії «методологія дослідження», зазначимо лише, що звужене тлумачення поняття методології нам здається невиправданим, оскільки безпідставно обмежує коло прийомів та засобів, здатних виконувати методологічну функцію.

Отже, надалі під методологією маємо на увазі не лише сукупність методів наукового аналізу та усі ті засоби, принципи, підходи тощо, які здатні виконати методологічну функцію у процесі дослідження та коригувати цей процес у разі необхідності.

Переходячи на такому підґрунті до розгляду питань вибору методів наукового дослідження, слід зауважити, що у літературі з філософії права та загальної теорії держави і права немає єдності стосовно визначення системи та ієрархії таких методів.

Найпростішим виглядає виділення таких рівнів пізнавальної діяльності: 1) філософсько-світоглядні підходи; 2) загальнонаукові методи; 3) спеціальні методи [5, с. 27]. Складніша структура методів науки теорії права і держави ґрунтується на тричленному поділі методів дослідження і охоплює: 1) загальні (загально-філософські) — такі, що стосуються усіх наук; 2) приватно-наукові (конкретні) — застосовуються до конкретних наук; 3) спеціальні — є додатковими, допоміжними [6, с. 31]. Деякі правознавці, застосовуючи також тричленний поділ методів вивчення держави і права, інакше визначають зміст цих груп. Наприклад, В. О. Котюк розрізняє три групи методів або підходів до вивчення держави і права: загальнонаукові методи, окремі напрями, підходи і принципи та конкретно-наукові методи або прикладні, а також метафізичні (містичні, релігійні і духовні) [7, с. 24].

Зустрічається також позиція, яка зовнішньо нагадує викладені вище, але має інше змістовне наповнення, оскільки при визначенні принципових засад значною мірою ґрунтується на положеннях марксистсько-ленінської теорії держави і права, згідно з якою найбільш загальним філософським методом є метод діалектичного матеріалізму (діалектико-матеріалістичний метод), загальнонауковими методами — логічний, історичний, системно-структурний, порівняльний, конкретно-соціологічний та ін. методи, спеціальними методами — прийоми, які властиві окремим галузям наукових знань і відрізняються залежно від того, яке явище досліджується поглиблено [8, с. 13—22; 9, с. 24—28; 10, с. 50—51]. (Варто

зазначити, що деякі науковці, наприклад А. Б. Венгеров, обстоюючи посилення матеріалістичної методології права, разом із тим, виступають за позбавлення її від вульгаризованих ідей про вирішальний вплив економічного базису на всі сторони держави і права [11, с. 22], а деякими — використання в сучасних умовах діалектично-матеріалістичного методу без обов'язкового «класового навантаження» вбачається перспективним і ефективним [2, с. 13]. До можливості й доцільності застосування методу матеріалістичної діалектики ми ще повернемося, а поки що звернемося до інших наукових підходів щодо характеристики методології державно-правових досліджень, які, на нашу думку, становлять інтерес та мають бути враховані при виборі методології дослідження у галузі права).

Розгорнуту систему методології юридичної науки пропонує П. М. Рабінович. Він визначає методологію у контексті, що нас цікавить, як систему підходів і методів, способів і засобів наукового дослідження. До складу цієї методології, на його думку, входять: 1) філософсько-світоглядні підходи (матеріалістичний чи ідеалістичний, діалектичний чи метафізичний, визнання чи заперечення об'єктивних соціальних, у тому числі державно-правових, закономірностей та можливості їх пізнання, здобуття істинних знань щодо них); 2) загальнонаукові методи, тобто такі, що використовуються у всіх або у більшості наук (структурний, функціональний методи, сходження від абстрактного до конкретного, формально-логічні процедури і таке ін.); 3) групові методи, тобто такі, котрі застосовуються лише у певній групі наук (наприклад, тільки у суспільствознавстві застосовується метод конкретно-соціологічного дослідження); 4) спеціальні методи, тобто котрі прийнятні для дослідження предмета лише однієї науки (наприклад, у юриспруденції — це способи тлумачення норм права, своєрідні прийоми узагальнення юридичної практики тощо). Зазначаючи, що всі вказані групи методів необхідні для проведення повноцінного, всебічного, завершеного правового дослідження, П. М. Рабінович, разом із тим, наголошує, що роль способів та засобів наукового дослідження не є однозначною. Зокрема, філософсько-світоглядні підходи визначають саму стратегію наукового пошуку, його загальну спрямованість, орієнтують на знаходження, відбір, накопичення цілком визначених у соціально-змістовному відношенні фактів і, нарешті, обумовлюють характер та зміст оцінювання (інтерпретації) отриманих результатів дослідження [12, с. 126—127]. Пізніше наведений вище перелік елементів методології був ним уточнений та доповнений і став виглядати таким чином: 1) філософсько-світоглядні підходи; 2) загальнонаукові методи; 3) групові методи; 4) спеціальні методи; 5) засоби дослідження. При цьому під останніми розуміються способи виявлення, фіксування, збирання, систематизації інформації про право-державні факти, явища — емпіричні засоби і способи пояснення фактів, виявлення зв'язків між ними, побудови понять, концепцій, прогнозів та ін. — теоретичні засоби [13, с. 213].

Обираючи філософсько-світоглядний підхід, який має визначити стратегію наукового дослідження, виходимо з того, що ним має бути загальний діалектичний метод, який дозволяє проаналізувати і оцінити правове явище у його розвитку. Разом із тим виникає питання існування необхідності зробити вибір, визначившись стосовно того, чи має йтися лише про суто матеріалістичний діалектичний метод, чи при дослідженні можуть враховуватися й ідеалістичні чинники правового розвитку?

У зв'язку з цим слід взяти до уваги, що деякі правознавці піддають критиці «монополізацію» матеріалістичною діалектикою методологічних основ суспільного розвитку, зазначаючи, що це призводить до ігнорування інших можливих підходів до наукового пізнання, до збіднення прийомів та способів вивчення закономірностей виникнення, розвитку і функціонування держави і права, залишаючи невикористаними можливості метафізичного та ідеалістичного діалектичних методів [14, с. 48; 7, с. 24—29].

Погоджуючись з висновком щодо недоцільності звуження кола методологічних способів та засобів, які можуть бути використані у процесі дослідження в галузі права, разом із тим маємо взяти до уваги й слушне зауваження П. М. Рабіновича стосовно того, що методологічний плюралізм не повинен перетворюватися на методологічну сваволю, оскільки таке перетворення не сприятиме, а перешкоджатиме формуванню знань, адекватних предмету пізнання. Щоб запобігти такій загрозі, слід враховувати такі загальнометодологічні постулати, яких маємо дотримуватися: 1) об'єктивна обумовленість обраних методів дослідження його предметом; 2) необхідність встановлення єдиної істини, вірогідність якої можна довести і перевірити за посередництвом певного об'єктивного критерію; 3) неодмінним показником прийнятності, евристичності певного дослідницького підходу (методу) має бути його спроможність сприяти виявленню, розкриттю соціальної сутності явищ, що вивчаються [13, с. 215—216].

Із врахуванням викладеного вище стосовно засад визначення методології дослідження надалі вважаємо виправданим виходити із можливості застосування діалектичного методу без уточнення тієї обставини, що він має бути, наприклад, лише матеріалістичним, що є справедливим для всіх правових досліджень.

Таким чином, можна зробити методологічно важливий висновок про доцільність використання загального світоглядного підходу, який забезпечує філософське підґрунтя дослідження і виражається тут у загально-філософському діалектичному методі, який доповнюють такі загальнонаукові (загальнофілософські) методи, як синергетичний (виступає на тій стадії, коли ще не сформовано повністю категорії та поняття, тобто не може бути повною мірою використаним діалектичний метод) та системний (метод системного аналізу). Сукупність цих методів забезпечує можливість аналізу поняття та концепції зобов'язань відшкодування шкоди, проблем, які виникають у цій галузі, взятих у

їх розвитку, соціальній та історичній обумовленості. При цьому має бути взята до уваги та обставина, що визначальним при пізнанні явищ держави та права є саме системний метод (підхід), який дозволяє пізнати цілісність системи у поєднанні різноманітних державно-правових явищ, котрі набувають нових якостей, відсутніх у разі, коли вони існують відокремлено. Властиві системному підходу методологічні можливості структуралізму дозволяють фіксувати, встановлювати нові грані нормативних форм регуляції, тобто усього того в правовій сфері, що, як правило, у сфері замовчування, розглядалося як даність, але не досліджувалося [6, с. 31—32].

Враховуючи ту обставину, що застосування синергетичного методу стосовно тих інститутів, категорії та поняття яких в цілому сформувалися, має обмежений характер, надалі, як здається, маємо виходити з того, що основними загальнофілософськими методами, які доцільно використовувати в процесі будь-якого наукового правового дослідження, є діалектичний метод і метод системного аналізу.

Разом із тим, крім загального світоглядного підходу, важливу роль в організації дослідження має відігравати сукупність загальних та спеціальних методологічних прийомів та засобів, до яких, передусім, належать конкретно-наукові або прикладні методи дослідження, а також принципи дослідження. Врахування зазначених додаткових прийомів та засобів дослідження є необхідним, крім усього, ще й тому, що загальний метод філософської діалектики реалізується за допомогою інших методів дослідження, а саме: методу діалектичної логіки, історичного методу, системно-структурного методу тощо. За їх допомогою суспільні відносини можна розглядати як складну соціальну систему, що дає можливість з'ясувати її правову природу, об'єктивні процеси, які в ній відбуваються, визначити місце та призначення взаємопов'язаних елементів названої системи, розглянути їх видове різноманіття, а також простежити хід розв'язання проблеми правового забезпечення тих чи інших суспільних відносин [10, с. 51].

Приступаючи до аналізу приватно-наукових методів дослідження, слід зазначити, що у літературі із загальної теорії права по-різному згруповані та по-різному поіменовані, пропонуються неоднакові переліки конкретно-наукових (приватно-наукових), спеціальних та ін. методів, які можуть застосовуватися у процесі дослідження правових явищ та понять [12, с. 126; 2, с. 13—15; 14, с. 51; 6, с. 33—34; 15, с. 31]. Детальний їх огляд та обґрунтування переваг і недоліків того чи іншого переліку не входить у наше завдання, тому обмежимося констатацією суттєвих розбіжностей позицій фахівців у галузі загальної теорії права і вказівкою на ту з них, яка здається нам найбільш придатною для використання її в процесі практично кожного юридичного дослідження.

На нашу думку, за базовий може бути прийнятим перелік конкретно-наукових або прикладних методів, який охоплює: 1) метод структурно-функціонального аналізу (системно-функціональний метод); 2) систем-

ний метод; 3) метод правового моделювання; 4) метод правового прогнозування; 5) метод порівняльного правознавства; 5) статистичні і математичні методи; 6) догматичний метод; 7) історичний і логічний методи; 8) метод сходження від абстрактного до конкретного і від конкретного до абстрактного; 9) конкретно-соціологічні методи [7, с. 30—34].

Поміж методів наукового дослідження у даному випадку найбільш важливим здається метод системно-структурного аналізу, за допомогою якого, наприклад, деліктні зобов'язання мають досліджуватися як складова частина загальної системи цивільних зобов'язань, існуючого порядку регулювання відносин нормами цивільного права, структурні та змістовні особливості охоронних правовідносин відшкодування шкоди. Крім того, застосування цього методу дає також можливість визначити дворівневу структуру системи зобов'язань. Перспективним виглядає використання структурно-функціонального методу, який за своєю сутністю значною мірою є також системним методом, але таким, що дає можливість більш повно дослідити функціональні особливості відповідного явища і на цьому підґрунті дозволяє розглянути під різними кутами зору види зобов'язань відшкодування шкоди, з'ясувати їх особливості та функціональне призначення, а також їх функціонально-системні зв'язки з іншими інститутами цивільного законодавства та охоронними цивільно-правовими відносинами.

Може бути також використаним метод порівняльно-правового аналізу, який забезпечує порівняння основних положень інституту відшкодування шкоди за законодавством України та інших країн, а також порівняння зобов'язань відшкодування шкоди з іншими видами компенсаційних правовідносин тощо. Історичний метод забезпечує можливість дослідження зобов'язань відшкодування шкоди в історичній перспективі та оцінки їх як результату тривалого розвитку науки цивільного права, а також дав змогу встановити закономірності та тенденції розвитку цього інституту в цілому та окремих його елементів. Крім того, очевидна доцільність використання догматичного методу, який стає у нагоді при аналізі норм цивільного законодавства України та інших країн, що регулюють відносини відшкодування шкоди, з метою встановлення їх змісту, призначення, взаємозв'язку. Таким чином вибір методології дослідження зобов'язань відшкодування шкоди зумовлений кількома чинниками, що визначають як загальне бачення сутності проблем, що складаються у цій галузі, так і концептуальні засади аналізу характеру та особливостей правового регулювання відповідних відносин на сучасному етапі розвитку цивільного законодавства України.

Що стосується загального бачення шляхів аналізу за допомогою діалектичного методу проблем правового регулювання відносин відшкодування шкоди, то його засадами, на нашу думку, мають бути комплексність та всебічність дослідження правових явищ, що складаються у цій галузі, а так само наукових категорій, які використовуються у зв'язку із зазначеними явищами. У такому контексті варто зазначити, що

у вітчизняній цивілістиці неодноразово зверталася увага на необхідність комплексного, всебічного підходу в правових дослідженнях, на те, що «потрібно оцінювати не лише суто правові явища, а й час та умови, в яких вони складаються і які на них впливають» [16, с. 5].

Отже, враховуючи викладене вище, у процесі дослідження, по-перше, мають бути враховані тенденції розвитку законодавства у цій галузі, умови, в яких відбувалося та відбувається становлення і розвиток засад правового інституту відшкодування шкоди, а також обставини, що впливають на визначення цілей та призначення відповідних зобов'язань на сучасному етапі розвитку цивільного законодавства України.

Що стосується визначення пріоритету поміж конкретно-наукових (або ж прикладних) методів, то тут, на нашу думку, перевага має бути надана методу системно-структурного аналізу і методу структурно-функціонального аналізу, які є проявами системного підходу на рівні конкретних або ж прикладених методів. Якщо інші методи наукового дослідження можуть бути використані для вирішення окремих завдань, то зазначені різновиди системного методу (підходу) можуть і мають бути застосованими впродовж усього процесу дослідження. Враховуючи таке значення системного підходу, що дало підставу деяким науковцям віднести його до загальнонаукових ***визначальних*** (виділено мною. — *Т. К.*) методів [6, с. 32], а також значення забезпечення засад системності праву України, на що слушно звертала увагу Я. М. Шевченко [17, с. 10—11; 18, с. 26], далі здається доцільним коротко зупинитися на характеристиці його основних положень.

Слід зазначити, що у літературі з філософії та методології права, а також із загальної теорії права питанням системного аналізу, системного підходу тощо приділялася значна увага, що можна пояснити загальним значним зростанням у розвитку світової науки в останні роки інтересу до проблеми системного підходу, системного методу, системних досліджень. І хоча «системний рух» не є абсолютно новим явищем в науці, як зазначають фахівці у цій галузі, наприклад, Д. А. Керимов, системну ідею стосовно філософії сформулював ще Гегель. І хоча деякі правознавці вважають, що системний підхід в праві завдячує своєю появою науковим розробкам інших науковців, однак і вони пов'язують його появу з досить давніми часами [19, с. 249—251]), однак це не впливає на високу оцінку його методологічно-дослідницького потенціалу [20, с. 239—241]. Так, доктор філософських наук і кандидат юридичних наук (вказуємо тут обидва його наукових ступені, оскільки їх поєднання відіграє помітну роль у оцінці позиції науковця) О. Є. Маноха підкреслює, що системний аналіз — це найпродуктивніший дослідницький метод, сутність якого полягає у дослідженні об'єктів як систем, тобто як цілого, складеного з частин, сукупності взаємозв'язаних елементів, цілісності. Застосування його у процесі правових досліджень є особливо актуальним і має спиратися на принципи цілісності, структурності, поліфункціональності, ієрархічності, взаємозалежності системи й середови-

ща, багатоаспектності існування та описування кожної системи, діяльнісно-людиномірний принцип [21, с. 67–68]. Системний аналіз передбачає класифікацію об'єктів та їхніх елементів, тобто їх розподіл за класами, видами тощо; типологію всього цього за типовими ознаками. Системно-філософський аналіз відповідно включає класифікацію і типологію досліджуваних об'єктів [21, с. 78]. В. М. Сорокін зазначає, що відповідно до методології загальної теорії систем кожне явище — фізичне, хімічне, біологічне, механічне, соціальне — розглядається як більш чи менш складна система, тобто деяка кількість елементів, які взаємодіють між собою та виступають зовні як щось цілісне. Існування і розвиток людського суспільства пов'язані з усіма різновидами систем, однак особливу роль у житті соціуму відіграють системи соціальні (однією з яких є право), у зв'язку з чим виникає необхідність розгляду низки таких проблем, що безпосередньо стосуються характеристики систем даного класу, як єдність та диференціація елементів соціальної системи, класифікація соціальних систем, структура соціальної системи як об'єднання її елементів вищого та нижчого порядку, нарешті, проблема розвитку соціальної системи [22, с. 14–20]. З викладеного, на нашу думку, випливає той висновок, що поза системним підходом жодне явище не може бути пізнаним і оціненим адекватно його сутності.

Повною протилежністю викладеним позиціям виглядає твердження В. М. Сирих стосовно того, що в наш час системний (системно-структурний) підхід не є популярним і що про нього навіть не згадує значна частина авторів, які пишуть про проблеми методу загальної теорії права [23, с. 452]. На його думку, системно-структурний підхід як спосіб наукового пізнання може застосовуватися у дослідженнях, не дублюючи інші методи, тільки на суворо визначеному етапі пізнання, у процесі вивчення структури менш складних компонентів тотального цілого (він позначає терміном «тотальна цілісність» або ж «тотальне ціле» право в цілому). Якщо ж його завдання зводити до відтворення зв'язків і залежностей на рівні тотального цілого, то у цьому випадку неминучим є дублювання цілей системного підходу і методу переходу від абстрактного до конкретного та збіг зазначених методів за змістом [23, с. 457].

Не вступаючи у полеміку з питання, яке вимагає спеціального глибокого дослідження, зазначимо лише стосовно викладеної вище позиції В. М. Сирих, що вона, на нашу думку, значною мірою пояснюється недостатньо чітким розрізненням системного підходу і системно-структурного методу, яке має місце не тільки у згаданій праці цього науковця, але й у чималій кількості праць інших авторів із загальної теорії права і держави.

У зв'язку з цим слід зазначити, що у правознавчій літературі існують різні бачення сутності та масштабності системного методу. Наприклад, М. І. Байтін відносить системно-структурний метод (зазначаючи, разом із тим, що він є тотожним «системному методу») до приватно наукових методів теорії держави та права і визначає його як сукупність методо-

логічних підходів, прийомів та принципів вивчення і конструювання держави та права, правових явищ як систем. При цьому, на його думку, цей метод ґрунтується на тому, що: 1) система являє собою цілісний комплекс взаємопов'язаних елементів; 2) вона утворює єдність з середовищем; 3) як правило, кожна система, що досліджується, є елементом системи більш високого порядку; 4) елементи кожної системи, що досліджується, у свою чергу, звичайно виступають як системи нижчого порядку [24, с. 27]. Так само до числа конкретно-наукових або прикладних методів відносить системний метод В. О. Котюк, характеризуючи його при цьому як такий спеціальний спосіб наукового дослідження, за допомогою якого державно-правовий об'єкт розчленовують на певні елементи, які розглядають у відповідній єдності як систему. При цьому він звертає увагу на те, що системний підхід застосовують, зокрема, в аналізі системи права, що складається з підсистем — галузей, підгалузей, правових інститутів і правових норм [7, с. 30].

Натомість, О. Ф. Скакун вважає, що системний підхід (метод системного аналізу) належить до загальних (загальнофілософських) методів і як такий дає можливість пізнати цілісність системи у єдності різноманітних державно-правових явищ, що набувають нових якостей, які були відсутні, коли вони існували у роз'єднаному стані [5, с. 27; 6, с. 32] (оскільки її позиція стосовно розуміння сутності системного методу вже була викладена вище [5, с. 27; 6, с. 31—32], то тут на цьому питанні детальніше зупинятися немає необхідності).

На нашу думку, системний підхід слід розглядати як один із загальних (загальнофілософських) методів наукового дослідження, який на рівні конкретному проявляється, у першу чергу, в методах системно-структурного та структурно-функціонального аналізу. Відображаючи єдність і протилежність процесу наукового пізнання правових понять та категорій, що знаходяться у діалектичному зв'язку між собою та іншими явищами правової дійсності, зазначені методи в сукупності і утворюють методологічну базу наукових досліджень у галузі цивільного права.

Доцільність використання системного підходу пов'язана з тим, що такий підхід до вивчення складних динамічних утворень дозволяє віднайти внутрішній механізм не тільки дії окремих його компонентів, але й їхньої взаємодії на різних рівнях. Тим самим відкривається можливість відкриття субстанціонально-змістовної та організаційної «багатошаровості» систем, глибокого діалектичного зв'язку і взаємозалежності субстанціонально-змістовних частин, структур та функціонування явищ буття як складних цілісних організмів [20, с. 243].

То ж не дивно, що такий підхід досить широко застосовується і в цивілістичних дослідженнях останнього часу. Зокрема, досить плідним було використання системного підходу І. С. Канзафаровою [25], яка на такому методологічному підґрунті сформувала теорію цивільно-правової відповідальності. Достатньо послідовно дотримуючись засад системного підходу, вона характеризувала цивільно-правову відповідальність як

підсистему у системі цивільно-правового впливу, елементами якої є: 1) норми цивільного права, в яких відповідальність знаходить вираження; 2) принципи цивільно-правової відповідальності; 3) індивідуально-правові акти автономного характеру, які є персоніфікованими регламентаторами суспільних відносин; 4) порушення цивільних прав та обов'язків як підстава виникнення цивільних охоронних правовідносин; 5) цивільні охоронні правовідносини. Визначивши на такому підґрунті цивільно-правову відповідальність як обумовлену особливостями предмета і методу цивільно-правового регулювання систему цивільно-правових засобів, за допомогою яких, з однієї сторони, забезпечується і гарантується захист цивільних прав та інтересів суб'єктів цивільного права, з іншої — здійснюється карально-виховний вплив на правопорушників, вона далі здійснила цілком плідну спробу формалізувати відповідальність як соціальний феномен засобами системного методу [26, с. 101—102].

Використовувався системний підхід також і при дослідженні категорії зобов'язань. У контексті таких досліджень вітчизняними цивілістами зазначалося, що для вдосконалення правового регулювання цивільних відносин вимагається застосування системного підходу до побудови й аналізу цивільного права взагалі та зобов'язального права зокрема, оскільки тільки такий підхід дозволить виокремити ознаки, що об'єднують зобов'язальні відносини, в одне ціле, й одночасно ознаки, якими вони різняться між собою в рамках єдиного цілого [27, с. 59]. (При цьому використання системного підходу та методу системно-структурного аналізу часом розглядаються як фактично той самий методологічний прийом [28, с. 4], що, очевидно, пов'язане зі згадуваним вище відповідним ототожнюванням цих понять у працях із загальної теорії права [24, с. 27]).

Погоджуючись із такою оцінкою важливості системного підходу для дослідження зобов'язань, разом із тим, маємо заперечити проти тези, що за його допомогою «саме аналіз зобов'язання як правовідношення є найбільш ефективним, оскільки він дозволяє виявити об'єктивні закономірності взаємодії між правом і суспільними відносинами, які він регулює» [29, с. 83].

На нашу думку, перевагами використання системного методу на засадах повноти та комплексності дослідження є якраз те, що він дозволяє встановити систему не лише зобов'язальних правовідносин як цивільних відносин, врегульованих нормами цивільного законодавства, але й систему (структуру) зобов'язального права як підрозділу цивільного права (законодавства) України, який складається із сукупності інститутів — груп цивільних зобов'язань, а потім на цій основі — визначити взаємозв'язки між «зобов'язаннями» — інститутами зобов'язального права і «зобов'язаннями» — зобов'язальними правовідносинами, а також взаємозв'язки між собою окремих інститутів зобов'язального права України та окремих зобов'язальних правовідносин.

Література

1. Івакін О. А. Діалектична філософія : монографія / *О. А. Івакін*. — О. : Юрид. л-ра, 2003. — 352 с.
2. Теорія держави і права : навч. посіб. / [А. М. Колодій, В. В. Копейчиков, С. Л. Лисенков та ін.] ; за заг. ред. С. Л. Лисенкова, В. В. Копейчикова. — К. : Юрінком Інтер, 2002. — 368 с.
3. Малахов В. П. Философия права : учеб. пособие / *В. П. Малахов*. — М. : Акад. Проект ; Екатеринбург : Деловая кн., 2002. — 448 с.
4. Общая теория государства и права: академ. курс. В 3 т. Т. 2 / [В. В. Борисов, Н. Л. Гранаш, Ю. И. Гревцов и др.] ; отв. ред. М. Н. Марченко. — [2-е изд., перераб. и доп.]. — М. : Зерцало-М, 2001. — 528 с.
5. Теория права и государства : учебник. — Х. : Одиссей, 2006. — 480 с.
6. Скакун О. Ф. Теория государства и права (Энциклопедический курс) : учебник / *О. Ф. Скакун*. — Х. : Эспада, 2005. — 840 с.
7. Котюк В. О. Загальна теорія держави і права : навч. посіб. / *В. О. Котюк*. — К. : Атіка, 2005. — 592 с.
8. Теория государства и права : учебник / под ред. Н. Г. Александрова. — [2-е изд., доп.]. — М. : Юрид. лит., 1974. — 664 с.
9. Теория государства и права : учебник [для юрид. вузов] / [А. И. Абрамова, С. А. Боголюбов, А. В. Мицкевич и др.] ; под ред. А. С. Пиголкина. — М. : Городец, 2003. — 544 с.
10. Теорія держави і права : підручник / [О. В. Зайчук, А. П. Заєць, В. С. Журавський та ін.] ; за ред. О. В. Зайчука, Н. М. Оніщенко. — [2-ге вид., переробл. і допов.]. — К. : Юрінком Інтер, 2006. — 688 с.
11. Венгеров А. Б. Теория государства и права : учебник / *А. Б. Венгеров*. — М. : ИКФ Омега-Л, 2002. — 608 с.
12. Рабінович П. М. Основи загальної теорії права та держави : навч. посіб. / *П. М. Рабінович*. — [5-те вид., зі змінами]. — К. : Атіка, 2001. — 176 с.
13. Рабінович П. М. Основи загальної теорії права та держави : навч. посіб. / *П. М. Рабінович*. — [10-те вид., допов.]. — Л. : Край, 2008. — 224 с.
14. Оксамытный В. В. Теория государства и права : учеб. [для студ. высш. учеб. заведений] / *В. В. Оксамытный*. — М. : ИМПЭ-ПАБЛИШ, 2004. — 563 с.
15. Марченко М. Н. Проблемы общей теории государства и права : учебник. В 2 т. Т. 1. Государство / *М. Н. Марченко*. — [2-е изд., перераб. и доп.]. — М. : ТК Вели : Проспект, 2008. — 752 с.
16. Шевченко Я. М. Перспективи розвитку нового цивільного законодавства в світлі здійснення в Україні ринкових реформ / *Я. М. Шевченко* // Становлення та розвиток цивільних і трудових відносин у сучасній Україні : монографія / [Я. М. Шевченко, О. М. Малявко, Г. В. Єрьоменко та ін.] ; кер. авт. кол., наук. ред. Я. М. Шевченко. — К. : Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2001. — С. 5–20.
17. Шевченко Я. М. Теоретичні засади нового цивільного законодавства України / *Я. М. Шевченко* // Розвиток цивільного і трудового законодавства в Україні / [Я. М. Шевченко, О. М. Малявко, А. Л. Салатко та ін.]. — Х. : Консум, 1999. — С. 7–23.
18. Шевченко Я. М. Загальні проблеми розвитку цивільного законодавства і права в українському суспільстві / *Я. М. Шевченко* // Еволюція цивільного законодавства України: проблеми теорії і практики : монографія / авт. кол. ; за ред. Я. М. Шевченко. — К. : Юрид. думка, 2007. — С. 5–27.
19. Циппеліус Р. Філософія права : підручник : [пер. з нім.] / *Р. Циппеліус*. — К. : Тандем, 2000. — 300 с.
20. Керимов Д. А. Методология права (предмет, функции, проблемы философии права) / *Д. А. Керимов*. — М. : Аванта+, 2000. — 560 с.

21. Філософія права : навч. посіб. / [О. О. Бандура, С. А. Бублик, М. Л. Заінчковський та ін.] ; за заг. ред. М. В. Костецького, Б. Ф. Чміля. — К. : Юрінком Інтер, 2000. — 336 с.
22. Сорокин В. Д. Правовое регулирование: Предмет, метод, процесс (макроуровень) / *В. Д. Сорокин*. — С.Пб. : Юрид. центр Пресс, 2003. — 661 с.
23. Сырых В. М. Логические основания общей теории права. В 2 т. Т. 1. Элементный состав / *В. М. Сырых*. — М. : Юстицинформ, 2000. — 528 с.
24. Байтин М. И. Предмет и метод теории государства и права / *М. И. Байтин* // Теория государства и права : курс лекций / под ред. Н. И. Матузова, А. В. Малько. — М. : Юристъ, 1997. — С. 13–29.
25. Канзафарова І. С. Теоретичні основи цивільно-правової відповідальності в Україні : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03 / *І. С. Канзафарова*. — К., 2007. — 453 с.
26. Канзафарова І. С. Теорія цивільно-правової відповідальності : монографія / *І. С. Канзафарова*. — О. : Астропринт, 2006. — 264 с.
27. Васильєва В. А. Цивільно-правове регулювання діяльності з надання посередницьких послуг : монографія / *В. А. Васильєва*. — Івано-Франківськ : ВДВ ЦІТ Прикарпат. нац. ун-ту ім. В. С. Стефаника, 2006. — 415 с.
28. Васильєва В. А. Проблеми цивільно-правового регулювання відносин з надання посередницьких послуг : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03 / *В. А. Васильєва*. — К., 2006. — 31с.
29. Васильєва В. А. Проблеми цивільно-правового регулювання відносин з надання посередницьких послуг : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03 / *В. А. Васильєва*. — Івано-Франківськ, 2006. — 346 с.

Анотація

Ківалова Т. С. **Діалектичний метод та системний підхід як методологічна основа наукових досліджень у галузі цивільного права (на прикладі деліктних зобов'язань).** — Стаття.

У статті розглядається питання щодо можливості використання при дослідженні зобовязань відшкодування шкоди всієї сукупності сучасних методів і підходів. На підставі проведеного аналізу зроблено висновок про те, що основними загально-філософськими методами, які доцільно використовувати в процесі наукового правового дослідження є діалектичний метод і метод системного аналізу. Аналіз приватно-наукових методів дослідження дозволив дійти висновку про те, що найбільш доцільним є використання методу системно-структурного аналізу, який доповнюють догматичний, історичний та метод порівняльно-правового аналізу. Сукупність цих методів забезпечує можливість аналізу поняття та концепції зобов'язань відшкодування шкоди.

Ключові слова: метод наукового дослідження, методологія наукового дослідження, загальнофілософські методи, приватно-наукові методи, спеціальні методи, зобов'язання відшкодування шкоди.

Аннотация

Кивалова Т. С. **Диалектический метод и системный подход как методологическая основа научных исследований в отрасли гражданского права (на примере деликтных обязательств).** — Статья.

В статье рассматривается вопрос о возможности использования в исследовании обязательств возмещения вреда всей совокупности современных методов и подходов. На основании проведенного анализа сделан вывод о том, что основными общефилософскими методами, которые целесообразно использовать в процессе научного правового исследования, являются диалектический метод и метод системного анализа. Анализ ча-

стно-научных методов исследования позволил сделать вывод о том, что наиболее целесообразным является использование метода системно-структурного анализа, который дополняют догматический, исторический и метод сравнительно-правового анализа. Совокупность этих методов обеспечивает возможность анализа понятия и концепции обязательств возмещения вреда.

Ключевые слова: метод научного исследования, методология научного исследования, общефилософские методы, частно-научные методы, специальные методы, обязательства возмещения ущерба.

Summary

***Kivalova T. S.* Dialectical method and system approach as a methodological basis of scientific research in the branch of civil law (on the example of tortious obligations).** — Article.

Possibility of using the whole scope of modern methods and approaches in the research of obligations of damages compensation is considered in the article. On the basis of fulfilled analysis the following conclusion was made: the main general philosophic methods that should be used in the legal process of scientific research are dialectical method and method of system analysis. Analysis of private-scientific methods of research allows making the conclusion that the most expedient method is using the method of system structural analysis, which completes the following methods: dogmatic, historical and comparative-legal analysis. The totality of these methods enables possibility of the analysis of notion and concept of obligations of damages compensation.

Keywords: method of scientific research, methodology of scientific research, general philosophic methods, private-scientific methods, special methods, obligations of damages compensation.

УДК 346.12

О. П. Подцерковний

ПРО РОЗБІЖНІСТЬ ЕКОНОМІЧНОГО ЗМІСТУ ТА ЮРИДИЧНОЇ ФОРМИ СУСПІЛЬНИХ ВІДНОСИН

Розвиток галузей права, що мають своїм предметом врегулювання відносин у сучасній економіці, неможливо науково забезпечити, якщо не дослідити економічний зміст суспільних відносин, які піддані державно-правовому впливу, не з'ясувати економічні наслідки від дії правових приписів, дозволів та заборон. У свою чергу це неодмінно зіштовхується з проблемою фактично існуючої розбіжності в напрямах, меті та засобах економічного та правового регулювання, різного стану юридичних та економічних відносин. Мова йде про те, що юристові необхідно не просто знання економіки, а розуміння співвідношення юридичних та економічних категорій, відчуття часто-густо існуючого об'єктивного незбігу економічного змісту та юридичної форми суспільних відносин. Без цього не варто розраховувати на те, що правотворчість та правореалізація у сфері економіки будуть ефективними та суспільно виправданими.

Із цього приводу можна цілком погодитися з Н. П. Ульяновою, що економічний аналіз права як сучасний міждисциплінарний напрямок необхідний «для аналізу і систематизації результатів діяльності правової системи» [1]. Хоча і не можна вважати це принципово новим науковим напрямком, адже ще за часів радянської науки з початку 70-х років нерідкими були роботи правознавців [2], які намагалися ув'язати мету та завдання тих чи інших економічних реформ з ефективним побудуванням законодавства, зокрема господарського.

Звичайно, не можна спростовувати самостійної інституційної цінності правових механізмів. Їх потенціал стимулювання прогресивних соціально-економічних зрушень набув широкого визнання завдяки сучасним працям відомих правознавців С. С. Алексєєва, Ю. О. Тихомирова, П. М. Рабіновича та інших. Проте, не можна безоглядно вирішувати економічні завдання техніко-юридичними рішеннями, що інколи спостері-

© О. П. Подцерковний, 2010

гається в Україні, особливо, коли за вирішення проблем економіки беруться юристи-догмати.

В середині XIX ст. В. Рошер вказував на те, що один и той самий предмет може розглядатися з різних точок зору в юриспруденції та економічній науці. Для економічної теорії, як стверджував автор, головне — розуміння потреб обігу, а для юридичної — вирішення спору [3].

Одним із перших вчених, хто у вітчизняній літературі підняв питання про реальне розходження між правовою формою та економічним змістом суспільних відносин, був професор Ю. С. Червоний. Зокрема, він вказував, що власність в економічному смислі і право власності в юридичному смислі можуть належати різним особам, і що в окремих майнових відносинах має місце неточність відображення в праві економічних відносин [4]. Ці думки в подальшому розвинуті лише в поодиноких дослідженнях [5].

На прикладі сфери проблем корпоратизації, майнових прав, грошових зобов'язань та оподаткування можна підтвердити тезу про те, що розбіжності економічних та юридичних відносин, об'єктивного та формально-суб'єктивного у сфері господарювання є даністю, яка має сприйматися адекватно. Можна побачити, наскільки подекуди несумісні з формально-логічними інструментами економічні явища все ж таки набувають реального значення в сучасних господарських відносинах та перетворюють, так би мовити «перефарбовують» окремі устояні правові категорії на «свій лад», підтверджуючи давню політекономічну істину щодо примату суспільних виробничих відносин над політичними (юридичними) відносинами.

Одним із перших наочних прикладів, що підтверджує розбіжність економічних відносин та їх юридичної форми, можна продемонструвати на прикладі корпоратизації. Окремі фахівці, наприклад, Я. Шевченко та І. Спасибо-Фатєєва [6], відстоюють корпоратизацію як механізм покращення ефективності державних підприємств. Сьогодні з'являються пропозиції щодо корпоратизації Укрзалізниці та інших унітарних державних підприємств. При цьому називаються такі позитиви від корпоратизації, як можливість визначити його реальну ціну підприємства, краще працювати на ринку, приймати гнучкі рішення, залучати кредити та спростити проведення тендерів [7]. Але досвід корпоратизації показує, що вона не стала панацеєю від економічних проблем підприємств державного сектора економіки.

Наприклад, «Нафтогаз», будучи акціонерною компанією, тривалий час знаходився на межі банкрутства, жодної самостійності в ухваленні своїх рішень не має, фактично існує за рахунок системи державних дотацій у формі постійного збільшення його статутного капіталу. Саме за допомогою акціонування колишнього могутнього Чорноморського морського пароплавства виникли умови для повного розпродажу його майна за безцінок в середині 90-х років минулого століття, коли Україна

фактично перестала існувати як провідна морська держава. Можна наводити й інші приклади, коли внаслідок корпоратизації керованість державних підприємств лише погіршилася, виникла безконтрольність керівництва держпідприємств та наступне тіньове роздержавлення їхнього майна.

Таким чином, можна констатувати відсутність прямого зв'язку між корпоратизацією та підвищенням ефективності менеджменту підприємств, між корпоратизацією та утворенням умов для залучення інвестицій в підприємницьке середовище.

Негативних проявів корпоратизації можна було б своєчасно уникнути, якщо б розмежовувалися юридичні та економічні аспекти рішень щодо корпоратизації. Адже унітарність та корпоративність в юридичному та економічному значенні можуть не збігатися. Адже корпоративність чи унітарність формально-юридично визначаються кількістю засновників та подільністю/неподільністю статутного капіталу, а економічна влада стосовно підприємства може зберігатися незалежно від цих юридичних ознак. Наприклад, державна акціонерна компанія, контрольний пакет акцій якої належить державі, є корпоративною в юридичному значенні, але унітарною з економічного погляду. Та навпаки — дочірнє підприємство, утворене об'єднанням громадян, є корпоративним в економічному значенні, але унітарним в юридичному.

Формальне перетворення унітарних підприємств в акціонерні товариства не вирішує жодної економічної проблеми, крім ескалації нових юридичних проблем, які виникають у результаті визнання акціонерного товариства власником статутного майна.

Наприклад, Кабінет Міністрів України, бажаючи захистити право державної власності, продовжує використовувати право господарського відання у випадках утворення корпоративних підприємств, які за природою не можуть функціонувати на підставі власності однієї особи (держави). За державою мають зберігатися корпоративні права, а акціонерна компанія має набувати прав власника. Але цього не відбувається. Йдеться, зокрема, про ВАТ «Національна акціонерна компанія «Украгролізинг», майно якої згідно зі статутом, затвердженим Кабінетом Міністрів України у редакції від 11 березня 2009 р., закріплене за нею на праві господарського відання. У цьому випадку збереження державної форми власності мало б відбуватися іншим шляхом, що дозволяє сумістити формально-юридичні приписи та економічні відносини: шляхом перетворення ВАТ в унітарне державне комерційне підприємство. Адже наполегливість держави у застосуванні права господарського відання у цьому випадку доводить неприйнятність передачі державним підприємствам права власності, про що неодноразово писалося в науці господарського права [8].

Отже, не лише для законодавців та управлінців, але й для юристів має бути зрозуміло, що корпоратизація необхідна лише тоді, коли власник бажає позбутися власної унітарної економічної влади на користь

інвесторів. В іншому випадку ця корпоратизація лише додасть проблем в процеси управління підприємством.

Другий яскравий приклад розбіжності в економічних та юридичних відносинах можна побачити у сфері речових прав. Затяжна епопея з намаганням окремих цивілістів спотворити ідею обмежених речових прав господарського відання та оперативного управління, спроби проштовхнути у сферу цих відносин інститут права довірчого управління залишаються лише на папері. Власно практика тримається за традиційні речові права, використовує їх не лише при утворенні державних підприємств, але й дочірніх підприємств приватного сектора (приклад — дочірнє підприємство «Будівельний комбінат ВАТ «Одестрансбуд»). Тому що, як вірно замічено в підручнику В. К. Мамутова та О. О. Чувпила, формальна зміна правового режиму майна державних підприємств не змінює фактичних (економічних) відносин — навіть у західних країнах при визначенні правового режиму державних підприємств «використовуються положення, близькі та фактично тотожні теорії права оперативного управління» [9].

Тому при запровадженні нових інститутів під час проведення реформ має бути врахована економічна суть відносин. Це допоможе зрозуміти безперспективність суто формальних новел, не підкріплених зміною економічної моделі взаємин суб'єктів господарювання. Зокрема, в умовах, коли засновник підприємства або організації зберігає за собою право будь-якого моменту вилучити майно підприємства, встановлює для нього обов'язкові фінансові плани, дає оперативні вказівки щодо використання майна, закріпленого за юридичною особою, а остання не має права розпоряджатися цим майном, то у цьому випадку об'єктивні економічні відносини вимагають обмеженого речового права для юридичної особи, а не абсолютного права власності. Інакше юридична особа наділятиметься декларативним, а не реальним правом, виникатиме розбіжність класифікації правового режиму майна та його змісту.

Надзвичайно цікавий приклад цьому — правовий режим майна сучасних державних акціонерних товариств.

Цілий ряд прикладів розбіжності економічного змісту та юридичної форми можна виявити у сфері грошових зобов'язань. Так, за договором кредиту (позики) з правової точки зору виникає набуття одержувачем коштів права власності на них та прийняття ним же зобов'язання щодо повернення кредитодавцю (позикодавцю) такої ж кількості грошей, в тих самих грошових одиницях. Проте в економічному значенні набувач коштів у цьому випадку, так би мовити, використовує кошти, не стає їх власником, адже має повернути відповідну суму. Якщо економічні чинники не враховувати, то виникає непорозуміння у питанні, чому кредитодавець має право контролювати напрями використання коштів позичальником, адже право власності є абсолютним. Відсутність такого контролю цілком вписується у відносини за договором позики. У кредитних відносинах, що мають здебільшого господарську основу, ця еконо-

мічна посилка враховується, що дає змогу інкорпорувати в ці юридичні відносини такий економічний елемент, як контроль.

Аналогічний висновок можна зробити виходячи з рішення судової колегії Вищого арбітражного суду України у справі за позовом одного з товариств до державної податкової інспекції щодо визнання недійсним її рішення про застосування та стягнення фінансових санкцій за порушення податкового законодавства при невіднесенні позикових коштів до доходу платника податків. Рішення податкової інспекції били вмотивовані серед іншого тим, що позичкові кошти є доходом у юридичному значенні, адже з моменту перерахування коштів на рахунок позичальника, позикодавець втрачає право власності на ці кошти і вони стають частиною майна позичальника, а тому мають включатися до складу валового доходу та оподатковуватися податком на прибуток згідно із п. 4.1. ст. 4 Закону «Про оподаткування прибутку підприємств». Спір неодноразово розглядався судовими органами та був остаточно вирішений на користь суб'єкта господарювання з включенням відповідних даних в оглядовий лист Вищого господарського суду України від 24 липня 2001 р. № 01-8/824 (п. 7). На підтвердження того, що кошти, отримані за договором позики, не включаються до валового доходу, окрім спеціального тлумачення окремих статей Закону «Про оподаткування прибутку підприємств», судові органи застосували Положення (стандарт) бухгалтерського обліку 3 «Звіт про фінансові результати», затверджене наказом Мінфіну України від 31 березня 1999 р. № 87, п. 4 якого термін «доходи» визначає як збільшення економічних вигод у вигляді надходження активів або зменшення зобов'язань, які приводять до зростання власного капіталу (за винятком зростання капіталу за рахунок внесків власників). Враховуючи, що позичкові кошти підлягають поверненню, їх отримання не приводить до зростання власного капіталу платника податку, а отже, такі кошти не підлягають оподаткуванню. Новий Податковий кодекс України закріпив аналогічні положення щодо оподаткування позикових операцій. Тобто економічні відносини при кредиті підпорядковують у даному випадку класичну юридичну конструкцію позики.

Наступний приклад розбіжності економічних та юридичних складових грошових зобов'язань, поширений у сфері господарювання, міститься у звичайних відносинах банку та клієнта за договором банківського рахунку. Згідно із буквальним формально-логічним сприйняттям цих відносин гроші на банківських рахунках уособлюють право власності банку на ці кошти та право вимоги клієнта на ці кошти.

Незважаючи на це, право власності банку на кошти клієнта не сприймає ані господарська практика під час визначення безготівкових коштів як власного майна клієнта згідно із стандартами бухгалтерського обліку, ані акти господарського законодавства, які розглядають безготівкові кошти формою грошей, рівною з готівковою (наприклад, ст. 3 Закону «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні»), а також передбачають безготівковий платіж як єдиний чи основний спосіб виконання

грошового зобов'язання у багатьох фінансово-господарських відносинах (Закон України «Про обіг векселів в Україні», «Про здійснення державних закупівель», «Про державне замовлення для задоволення пріоритетних державних потреб», Положення НБУ про порядок касових операцій в національній валюті тощо).

Окрім цього сам банк зазвичай позбавлений готівкових коштів клієнта, а ці кошти обліковуються на рахунках в Національному банку, або на кореспондентських рахунках в комерційних банках (клірингових системах). В останньому випадку взагалі зникає здебільшого власник коштів у юридичному значенні, а економічний власник стає єдиним носієм конструкції права власності.

Приклади розбіжності економічного змісту та юридичної форми господарських відносин можна продовжувати.

Зокрема, економічна мета Закону «Про порядок здійснення розрахунків в іноземній валюті» полягає в тім, щоб забезпечити наповнення грошової системи України валютними коштами. Це дає змогу підтримати конвертованість та стабільність національної валюти. Проте окремі суб'єкти господарювання за допомогою приватноправових конструкцій вексельного обігу намагаються трансформувати зовнішньоекономічні відносини таким чином, щоб досягти права не повертати валютну виручку в Україну. Одним з таких проявів виступає намагання ввести в «схему» грошового зобов'язання юридичні інструменти, які, зазвичай, приводять до припинення грошового зобов'язання. Наприклад, розрахунок векселем в юридичному значенні означає припинення грошового зобов'язання, що передувало видачі векселя, проте в економічному смислі не приводить до припинення економічного обов'язку щодо повернення коштів.

Але саме цей економічний зміст, а не цивільно-правова конструкція новації зобов'язання стає визначальним для юридичного оформлення відносин із приводу повернення валютної виручки у сфері зовнішньоекономічної діяльності. Так, розглядаючи відповідні справи, вищі судові інстанції дійшли висновку про те, що, незважаючи на видачу векселя, зобов'язання вважається виконаним з точки зору дотримання приписів Закону «Про порядок здійснення розрахунків в іноземній валюті» лише з моменту зарахування коштів за векселем на рахунок резидента [10]. Аналогічним чином економічна мета вказаного закону превалює над юридичними інструментами його можливої реалізації в процесі виконання зобов'язання за договором поруки шляхом погашення поручителем боргу за боржника у сфері зовнішньоекономічної діяльності [11].

Вищевказане свідчить про те, що правові конструкції, особливо приватноправового змісту, якими б устояними вони не були, яку б давню історію теоретичного обґрунтування вони не мали, не можуть гостро конкурувати з економічними відносинами та засадами економічної політики держави. Юридичне тлумачення змісту цих конструкцій найчастіше буде пристосовуватися до вимог сучасних економічних відносин.

Із цього приводу одразу виникають сумніви у позитивності окремих новел вітчизняного законодавства щодо грошових зобов'язань.

Наприклад, недосконале поняття пені як виду неустойки, що зазначено в ч. 3 ст. 549 Цивільного кодексу України, входить у пряму суперечність з економічними потребами суб'єктів господарювання, утворює низку непорозумінь у господарській практиці. Йдеться про те, що пеня ототожнена лише з грошовими зобов'язаннями суб'єктів майнових відносин. Дійсно — таке застосування поняття пені є поширеним у юридичній практиці. Проте немає жодних економічних підстав обмежувати право громадян чи юридичних осіб на встановлення в договорі пені за несвоєчасне виконання негрошового (суто товарного) зобов'язання. Саме ця економічна посилка дає змогу тлумачити положення Господарського кодексу України (а саме: ст. 231 ГК України передбачає нарахування пені за порушення зобов'язання з постачання товарів, робіт та послуг у договірних відносинах за участі суб'єктів господарювання державного сектора економіки) як такі, що дозволяють суб'єктам господарювання встановлювати пеню за невиконання негрошових зобов'язань.

Отже, юридичні інститути повинні забезпечувати напрями економічної та фінансово-грошової політики держави, проте не нав'язувати їх. І тим паче, не можна механічно переносити юридичні пандекти, інститути права, вироблені в інших правових системах, а також юридичні конструкції, позбавлені економічного обґрунтування, на гнучкі та структуровані сучасні господарсько-фінансові відносини.

Негативну роль у нав'язуванні суспільству економічно необґрунтованих рішень нерідко відіграють юристи. Багато з них нерідко перебільшують значення юридичних способів вирішення економічних проблем, абсолютизують їх. У то й же час у сфері господарювання першорядну роль часто-густо відіграють саме неюридичні чинники. Це і економічний стан сфери впливу, і психологічні аспекти, і демографічні обставини, і макроекономічні показники, і інфляційні фактори, і економічна підготовка громадян, і устояні звичаї ділового обігу тощо. Врахування цих елементів виробничих (економічних) відносин, до речі, варто розглядати однією з основних методологічних відмінностей у галузевому відокремленні господарського права від цивільного.

Виявлення розбіжностей у змісті юридичних та економічних відносин важливе не лише для пояснення природи правового регулювання економіки, але й для розуміння різниці у підходах, що сформувалися в цивілістиці та в господарському праві, стосовно змісту правового регулювання економіки. В цивільному праві на перше місце, по суті, винесена догма права, а в господарському — економічне призначення правового регулювання. Іншими словами, для цивілістів важливо, наскільки витонченими та продуманими із точки зору логіки права та його традиції будуть правові конструкції у сфері майнових відносин, а для юристів-господарників — наскільки ці правові конструкції відповідатимуть по-

требам економіки, чи є вони витребуваними суб'єктами господарювання, чи не утворять вони можливості для тінізації економіки, тіньової приватизації, приховування доходів від оподаткування, чи забезпечуватимуть швидкий обіг капіталу тощо. За всіма ознаками це є боротьба сущого та належного, об'єктивного та суб'єктивного. Ця боротьба є не лише даністю, яку необхідно знати й розуміти юристові, використовувати при тлумаченні господарського законодавства. Ця боротьба є й значною цінністю, базою для вироблення досконалих правових рішень у сфері економіки, дозрілих, без абсурду та крайнощів, дозволяючи погодити економічний зміст та юридичну форму суспільних відносин.

Література

1. Ульянова Н. П. Економічний аналіз права як новий міждисциплінарний напрямок / *Н. П. Ульянова* // Економіка та право. — 2005. — № 1. — С. 18.
2. Хозяйственно-правовые вопросы управления промышленностью. — Донецк, 1969 ; Никитинский В. И. Экономическая обоснованность (целесообразность) правовых решений и экономичность их действия / *В. И. Никитинский, И. С. Самощенко* // Советское государство и право. — 1976. — № 5 ; Мамутов В. К. Хозяйственное законодательство и повышение эффективности производства / *В. К. Мамутов* // Советское государство и право. — 1977. — № 3 ; Квасов Р. А. Производственные отношения и правовое регулирование хозяйственной деятельности / *Р. А. Квасов*. — Донецк, 1979 ; Знаменский Г. Л. Совершенствование хозяйственного законодательства: цель и средства / *Г. Л. Знаменский*. — К. : Наук. думка, 1980. — 188с. ; Пугинский Б. И. Правовая экономика: проблемы становления / *Б. И. Пугинский, Д. Н. Сафиулин*. — М. : Юрид. лит., 1991. — 240 с.
3. Рошер В. Передмова / *В. Рошер* // Данкварт. Гражданское право и общественная экономия. Этюды Данкварта / пер. Цитовича. — С.Пб., 1866. — С. 3, 6–7.
4. Червоный Ю. С. О форме собственности и правовом режиме собственности на межколхозные фонды / *Ю. С. Червоный* // Радянське право. — 1968. — № 5. — С. 45–47.
5. Рябко Л. Г. Правовое регулирование кредитных отношений по законодательству Украины : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / *Л. Г. Рябко*. — О., 2003. — С. 95.
6. Шевченко Я. Власник і власність у системі ринкових відносин в Україні : доп. на наук.-практ. конф. «Трансформація відносин власності» / *Я. Шевченко* // Право України. — 1997. — № 2. — С. 8–10 ; Спасібо-Фатеєва І. Проблеми перетворення державної власності і здійснення корпоративних прав держави / *І. Спасібо-Фатеєва* // Вісник АПрН України. — 2002. — № 4. — С. 99–101.
7. Панченко Ю. «Укрзалізниця»: акціонування як спосіб пізнання [Електронний ресурс] / *Ю. Панченко*. — Режим доступу : http://www.pravda.com.ua/news/2006/7/12/44405.htm
8. Венедиктов А. В. Государственная социалистическая собственность / *А. В. Венедиктов*. — М. ; Ленинград, 1948. — С. 347 ; Мамутов В. К. Проект нового Гражданского кодекса нуждается в постатейном рассмотрении / *В. К. Мамутов, В. В. Хахулин* // Юридичний вісник. — 2000. — № 4 ; Подцерковный О. П. Нормы Гражданского и Хозяйственного кодексов о вещных правах требуют усовершенствования / *О. П. Подцерковный* // Підприємництво, господарство і право. — 2003. — № 6. — С. 8–11.
9. Мамутов В. К. Господарче право зарубіжних країн : підручник / *В. К. Мамутов, О. О. Чувпило*. — К., 1996. — С. 143.

10. Оглядовий лист Вищого господарського суду України № 01-8/1289 від 27.11.2001 «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із застосуванням валютного законодавства» // Бухгалтерія. — 2001. — 27 дек.
11. Постанова Верховного Суду України від 17 вересня 2002 р. № 2-6/4353-2001 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : // www.rada.gov.ua.

Анотація

Подцерковний О. П. **Про розбіжність економічного змісту та юридичної форми суспільних відносин.** — Стаття.

Стаття присвячена виявленню відмінностей в економічному і юридичному змісті суспільних відносин. Доводиться, що правові рішення повинні враховувати економічні наслідки їх ухвалення. Запропоновані шляхи зближення економічного і правового аналізу при вивченні корпоратизації, грошових зобов'язань, речових прав.

Ключові слова: право, економіка, економічний аналіз права, корпоратизація, грошові зобов'язання, речові права.

Аннотация

Подцерковный О. П. **О расхождениях экономического содержания и юридической формы общественных отношений.** — Статья.

Статья посвящена выявлению различий в экономическом и юридическом содержании общественных отношений. Доказывается, что правовые решения должны учитывать экономические последствия их принятия. Намечены пути сближения экономического и правового анализа при изучении корпоратизации, денежных обязательств, вещных прав.

Ключевые слова: право, экономика, экономический анализ права, корпоратизация, денежные обязательства, вещные права.

Summary

Podtserkovniy O. P. **About the Discrepancies of Economic Substance and Legal Form of Public Relations.** — Article.

The article is devoted to the exposure of differences in economic and legal maintenance of public relations. It is necessary, that the legal decisions must take into account the economic consequences of their acceptance. Offered ways of rapprochement of economic and law analysis at the study of corporatization, monetary obligations, property rights.

Keywords: law, economy, economic analysis of law, corporatization, monetary obligations, property rights.

УДК 347.95:347.991(477)

Р. М. Мінченко

ПРОБЛЕМИ ПРОВАДЖЕННЯ ЩОДО ПЕРЕГЛЯДУ СУДОВИХ РІШЕНЬ ВЕРХОВНИМ СУДОМ УКРАЇНИ

Реформування судової системи України і прийняття 7 липня 2010 року нового Закону України «Про судоустрій та статус суддів» № 2453-VI (далі — Закон) суттєво вплинуло на цивільне судочинство України взагалі та на існування та діяльність такої судової інституції, як Верховний Суд України, зокрема.

Саме окремим питанням змін до діючого цивільно-процесуального законодавства в галузі реалізації права особи на перегляд судового рішення Верховним Судом України присвячена зазначена стаття.

Відповідно до п. 2 ст. 7 Закону, для забезпечення справедливого та неупередженого розгляду справи у розумні строки, встановлені законом, в Україні діють суди першої, апеляційної, касаційної інстанції і Верховний Суд України, відповідно до положення ст. 14 Закону, учасники судового процесу та інші особи у випадках і порядку, встановлених процесуальними законом, мають право на апеляційне та касаційне оскарження судового рішення, а також на перегляд справи Верховним Судом України. Згідно з п. 2 ст. 17 Закону, систему судів загальної юрисдикції складають: місцеві суди,апеляційні суди, вищі спеціалізовані суди та Верховний Суд України. Виходячи зі змісту вказаних положень стає зрозумілим, що Верховний Суд України більше не буде відігравати функції касаційної інстанції з перегляду будь-якої категорії справ. З метою реалізації права особи на касаційне оскарження рішення у цивільній справі відповідно до п. 2 ст. 31 Закону та ст. 323 ЦПК вперше в історії існування цивільного судочинства в Україні передбачено створення в системі судів загальної юрисдикції Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ. Що стосується інших завдань, то ВСУ як і раніше буде виконувати функцію щодо перегляду судових рішень в окремих особливих випадках, про що поговоримо більш детально [1, с. 164].

© Р. М. Мінченко, 2010

Відповідно до ст. 354 ЦПК сторони та інші особи, які брали участь у справі, мають право подати заяву про перегляд судових рішень у цивільних справах після її перегляду в касаційному порядку. Зазначене провадження, що відбувається у Верховному Суді України, на відміну від раніше існуючої норми (ст. 353 ЦПК 2004 року) більше не називається провадженням у зв'язку з винятковими обставинами, хоча за своєю суттю та характером залишається таким.

Правовими підставами для перегляду Верховним Судом України судових рішень відповідно до положень ст. 38 Закону та ст. 355 ЦПК є неоднакове застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм матеріального права, що призвело до ухвалення різних за змістом судових рішень у подібних правовідносинах та встановлення міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, порушення Україною міжнародних зобов'язань при вирішенні справи судом. Слід звернути увагу на те, що на відміну від положення ст. 354 ЦПК редакції 2004 року, де оскарження судового рішення до Верховного Суду України було можливим за причин неоднакового застосування положень закону, в зазначеній ст. 355 ЦПК чітко встановлено неоднакове застосування якої саме норми (одних і тих самих норм матеріального права) може стати підставою для перегляду рішень Верховним Судом України. Думається, що таке уточнення підстави для перегляду судових рішень Верховним Судом України є виправданим, так як, з однієї сторони далеко не всі цивільні відносини, що складаються між окремими суб'єктами, регулюються безпосередньо положеннями закону. Є такі, що врегульовані нормами інших нормативних актів, що не мають вищої юридичної сили, і це не означає, що неоднакове їх застосування судом касаційної інстанції при винесенні різних за змістом судових рішень не може привести до відповідного їх перегляду Верховним Судом України. З іншої сторони, не завжди відповідні відносини взагалі врегульовані якимись конкретними нормами, бувають випадки застосування аналогії закону чи аналогії права і виникає питання, як бути у випадку, якщо різні за змістом рішення касаційної інстанції базуються на неоднаковому застосуванні аналогії закону чи аналогії норми для регулювання подібних правовідносин? Якщо сприймати вказану норму ст. 354 ЦПК буквально, то такі випадки прийняття касаційним судом рішення не можуть переглядатись Верховним Судом України.

Інше, на що необхідно звернути увагу, є те, що відповідно до п. 1 ст. 354 ЦПК, на відміну від існуючої норми ЦПК зразка 2004 року суттєво скоротилося коло осіб, які мають право подавати заяву до Верховного Суду України щодо перегляду судових рішень. З переліку осіб, яким надається таке право, виключені інші особи, які не брали участь у справі і по відношенню до яких судом вирішені їх права та обов'язки. Думається, що таке звуження кола заявників є виправданим, адже зазначені категорії суб'єктів уже мали змогу оскаржити в апеляційному і касаційному порядку рішення суду, що вирішував їх права та обов'язки

(п. 2 ст. 324 ЦПК), а оскільки Верховний Суд України не наділений повноваженнями вирішення справи по суті, то особи, які не брали участі у справі, будуть мати змогу приєднатись до нового розгляду справи у суді касаційної чи інших інстанцій у випадку задоволення Верховним Судом України заяви про перегляд судових рішень повністю або частково (ст. 360-4).

Що стосується заяв про перегляд судових рішень з підстав, передбачених п. 2 ст. 355 ЦПК, то відповідно до п. 3 ст. 38 Закону і п. 2 ст. 354 ЦПК вони можуть подаватись лише особою, на користь якої постановлено рішення міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, коли стало відомо про набуття цим рішенням статусу остаточного. У зв'язку з цим виникає питання: навіщо особі, на користь якої винесено рішення міжнародного суду повторно розглядати цю справу у Верховному Суді України і як наслідок, в разі задоволення такої заяви Верховним Судом України, повторно розглядати свою справу в суді, що виніс оскаржуване рішення (рп. 3 ст. 360-4 ЦПК), якщо рішення Європейського суду з прав людини носять для України обов'язковий характер і мають виконуватись на всій території України без перегляду їх Верховним Судом України. Думається, що було б більш правильним передбачити у п. 2 ст. 354 ЦПК можливість звернутися з відповідною заявою до Верховного Суду України інших осіб, якщо їх справи за подібними правовідносинами були по-різному вирішені касаційним судом, на підставі тих норм матеріального права, що були визнані міжнародним судом такими, що не відповідають міжнародним принципам, закріпленим у міжнародних договорах, і свідчать про порушення Україною своїх міжнародних зобов'язань.

Виходячи з положень ст. 355, ч. 2 ст. 327 ЦПК в редакції 2004 року, скарга на перегляд справи у зв'язку з винятковими обставинами подавалась безпосередньо до Верховного Суду України за правилами подання касаційної скарги, що лише підкреслювало той факт, що розгляд справи у зв'язку з винятковими обставинами був різновидом касаційного провадження, а точніше, повторною касацією для цивільних справ. Допуск до такого виду провадження здійснювався також Судовою палатою з цивільних справ Верховного Суду, який і виносив відповідну постанову, користуючись численними повноваженнями щодо вирішення справи. На теперішній день заява щодо перегляду судових рішень Верховним Судом України подається зацікавленими особами через суд касаційної інстанції — Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних та кримінальних справ (ст. 358 ЦПК), який здійснює перевірку відповідності заяви вимогам ЦПК (ст. 359) і вирішує питання допуску справи до провадження у Верховному Суді України (ст. 360). Про допуск справи до провадження або відмову до допуску Вищий спеціалізований суд протягом 15 днів з моменту надходження такої заяви приймає відповідну обґрунтовану ухвалу. Ухвала приймається без виклику осіб, які брали участь у справі. У випадку допуску справи до

провадження Верховним Судом України, ухвала разом з заявою про перегляд судового рішення та доданими до неї документами надсилається Вищим спеціалізованим судом з розгляду цивільних і кримінальних справ до Верховного Суду України протягом п'яти днів з дня її прийняття. Копія ухвали про допуск справи надсилається разом з копією заяви особам,які беруть участь у справі, а в разі відмови у допуску — особі, яка подала заяву.

Незважаючи на те, що в законі нічого не сказано про можливість чи неможливість оскарження зазначеної ухвали Вищого спеціалізованого суду, необхідно зазначити, що рішення суду про допуск до провадження щодо перегляду судових рішень Верховним Судом України чи відмову в такому допуску є остаточним і оскарженню не підлягає. Мається на увазі звичайно відсутність можливості оскаржити ухвалу суду в судові органи судової системи України. Що стосується оскарження названої ухвали, так само як і будь якого іншого рішення суду, до Європейського суду у випадку порушення законних прав і охоронюваних законом інтересів людини, то це питання залишається поза нашою увагою.

Необхідно зазначити, що така процедура допуску до перегляду судових рішень Верховним Судом України має одночасно позитивні і негативні риси. До позитивного слід віднести те, що такого роду допуск до провадження у Верховному Суді України через суд нижчої інстанції розвантажує найвищу судову інстанцію і сприяє розгляду справи останнім в більш короткі (саме розумні) строки. З іншої сторони, незрозумілим залишається те, чи є допуск справи Вищим спеціалізованим судом України з розгляду цивільних та кримінальних справ до перегляду судового рішення Верховним Судом України окремою стадією провадження Верховного Суду України, адже мова йде про різні ланки судової системи. Чи, можливо, компетенція Вищого спеціалізованого суду з розгляду цивільних і кримінальних справ щодо перевірки заяви про перегляд судового рішення Верховним Судом України і допуск справи до провадження Верховним Судом України є окремим різновидом провадження Вищого спеціалізованого суду, яке складається з двох стадій: перевірки заяви про перегляд судового рішення з цивільних справ, після їх перегляду в касаційній інстанції Верховним Судом України вимогам законодавства (ст.359) і безпосередньо допуску чи недопуску справи до провадження Верховним Судом України. Думається що це питання в подальшому буде слугувати предметом не одної наукової дискусії, проте докорінно відомо одне — перегляд судових рішень з цивільних справ Верховним Судом України більше не є повторною касацією а носить характер особливого виду провадження в цивільному процесі України [1, с. 167].

З нашої точки зору, провадження щодо перегляду судових рішень Верховним Судом України починається з моменту реєстрації ухвали Вищого спеціалізованого суду України про допуск до провадження разом з заявою про перегляд судового рішення у Верховному Суді України (ст. 360-1).

Підготовку справи до розгляду Верховним Судом України здійснює суддя-доповідач, до якого справа потрапляє шляхом автоматизованої системи документообігу. Саме він протягом трьох днів виносить ухвалу про відкриття провадження у справі і здійснює всі необхідні підготовчі дії для розгляду справи Верховним Судом. Суддя-доповідач протягом п'ятнадцяти днів витребує матеріали справи з відповідного суду, вирішує питання про зупинення виконання рішень суду, доручає науково-консультативній раді підготовку висновку щодо норми матеріального права, що неоднаково застосовується судами касаційної інстанції у подібних правовідносинах, визначає орган державної влади, представник якого може дати пояснення по суті правового регулювання цією нормою, і дає розпорядження про їх виклик до суду та здійснює інші заходи, необхідні для усунення розбіжностей у застосуванні норми матеріального права (ст. 360-1).

Викликає подив і відверте нерозуміння повноваження судді-доповідача, зазначене в підп. 4 п. 2 ст. 360-1 ЦПК, щодо визначення органу державної влади, представник якого може дати пояснення по суті правового регулювання конкретною нормою закону. По-перше, абсолютно неясно, з яких мотивів і на яких підставах суддя Верховного Суду України визначає орган державної влади, представник якого може дати пояснення по суті правового регулювання, адже безперечним є те, що таким представником може і має бути спеціаліст у галузі юриспруденції, але далеко не всі органи державної влади, особливо непрофільні, мають таких провідних спеціалістів. По-друге, з однієї сторони визначити правильно і точно суть правового регулювання норми закону може або висококваліфікований фахівець в тій чи іншій галузі права, або відповідний науковий спеціаліст у галузі юриспруденції, з іншої сторони, названі фахівці відповідно до ст. 46 Закону «Про судоустрій і статус судів» залучаються до участі в роботі науково-консультативної ради Верховного Суду України і дають свій висновок, передбачений підп. 3 п. 2 ст. 360-1 ЦПК. Тому думається, що реалізація суддею-доповідачем передбаченого нормою закону повноваження буде неефективною і навряд чи дасть бажані результати та допоможе в правильному і справедливому вирішені справи.

Наступною стадією провадження щодо перегляду судових рішень Верховним Судом України є безпосередній розгляд справи по суті, що здійснюється на засіданні Верховного Суду не менше чим двома третинами суддів від загальної кількості складу судів. У засіданні Верховного Суду можуть брати участь позивач і інші зацікавлені особи та давати свої пояснення. Однак неявка зацікавлених осіб на засідання суду, в разі їх належного повідомлення, не позбавляє Верховний Суд України можливості розглянути справу без їх участі і винести відповідну постанову (ст. 360-2).

Після закінчення доповіді судді-доповідача, заслухання пояснення сторін чи їх представників, представників органів державної влади суд

переходить до останньої стадії провадження у Верховному Суді України щодо перегляду судових рішень і більшістю від складу суду за результатами розгляду справи відповідно до ст. 360-3 ЦПК виносить постанову, обов'язкову для виконання всіма суб'єктами владних повноважень, які використовують у своїй діяльності нормативно-правовий акт, що містить зазначену норму, та всіх судів України (ст. 360-7).

Підводячи підсумки, необхідно зазначити те, що норми діючого ЦПК щодо перегляду судових рішень з цивільних справ Верховним Судом України є безперечно більш прогресивними в порівнянні з нормами ЦПК в редакції 2004 року, до внесення в нього відповідних змін відповідно до Закону від 7 липня 2010 року, № 2453-VI і в більшій мірі відповідають вимогам Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод.

Література

1. Мінченко Р. М. Окремі аспекти провадження щодо перегляду Верховним Судом України судових рішень / *Р. М. Мінченко* // Матеріали Міжнародної наукової конференції, присвяченої памяті Ю. С. Червоного «Актуальні проблеми права та процесу» (Одеса, 17 груд. 2010 р.). — О. : Фенікс, 2010.

Анотація

Мінченко Р. М. **Проблеми провадження щодо перегляду судових рішень Верховним Судом України.** — Стаття.

У статті розкриваються окремі проблеми, пов'язані з особливостями провадження з перегляду судових рішень у цивільних справах Верховним Судом України після їх перегляду в касаційному порядку.

Ключові слова: Верховний Суд України, провадження, судові рішення, норми, цивільне судочинство, правовідносини.

Аннотация

Минченко Р. Н. **Проблемы производства по пересмотру судебных решений Верховным Судом Украины.** — Статья.

В статье раскрываются отдельные проблемы, связанные с особенностями производства по пересмотру судебных решений по гражданским делам Верховным Судом Украины после их пересмотра в кассационном порядке.

Ключевые слова: Верховный Суд Украины, производство, судебные решения, нормы, гражданское судопроизводство, правоотношения.

Summary

Minchenko R. M. **Proceedings problems on review judicial decisions by the Supreme Court of Ukraine.** — Article.

In this article different problems about features of proceedings on review judicial decisions by the Supreme Court of Ukraine on civil cases after their review in a cassation order are taken up.

Keywords: the Supreme Court of Ukraine, proceedings, judicial decisions, laws, civil legislation, legal relations.

УДК 341.174(4):347.457

О. К. Вишняков, І. П. Яновська

ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВОГО СТАТУСУ ЕМІТЕНТІВ ЦІННИХ ПАПЕРІВ НА ВНУТРІШНЬОМУ РИНКУ ЄС

Постановка проблеми. Наявність в Україні великої кількості підприємств, які швидко розвиваються й мають потреби в нових джерелах фінансових інвестицій, обумовлює актуальність вивчення можливих шляхів виходу підприємств на міжнародні фондові ринки. Керівники і власники українських компаній, що швидко ростуть, зацікавлені в джерелах фінансування своїх організацій, пов'язаних із мінімальними витратами. Таку можливість їм може забезпечити участь у діяльності європейських фондових бірж, що, крім одержання коштів на розширення своєї діяльності, дозволяє збільшувати вартість активів компанії, залучати до співпраці крупних партнерів. У дослідженнях вітчизняних економістів [1] об'єктивно доведено перспективність виходу українських емітентів на європейські фондові майданчики, проте брак досліджень даної проблеми з правової точки зору є очевидним.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Незважаючи на важливість пошуку додаткових ресурсів для компаній, зокрема українських, можливість залучення капіталу за допомогою емісії та обігу цінних паперів на міжнародних фондових ринках практично не досліджувалася українськими науковцями-правознавцями. Юридичний супровід подібних проектів здійснюється юридичними фірмами, однак ґрунтовні теоретичні розробки з даної проблеми відсутні. Заслуговують на увагу дослідження фондового ринку ЄС М. В. Івченка [2] та Є. Б. Прокопенка [3], але вони безпосередньо не спрямовані на вирішення вищезазначеної проблеми.

Відповідно до ст. 1 (а) Директиви 2001/34/ЕС Європейського парламенту та Ради від 28 травня 2001 року про допуск цінних паперів до офіційного лістингу на фондовій біржі і про інформацію, яка повинна бути опублікована про ці цінні папери, термін «емітенти» означає (для даної Директиви) компанії, інші юридичні особи та будь-яке підприємство, чиї цінні папери є предметом подання до прийняття до офіційного

© О. К. Вишняков, І. П. Яновська, 2010

лістингу на фондовій біржі [4]. Відповідно до ст. 2 (h) Директиви 2003/71/ЕС Європейського парламенту та Ради від 4 листопада 2003 року про проспект, що повинен бути опублікований, коли цінні папери пропонуються для публічного розміщення або допущені до торгів, «емітент» означає юридичну особу, яка випускає або пропонує емісію цінних паперів [5].

Слід зазначити, що емітентом не обов'язково має бути юридична особа. Оскільки компанії або фірми повинні бути засновані «на основі цивільного або торговельного права» (ст. 54 (48) ДФЄС [6]), допускаються такі форми підприємництва в ролі емітентів, як *offene handdelsgesellschraft, societa simplice, venootschap* тощо, адже вони, не будучи юридичними особами, є носіями прав і обов'язків [7].

Директива 2003/71/ЕС Європейського парламенту та Ради від 4 листопада 2003 року про проспекти не поширюється: на боргові цінні папери, випущені державою-членом або одним з регіональних або місцевих органів влади держави-члена, міжнародним публічним органом, Європейським центральним банком або центральними банками держав-членів; якщо цінні папери остаточно і беззастережно гарантовані державою — членом ЄС та в деяких інших випадках. Однак емітенти таких цінних паперів можуть, якщо вони того побажають, скласти проспект відповідно до Директиви, з тим щоб отримати від цього вигоди (ст. 1 п. 2 Директиви 2003/71/ЕС).

Метою емісії цінних паперів може бути формування первинного статутного капіталу при заснуванні акціонерного товариства, зміна величини статутного капіталу акціонерного товариства, консолідація або дроблення раніше випущених цінних паперів, реорганізація акціонерного товариства або інших форм юридичних осіб (здебільшого при перетворенні в акціонерне товариство), зміна обсягу прав, що надаються раніше випущеними цінними паперами господарського товариства, поповнення власного капіталу (залучення непозикових інвестицій), залучення позикових інвестицій, однак в будь-якому випадку — це залучення певних ресурсів.

Якщо певному підприємству, зареєстрованому в одній з держав — членів ЄС, необхідно залучити певні ресурси, то воно скоріше скористається можливостями, що надає фондовий ринок, аніж звернеться до банківської установи з метою отримання кредиту. В Україні культура ведення бізнесу і практика склалися так, що підприємство скоріше буде звертатися до банків, щоб отримати кредит, до того ж під великі проценти, що нерідко перевищують 40 %, причому в кредитному договорі прописуються значні штрафні санкції й приховані комісії, ніж підприємство зважиться на випуск пайових, боргових цінних паперів, чи інших фінансових інструментів відповідно до потреб і можливостей. Одними з очевидних причин вищенаведеного є те, що, по-перше, підприємство може понести витрати на процедуру випуску цінних паперів, а інвестор при цьому може вчасно не з'явитися, по-друге, далеко не всі підприєм-

ства відповідають стандартам фінансової звітності, дотримуються принципів корпоративного управління та відповідають іншим вимогам законодавства, що звичайно ставляться до емітентів корпоративних прав.

Загальними умовами щодо офіційного лістингу цінних паперів відповідно до ст. 5 Директиви 2001/34/ЕС Європейського парламенту та Ради від 28 травня 2001 року про допуск цінних паперів до офіційного лістингу на фондовій біржі і про інформацію, яка повинна бути опублікована про такі цінні папери, є те, що цінні папери не можуть бути допущені до лістингу на будь-якій фондовій біржі, що розташована чи діє на території держав-членів, якщо умови, викладені в цій Директиві, не виконані, на емітентів цінних паперів, які були допущені до офіційного лістингу, незалежно від дати, на коли такий допуск відбувся, можуть бути покладені зобов'язання, передбачені цією Директивою.

Особливими умовами для допуску акцій є такі. По-перше, правове становище компанії має відповідати законам і правилам, предметом регулювання яких вона є, як стосовно процесу створення компанії, так і її діяльності відповідно до установчих документів.

По-друге, передбачувана ринкова капіталізація акцій, щодо яких планується проходження процедури лістингу, або, якщо капіталізація не може бути визначена, капітал компанії і її резервів, включаючи прибутки та збитки, за останній фінансовий рік повинні складати не менше одного мільйона євро. Однак держави-члени можуть надавати допуск до офіційного лістингу, навіть коли ця умова не виконана, якщо компетентні органи задоволені тим, що ринок буде адекватним запропонованим акціям. Передбачувана ринкова капіталізація акцій може вимагатися державою-членом для допуску до офіційного лістингу, тільки якщо інший регульований, регулярно діючий, визнаний відкритим ринок існує в цій державі і його вимоги рівні або менші, ніж зазначені вище. Еквівалент у національній валюті одного повинен бути рівним одному мільйону євро. По-третє, компанія повинна опублікувати або подати свою річну звітність відповідно до національного законодавства за три фінансові роки, що передують заявці на офіційний лістинг. Як виняток, компетентні органи можуть відступати від цієї умови, коли такий відступ є бажаним в інтересах суспільства або інвесторів і де компетентні органи задоволені тим, що інвестори мають необхідну інформацію, щоб прийняти обґрунтоване рішення про компанію та акції, щодо яких планується допуск до офіційної торгівлі на фондовій біржі (ст. ст. 42—51 Директиви 2001/34/ЕС).

Допуск цінних паперів до офіційного лістингу повинен бути зроблений у відповідності з умовами, викладеними в ст. ст. 42 до 51, або 52 до 63 Директиви 2001/34/ЕС, що стосуються акцій і боргових цінних паперів відповідно. Емітент цінних паперів, допущених до офіційного лістингу, повинен виконати зобов'язання, викладені в ст. ст. 64 до 69, або 78 до 84 Директиви 2001/34/ЕС, що стосуються акцій і боргових цінних паперів відповідно.

Компанії повинні відповідати принципу прозорості, що проявляється в такому. Допуск цінних паперів до офіційного лістингу на фондовій біржі, що розташована або діє на території держави-члена, залежить від публікації інформаційного листа, що іменується «Лістингові відомості». «Лістингові відомості» повинні містити інформацію, яка необхідна, щоб інвестори і їх інвестиційні консультанти могли зробити обґрунтовану оцінку активів і пасивів, фінансового становища, прибутків і збитків, а також перспективи емітента та права за цими цінними паперами (ст. ст. 20—23 Директиви 2001/34/ЕС).

Держави-члени не повинні дозволяти будь-яку пропозицію цінних паперів для громадськості на своїй території без попередньої публікації проспекта емісії, відповідно до особливого характеру емітента і цінних паперів, на допуск яких подана відповідна заява. Необхідно, щоб інвестори і їх інвестиційні консультанти могли зробити обґрунтовану оцінку активів і пасивів, фінансового становища, прибутків і збитків, а також перспективи емітента та права за цими цінними паперами (ст. 3 Директиви 2003/71/ЕС про проспекти).

В преамбулі Директиви № 88/627/ЕЕС [8], яка регулює порядок публікації інформації про зміни в правах власності на значні пакети акцій, що котируються на фондових біржах, зазначається, що належна інформованість інвесторів щодо прав власності на істотні або великі пакети акцій є одним із засобів захисту їх інвестицій, а також підвищення довіри до ринку цінних паперів. Зокрема, відповідно до ст. 1 емітент, акції якого котируються на фондовій біржі, зобов'язаний інформувати громадськість про зміни у складі акціонерів, яким належать великі пакети акцій, одразу ж, як тільки їм про це стане відомо. Компанії, акції яких не котируються на фондових біржах, зобов'язані інформувати громадськість про зміни у складі акціонерів, яким належать великі пакети акцій, упродовж дев'яти календарних днів з моменту, коли їм про це стало відомо. У тих випадках, коли емітентом випущені акції на пред'явника, обов'язок обнародувати заяву про придбання або продаж великих пакетів акцій покладається не на емітента, а на інвесторів, які керують або продають такі пакети.

Емітент зобов'язаний оприлюднити щорічний фінансовий звіт не пізніше ніж через чотири місяці після закінчення кожного фінансового року і повинен забезпечити, щоб інформація залишилася загальнодоступною принаймні п'ять років (ст. 4 Директиви 2004/109/ЕС [9]). Емітент акцій або боргових цінних паперів оголошує піврічний фінансовий звіт за перші шість місяців фінансового року як можна швидше після закінчення відповідного періоду, але не пізніше ніж в останні два місяці після цього. Емітент забезпечує, щоб піврічний фінансовий звіт залишався в розпорядженні громадськості принаймні п'ять років. Емітент також зобов'язаний оприлюднити: 1) звіт свого правління протягом перших шести місяців фінансового року, наступних шести місяців у період між десятьма тижнями після початку і за шість тижнів до за-

кінчення відповідних шести місяців; 2) будь-які зміни в правах, пов'язані з різними класами акцій, в тому числі зміни в правах, пов'язані з похідними цінними паперами, випущеними емітентом без затримки; 3) перспективну інформацію (ст. 9 Директиви 2004/109/ЕС) та 4) додаткову інформацію (ст. 16 Директиви 2004/109/ЕС) тощо.

Відповідно до ст. 17 Директиви 2004/109/ЕС емітент акцій, допущених до торгів на регульованому ринку, повинен забезпечити рівне ставлення до всіх акціонерів, які знаходяться в однаковому становищі. Емітент зобов'язаний: (а) надати інформацію про місце, час проведення та порядок денний загальних зборів, загальну кількість акцій та права голосу і права власників для участі в зборах; (б) надавати проксі (доручення) за формою, в паперовому вигляді або, коли можливо, за допомогою електронних засобів, кожній особі, яка має право голосувати на зборах акціонерів, разом з повідомленням про проведення загальних зборів, або за запитом після оголошення; (в) призначити в ролі свого агента фінансову установу, через яку акціонери можуть здійснювати свої фінансові права, і (г) опубліковувати повідомлення або поширювати відомості, що стосуються розподілу і виплати дивідендів, випуску нових акцій, включаючи інформацію про будь-які механізми підписки, скасування або перетворення.

Емітенти боргових цінних паперів, допущених до торгів на регульованому ринку, повинні забезпечити, щоб всім власникам боргових цінних паперів одного рейтингу було надано рівні умови щодо всіх прав, пов'язаних з даними борговими цінними паперами. Емітент зобов'язаний забезпечити, щоб усі умови та інформація, необхідні для забезпечення можливості власників боргових цінних паперів здійснювати їх права, були публічно доступні в державі походження і щоб цілісність таких даних зберігалася. Власники боргових цінних паперів можуть здійснювати свої права за дорученням відповідно до законодавства країни, в якій емітент зареєстрований.

Зокрема, емітент зобов'язаний: (а) опубліковувати повідомлення або поширювати відомості, що стосуються місця, часу проведення та порядку денного засідання власників боргових цінних паперів, про виплату відсотків, здійснення будь-якого перетворення, обміну, підписки, скасування права, погашення, а також права власників боргових цінних паперів щодо участі в такому засіданні; (б) надавати проксі (доручення) за формою, в паперовому вигляді або, коли можливо, за допомогою електронних засобів, кожній особі, яка має право голосувати на зборах власників боргових цінних паперів, разом з повідомленням про проведення загальних зборів, або за запитом після оголошення; (в) призначити в ролі свого агента фінансову установу, через яку власники боргових цінних паперів можуть здійснювати свої фінансові права.

Таким чином, існують такі групи прав, обов'язків та вимог до емітентів: 1) пов'язані зі створенням компанії, що є носієм цивільних прав та обов'язків; 2) пов'язані з можливістю випускати та мати у власності

цінні папери відповідно до загальноєвропейського, національного законодавства та установчих документів; 3) пов'язані з вимогами і умовами, що ставляться до процесу реєстрації розміщення цінних паперів на фондові біржі; 4) пов'язані з функціонуванням емітента та обігом цінних паперів.

За порушення вказаних зобов'язань емітенти несуть в основному відповідальність у вигляді відмови в допуску до публічного чи приватного розміщення цінних паперів, скасування випуску цінних паперів. Щодо цивільної, адміністративної та кримінальної відповідальності законодавство ЄС відсилає до національного законодавства держав-членів.

Українське законодавство містить низку обмежень, які не дозволяють вітчизняним емітентам здійснювати прямий вихід на первинне публічне розміщення (IPO). Ці обмеження пов'язані з положенями законодавства, яке визначає, що акції українських емітентів мають бути номіновані в національній валюті («Акція має номінальну вартість, установлену в національній валюті. Мінімальна номінальна вартість акції не може бути меншою ніж одна копійка», — ч. 4 ст. 6 Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок»). Значного вдосконалення потребує і валютне законодавство України. В цьому відношенні заслуговує на увагу § 133 Правил Варшавскої фондової біржі, де зазначено, що ціни акцій на фондовій біржі визначаються в злотих або в іншій конвертованій валюті, що визначається правлінням біржі по даній акції [10]. Проте гривня є частково конвертованою валютою.

Валютному контролю в Україні підлягають операції за участю резидентів і нерезидентів, а також зобов'язання щодо декларування валютних цінностей та іншого майна резидентів, яке перебуває за межами України. Органи, що здійснюють валютний контроль, наділені повноваженнями вимагати і одержувати від резидентів і нерезидентів повну інформацію про здійснення ними валютних операцій, стан банківських рахунків в іноземній валюті у межах своїх прав, а також про майно, що підлягає декларуванню. Фінансовий контроль за валютними операціями, які проводяться резидентами і нерезидентами на території України, здійснює Державна податкова адміністрація України, Національний банк України та інші органи в межах своєї компетенції. Тобто теоретично видається можливим розмістити українські цінні папери в гривнях, проте такі цінні папери будуть практично неліквідними на міжнародних фондових ринках, оскільки можуть бути в обігу лише на території України, вигода від такого розміщення буде занадто малою в порівнянні з затратами на таке розміщення та на отримання численних дозволів. Тому залучення іноземного капіталу українськими компаніями обмежується здебільшого можливостями українських фондових бірж.

У зв'язку з тим, що найближчими роками суттєвої лібералізації щодо регулювання валютних відносин в рамках вітчизняного правового поля не передбачається, українськими компаніями наразі застосовуються два основні шляхи для виходу на первинне публічне розміщення (IPO) та

залучення капіталу, — або випуск глобальних депозитарних розписок (GDR), або створення іноземного холдингу.

Процедура випуску депозитарних розписок, які торгуватимуться на європейських майданчиках, є більш зрозумілою для іноземних бірж, хоча і більш тривалою. Для випуску глобальних депозитарних розписок можуть використовуватися як наявні акції емітента, так і акції додаткової емісії.

При випуску GDR до угоди залучається український банк, який виконує функцію торговця та зберігача цінних паперів і є номінальним власником акцій емітента. Водночас бенефіціарними власниками акцій стануть інвестори, які придбають депозитарні розписки. Депозитарний договір має враховувати вимоги як іноземної юрисдикції, так і українського законодавства.

При виході на ІРО шляхом створення іноземного холдингу слід враховувати репутацію юрисдикції; існуючі вимоги щодо розкриття інформації, прозорості; наявність у холдингової компанії фінансових директорів, аудиторів, звітності за певний період, а також наявність двосторонньої конвенції щодо усунення подвійного оподаткування. Практика свідчить, що найбільш популярними для українських емітентів юрисдикціями є Кіпр, Великобританія, Австрія, Швейцарія та Люксембург [11].

Отже завдяки інтеграційним процесам в ЄС країни — члени ЄС взаємно визнають компанії, створені за законодавством однієї з них. При цьому свобода заснування та свобода руху капіталів проявляється, зокрема, в тому, що компанії держав — учасниць ЄС можуть вільно розміщувати свої цінні папери на європейських фондових біржах, що значно сприяє здешевленню залучення фінансових ресурсів для розвитку підприємництва. Для допуску європейських емітентів до офіційного лістингу емітентам висуваються вимоги відповідності законодавству ЄС, національному законодавству та міжнародним стандартам, що сприяє покращенню корпоративного управління, захисту інвесторів, вільній конкуренції тощо. Натомість українські емітенти, окрім того, що вони недостатньо використовують можливості національного фондового ринку, практично не мають доступу до міжнародних фондових майданчиків, зокрема, європейських. Однією з причин такого становища є, зокрема, й законодавчо ускладнений процес такого доступу. Перспектива створення «поглибленої та всеосяжної» зони вільної торгівлі з ЄС, тобто перспектива поширення на Україну так званих «чотирьох свобод» внутрішнього ринку ЄС, в т.ч. свободи руху капіталів, ставить проблему формування чіткої правової моделі участі українських емітентів на ринку цінних паперів ЄС.

Література

1. Кірієнко О. Умови виходу українських підприємств на європейські фондові біржі [Електронний ресурс] / *О. Кірієнко, В. Кліментовська*. — Режим доступу : http://otherreferats.allbest.ru/international/00074007_0.html.

2. Івченко М. В. Правове регулювання ринку цінних паперів та інвестиційних фондів в Європейському Союзі та Україні / *М. В. Івченко.* — К., 2005. — С. 19–22.
3. Прокопенко Є. Л. Фінансові ринки ЄС : навч. посіб. / *Є. Л. Прокопенко, В. Ф. Хоровський.* — К. : ІМВ Київ. ун-ту ім. Т. Г. Шевченка, 2004. — 112 с. — (Правничі студії в Україні: Київ та окремі регіони / Прогр. Tacis Європейськ. Союзу в Україні. Проект фінанс. Європейськ. Союзом ; № 22. Право ЄС).
4. Directive 2001/34/EC of the European Parliament and of the Council of 28 May 2001 on the admission of securities to official stock exchange listing and on information to be published on those securities // Official Journal of thee European Union. — L 184. — 06/07/2001. — P. 0001–0066 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001L0034:EN:HTML.
5. Directive 2003/71/EC of the European Parliament and of the Council of 4 November 2003 on the prospectus to be published when securities are offered to the public or admitted to trading and amending Directive 2001/34/EC (Text with EEA relevance) // Official Journal of the European Union. — L 345. — 31/12/2003. — P. 0064–0089 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri =CELEX:32003L0071:EN:HTML.
6. Treaty on Functioning of the European Union // Official Journal of thee European Union. — 2008. — C 115. — P. 47–199.
7. Право Європейського Союзу. Особлива частина : навч. посіб. / за ред. М. Р. Аракеляна, О. К. Вишнякова. — К. : Істина, 2010. — С. 80 ; Gavalda V. C. Droit des affaires de'l Union Europeene / *V. C. Gavalda, G. Parleani.* — Litec, 1998. — P. 144.
8. Council Directive 88/627/EEC of 12 December 1988 on the information to be published when a major holding in a listed company is acquired or disposed of // Official Journal of the European Union. — L 348. — 17/12/1988. — P. 0062–0065 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31988L0627:EN:HTML.
9. Directive 2004/109/EC of the European Parliament and of the Council of 15 December 2004 on the harmonisation of transparency requirements in relation to information about issuers whose securities are admitted to trading on a regulated market and amending Directive 2001/34/EC // Official Journal of the European Union. — L 390. — 31/12/2004. — P. 0038–0057 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004L0109:EN:HTML.
10. The Warsaw Stock Exchange Rules (text consolidated at 1 October 2010), adopted by the Supervisory Board by Resolution No. 1/1110/2006 dated 4 January 2006 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://www.gpw.pl/legal_acts.
11. Публічні розміщення. ІРО українських емітентів // Цінні папери України. — 2010. — № 44, 11 листоп. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://www.securities.org.ua/securities_paper/review.php?id=638&pub=4832.

Анотація

Вишняков О. К., Яновська І. П. **Особливості правового статусу емітентів цінних паперів на внутрішньому ринку ЄС.** — Стаття.

У статті проаналізовано особливості правового статусу емітентів відповідно до законодавства ЄС. Охарактеризовано правосуб'єктність емітентів, зокрема щодо прав, обов'язків та відповідальності емітентів за законодавством ЄС. Звернуто увагу на недоліки українського законодавства щодо виходу українських емітентів на європейські фондові ринки.

Ключові слова: емітент, лістинг, фондовий ринок, пайові та боргові цінні папери.

Аннотация

Вишняков А. К., Яновская И. П. **Особенности правового статуса эмитентов ценных бумаг на внутреннем рынке ЕС.** — Статья.

В статье проанализированы особенности правового статуса эмитентов в соответствии с законодательством ЕС. Охарактеризована правосубъектность эмитентов, особенно в отношении прав, обязанностей и ответственности эмитентов по законодательству ЕС. Обращено внимание на недостатки украинского законодательства относительно выхода украинских эмитентов на европейские фондовые рынки.

Ключевые слова: эмитент, листинг, фондовый рынок, паевые и долговые ценные бумаги.

Summary

Vishnyakov O. K., Yanovska I. P. **Peculiarities of the legal status of the issuers of securities in the EU internal market.** — Article.

The article analyzes the peculiarities of the legal status of issuers in accordance with EU legislation. It was highlightened the legal status of the issuers in the EU, including their rights, duties and responsibilities. The attention was paid to the shortcomings of the Ukrainian legislation concerning the entry of Ukrainian issuers into European stock markets.

Keywords: issuer, listing, the stock market, equity and non-equity securities.

УДК 347.44(477)

Н. Ю. Голубєва

СИСТЕМА ЗОБОВ'ЯЗАНЬ У ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ

Актуальність розгляду правових проблем, пов'язаних із класифікацією зобов'язань у цивільному праві, завжди відмічалась вченими-цивілістами, особливо це помітно на сучасному етапі розвитку цивільного права, що зумовлюється тим, що регулювання зобов'язальних відносин значно вдосконалено у ЦК України. Тому *метою* цієї статті є виявлення класифікаційних критеріїв систематизації зобов'язань у цивільному праві на сучасному етапі його розвитку.

Питання про класифікацію зобов'язань має у літературі дискусійний характер. Різними авторами неодноразово робилися спроби охопити єдиною класифікацією всю систему зобов'язань в цілому з використанням різних критеріїв. Так, у 1947 році С. І. Аскназій здійснює класифікацію зобов'язань з урахуванням, головним чином, їх економічних особливостей. Він увів загальний розподіл цивільно-правових інститутів на матеріальні та допоміжні. До перших — належать ті, що юридично обслуговують нормальну динаміку економічних відносин (договірні інститути), а до других — ті, що вирішують в економічній сфері охоронні завдання (віндикації та однопорядкові з нею правові встановлення, а також деліктні та інші зобов'язання) [1, с. 12, 95—105].

М. В. Гордон в основу класифікації поклав змішаний економічний (природа відношення, яке опосередковується) та юридичний (правовий результат, який досягається) критерії [2, с. 65—87]. Послідовник цієї класифікації О. С. Йоффе поділяв всі зобов'язання на 11 груп [3, с. 23—26]. А трохи пізніше сам же критикував такий поділ. Зокрема, на його думку, зобов'язання, що виникають з односторонніх дій, та охоронні зобов'язання, виділені не за запропонованими критеріями, а в першому випадку — за підставою виникнення, а в другому — юридичним характером зобов'язання, що виникло [4, с. 419].

О. А. Красавчиков як класифікаційний критерій використовує спрямованість зобов'язальних правовідносин [5, с. 42—43].

© Н. Ю. Голубєва, 2010

І. Б. Новицький виділяв три групи зобов'язань: 1) зобов'язання, які виникають на підставі або у зв'язку з народногосподарським планом; 2) зобов'язання, які не охоплені соціалістичним плануванням; 3) зобов'язання, які сприяють правильному розвиткові відносин у кожній із попередніх груп [6, с. 72—73].

М. М. Агарков, взявши за підставу класифікації мету, якій підпорядковуються зобов'язальні правовідносини, виокремив інші класифікаційні групи: 1) зобов'язання, що забезпечують виконання народногосподарського плану; 2) зобов'язання, які безпосередньо мають на меті охорону та забезпечення майна держави; 3) зобов'язання, що забезпечують розвиток та охорону інших та гарантованих суспільних відносин [7, с. 81—82].

Неважко встановити, що наведені підходи правознавців, покладені в основу систематизації зобов'язань, були тісно пов'язані с особливостями майнового обороту в межах планово-розподільчої економіки і зумовлені відповідною метою — визначити планові завдання та державні інтереси як безумовні пріоритети [8, с. 630].

Існує також точка зору, що класифікація зобов'язань має бути багаторівневою (М. І. Брагінський) [9, с. 25—27, 30].

До сих пір не існує класифікаційної системи, яка б стала загальновизнаною. Однак традиційною і найбільш поширеною є однорівнева класифікація зобов'язань, що заснована на множинності таких критеріїв, як підстави виникнення зобов'язань, їх спрямованість, співвідношення прав і обов'язків сторін і т.ін.

В основі загальноприйнятої систематизації зобов'язань, яка закріплена в Інституціях Гая, лежить розподіл більшості зобов'язань за підставами виникнення на дві великі групи: договірні, що виникають на підставі укладеного договору, та недоговірні, що виникають на підставі інших юридичних фактів.

Вбачається, що саме класифікація з використанням принципу дихотомії — поділу на два парних поняття є найбільш зручною [10, с. 67—70]. Такий розподіл зобов'язань важливий і тому, що значно розрізняється законодавча регламентація цих зобов'язань, наприклад, при вирішенні питань про характер збитків, що відшкодовуються, про значення вини потерпілого, про форми вини правопорушника тощо.

Деякі автори вважають невдалою спробу зберегти традиційну двочленну основу систематизації за рахунок розширення недоговірних зобов'язань шляхом включення до них зобов'язань, що виникають з односторонніх правочинів. На їх думку більш зручним є поділ зобов'язань за критерієм правомірності — на регулятивні (договірні та інші зобов'язання правомірного характеру) та охоронні (із заподіяння шкоди, безпідставного збагачення) [11, с. 419—420; 12, с. 18].

У ЦК збережено загальний підхід до формування розділу, присвяченого зобов'язанням, хоча їх перелік значно розширено у порівнянні з ЦК УРСР 1964 року. Відмінністю ЦК 2003 року від ЦК УРСР 1963 року є, зокрема, чіткий поділ всіх зобов'язань на два види: договірні та недо-

говірні зобов'язання, що, напевне, є рецепцією поділу зобов'язань з давньоримського права.

Між договірними і недоговірними зобов'язаннями існують відмінності, які визначають їх місце в системі зобов'язального права.

Договірні зобов'язання виникають на підставі угоди між суб'єктами договору, тобто завжди є результатом правомірних дій.

Недоговірні зобов'язання виникають за відсутності погодженої волі його учасників і не завжди є результатом правомірних дій. Визначальним фактором у недоговірних зобов'язаннях є саме відсутність погодженої волі суб'єктів. Зміст і характер правомочностей суб'єктів, а також обсяг цих правомочностей визначається законом чи волею суб'єктів, що не вимагає обов'язкового узгодження з волею іншого учасника зобов'язального правовідношення, яке виникло.

Недоговірні зобов'язання, як і зобов'язання взагалі, теж не однакові за своїм характером та змістом, що викликає питання щодо класифікації цих відносин. Серед недоговірних зобов'язань у ЦК опинилися відносно різні за своєю суттю зобов'язання.

В результаті того, що недоговірні зобов'язання самі по собі є достатньо неоднорідними, за підставами виникнення їх можна поділити на регулятивні та охоронні. Відмінність регулятивних зобов'язань полягає в тому, що вони виникають з правомірних дій, наприклад правочинів. Охоронні зобов'язання є, як правило, результатом цивільних правопорушень.

В основі цього поділу лежать також правові норми, що регулюють суспільні відносини. Норми, що породжують регулятивні недоговірні зобов'язання, мають свою специфіку, а саме: «Ці норми регулюють «нормальні» суспільні відносини, установлюють «нормальні» правовідносини зобов'язального типу, оскільки один із суб'єктів цього правовідношення зобов'язаний зробити певні дії, а інший вправі вимагати здійснення цих дій» [13, с. 15]. Недоговірні регулятивні зобов'язання хоча і виникають за відсутності погодженої волі його суб'єктів, останні пов'язані між собою взаємними правами та обов'язками зобов'язального характеру. Виконання цих зобов'язань забезпечується відповідними санкціями — несприятливими для суб'єкта правовими наслідками, передбаченими законом на випадок порушення [14, с. 424].

Таким чином, недоговірні зобов'язання можуть бути регулятивними та охоронними. Класифікаційним критерієм у цьому випадку виступають підстави виникнення зобов'язання. Стосовно зобов'язань, що регулюються у ЦК, а їх шість видів, то до регулятивних, тобто таких, що є результатом вчинення одностороннього правочину, адміністративного акта чи юридичного вчинку, можна зараховувати зобов'язання у зв'язку з публічною обіцянкою винагороди, зобов'язання, які виникають з факту рятування здоров'я та життя фізичної особи, майна фізичної або юридичної особи та вчинення дій у майнових інтересах іншої особи без її доручення. Об'єднуючим критерієм для цих видів зобов'язань є правомірність дій, що ведуть до виникнення зобов'язання.

У рамках регулятивних недоговірних зобов'язань можна відокремити зобов'язання з односторонніх правочинів та інших односторонніх дій. Так, зобов'язання у зв'язку з публічною обіцянкою винагороди та вчинення дій у майнових інтересах іншої особи без її доручення виникають з односторонніх правочинів, а зобов'язання, які виникають з факту рятування здоров'я та життя фізичної особи, майна фізичної або юридичної особи — з юридичних вчинків.

Навпаки, охоронні зобов'язання виникають, як правило, з неправомірних дій (правопорушень, деліктів). У рамках правоохоронних зобов'язань можна виділити три типи — зобов'язання, що виникають внаслідок заподіяння шкоди, зобов'язання із набуття, збереження майна без достатньої правової підстави та зобов'язання у зв'язку зі створенням загрози життю, здоров'ю, майну фізичної особи або майну юридичної особи.

Розглянута класифікація за таким критерієм як підстави виникнення зобов'язання є не єдиною.

За співвідношенням прав і обов'язків зобов'язання підрозділяються на односторонні і взаємні (зустрічні або синалагматичні). В першому випадку, у однієї сторони зобов'язання є тільки права, тоді як у іншої — тільки обов'язки (наприклад, в зобов'язаннях довічного утримання або в зобов'язаннях із спричинення шкоди). В другому випадку кожний з учасників зобов'язання має як права, так і обов'язки, тому кожна із сторін вважається боржником іншої сторони в тому, що вона зобов'язана зробити в її користь, і одночасно її кредитором в тому, що вона має право від неї вимагати. Наприклад, в договорі купівлі-продажу продавець і покупець володіють і правами і обов'язками по відношенню один до одного. Більшість зобов'язань відноситься до категорії взаємних. При цьому важливо, що взаємні зобов'язання за загальним правилом повинні виконуватися одночасно (якщо інше прямо не передбачене законом або договором).

Залежно від характеру правового зв'язку між учасниками зобов'язання підрозділяються на складні та прості. Якщо сторони зв'язані лише одним правом і одним обов'язком, зобов'язання вважається простим, а якщо зв'язків більш ніж один, — складним. Так, зобов'язання, що виникли з договору позики — прості, а з договору оренди — складні.

З погляду визначеності предмету виконання виділяються зобов'язання альтернативні і факультативні. До альтернативних належать зобов'язання, в яких боржник зобов'язаний зробити для кредитора одну з декількох дій, передбачених законом або договором, наприклад, передати якусь річ або сплатити певну грошову суму.

Право вибору звичайно належить боржнику, якщо інше не випливає із закону, договору або суті зобов'язання. Прикладом може служити ч. 3 ст. 1075 ЦК України, коли клієнт банку, що закрив рахунок, вправі вибирати — отримати самому залишок грошей на рахунку або дати доручення перевести їх на інший рахунок.

Варто відрізняти альтернативний обов'язок від факультативного. Альтернативний обов'язок складається у виконанні одного із двох варіантів, а факультативний — у можливості заміни виконання на іншу дію.

Факультативні зобов'язання передбачають, що боржник зобов'язаний вчинити на користь кредитора конкретну дію. Наприклад, боржник зобов'язується передати кредитору певну річ, а при неможливості цього — відшкодувати її вартість. Можливість заміни виконання складає право боржника, але не кредитора.

Принципова відмінність альтернативного обов'язку від факультативного у тому, що перша означає рівнозначність обох дій і здійснення кожної з них є виконанням обов'язку, а друга означає звичайний (не альтернативний) обов'язок з можливістю заміни його виконання на іншу дію, що не є виконанням і лише визнається таким.

Ця відмінність проявляється при виникненні неможливості виконання. Неможливість виконання факультативного обов'язку повністю припиняє обов'язок. Наприклад, якщо альтернативний обов'язок полягає в тому, щоб передати річ або сплатити певну суму, то втрата речі не припиняє обов'язок. Якщо ж факультативний обов'язок складається в передачі речі з можливістю заміни на сплату певної суми, то втрата речі повністю припиняє обов'язок, тому що заміняти нічого [15, с. 95].

За характером взаємозв'язку зобов'язань один з одним розрізняють головні (основні) і додаткові (акцесорні) зобов'язання. Головні зобов'язання можуть існувати самостійно, без додаткового зобов'язання. Додаткові (наприклад, поручительство) можуть існувати тільки за наявності головного зобов'язання. Додаткові зобов'язання автоматично припиняються з припиненням дії головних зобов'язань.

В залежності від значення для існування зобов'язання особи кредитора або боржника розрізняють зобов'язання особисті та неособисті. Для неособистих зобов'язань особа сторін зобов'язання — боржника і кредитора — не має істотного впливу для виникнення, зміни і припинення правовідношення, наприклад, смерть сторони, як правило, не припиняє зобов'язання, оскільки права і обов'язки сторін переходять до спадкоємців. Особисті зобов'язання знаходяться у залежності від особи сторін та припиняються у випадку їх зміни з різних причин. Так, тісно пов'язані з особою сторін (або одній з них) зобов'язання в яких є необхідністю здійснення відповідних дій особисто учасником (надання послуг, що за своїм характером є такими, що здійснити їх може на відповідному рівні та у відповідності до задуму кредитора тільки конкретна особа — створити винятковий дизайн, виготовити особливий виріб з дерева, металу тощо, чи послуги мають довірчій, фідуциарний характер). В таких зобов'язаннях недопустима заміна одній із сторін, і вони припиняються у разі смерті фізичної особи.

Залежно від змісту прав і обов'язків сторін розрізняють зобов'язання, направлені на відчуження майна у власність; надання майна в користування; виконання робіт і надання послуг тощо.

З точки зору визначеності змісту зобов'язання розрізняють зобов'язання з певним обсягом вимог і зобов'язання з невизначеним обсягом вимог.

У зобов'язаннях з певним обсягом вимог точно відомо, виконання яких обов'язків і в якому обсязі може зажадати кредитор від боржника. Такими є переважна більшість зобов'язань.

У зобов'язаннях з невизначеним обсягом вимог (алеаторних), обсяг прав і обов'язків встановлюється тільки в загальному вигляді. Конкретні суми, послуги тощо визначаються вже під час виконання зобов'язання.

Ризиковим чи алеаторним є такий обов'язок, предмет якого містить у собі елемент ризику, випадковості, невідомості.

Наприклад, до алеаторних відносяться зобов'язання, що виникають із договору довічного утримання. Тут відомо тільки те, що набувач будинку приймає на себе обов'язок утримувати первісного власника будинку до його смерті. Однак скільки буде витрачено часу та грошей, сторони не знають і не можуть знати. До цього ж виду зобов'язань можуть бути віднесені зобов'язання із заподіяння шкоди здоров'ю. У цьому випадку відомий розмір щомісячних платежів в рахунок компенсації втраченого потерпілим заробітку, але кінцева сума, як і розмір додаткової компенсації витрат на лікування, заздалегідь визначити неможливо.

Часто дія, яку належить виконати зобов'язаній особі, залежить від події, щодо якої невідомо, наступить вона або не наступить. Прикладами таких обов'язків є: обов'язок страховика за договором майнового страхування виплатити страхове відшкодування при настанні страхового випадку — тут невідомо, чи має відбутися дія (сплата грошей), невідомий момент, коли вона повинна відбутися, і сума, що підлягає сплаті; обов'язок платника ренти виплачувати безстрокову ренту одержувачеві ренти — невідомі загальна сума, що підлягає сплаті, і момент, коли дія повинна закінчитися; обов'язок банку дати кредит при недостатності коштів на рахунку (овердрафт) — невідомі момент, коли воно повинне відбутися, сума кредиту.

Література

1. Аскназий С. И. Основные вопросы социалистического гражданского права : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук / *С. И. Аскназий*. — Ленинград, 1947.
2. Гордон М. В. Система договоров в советском гражданском праве / *М. В. Гордон* // Ученые записки Харьковского юридического института. — 1954. — Вып. 5.
3. Иоффе О. С. Обязательственное право / *О. С. Иоффе*. — М. : Юрид. лит., 1975.
4. Иоффе О. С. Развитие цивилистической мысли в СССР (часть II) / *О. С. Иоффе* // Избранные труды по гражданскому праву: Из истории цивилистической мысли. Гражданское правоотношение. Критика теории «хозяйственного права». — Изд. 2-е, испр. — М. : Статут, 2003.
5. Красавчиков О. А. Система отдельных видов обязательств / *О. А. Красавчиков* // Советская юстиция. — 1960. — № 5.
6. Новицкий И. Б. Общее учение об обязательстве / *И. Б. Новицкий, Л. А. Лунц*. — М. : Гос. изд-во юрид. лит., 1950.

7. Агарков М. М. Обязательства по советскому гражданскому праву / *М. М. Агарков* // Избранные труды по гражданскому праву : в 2 т. — М. : АО «Центр ЮрИнфоР», 2002. — Т. 1.
8. Цивільне право України : підручник. У 2 кн. Кн. 2 / О. В. Дзера (кер. авт. кол.), Д. Б. Боброва, А. С. Довгерт [та ін.] ; за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової. — 2-ге вид., допов. і переробл. — К. : Юрінком Інтер, 2004.
9. Брагинский М. И. Общее учение о хозяйственных договорах / *М. И. Брагинский*. — Минск, 1967.
10. Харитонова О. І. Рецепція ідеї дихотомії права / *О. І. Харитонова* // Актуальні проблеми держави і права : зб. наук. пр. — О., 2002. — Вип. 13. — С. 67–70.
11. Гражданское право. Т. 1 / под ред. А. П. Сергеева и Ю. К. Толстого. — М. : Проспект, 1998.
12. Гражданское право. В 2 т. Т. II, полутом 1 : учебник / отв. ред. Е. А. Суханов. — 2-е изд., перераб. и доп. — М. : БЕК, 2002.
13. Носов В. А. Внедоговорные обязательства : учеб. пособие / *В. А. Носов* ; Яросл. гос. ун-т. — Ярославль, 1987.
14. Советское гражданское право. Т. 1 / под ред. В. А. Рясенцева. — М., 1975.
15. Фогельсон Ю. Б. Избранные вопросы общей теории обязательств : курс лекций / *Ю. Б. Фогельсон*. — М.: Юристь, 2001.

Анотація

Голубєва Н. Ю. **Система зобов'язань у цивільному праві України.** — Стаття.

Стаття присвячена дослідженню питань різних підходів до класифікації зобов'язань в цивільному праві. Відмічається, що найбільш зручною є класифікація зобов'язань з використанням принципу дихотомії. Автором аналізується поділ зобов'язань на договірні та недоговірні, односторонні та взаємні, складні та прості, альтернативні та факультативні, особисті та неособисті, з визначеним обсягом вимог та невизначеним обсягом (алеаторні) тощо.

Ключові слова: зобов'язання, недоговірні зобов'язання, договірні зобов'язання.

Аннотация

Голубева Н. Ю. **Система обязательств в гражданском праве Украины.** — Статья.

Статья посвящена исследованию вопросов различных подходов к классификации обязательств в гражданском праве. Отмечается, что наиболее удобной является классификация обязательств с использованием принципа дихотомии. Автором анализируется разделение обязательств на договорные и недоговорные, односторонние и взаимные, сложные и простые, альтернативные и факультативные, личные и неличные, с определенным объемом требований и с неопределенным объемом требований (алеаторные) и т.д.

Ключевые слова: обязательства, классификация, недоговорные и договорные обязательства.

Summary

Golubeva N. Y. **The system of obligations in civil law of Ukraine.** — Article.

The article deals with issues of different approaches to the classification of obligations in civil law. It is noted that the most convenient is the classification of, obligations using the principle of dichotomy. The author analyzes the division of obligations into the contractual and non-conventional, unilateral and reciprocal, complex and simple, alternative and optional, personal and impersonal, etc.

Keywords: obligations, non-contractual and contractual obligations.

УДК 347.774.023/028

Л. Д. Романадзе

СУБ'ЄКТИ ПРАВА ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ НА ТОРГОВЕЛЬНУ МАРКУ ТА ЗМІСТ ТА СТРОК ДІЇ ЇХ ПРАВ

Основні норми щодо торговельних марок в чинному законодавстві України містяться у Цивільному кодексі України, Господарському кодексі України та у Законі України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» від 15 грудня 1993 р. № 3689-XII зі змінами та доповненнями.

Відповідно до ст. 493 Цивільного кодексу України, суб'єктами права інтелектуальної власності на торговельну марку є фізичні та юридичні особи. Згідно зі ст. 5 Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг», право на отримання свідоцтва України на знак для товарів і послуг має будь-яка особа (фізична або юридична), об'єднання осіб або їх правонаступники.

Закріплені в законодавстві України положення щодо переліку суб'єктів права інтелектуальної власності на торговельну марку цілком відповідають Паризькій конвенції про охорону промислової власності від 20 березня 1883 року, яка гарантує будь-якій особі право на подання заявки для реєстрації прав на торговельну марку, проте викликають досить ґрунтовну критику з боку деяких науковців та практикуючих юристів. На теперішній час в Україні торговельні марки реєструються на ім'я фізичних осіб. Закон не містить ніяких вимог щодо фізичної особи, яка може бути власником торговельної марки, та її діяльності. Однак якщо виходити із сутності поняття торговельної марки, то можна дійти висновку, що суб'єктом права інтелектуальної власності на торговельну марку не може бути будь-яка особа. Право на одержання свідоцтва на торговельну марку може мати лише особа, яка виробляє товари або надає послуги. Відповідно суб'єктами права на торговельну марку можуть бути лише фізичні та юридичні особи, які здійснюють господарську діяльність.

У зв'язку з тим, що суб'єктом прав на торговельну марку може бути

© Л. Д. Романадзе, 2010

фізична особа без будь-яких обмежень, існує така важлива проблема. В Україні є достатньо поширеною ситуація, коли мають місце недобросовісні реєстрації прав на торговельні марки на користь фізичних осіб, які не мають наміру використовувати їх під час господарської діяльності. Головною метою таких реєстрацій є перешкоджання у використанні торговельних марок особам, які добросовісно використовували їх у своїй господарській діяльності, вкладали гроші в рекламу продукції під цими торговельними марками, але через ті чи інші причини не встигли подати на них заявки і одержати права [1].

В цьому зв'язку заслуговує на увагу відповідний досвід Російської Федерації. Так, ст. 1478 Цивільного кодексу Російської Федерації встановлено, що володільцем виключного права на товарний знак може бути лише юридична особа або індивідуальний підприємець. Отже, не кожна фізична особа може бути в РФ суб'єктом прав на товарний знак. Для набуття такого права відповідний громадянин повинен бути зареєстрованим як індивідуальний підприємець, тобто здійснювати підприємницьку діяльність. Виходячи з того, що торговельна марка призначена саме для індивідуалізації діяльності та продукції суб'єктів підприємницької діяльності, а отже, з огляду на природу самого об'єкта, такий підхід до визначення суб'єкта прав на торговельну марку слід вважати досить обґрунтованим [2].

Крім того, на відміну від Російської Федерації, в Україні право інтелектуальної власності на певну торговельну марку може належати одночасно кільком фізичним та (або) юридичним особам. Взаємовідносини при використанні торговельної марки, право інтелектуальної власності на яку належить кільком особам, визначаються угодою між ними. У разі відсутності такої угоди кожний власник може використовувати торговельну марку на свій розсуд, але жоден з них не має права давати дозвіл на використання торговельної марки та передавати право власності на торговельну марку іншій особі без згоди решти власників.

Іноземці особи та особи без громадянства мають рівні з особами України права щодо реєстрації торговельних марок, відповідно до міжнародних договорів України чи на основі принципу взаємності. При цьому іноземні та інші особи, що проживають чи мають постійне місцезнаходження поза межами України, у відносинах з Державним департаментом інтелектуальної власності Міністерства освіти та науки України (далі за текстом — Департамент) — центральним органом виконавчої влади з питань правової охорони інтелектуальної власності — реалізують свої права через зареєстрованих в установленому порядку представників у справах інтелектуальної власності — патентних повірених.

Обсяг правової охорони, що надається, визначається зображенням марки та переліком товарів і послуг, внесеними до Державного реєстру свідоцтв України на знаки для товарів і послуг (далі за текстом — Реєстр), і засвідчується свідоцтвом з наведеними у ньому копією внесеного до Реєстру зображення марки та переліком товарів і послуг. У сві-

доцтві зазначаються дата подання заявки, дата реєстрації марки, дата продовження строку дії свідоцтва, очікувана дата закінчення строку дії свідоцтва тощо.

Строк дії свідоцтва становить 10 років від дати подання заявки. На відміну від деяких інших об'єктів промислової власності (промисловий зразок, винахід, корисна модель), строк чинності виключних майнових прав інтелектуальної власності на торговельну марку може бути продовжений необмежену кількість разів ще на десять років. Для продовження строку дії свідоцтва необхідно сплатити збір. Цей збір повинен бути сплачений протягом останніх шести місяців дії свідоцтва. Документ на підтвердження сплати збору (платіжне доручення, квитанція) повинен надійти до Департаменту до кінця поточного періоду строку дії свідоцтва. Розмір збору визначається відповідно до Порядку сплати зборів за дії, пов'язані з охороною прав на об'єкти інтелектуальної власності, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 23 грудня 2004 р. № 1716 (із змінами та доповненнями). Збір за продовження дії свідоцтва може бути також сплачений, а документ про його сплату — надійти до Департаменту протягом шести місяців після встановленого строку. Однак розмір збору в такому випадку збільшується на 50 відсотків. У разі несплати збору за продовження дії свідоцтва у встановлені законодавством строки, дія свідоцтва припиняється з першого дня періоду строку дії свідоцтва, за який збір не сплачено.

Набуття права інтелектуальної власності на торговельну марку не завжди вимагає засвідчення свідоцтвом. Це стосується торговельних марок, які мають міжнародну реєстрацію, а також торговельних марок які визнані в установленому законом порядку добре відомими.

Зміст правових можливостей власника реєстрації позначення, а також межі їх здійснення ґрунтуються на основних принципах правової охорони торговельних марок, визначених міжнародними договорами та спрямованих на забезпечення бажаного балансу між приватними і державними інтересами, виключними правами і вільною конкуренцією. Згідно з Угодою TRIPS, права інтелектуальної власності вважаються приватними правами, які набуваються лише за певних умов для нових, оригінальних позначень, що мають розрізняльну здатність, і обмежені як у часі і просторі, так і переліком маркованих ними товарів та послуг. Права на торговельні марки е абсолютними і виключними суб'єктивними правами. Це означає, що власник прав на торговельну марку має право використовувати цю марку, а також виключне право перешкоджати, забороняти чи дозволяти використовувати цю марку іншим особам. Відтак ніхто не може використовувати торговельну марку, що охороняється в Україні, без дозволу власника прав на неї.

Суть права на використання торговельної марки полягає у можливості її необмеженого комерційного використання для позначення товарів чи послуг, що виробляються і реалізуються чи надаються. Використанням торговельної марки визнається:

— нанесення її на будь-який товар, для якого зареєстровано марку, упаковку, в якій міститься товар, вивіску, пов'язану з ним, етикетку, нашивку, бирку або інший прикріплений до товару предмет;

— зберігання товару з нанесеною на нього маркою з метою пропонування для продажу;

— пропонування вказаного товару для продажу, продаж, імпорт чи експорт;

— застосування марки під час пропонування та надання будь-якої послуги, для якої її зареєстровано;

— застосування марки в діловій документації чи в рекламі, а також в мережі Інтернет, в тому числі в доменних іменах.

Використання торговельної марки розглядається не тільки як право, але і як обов'язок власника прав на неї. Законодавство України передбачає можливість дострокового припинення дії прав на торговельну марку, яке може бути повним або частковим у разі її тривалого безперервного не використання. Статтею 17 Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» також закріплений обов'язок власника свідоцтва щодо добросовісного користування правами, що випливають із свідоцтва.

Допускається використання торговельної марки у формі, що відрізняється від зареєстрованої лише окремими елементами, якщо це не змінює в цілому відмітності торговельної марки.

Особою, яка використовує торговельну марку, може бути як сам власник прав на цю марку, так і особа, якій такі права надані власником на підставі ліцензійного договору, ліцензії (дозволу). За ліцензійним договором власник торговельної марки (ліцензіар) надає іншій особі (лщензіату) право на тимчасове використання своєї торговельної марки на певних умовах. Умови ліцензійного договору визначаються його сторонами. Сторони визначають вид ліцензії, вид платежів, розмір та порядок розрахунків, територію та термін дії договору тощо. Обов'язковими умовами ліцензійного договору є обов'язок ліцензіата щодо забезпечення певного рівня якості продукції, що маркується торговельною маркою ліцензіара, та обов'язок ліцензіара щодо здійснення контролю якості такої продукції. Ці вимоги є певною гарантією для споживачів, які орієнтуються на вже відому торговельну марку. У разі коли товари ліцензіата будуть гіршої якості, ліензіар зобов'язаний заборонити подальше маркування товарів переданою за договором торговельною маркою.

Власник свідоцтва має виключне право забороняти іншим особам використовувати без його згоди:

— зареєстровану марку стосовно наведених у свідоцтві товарів і послуг;

— зареєстровану марку стосовно товарів і послуг, споріднених з наведеними у свідоцтві, якщо внаслідок такого використання можна ввести в оману щодо особи, яка виробляє товари чи надає послуги;

— позначення, схоже із зареєстрованою маркою, стосовно наведених у свідоцтві товарів і послуг, якщо внаслідок такого використання її позначення і марку можна сплутати;

— позначення, схоже із зареєстрованою маркою, стосовно товарів і послуг, споріднених з наведеними у свідоцтві, якщо внаслідок такого використання можна ввести в оману щодо особи, яка виробляє товари чи надає послуги, або її позначення і марку можна сплутати.

При цьому виключне право власника свідоцтва забороняти іншим особам використовувати без його згоди зареєстровану марку не поширюється на:

— здійснення будь-якого права, що виникло до дати подання заявки або, якщо було заявлено пріоритет, до дати пріоритету заявки;

— використання марки для товару, введеного під цією маркою в цивільний оборот власником свідоцтва чи за його згодою, за умови, що власник свідоцтва не має вагомих підстав забороняти таке використання у зв'язку з подальшим продажем товару, зокрема у разі зміни або погіршення стану товару після введення його в цивільний оборот;

— використання кваліфікованого зазначення походження товару, що охороняється відповідно до Закону України «Про охорону прав на зазначення походження товарів» від 16 червня 1999 р. № 752-XTV (із змінами і доповненнями);

— некомерційного використання марки;

— усі форми повідомлення новин і коментарів новин;

— добросовісне застосування ними своїх імен чи адрес.

Суб'єкт права інтелектуальної власності на торговельну марку має право розпоряджатися своєю торговельною маркою на власний розсуд. Він може здійснити передачу виключних майнових прав на торговельну марку іншій особі щодо всіх або частини товарів і послуг, для яких ця марка зареєстрована. Вона може бути як на платній, так і безоплатній основі та здійснюється на підставі цивільно-правового договору. В силу такого договору власник прав на марку відмовляється від подальшого її використання і передає Всі права на неї набувачеві, який приймає на себе всі права та обов'язки власника прав на торговельну марку. Тобто здійснюється відчуження прав на торговельну марку. Існує одне обмеження щодо укладання та здійснення таких договорів. Передача прав на торговельну марку не допускається, якщо вона може бути причиною введення в оману споживачів щодо товарів і послуг особи, яка виготовляє її товари чи надає зазначені послуги.

Торговельну марку також можна вносити до статутного капіталу відповідної юридичної особи замість майна, майна, грошей та інших матеріальних цінностей, для чого необхідна лише добра воля засновників відповідної юридичної особи. Отже, використання торговельної марки в статутному капіталі дозволяє: сформувати значний за своїми розмірами статутний капітал без відволікання коштів та забезпечити доступ до банківських кредитів і інвестиції, використовуючи торговель-

ну марку як об'єкт застави нарівні з іншими видами майна; амортизувати торговельну марку у статутному капітілі і замінити її реальними коштами, включаючи амортизаційні відрахування на собівартість продукцій, тобто капіталізувати торговельну марку; власнику торговельної марки стати засновником при організації дочірніх та самостійних фірм без відгалуження коштів [3].

У разі передачі виключних майнових прав на торговельну марку іншій особі будь-яким способом, необхідним є внесення відповідних змін та відомостей до Державного реєстру свідоцтв України на знаки для товарів і послуг. Порядок внесення до реєстру змін визначається Положенням про Державний реєстр свідоцтв України на знаки для товарів і послуг, затвердженим наказом Міністерства освіти і науки України від 10 січня 2002 р. № 10 (із змінами та доповненнями) та інструкцією про подання, розгляд, публікацію та внесення до реєстрів відомостей про передачу права власності на знак для товарів і послуг та видачу ліцензії на використання знака (міжнародного знака) для товарів і послуг, затвердженою наказом Міністерства освіти і науки України від 3 серпня 2001 р. № 576 (із змінами та доповненнями).

Слід звернути увагу на те, що права, які випливають із свідоцтва, діють від дати подання заявки на реєстрацію торговельної марки.

Статтею 497 Цивільного кодексу України та ст. 18 Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» передбачені підстави для дострокового припинення чинності майнових прав інтелектуальної власності на торговельну марку, а саме:

— перетворення марки в позначення, що стало загальновживаним як позначення товарів і послуг певного виду після дати подання заявки. Наприклад, торговельна марка «целофан» стала загальновживаним для позначення товарів певного виду. Підставою для припинення дії свідоцтва у разі перетворенням марки в позначення, що стало загальновживаним як позначення товарів і послуг певного виду може бути тільки рішення суду, що набрало законної сили.

— відмова власника від свідоцтва повістю або частково на підставі заяви, поданої до Державного департаменту інтелектуальної власності. Зазначена відмова набирає чинності від дати публікації відомостей про це в офіційному бюлетені «Промислова власність».

— не використання марки в Україні повністю або щодо частини зазначених у свідоцтві товарів і послуг протягом трьох років від дати публікації відомостей про видачу свідоцтва або від іншої дати після цієї публікації. Підставою для припинення дії свідоцтва в такому випадку може бути тільки рішення суду, що набрало законної сили. Суб'єктом звернення до суду з приводу дострокового припинення дії свідоцтва в цьому випадку може бути будь-яка особа. Суд не вправі прийняти рішення про дострокове припинення дії свідоцтва у зв'язку з невикористанням торговельної марки, якщо власник свідоцтва доведе поважні причини такого невикористання. Такими поважними причинами, зокрема є:

— обставини, що перешкоджають використанню торговельної марки незалежно від волі власника свідоцтва, такі як обмеження імпорту чи інші вимоги до товарів і послуг, встановлені законодавством;

— можливість введения в оману щодо особи, яка виробляє товари або надає послуги, під час використання торговельної марки особою, що звернулася до суду, чи іншою особою щодо товарів і послуг, відносно яких висунута вимога про припинення дії свідоцтва.

Як зазначалось вище, власнику свідоцтва належить право надавати іншим особам дозволи на використання торговельної марки. У зв'язку з достроковим припиненням чинності виключних майнових прав інтелектуальної власності на торговельну марку особі, яка використовуе торговельну марку з дозволу володільця можуть бути завдані збитки. В такому разі володілець, якщо інакше не встановлено законом чи договором, мае відшкодувати зазначені збитки.

Права інтелектуальної власності на торговельну марку можуть бути визнані недійсними лише в судовому порядку шляхом визнання недійсним свідоцтва на знак для товарів і послуг. Відповідно до Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» від 15 грудня 1993 року № 3689-XII (із змінами і доповненнями) свідоцтво може бути визнано недійсним повністю або частково у разі

невідповідності зареєстрованої торговельної марки умовам надання правової охорони;

наявності у свідоцтві елементів зображення торговельної марки та переліку товарів і послуг, яких не було у поданій заявці;

видачі свідоцтва внаслідок подання заявки з порушенням прав інших осіб.

Після набрання рішенням суду про визнання свідоцтва чи його частини недійсними, в офіційному бюлетені «Промислова власність» розміщується повідомлення про це.

Свідоцтво або його частина, визнані недійсними, вважаються такими, що не набрали чинності від дати подання заявки.

Враховуючи те, що визнання прав на торговельні марки недійсними може бути здійснено лише у судовому порядку, необхідним є звернення безпосередньо до судової практики. Так, дуже корисними е рекомендації оглядові та інформаційні листи Вищого господарського суду України, що регулярно видаються у порядку інформації та для врахування у розгляді справ з метою правильного і однакового застосування господарськими судами норм чинного законодавства. Зокрема, Рекомендації Президії Вищого господарського суду Украши від 10 червня 2004 р. № 04-5/1107 «Про деякі питания практики вирішення спорів пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності (із змінами і доповненнями); Рекомендації Президії Вищого господарського суду України від 29 березня 2005 р. № 04-5/76 «Про деякі питания практики призначення судових експертиз у справах зі спорів, пов'язаних із захистом права інтелектуальної власності; 1нформаційний лист Вищого господарського суду Ук-

раїни від 20 лютого 2007 р. № 01-8/91 «Про нормативно-правові акти, що регулюють питання, пов'язані з охороною прав на об'єкти інтелектуальної власності»; Інформаційний лист Вищого господарського суду України від 24 жовтня 2008 р. № 01-8/640 «Про перелік питань, вміщених у документах Вищого господарського суду України, які стосуються розгляду господарськими судами справ, пов'язаних із захистом прав на об'єкти інтелектуальної власності; інформацшний лист Вищого господарського суду України від 15 грудня 2008 р. № 01-8/724 «Про деякі питання призначення і проведення судових експертиз у справах, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності»; Оглядовий лист Вищого господарського суду України від 17 квітня 2006 р. № 01-8/847 «Про практику застосування господарськими судами законодавства про захист прав на знаки для товарів і послуг (торговельну марку) (за матеріалами справ, розглянутих у касаційному порядку Вищим господарським судом України)»; Оглядовий лист Вищого господарського суду України від 22 січня 2007 р. № 01-8/24 «Про практику застосування господарськими судами законодавства про захист прав на знаки для товарів і послуг (торговельні марки) (за матеріалами справ, розглянутих у касаційному порядку Вищим господарським судом України)»; Оглядовий лист Вищого господарського суду України від 27 червня 2008 р. № 01-8/383/1 «Про практику застосування господарськими судами законодавства про захист прав на об'єкти інтелектуальної власності»; Оглядовий лист Вищого господарського суду України від 30 червня 2009 р. № 01-08/411/1 «Про практику застосування господарськими судами законодавства про захист прав на об'єкти інтелектуальної власності (за матеріалами справ, розглянутих у касаційному порядку Вищим господарським судом Украши)» тощо.

Значна увага, що приділяється Вищим господарським судом України питаниям застосування господарськими судами законодавства про захист прав на знаки для товарів і послуг зумовлена тим, що переважна більшість таких справ розглядається саме в системі господарських судів України.

Література

1. Жаров В. Перспективи удосконалення законодавства України з питань правової охорони торговельних марок і географічних зазначень / *В. Жаров, А. Міндрул* // Інтелектуальна власність. — 2005. — № 10. — С. 14.
2. Промислова власність в Україні: проблеми правової охорони : зб. наук. ст. / за ред. Ю. С. Шемшученка, Ю. Л. Бошицького. — К. : Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2004. — С. 256.
3. Цибульов П. М. Основи інтелектуальної власності : навч. посіб. / *П. М. Цибульов*. — К. : Ін-т інтелект. власності і права, 2005. — С. 66.

Анотація

Романадзе Л. Д. **Суб'єкти права інтелектуальної власності на торговельну марку, зміст та строк дії їх прав.** — Стаття.

Стаття присвячена визначенню складу суб'єктів права інтелектуальної власності на торговельну марку. Аналізується досвід Російської Федерації з цього питання. Визначається обсяг правової охорони, що надається торговельним маркам. Наводяться строк дії свідоцтва на знак для товарів і послуг, основні принципи правової охорони торговельних марок. Розкривається суть права на використання торговельної марки, порядок розпорядження правами інтелектуальної власності на торговельну марку. Розглядаються випадки дострокового припинення чинності майнових прав інтелектуальної власності на торговельну марку, порядок визнання права інтелектуальної власності на торговельну марку недійсним. Наводяться посилання на судову практику з зазначеного питання.

Ключові слова: торговельна марка, суб'єкти прав на торговельну марку, принципи правової охорони торговельних марок, зміст прав на торговельну марку, визначення свідоцтв на торговельні марки недійсними, дострокове припинення чинності свідоцтв.

Аннотация

Романадзе Л. Д. **Субъекты права интеллектуальной собственности на торговую марку, содержание и срок действия их прав.** — Статья.

Статья посвящена определению состава субъектов права интеллектуальной собственности на торговую марку. Анализируется опыт Российской Федерации по этому вопросу. Определяется объем правовой охраны, предоставляемой торговым маркам. Приводятся срок действия свидетельства на знак для товаров и услуг, основные принципы правовой охраны торговых марок. Раскрывается суть права на использование торговой марки, порядок распоряжения правами интеллектуальной собственности на торговую марку. Рассматриваются случаи досрочного прекращения действия имущественных прав интеллектуальной собственности на торговую марку, порядок признания права интеллектуальной собственности на торговую марку недействительным. Приводятся ссылки на судебную практику по данному вопросу.

Ключевые слова: торговая марка, субъекты прав на торговую марку, принципы правовой охраны торговых марок, содержание прав на торговую марку, признание свидетельств на торговые марки недействительными, досрочное прекращение действия свидетельств.

Summary

Romanadze L. D. **Subjects of intellectual property rights on the trademark, content and duration of their rights.** — Article.

The article is devoted to the definition of the subjects of intellectual property rights on the trademark. Analyzes the experience of the Russian Federation on this issue. Determine the scope of legal protection afforded to trademarks. Presents validity of the certificate to sign for goods and services, the basic principles of legal protection of trademarks. Disclose the substance of the right on trademark, the procedure available to intellectual property rights on the trademark. The cases of early termination of intellectual property rights on the trademark, the order of recognition of intellectual property rights to void the trade. Gives references to case law on this issue.

Keywords: trademark, the subject of trademarks, legal principles of trademarks, content of trademarks, the recognition of trademark certificate invalid, the early termination of certificates.

УДК 347.734.001.32

Т. А. Латковська

ПОНЯТТЯ ТА ВИДИ ДЖЕРЕЛ БАНКІВСЬКОГО ПРАВА

Світова фінансова криза, яка стала серйозним викликом для багатьох країн світу, загострила питання необхідності проведення реформ у державно-правовій сфері. Відображення сутності реформ, як і закономірностей розвитку права, стає неможливим на базі вже усталених у рамках правової науки понять. Завдання, пов'язані із формуванням громадянського суспільства та правової держави в Україні, стан нині діючого українського фінансового законодавства, який характеризується складними та суперечливими процесами, по-новому заставляють подивитися на звичні правові поняття та на предмет їх відповідності сучасному етапу розвитку фінансово-правової галузі. Разом із тим інтенсивний розвиток фінансового права визначив значення окремих фінансово-правових інститутів, серед яких особливе місце належить банківському праву.

В умовах побудови демократичної, соціальної та правової держави, ознаками якої є пріоритет прав і свобод людини і громадянина, важливе не тільки теоретичне, але й практичне значення належить джерелам банківського права. Теоретичне обґрунтування джерел банківського права, їх ієрархічна структура, що визначається Конституцією, яка наділяє органи державної влади різним ступенем нормотворчої компетенції, передбачає найбільш правильне застосування відповідних юридичних норм, а значить, сприяє зміцненню законності та правопорядку у сфері банківської діяльності та виконання банківським правом активної ролі. Для того щоб правильно з'ясувати визначення поняття «джерело банківського права», необхідно перш за все дослідити поняття «джерело права». А це питання не є досить простим, воно завжди знаходилося в центрі гарячих дискусій науковців. У сучасній правовій літературі України та Росії є декілька підходів дослідження джерел банківського права та їх структури. Однак, досліджуючи поняття джерел права взагалі, ще за часів радянської юридичної науки вчені прийшли до висновку, що воно належить до числа найбільш неясних в теорії права.

© Т. А. Латковська, 2010

Актуальним дане питання залишається і в наш час. Як справедливо зазначає професор В. В. Дудченко, «про плідність чи слабкість будь-якої правової теорії, будь-якого дослідницького методу в правознавстві говорять на підставі здатності такої матерії вирішити питання джерел права» [1, с. 135].

Аналізуючи багато різних точок зору на дану проблему, слід погодитися з тим, що найбільш прийнятними є ті позиції, згідно з якими під джерелом права розуміють «спосіб вираження і закріплення (зміни чи відміни) правових норм» [2, с. 264], або «спосіб визнання соціальних норм в якості обов'язкових» [3, с. 149].

Українській державі, як і всім постсоціалістичним державам, необхідно використовувати великий історичний досвід розвинутих країн. Сьогодні поглиблюється зміна розуміння джерел права і поряд з традиційними нормативно-правовими актами починають розглядатися принципи права [4, с. 267]. Все частіше починають дискутувати з приводу визначення правової природи рішень вищих судових інстанцій. До джерел банківського права починають відносити рішення Конституційного Суду [5, с. 127—133], норми міжнародного права та міжнародні договори [6, с. 18—19]. Різноманітні погляди та наукові дискусії щодо джерел банківського права тільки підкреслюють актуальність, своєчасність та необхідність вирішення багатьох проблем. В умовах сучасної України дослідження джерел банківського права дозволить окреслити їх систему, яка відповідатиме реальній дійсності сьогодення щодо врегулювання банківських відносин для забезпечення удосконалення банківського законодавства.

Відомо, що право виступає одним із основних регуляторів відносин у суспільстві. За допомогою правових норм держава здатна ефективно впливати на різні сторони життєдіяльності, визначаючи напрямок їх розвитку та надаючи їм впорядкованості та структурованості. Аналіз права як об'єктивних приписів, спрямованих на регулювання правил поведінки у суспільстві, неминуче приводить до характеристики волі держави у цьому процесі, однак прояв волі держави передбачає певну різноманітність форм її виразу. Удосконалення впливу правового регулювання на суспільні відносини припускає вибір оптимальної форми виразу державної волі. В науковій літературі зазначено, що тільки виражена в заздалегідь встановленій та визначеній формі державна воля набуває якість об'єктивованої правової форми (загальнообов'язкової, розрахованої на багаторазове використання, забезпеченої засобами реалізації). Умовно подібну зовнішню форму об'єктивізації правової норми і називають джерелом права [7, с. 3].

Поняття «джерел права» виникло більше двох тисяч років тому назад, коли Тіт Лівій в «Римській історії» назвав закони XII таблиць «джерелом всього публічного та приватного права» в тому розумінні, що ці закони являли собою основу, на базі якої розвинулося римське право того часу. Але у вигляді наукової проблеми питання про джерела права

сформувалося тільки у XIX ст. як результат зіткнення різних правових ідей [8, с. 162–164].

Спори про розуміння джерела права постійно знаходилися в центрі уваги науковців. Так, на початку XX ст. І. В. Михайловський зазначав, що термін «джерело права» розуміється по-різному і з приводу нього постійно відбуваються спори, які «засновані на непорозумінні: немає нічого простіше усунути ці непорозуміння і погодитися щодо загального розуміння терміна, яким так часто користується наука» [9, с. 237]. Однак, як показала історія, автор помилявся в тому, що це питання з часом буде успішно вирішено. Дискусії про поняття джерел права продовжувалися і в 40-ві роки XX століття. С. Ф. Кечек'ян, досліджуючи поняття «джерело права», писав, що воно «належить до числа найбільш неясних в теорії права. Не тільки немає загальновизнаного визначення цього поняття, але навіть спірним є сам зміст, в якому вживаються слова «джерело права». Але «джерело права» — це не більше, як образ, який швидше покликаний допомогти розумінню, ніж дати розуміння того, що позначається цим виразом» [10, с. 3–5].

В дореволюційному праві під джерелами права розумілися «форми вираження позитивного права, які мають значення обов'язкових засобів ознайомлення з діючим правом» [11, с. 343], «форми об'єктивування юридичних норм, що були ознаками їх обов'язковості в даному суспільстві» [12, с. 36].

Правова наука радянського періоду розрізняла три значення, в яких вживалося поняття «джерело права». Це, по-перше, джерела пізнання права, тобто джерела права в ідеальному розумінні, по-друге, джерела права в матеріальному розумінні і, по-третє, джерела права у формальному (юридичному) розумінні. Традиційним вважався поділ поняття джерел права на матеріальні та формальні. Під джерелом права в матеріальному розумінні вчені розуміли матеріальні умови життя суспільства. Це поняття брало свій початок від марксистського вчення співвідношення права та економічних умов життя як надбудови та базису. Таким чином, поняття джерело права в матеріальному розумінні, яке використовували в радянській літературі, визначало певну силу, що створювала право. Під джерелом права у формальному розумінні вчені розглядали безпосередньо форми об'єктивування правових норм, зовнішні форми виразу права. У дослідженні поняття джерел права в формальному (юридичному) розумінні також не було єдиної думки. Вчені вважали, що «джерелом права в юридичному розумінні, або юридичним джерелом права називається той спосіб, яким правилу поведінки надається державною владою загальнообов'язкова сила» [13, с. 173], інші визнавали те, що юридичне джерело права є «дещо, що належить до форми права» [10, с. 3–5], або до форми існування юридичних норм [14, с. 430]. Отже, в радянській правовій літературі при дослідженні поняття «джерела права» говорили або про силу, що створює право, і називали її джерелом права в матеріальному розумінні, або про форму,

завдяки якій правова норма набувала загальнообов'язкового характеру і називали її джерелом права в формальному (юридичному) розумінні.

У 60-х роках деякі вчені пропонували замінити термін «джерело права» терміном «форма права», вважаючи, що більш доцільним при наукових дослідженнях, присвяченим питанням правотворчості діяльності держави та формам, в яких об'єктивуються результати цієї діяльності, є застосування терміну «форма права» [15]. Аналізуючи сучасну вітчизняну літературу, бачимо, що і сьогодні вчені вказують на те, що в юридичній науці відсутнє загальноприйняте поняття джерела права, «разом з тим реалізація концепції правової держави з ціллю забезпечення стійкого розвитку російського суспільства в цілому припускає наявність науково обґрунтованої концепції джерел права» [16, с. 5]. У сучасній зарубіжній літературі зустрічаємо так само цілий ряд тверджень щодо поняття джерел права. Відомий французький теоретик права Жан-Луі Бержель вказує на те, що невизначеність поняття «джерело права» виникає тому, що цим терміном «прийнято одночасно позначати і змістовні і формальні джерела права» [17, с. 97]. В інших зарубіжних виданнях джерела права розглядаються як «образний вираз, що має не одне значення, а більше» [18, с. 259]. Базуючись на загальнотеоретичному визнанні джерела права, його можна застосовувати і до окремих галузей та інститутів (а значить і до банківського права, як правового інституту галузі фінансового права). Банківське право належить до тих правових інститутів, які найбільш динамічно розвиваються протягом останніх років. Поява якісно нових суспільних відносин суттєво позначилася і на джерелах банківського права. Як зазначає О. М. Олейник, «якщо приймати до уваги регулятивний вплив джерел, тобто їх здатність визначати конкретну правову поведінку банків та їх клієнтів, необхідно використовувати широке розуміння джерел права, включаючи в них всі існуючі результати, що мають зовнішню форму вираження» [19, с. 50]. Автор пропонує крім традиційних нормативних актів віднести до джерел банківського права і банківське правове мислення, яке засноване на економіко-фінансових потребах банківської діяльності і формує оцінку ефективності та об'єктивності правових норм, так як «практика застосування чи незастосування тих або інших правових норм в основному залежить від правового мислення». У підручнику банківського права Г. А. Тосунян, А. Ю. Вікулін та А. М. Екмалян розглядають джерела банківського права як систему його зовнішніх форм [5]. Якщо говорити про нашу правову систему, то в Україні в правовому полі банківської справи нині діє Конституція України, нове законодавство, що відповідає конституційним нормам, а також частина старого законодавства. Існування різних поглядів на поняття джерел права говорить про те, що ми маємо справу із складним та багатозначним явищем і, як зазначає російський вчений М. М. Марченко, «джерело права як і саме право недозволено визначати лише з одного будь-якого окремо взятого боку... це буде неповне, однобічне його визначення і дещо перекручена

про нього уява» [20]. Залежно від того, «на яких методологічних позиціях знаходиться дослідник, чи дотримується він позитивістських поглядів, або вирішує проблему праворозуміння з позицій природного права, в повній мірі залежать його уявлення про форми та джерела права». Монографія М. М. Марченка «Джерела права» (2005 р.), яка значною мірою вплинула на розуміння понять «джерело права» та «форма права» у російській та вітчизняній загальній теорії права, становить певний науковий інтерес. Як бачимо, поняття джерел (форм) права змінюються в залежності від етапів розвитку суспільства, держави та права (хоча в наш час у вітчизняній та зарубіжній юридичній літературі не вирішеними та гострими залишаються також проблеми, пов'язані і з самим визначенням поняття права).

Отже, на сучасному етапі при дослідженні джерел банківського права повинні чітко реалізовуватися принципи, притаманні правовій державі — верховенство Конституції, чітка ієрархія нормативно-правових актів, що містять норми банківського права і, нарешті, існування банківського права як правового інституту галузі фінансового права.

Крім Конституції України — Основного Закону держави, важливим джерелом банківського права є ціла низка законів, які безпосередньо регулюють банківські відносини. Питання про те, яка роль і яке місце належить закону в правовій системі держави, було і залишається предметом дослідження багатьох вчених в різні історичні періоди. Крім того, нерозумні закони, несправедливі норми права — це не пізнані належним чином норми, неефективний закон — це закон, який прийнято без належного вивчення природи і структури соціальних потреб, якими він був викликаний до життя, без урахування обов'язкових правил юридичної техніки, безпосередньо пов'язаної з правотворчістю.

Проблема джерел банківського права, серед яких закони посідають особливе місце, має і теоретичне і практичне значення, що викликано низкою таких факторів, як утворення нових держав після розпаду СРСР з новими системами державного устрою та державної влади, зміною сфер управління, створення національного законодавства.

Оскільки банківське право своїм предметом охоплює різнорідні суспільні відносини, то закони, норми яких регулюють ці відносини, класифікуються, як правило, на загальні та спеціальні.

У 1991—1999 роках діяв лише один спеціальний закон «Про банки і банківську діяльність» (1991 р.). З часу прийняття цього закону Верховною Радою не було прийнято жодного законодавчого акта, який регулював би відносини у такій важливій для держави і суспільства сфері. Повільний розвиток банківського законодавства до 1996 року негативно відбивався на банківській системі. Центральний банк, маючи обмежений Верховною Радою правовий статус, проводив жорстку грошово-кредитну політику за допомогою адміністративних і економічних важелів стосовно інших банків. З прийняттям Конституції України (1996 р.) вперше з'явилася модель законодавчої основи функціонуван-

ня Національного банку України, який є органом, що здійснює регулятивне державне управління банківською системою. Надійність функціонування незалежного Національного банку дала можливість створити і визначити у спеціальному Законі України «Про Національний банк України» (1999 р.) його правовий статус. Згідно з цим законом Національний банк є центральним банком України, особливим центральним органом державного управління. Саме на цей банк покладено повноваження визначати порядок організації та здійснення банківської діяльності. Знаходячись на верхньому рівні банківської системи, Національний банк сьогодні крім банківської здійснює також емісійну, нормотворчу та наглядову функції. Таким чином, сучасне спеціальне законодавство наділяє центральний банк широкими владними повноваженнями. Широке коло повноважень цього керівного органу дозволяє користуватись Національному банку величезними грошово-кредитними ресурсами, які перебувають у розпорядженні центрального банку, але належать виключно державі.

Другим спеціальним банківським законом є Закон України «Про банки і банківську діяльність» (2000 р.), норми якого визначають структуру банківської системи, а також економічні, організаційні і правові засади створення, діяльності, реорганізації і ліквідації банків. Метою цього спеціального закону стало правове забезпечення стабільного розвитку і діяльності банків в Україні, створення належного конкурентного середовища на фінансовому ринку, забезпечення захисту законних інтересів вкладників і клієнтів банків, а також створення сприятливих умов для розвитку економіки України.

Таким чином, до основної групи джерел банківського права слід віднести такі спеціальні банківські закони, як: Закон України «Про Національний банк України» від 20 травня 1999 р. та Закон України «Про банки і банківську діяльність» від 7 грудня 2000 р. Саме цим спеціальним законам належить визначальне місце в правовому регулюванні банківської діяльності. До спеціального банківського законодавства належать також закони, сфера регулювання яких поширюється виключно на банківську діяльність, це такі закони, як Закон України «Про платіжні системи і переказ грошей в Україні», Закон України «Про фонд гарантування вкладів фізичних осіб» та ряд інших.

Важливе місце серед джерел банківського права належить загальним законам. До них належать: закони України «Про господарські товариства», «Про цінні папери і фондовий ринок», «Про фінансові послуги і державне регулювання ринку фінансових послуг», «Про кредитні спілки», «Про обіг векселів в Україні» та інші. Загальне банківське законодавство включає в себе норми, які містяться в Податковому кодексі, прийнятому 2 грудня 2010 р., Бюджетному кодексі, прийнятому 8 липня 2010 р., Цивільному кодексі, Господарському кодексі та Кримінальному кодексі України.

Норми загальних законів застосовують у тому випадку, коли спе-

ціальні норми не встановлюють будь-яких інших правил чи обмежень або якщо спеціальне регулювання є суперечливим та недосконалим.

Серед джерел банківського права України законам належить ключова роль. Якість законів прямо залежить від внутрішньої узгодженості їх нормативних приписів, які повинні передбачати відсутність колізій між нормами законодавчих актів. Істотні зміни в розвитку українського суспільства й держави, які почалися після проголошення незалежності України, зумовили перетворення в усіх галузях, що позначилося і на банківському законодавстві, яке почало бурхливо розвиватися. Але із зростанням числа законів, із розширенням нормативної врегульованості кола суспільних відносин почала виникати проблема колізійності законодавства, певна неузгодженість між собою правових норм або просте їх дублювання. Саме неузгодженість, суперечливість законів сприяли зростанню кількості підзаконних актів, що послабило регулюючу роль закону та внесло нестабільність до суспільних відносин, уповільнюючи прогресивний розвиток.

Головним напрямком удосконалення банківського законодавства, крім прийняття законів, повинна стати його кодифікація, яка дозволить проаналізувати весь основний нормативний матеріал банківського законодавства та забезпечити взаємоузгодженість нормативних актів.

В Україні немає єдиного систематизованого нормативно-правового акта, норми якого врегульовували би відносини у сфері банківської діяльності, такого як, наприклад, Банківський кодекс. Адже відомо, що найважливішою фазою систематизації банківського законодавства України є проведення кодифікації. Саме політика кодифікації законодавства і була закладена у Концепції судово-правової реформи, яка була схвалена Верховною Радою України на початку 1992 року.

Взагалі, після прийняття Конституції України процес кодифікації розглядався як процес доопрацювання багатьох проектів кодексів з точки зору їх приведення у відповідність до нових конституційних засад нашої правової системи. Саме такий процес спостерігався при доопрацюванні нових Цивільного та Кримінального кодексів України. Однак кодифікація банківського законодавства — це процес не доопрацювання, а процес новітньої розробки цілісного фінансового нормативно-правового акта, який би забезпечив пряме регулювання банківських відносин. Згідно зі ст. 93 Конституції України право законодавчої ініціативи у Верховній Раді України належить Президенту України, народним депутатам України, Кабінету Міністрів України та Національному банку України. Фактично кожна із цих державних інституцій може претендувати на ініціювання Банківського кодексу України, але, думається, що дана перспектива повинна належати і Кабінету Міністрів України, і Національному банку України.

Сьогодні процес створення Банківського кодексу України повинен відразу відповідати сучасним вимогам як теорії права, так і науки фінансового права, які висуваються до нього. Причому необхідно забезпечити

повну відповідність між нормами Банківського кодексу України та фінансовими міжнародними стандартами. Кодифікація банківського законодавства повинна стати формою докорінної переробки нормативно-правових актів, норми яких регулюють банківську діяльність та сприяти забезпеченню узгодження банківського законодавства з нормами як фінансового, так і інших галузей права.

Отже, формування норм банківського законодавства на даний час не є закінченим. Подальший розвиток цих норм повинен відбуватися не в напрямку повторення, а в напрямку їх наближення до максимально високого рівня юридичної культури. Вважаємо, що основним завданням банківських законів повинно стати забезпечення стабільності банківської системи, але не перешкоджання її розвитку. Про стабільність же не можна говорити, коли постійно відбуваються зміни у банківському законодавстві, коли «правила гри» змінюються так часто.

Таким чином, аналізуючи наведені у статті, різні погляди на розуміння джерел права, вважаємо, що джерела банківського права являють собою систему його зовнішніх форм, яка складається з правових норм суб'єктів правотворення, що регулюють відносини в процесі розвитку та функціонування банківської системи України. До основних джерел банківського права слід віднести: Конституцію України; закони (загальні та спеціальні); підзаконні нормативно-правові акти, які вміщують норми банківського права (це нормативні акти НБУ, укази Президента України, постанови Верховної Ради України, постанови Кабінету Міністрів України); міжнародні правові акти; локальні акти банківських установ; банківські правила та звичаї.

Література

1. Цивільне право України (традиції та новації) : монографія / авт. кол. ; за заг. ред. Є. О. Харитонова, Т. С. Ківалової, О. І. Харитонової ; наук. ред. Н. Ю. Голубева. — О. : Фенікс, 2010. — 700 с.
2. Общая теория государства и права. Академический курс. В 3 т. Т. 2. Право / отв. ред. М. Н. Марченко. — 3-е изд., перераб. и доп. — М. : Норма, 2007. — 816 с.
3. Теория права и государства : учеб. для вузов / под ред. Г. Н. Манова. — М. : БЕК, 1995. — 549 с.
4. Проблемы общей теории права и государства : учеб. для вузов / под общ. ред. В. С. Нерсесянца. — М. : НОРМА, 2001. — 832 с.
5. Тосунян Г. А. Банковское право Российской Федерации. Общая часть : учебник / *Г. А. Тосунян, А. Ю. Викулин, А. М. Экмалян* ; под общ. ред. Б. Н. Топорнина. — М. : Юристъ, 1999. — 448 с.
6. Заверуха І. Б. Банківське право : посіб. для студ. / *І. Б. Заверуха*. — Л. : Астролябія, 2002. — 222 с.
7. Зивс С. Л. Источники права / *С. Л. Зивс*. — М. : Наука, 1981. — 240 с.
8. Кутафин О. Е. Предмет конституционного права / *О. Е. Кутафин*. — М. : Юристъ, 2001. — 444 с.
9. Михайловский И. В. Очерки философии права. Т. I / *И. В. Михайловский*. — Томск, 1914. — 632 с.

10. Кечекьян С. Ф. О понятии источника права / *С. Ф. Кечекьян* // Ученые записки МГУ. — М., 1946. — Вып. 116, кн. 2. — С. 3–5.
11. Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права / *Н. М. Коркунов*. — 2-е изд. — С.Пб. : Юрид. центр Пресс (по изд. 1914 г.), 2004. — 430 с.
12. Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права (по изд. 1907 г.) / *Г. Ф. Шершеневич*. — М., 1995.
13. Голунский С. А. Теория государства и права / *С. А. Голунский, М. С. Строгович*. — М. : Юрид. изд-во НКЮ СССР, 1940. — 415 с.
14. Денисов А. И. Теория государства и права / *А. И. Денисов*. — М., 1948. — 532 с.
15. Шебанов А. Ф. Форма советского права / *А. Ф. Шебанов*. — М. : Юрид. лит., 1968. — 215 с.
16. Гурова Т. В. Источники российского права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / *Т. В. Гурова*. — Саратов, 1998.
17. Бержель Ж.-Л. Общая теория права / *Бержель Жан-Луи*. — М., 2000. — 310 с.
18. Кельзен Г. Чисте правознавство: З додатком: Проблеми справедливості / *Кельзен Ганс*. — К. : Юніверс, 2004. — 496 с.
19. Олейник О. М. Основы банковского права : курс лекций / *О. М. Олейник*. — М. : Юристъ, 1997. — 450 с.
20. Марченко М. Н. Источники права : учеб. пособие / *М. Н. Марченко*. — М. : ТК Велби : Проспект, 2005. — 760 с.

Анотація

Латковська Т. А. **Поняття та види джерел банківського права.** — Стаття.

У статті розглянута проблема, пов'язана із визначенням поняття «джерела банківського права» у контексті вирішення теорією права питання про поняття «джерела права»; визначено види джерел банківського права України та проаналізовано місце законів у системі джерел банківського права.

Ключові слова: джерело права, джерело банківського права, види джерел банківського права, загальні закони, спеціальні закони.

Аннотация

Латковская Т. А. **Понятие и виды источников банковского права.** — Статья.

В статье рассмотрена проблема, связанная с определением понятия «источники банковского права» в контексте решения теорией права вопроса о понятии «источник права»; определены виды источников банковского права Украины и проанализировано место законов в системе источников банковского права.

Ключевые слова: источник права, источник банковского права, виды источников банковского права, общие законы, специальные законы.

Summary

Latkovska T. A. **The Notion and Sources of Banking Law.** — Article.

The article dwells on the problem on determining the notion of «the sources of banking law» in the context of consideration by law theory the notion of «law sources»; the types of the sources of banking law of Ukraine have been determined and the legislative basis in the system of banking law sources has been analyzed.

Keywords: law sources, banking law sources, types of banking law sources, general laws, special laws.

УДК 349.6:347.234

І. І. Каракаш

СОЦІАЛЬНО-ФІЛОСОФСЬКІ АСПЕКТИ ВІДНОСИН ВЛАСНОСТІ НА ПРИРОДНІ ОБ'ЄКТИ ТА ЇХ РЕСУРСИ

У філософському сенсі природа являє собою об'єктивну реальність, даною нам у відчуттях, що існує незалежно від нашої волі та свідомості. Оточуючий нас природний світ, в нескінченному різноманітті своїх проявів у часі та просторі, знаходиться в безперервному русі й зміненні. Він лише пізнається людиною і суспільством, а його пізнані корисні властивості використовуються ними.

Першепочаткові натуралістичні форми взаємодії людини з природою зводилися до перебування у її середовищі, збирання продуктів для прожитку, забезпечення умов свого існування на рівні самозбереження і подолання стихійних сил природи. Природа цього періоду вже мала завершено досконалі ознаки і була остаточно сформована для задоволення зазначених потреб людини. І сама людина розглядала себе в єдності з природою, не відокремлюючи себе від природного оточення. Такі форми взаємодії людини з природним середовищем визначалися не станом природи, а нерозвиненістю самої людини, примітивністю його знарядь і засобів діяльності у її середовищі. Тому на цьому етапі існування природи і людини не має підстав для тверджень про використання природних багатств на власницьких засадах та про існування соціально-філософських проявів відносин природноресурсової власності.

У подальшому, коли людина удосконалила знаряддя і засоби впливу на природу, пристосувала використання природних явищ у своїх інтересах, пізнала способи подолання природних перешкод для видобутку засобів існування і усвідомила себе особистістю, вона «виділилась» з природного середовища, сформувала людське суспільство та відокремилась у соціальне середовище. На цьому етапі у людства, яке консолідувалося у суспільство, з'являється свобода вибору засобів і способів впливу на природу.

Проте ані окремий індивідуум, ані суспільство в цілому, в силу об'єк-

© І. І. Каракаш, 2010

тивних факторів неможливості існування поза природних умов і засобів, не втрачають своїх зв'язків з природним середовищем. Змінюються лише форми особистісних та міжособистісних відносин, з'являються відносини соціальних груп і суспільні відносини щодо використання багатств природи, у т.ч. на засадах власності [1, с. 48]. На цій основі, як у стародавні часи та середньовіччя, так і у даний час, людство пов'язує з природою свої релігійні уявлення, моральні принципи, естетичні відчуття, філософські погляди і соціальні відносини.

Виявлення універсальних закономірностей і узагальнення найбільш істотних зв'язків людини і суспільства зі своїм природним оточенням виступають як філософські категорії мислення та пізнання. Сучасний світогляд, що спирається на поглибленні знання змісту відносин природноресурсової власності, викликаних зростанням масштабів їх впливу на розвиток суспільного життя і ускладненням соціальних процесів, ставлять нас перед необхідністю більш глибокого філософського осмислення процесів, що відбуваються у сфері природного буття і взаємодії людини і суспільства із природним середовищем.

Розгляд соціально-філософських аспектів відносин власності дозволяє виявити різні світоглядні підходи щодо використання природних багатств на основі власності. Відомі, наприклад, відмінності у відносинах власності на природні ресурси в європейському та азійському моделях. Якщо в середньовічних європейських селянських громадах земля та інші природні ресурси переважно належали на основі індивідуальної власності, а результати виробленого продукту підлягали приватному присвоєнню, то азіатська форма використання природних багатств для виробництва матеріальних благ розглядала їх виробників лише в ролі користувачів, визнаючи власниками природних багатств божественні сили або представників верховної влади.

Об'єктивне існування та суб'єктивне сприйняття різноманіття взаємозв'язків національних спільнот з природним оточенням своєї країни, формує культурний світогляд її населення, виробляє менталітет народу, забезпечує духовно-історичний розвиток нації. На підставі соціально-філософських поглядів формуються відносини власності на природні багатства, які в подальшому закріплюються в національному правопорядку [2, с. 43—45]. Це підтверджується, наприклад, досить швидким вирішенням питання про визнання права приватної власності на землю у межах усієї сучасної території України як європейської країни. Визначальну роль тут відіграло те, що в Україні, особливо у її західній частині, мали місце відповідні традиції [3, с. 19—33] приватної земельної власності, на відміну від тривалого розгляду і вибіркового закріплення права приватної власності на землю в окремих регіонах Російської Федерації, яка є євроазіатської країною. Тому постановка питання про соціально-філософські аспекти відносин власності на природні багатства, з одного боку, відкриває можливості для осмислення суті загальної, колективної та соціальної власності на них, а іншого боку, дозволяє

глибше проникати у сучасні теоретичні обґрунтування індивідуальної, особистої та приватної власності на об'єкти природного походження.

В період офіційного панування єдиної радикально-матеріалістичної філософської концепції у нашому суспільстві дослідження відносин власності базувалися в основному на поглядах «трудової теорії походження власності», класичним автором якої був англійський філософ-матеріаліст, провідник ліберальної доктрини відносин власності Джон Локк. Але на нього як на основоположника цієї теорії не завжди вказували, часто не справедливо приписуючи «трудову теорію» марксистському вченню про власність. Між тим, згідно з ліберально-матеріалістичним вченням цього філософа за «законом розуму», що спирається на здоровий глузд, «дозволяється, щоб речі належали тому, хто витратив на них свій труд». Саме за допомогою праці людина «відгороджує свою власність, перш за все земельну ділянку, «від загального надбання». Разом з тим власність за вченням Локка є природним станом, що передує взаємодії людей, а ця взаємодія виникає в силу «тісноти й нестачі землі», в результаті чого люди відгороджуються, і «таким чином, *шляхом договору і угоди затвердили власність»* [4, с. 278–279].

При усій зовнішній привабливості та популярності «трудової теорії» походження власності, навряд чи вона може претендувати на універсальність, хоча б вже у силу того факту, що природні об'єкти за своїм походженням не мають ознак трудового утворення. На це особливу увагу звертав відомий німецький філософ Іммануїл Кант, який писав, що всі люди до будь-якого юридичного акта мають правомірне володіння землею, тобто «мають право бути там, куди природа і випадок їх помістили». Юридичним актом придбання земельної власності, за його твердженням, є occupatio або заволодіння. «Праця для придбання землі не потрібна, оскільки спеціальні форми праці не створюють безпосереднього володіння» [5, с. 43] земельною ділянкою.

До цього можна додати і те, що абсолютизація «трудової теорії» може поставити під сумнів правомірність оволодіння не тільки землями та іншими багатствами природного походження. Придбання майнових предметів, наприклад, шляхом їх міни, дарування, успадкування, купівлі-продажу або інших угод також не породжуються особистою чи суспільною працею у сенсі безпосередньої трудової діяльності. Тому, слідуючи «трудовій теорії» походження власності, їх слід було б віднести до соціально не схвальних, «хибних», «безчесних» і «ганебних» способів набуття власності.

Поступовий відхід від марксистської теорії походження власності та права власності помітно активізував звернення до гегелівської філософії права, зокрема, до його вчення про право власності на основі «заволодіння річчю» і «договірної форми власності», «природної свободи особистості» та «вольового змісту права». Згідно з об'єктивно ідеалістичними поглядами Гегеля, власність є «вміщення волі у річ» [6, с. 101], на підставі чого особа проявляє *«зовнішню сферу своєї свободи»,* а до

цього «*зовнішнє* взагалі — річ, невільне, безособове і безправне» [6, с. 103].

Договір за вченням Гегеля розглядається як опосередкована форма виникнення власності. «Це опосередкування полягає у тому, що я володію власністю вже не тільки за допомогою речі та моєї суб'єктивної волі, а також за допомогою іншої волі ... Договір передбачає, що вступники до нього визнають один одного особами і власниками...» З цього випливає, що якщо «захоплення і зовнішнє володіння завжди виявляються нескінченним чином невизначеними і недосконалими» [6, с. 94, 99], «то у договорі власність виявляється як повна, безперечна і досконала, стає власністю для всіх, правом власності, так що договір — це форма власності» [6, с. 128, 129].

Незважаючи на визначення власності як абсолютного права людини на присвоєння всієї речі, тим не менш, Гегель звертав увагу на можливість виникнення у виняткових випадках необхідності підпорядкування приватної власності вищих сфер права державі. Проте такі винятки, підкреслював він, не можуть бути результатом сваволі, а «повинні мати підставою розумний державний організм» [6, с. 78]. Таким чином, разом з природним правом, позитивне державно-правове регулювання відносин власності, є найважливішою складовою гегелівської філософії права, що мала найбільш глибокий вплив на подальші погляди щодо закріплення відносин власності [7, с. 48], у т.ч. на марксистське вчення про власність та право власності.

Тут немає необхідності детально викладати положення марксистської філософії власності як присвоєння, що отримала широке визнання у вітчизняній соціальній літературі минулих років. Тим не менш слід навести принципове висловлювання К. Маркса про те, що приватна власність на землю має уявлятися «в такій же мірі безглуздою, як приватна власність однієї людини на іншу людину. Навіть ціле суспільство, нація і навіть всі одночасно існуючі суспільства, взяті разом, не є власники землі. Вони лише її володарі, які користуються нею, і ... повинні залишити її поліпшеною наступним поколінням» [8, с. 337].

За висловлюванням класиків марксизму «первинний факт завоювання» землі був лише *«прикритий» природним правом* [9, с. 54]. Більш того, встановлення права окремих осіб на вільне і повне володіння земельними ділянками, неминуче тягне їх подальшу концентрацію в руках порівняно вузького кола осіб. Як зазначав Ф. Енгельс, «ледве була встановлена власність на землю, як була вже винаходжена й іпотека» [10, с. 187], тобто застава нерухомості, що перешкоджає її подальшому відчуженню та «оборотоздатності». І це при крайній обмеженості природних, у т.ч. земельних ресурсів, якими володіє людство. Саме тому право власності на землю та інші природні ресурси в будь-якому суспільстві відрізняється різноманітними обмеженнями [11, с. 339], аж до встановлення державної власності на природні ресурси та законодавчого закріплення можливості вилучення земельної ділянки у власника

«в публічних інтересах» з виплатою компенсації [12, с. 206–208] або без такої при здійсненні експропріації та конфіскації.

Можна припустити, що саме звідси бере свій початок «природна» ідея «соціалізації землі» та оголошення її народною приналежністю, з відміною будь-якої власності на землю та інші природні багатства, окрім народної. Її зміст полягає у тому, що за відсутності їх конкретного юридичного власника, органи державної влади отримують широкі повноваження щодо розпорядження земельними та іншими природними ресурсами, а окремі підприємства та громадяни — необхідні права щодо їх використання для ведення господарської та інших видів діяльності [13, с. 30]. Але нікому з них не надається право власності на землю та інші природні ресурси, бо воно відкидається самою філософською концепцією «соціалізації», а у подальшому витісняється заходами і засобами її реалізації. На цій основі їх виключення із сфери відносин власності зводиться в абсолютний соціальний і правовий принцип будівництва соціалістичного суспільства і держави.

Найбільш поширеним в літературі є теорія власності як «соціальна функція» або теорія «соціальної пов'язаності» відносин власності не тільки з індивідуальними, а й суспільними інтересами. Основоположником цієї теорії справедливо визнається французький юрист Леон Дюги, якому належить твердження про те, що в індустріальних державах ... підприємства набувають соціального характеру [14, с. 905–906], а підприємці воістину виконують соціальні функції [15, с. 79]. У подальшому найбільш яскравими прихильниками розвитку цього напряму теорії власності у Німеччині стали Ю. Гедеман, О. Гірке, Ф. Коблер та інші представники соціальної концепції відносин власності.

Теорія власності як «соціальна функція» одержала поширення в кінці XIX — на початку XX століття. Вона була пов'язана зі спробами визначення власності на основі ідеї «загального блага», що є головною основою права власності. Держава як захисниця «загального блага» при збереженні права приватної власності може контролювати і регулювати використання землі, не роблячи тим самим право земельної власності ілюзорним. Так, за твердженнями Ю. Гедемана, земля є народним майном, і власність на землю є «народний лен». Отже, «серцевину» власності на землю становить «обов'язок», а не ідея необмеженого права панування людини над річчю. Проте у зв'язку з тим, що земля, за народною думкою, взагалі не «річ», обробка та використання землі є обов'язком землевласника по відношенню до суспільства. Цим якраз і обґрунтовували необхідність переходу від індивідуальних форм власності на землю до «соціалізації» землі.

Інакше уявлялася ідея власності як засобу забезпечення «загального блага» у філософсько-правових дослідженнях дореволюційної Росії. Так, відомий російський державний діяч і правознавець з історії права К. П. Побєдоносцев відзначав, що обмеження власності передбачається самим визначенням права власності, яке розуміється як влада у межах,

встановлених законом і обумовлених «економічними потребами усього суспільства» [16, с. 343]. Дещо пізніше видатний філософ і економіст С. М. Булгаков писав, що «свобода розпорядження землею випливає з повноти прав сучасної особистості та становить необхідне завоювання новітнього господарського індивідуалізму при певних обмеженнях на користування земельною власністю в громадських інтересах» [17, с. 269]. Цікавими є також погляди російського філософа — неогегельянця І. О. Ільїна, згідно з якими «людині необхідно вкладати своє життя у життя речей: це неминуче від природи і дорогоцінне у духовному відношенні. Тому це є природне право людини, яке і повинно огороджуватися законом, правопорядком і державною владою» [18, с. 126]. Наведені положення явно спрямовані на примирення традиційної теорії «індивідуалістичної» та новонародженої «соціальної» концепції регулювання відносин власності.

Однак ідея соціальної функції власності не вирішує проблему «речових правомочностей» власника. Крім того, уявлення про «речову власність» XIX століття і законодавче закріплення відносин власності як «соціальної функції» у XX столітті істотно різняться між собою. Якщо у першому випадку розуміння власності ґрунтувалося на римсько-правовому цивілістичному трактуванні як «ставлення індивідуума до речі», то у другому — в поширенні власності на матеріальні та нематеріальні об'єкти на основі конституційного законодавства, що закріплює соціальні відносини власності.

Відомо, що у Веймарський конституції Німеччини 1919 року власність закріплювалася не тільки як право, а й як обов'язок, а використання об'єктів власності розглядалося як «служіння загальному благу». З цього випливає, що соціальна сутність теорії «соціальної функції» власності полягає у її поданні не тільки як суб'єктивного права, а і як юридичного обов'язку. Обмеження власності соціальними інтересами на основі концепції «соціальної функції» або «соціальної пов'язаності» забезпечувало подолання необмежених індивідуалістичних інтересів власника з метою досягнення «загального соціального блага».

Концепція «соціальної пов'язаності» власності знайшла свій подальший розвиток у довоєнному законодавстві деяких європейських держав. У цьому законодавстві передбачалися норми, що надавали право державним органам: у разі суспільної необхідності накладати спеціальні обов'язки на промислові та сільськогосподарські підприємства; покладати повинності, пов'язані з регулюванням розподілу сільськогосподарських продуктів і промислових виробів в інтересах національного виробництва; проводити експропріацію майна у власника, який не зберігає чи експлуатує майно, що становить інтерес для національного виробництва, і завдає йому цим певний збиток тощо. При цьому наведені норми супроводжувались традиційним визначенням права власності як права власника «користуватися і розпоряджатися речами повним і виключним способом у межах та з дотриманням обов'язків, встановлених правопорядком».

Не менш характерним було закріплення у законодавстві цього періоду гарантій власникам «справедливої винагороди» не тільки на випадок вилучення або реквізиції майна в силу суспільної необхідності, а і на випадок його експропріації, викликаної неналежним використанням майна. Однак норми про обов'язки власників не позбавляли їх права на отримання вартості свого майна. Таким чином, господарсько-правовий підхід до власності ґрунтувався на поєднанні «вільної автономії приватного власника» [19, с. 288] у господарській сфері з необхідністю забезпечення «громадського порядку» в умовах формальної юридичної рівності всіх членів суспільства, тобто виконання «загальносоціальної функції в умовах правової держави».

В подальшому при втіленні теорії правової держави в практику державного будівництва концепція власності як «соціальна функція» отримала подальший розвиток. Згідно з його положеннями, «соціальна пов'язаність» є наслідком приналежності окремої особи суспільству, що обмежує власність тим сильніше, чим більше її використання відбувається в соціальній сфері. В умовах правової держави вони були зведені у ранг принципу права, що означало: «відмова від такої системи власності, при якій індивідуальний інтерес має безумовну перевагу перед інтересами суспільства». Тому виконання обов'язків з використанням об'єктів власності одночасно мають служити для добра всіх. Щодо відносин власності на природні ресурси такий підхід у цілому слід визнати справедливим, тому що масштабне використання природних багатств здійснюється не стільки у сфері індивідуальних інтересів, скільки у сфері інтересів публічних.

Проголошення Україною мети побудови правової держави до певної міри продиктовано концепцією «соціальної функції» власності, заснованої на її конституційному закріпленні не тільки як права, а і як юридичного обов'язку. Так, згідно зі ст. 41 Конституції України, кожен має право володіти, користуватися і розпоряджатися своєю власністю. Разом з тим у ст. 13 Конституції передбачено таке: «Власність зобов'язує. Власність не повинна використовуватися на шкоду людині і суспільству». Наведені вимоги є особливо актуальними стосовно використання об'єктів природноресурсової власності. У зазначених конституційних положеннях явно вбачається не тільки офіційне визнання у нашій країні теорії «соціальної функції» власності та прагнення сучасної української держави до статусу правового, а й визначення ознак соціальної держави. Таким чином, можна стверджувати, що саме це стало підставою для одночасного закріплення головних ознак Української держави як соціальної та правової поряд з її іншими характеристиками, передбаченими у ст. 1 Конституції України.

Соціально-філософські аспекти власності виявляються і у концепції «народного капіталізму», що виникла як продовження розвитку теорії «соціальної функції». В її основу покладені ідеї, що висловлювалися ще на початку XX століття щодо «демократизації» відносин власності та

забезпечення рівного доступу до національних багатств за допомогою широкого впровадження у господарську діяльність акціонерних товариств. Поширення максимальної кількості їх акцій викликало значний інтерес серед населення європейських країн та США у 20-ті роки минулого сторіччя. У цей період існували сприятливі об'єктивні умови для проведення в реальне життя ідеології «демократизації» власності. Проте подальший розвиток суспільних процесів, які виникли у зв'язку із світовою економічною кризою 30-х років, призвів до різкого звуження і швидкого згортання пропаганди ідеї «народно-капіталістичної» власності та її реалізації на практиці [20, с. 88—105].

Концепція «народного капіталізму» була відроджена у післявоєнний період за часів піднесення економічного розвитку США. Одним з її реаніматорів був голова Торговельної палати США Джонсон, який стверджував, що американські капіталісти, що будують залізні дороги, виплавляли сталь або випускають автомобілі, не тільки отримують мільйонні прибутки, а й беруть живу участь у «процесі створення американської цивілізації». Найбільш послідовно ідеї «народного капіталізму» відстоювали А. Берле, М. Надлер, С. Кунец, О. Каплан, Л. Кіммель та інші американські дослідники відносин власності у середині XX століття [21, с. 45—68].

Соціально-філософський сенс власності за концепцією «народного капіталізму» полягає у тому, що власність в результаті акціонування придбала народно-демократичний характер. Наслідком цього явища став перерозподіл власності між різними соціальними верствами населення, в результаті чого збільшилися його доходи і підвищився життєвий рівень народу. У подальшому концепція «народного капіталізму» знайшла широке визнання в європейських країнах у найрізноманітніших варіантах під найменуванням теорій «перетворення робітників у власників», «формування власності робітників», «розсіяння власності серед робітників», які вирішують проблему несправедливого розподілу власності.

Незважаючи на проголошення переходу української соціально-економічної системи на ринкові відносини, доктрина «народного капіталізму» та її різноманітні модифікації не отримали визнання у нашій країні. Це пояснюється тим, що акціонерна форма власності офіційно не визнана самостійною формою власності, а розглядається або як різновид колективної форми власності, або як різновид приватної власності. Її «вторгнення» у відносини природноресурсової власності є ще менш помітною у зв'язку з законодавчими обмеженнями акціонерного використання природних багатств. Тим не менш поступове повернення природних об'єктів у майновий цивільно-правовий обіг і перетворення природних багатств «народної власності» у твердий капітал відкривають певні перспективи перед теорією «народного капіталізму».

Найбільший соціально-філософський інтерес, на наш погляд, становить концепція власності в теорії «демократичного соціалізму». Згідно

з цією доктриною до справедливого соціального розподілу власності можна прийти на основі її еволюційного розвитку за допомогою здійснення реорганізації та ефективного реформування відносин власності. Досягнення цієї мети забезпечується шляхом поступового поліпшення, необхідної модернізації і поступальної трансформації власності у соціальне життя суспільства без революційного руйнування соціальних устоїв суспільства, в основі яких лежать відносин власності. Згідно з теорією «демократичного соціалізму» розвиток демократичних інститутів народовладдя відбувається у формі «виборності державних органів влади», «мирного перетворення структури виробництва», «демократизації державного управління у сфері економічного розвитку», «здійснення контролю за розподілом матеріальних благ», «забезпечення відкритості та широкої гласності в галузі отримання та використання доходів різними верствами суспільства» тощо. Саме таким чином вони активно впливають на регулювання у відносинах власності.

У соціально-філософському аспекті доктрина «демократичного соціалізму» відносин власності становить вихідні складові для формування «змішаної економіки» на основі різноманіття форм власності з використанням ринкових механізмів «автономно вільними» [22, с. 407—457] власниками та здійсненням управлінських функцій державними органами. Поєднання ринкових механізмів і державного управління в структурі «змішаної економіки» ґрунтується на комбінуванні державної та приватної власності. Вона характеризується поширенням наявності та реальним функціонуванням як приватно-правової, так і публічно-правової форм власності.

До сфери приватно-правової форми власності відноситься власність громадян та їх об'єднань, власність приватних підприємств та інших підприємницьких структур, змішана власність фізичних та юридичних осіб недержавної форми власності і т.п. До публічно-правової форми власності традиційно відносять державну власність, муніципальну та комунальну власність, а також змішану власність, що утворена державними, муніципальними та комунальними власниками. Таке різноманіття форм власності у публічному і приватному секторах національної економіки забезпечує оптимальний соціально-економічний розвиток на основі об'єктивно сформованого конкурентного середовища в умовах «змішаної економіки» за принципом «конкуренція — наскільки це можливо, а державне управління — наскільки це необхідно» [23, с. 161].

У рамках концепції «демократичного соціалізму» у відносинах власності виникло безліч теоретичних конструкцій власності. Переважній більшості з них властивий певний соціально-економічний зміст, що відбивається у їх найменуваннях «соціального партнерства», «органічного поєднання», «інтеграційної взаємодії», «соціального синтезу», «теорії конвергенції», «направляючої та регулюючої держави», «держави загального благоденства», «формування продуктивної і непродуктивної власності» тощо. На основі доктрини «демократичного соціалізму» роз-

роблено чимало формально-юридичних концепцій права власності, до яких належать теорії «змінившихся правомочностей власності», «розширення правомочностей соціального управління власністю», «вільної підприємницької ініціативи» і т.д. Кожна із зазначених економічних і правових теорій власності має свій філософський зміст і соціальну спрямованість, які не уявляється можливим розглянути тут навіть в порядку короткого опису.

Сучасний економічний розвиток на основі ринкових відносин вимагає пошуку нових філософських концепцій відносин власності, найбільш помітною серед яких є обмінно-оборотна теорія власності. Обмінно-оборотну природу походження власності та права власності, спираючись на гегелівське вчення про договір і речово-зобов'язальний дуалізм цивільного права, відстоює К. І. Скловський [24, с. 54—94]. Безумовно, вона становить значний науковий інтерес і заслуговує подальшої дослідницької уваги. Тим не менш слід зазначити, що, по-перше, ця концепція охоплює походження власності та функціонування права власності в їх цивілістичному трактуванні, яка значно пізніше була поширена на право земельної та іншої природноресурсової власності. Та й земельні ресурси у даний час включені в оборотні відносини зі значними обмеженнями. З цієї причини зазначену концепцію не можливо сприймати як універсальну і всеосяжну, яка б охоплювала у даний час усе різноманіття природних об'єктів та багатства природноресурсової власності.

Слабкий вплив оборотно-обмінної теорії власності на земельні відносини визнається і прихильниками таких поглядів. Тим не менш спостерігається велика спокуса молодої філософської думки поширити закономірності функціонування майнової власності на природноресурсові об'єкти в цілях досить швидкого розв'язання суперечностей, що виникли між ними і гальмують розвиток один одного в ринкових умовах. Адже революційне поширення майнової конфіскації та націоналізації на земельні ресурси та інші природні об'єкти у 20-ті роки минулого століття досить швидко вирішили аналогічні суперечності. Але це мало своїми наслідками надмірне усуспільнення як природноресурсової, так і майнової власності. Незважаючи на те, що в сучасних умовах склалася діаметрально протилежна ситуація, все ж наполегливо пробиваються теоретичні обґрунтування необхідності поширення властивостей майнової власності на природноресурсові відносини. Практична реалізація такої концепції може призвести до іншої крайності — надмірної приватизації не тільки майнової, а й природноресурсової власності на шкоду соціальним інтересам.

Позитивне правове закріплення відносин власності на природні об'єкти в українському законодавстві все ж таки зберігає свою близькість до концепції «демократичного соціалізму». Так, відповідно до ст. 13 Конституції України, земля, її надра, атмосферне повітря, водні та інші природні ресурси, які знаходяться в межах території України, природні ресурси її континентального шельфу, виключної (морської) економічної

зони є об'єктами права власності Українського народу. А згідно з положеннями ст. 4 Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища», повновладдя народу в галузі охорони навколишнього природного середовища та використання природних ресурсів реалізується як безпосередньо, шляхом проведення референдумів, так і через органи державної влади відповідно до Конституції та законів України. У наведених нормах явно проглядаються прояви елементів концепції «демократичного соціалізму». І хоча вони переважно зумовлені попереднім соціальнім періодом розвитку відносин власності та сучасним публічним еколого-економічним значенням природних об'єктів, їх концептуальний соціально-філософський сенс істотно не змінився.

Література і примітки

1. Гальчинський А. Історизм відносин власності: методологічні аспекти аналізу / *А. Гальчинський* // Економіка України. — 1993. — № 9.
2. Про взаємозв'язок культурного світогляду та національного правопорядку у відносинах власності див: Рубаник В. Утвердження приватної власності в Україні: окремі нотатки з приводу теоретичних і практичних підходів / *В. Рубаник* // Підприємництво, господарство і право. — 2001. — № 4. — С. 43–45.
3. Харитонов Є. О. Українська традиція приватного права: співвідношення між Сходом і Заходом / *Є. О. Харитонов* // Вісник Академії правових наук України. — 2000. — № 4. — С. 19–33.
4. Локк Д. Сочинения. В 3 т. Т. 3 / *Д. Локк*. — М., 1988.
5. Кант И. Метафизика нравов. Метафизические начала учения о праве / *И. Кант*. — С.Пб., 1903.
6. Гегель. Философия права / *Гегель*. — М., 1991. — (Сочинения ; т. VII).
7. Нерсесянц В. С. Гегелевская философия права: история и современность / *В. С. Нерсесянц*. — М., 1974.
8. Маркс К. Сочинения. Т. 25, ч. II / *К. Маркс, Ф. Энгельс*.
9. Маркс К. Сочинения. Т. 18 / *К. Маркс, Ф. Энгельс*.
10. Энгельс Ф. Происхождение семьи, частной собственности и государства / *Ф. Энгельс*. — М., 1970.
11. Ще у Стародавньому Римі перехід земельної ділянки від однієї особи іншій вимагав згоди сільської громади. Див: Штаерман Е. М. Римская собственность на землю / *Е. М. Штаерман* // Вестник древней истории. — М., 1997. — С. 339.
12. Кулагин М. И. Эволюция гражданского права в современных капиталистических странах / *М. И. Кулагин* // Советское и иностранное гражданское право (проблемы взаимодействия и развития). — М., 1989. — С. 206–208.
13. Суханов Е. А. Лекции о праве собственности / *Е. А. Суханов*. — М., 1991.
14. Дюги Л. Конституционное право. Общая теория государства / *Л. Дюги*. — М., 1908.
15. Дюги Л. Общее преобразование гражданского права со времени кодекса Наполеона / *Л. Дюги*. — М., 1919.
16. Победоносцев К. П. Курс гражданского права. Т. I / *К. П. Победоносцев*. — С.Пб., 1868.
17. Булгаков С. Н. Капитализм и земледелие. Т. I / *С. Н. Булгаков*. — С.Пб.. 1900.
18. Ильин И. А. О частной собственности / *И. А. Ильин* // Русская философия собственности. — С.Пб., 1993.
19. Франк С. Л. Собственность и социализм / *С. Л. Франк* // Русская философия собственности. — С.Пб., 1993.

20. Лазар Я. Собственность в буржуазной правовой теории / *Я. Лазар*. — М., 1985.
21. Беглов И. И. США: собственность и власть / *И. И. Беглов*. — М., 1971.
22. Керимов Д. А. Философские проблемы права / *Д. А. Керимов*. — М., 1972.
23. Алексеев С. С. Право: теория и философия. Опыт комплексного исследования / *С. С. Алексеев*. — М., 1999.
24. Скловский К. И. Собственность в гражданском праве / *К. И. Скловский*. — М., 2000.

Анотація

Каракаш І. І. **Соціально-філософські аспекти відносин власності на природні об'єкти та їх ресурси.** — Стаття.

У статті розглядаються питання власності та права власності на природні об'єкти та їх ресурси у соціально-філософському розумінні. Наводяться та аналізуються різні погляди класиків філософії щодо виникнення та реалізації відносин власності. Особлива увага приділяється гегелівський філософії права власності та вплив його вчення на російську філософію права власності на об'єкти природного походження.

Ключові слова: право власності, відносини власності, природні об'єкти, філософські аспекти власності, теорія «соціальної функції» власності.

Аннотация

Каракаш И. И. **Социально-философские аспекты отношений собственности на природные объекты и их ресурсы.** — Статья.

В статье рассматриваются вопросы собственности и права собственности на природные объекты и их ресурсы в социально-философском понимании. Приводятся и анализируются различные взгляды классиков философии относительно возникновения и реализации отношений собственности. Особое внимание уделяется гегелевской философии права собственности и влиянию его учения на русскую философию права собственности на объекты природного происхождения.

Ключевые слова: право собственности, отношения собственности, природные объекты, философские аспекты собственности, теория «социальной функции» собственности.

Summary

Karakash I. I. **Socially-philosophical aspects of property relations of the natural objects and their resources.** — Article.

In the article questions of property and right of property of the natural objects and their resources in the social-philosophical understanding are examined. Different views of the classicists of philosophy relative to appearance and realization of property relations are given and are analyzed. Special attention is paid to the Hegelian philosophy of the right of property and to the influence of its study the Russian philosophy of the right of property of the objects of natural origin.

Keyword: right of property, property relations, natural objects, philosophical aspects of property, the theory of «social function» of property.

УДК 340.5

Бехруз Хашматулла

СРАВНИТЕЛЬНОЕ ПРАВОВЕДЕНИЕ КАК УЧЕБНАЯ ДИСЦИПЛИНА: СОВРЕМЕННОЕ СОСТОЯНИЕ, НЕКОТОРЫЕ СУЩЕСТВУЮЩИЕ ПРОБЛЕМЫ И ПУТИ ИХ РЕШЕНИЯ

I. Предварительные замечания

Глобализационные процессы, определяющие в последнее время тенденции и направления развития общества в политической, экономической, культурной, экологической, гуманитарной и, конечно же, в правовой сферах, обуславливают необходимость диалога правовых систем. Это, в свою очередь, предопределяет необходимость взаимодействия правовых систем, что, в конечном счете, приводит к их сближению. Пределы правового заимствования ограничиваются необходимостью сохранения самобытности, уникальности и индивидуальности правовых систем, без чего правовая панорама карты мира была бы неполной. В данном контексте для дальнейшего взаимодействия правовых систем, более эффективного их функционирования необходимо проникнуть в их сущность и содержание с тем, чтобы выявить общее, различное и особенное в этих уникальных правовых явлениях, на что направлены сравнительно-правовые исследования.

Сравнительное правоведение как наука переживает период трансформации и самоидентификации, вызванной, прежде всего, необходимостью определения его места в системе юридических наук. Формирование, становление и развитие сравнительного правоведения обусловлены самой логикой общественного развития. Его место в системе гуманитарных и юридических наук определяется не только необходимостью проведения сравнительно-правовых исследований с целью теоретического осмысления различных правовых явлений, но и необходимостью решения конкретных практических задач, связанных с функционированием различных правовых систем.

В данном контексте имеют большое значение разработка и совершенствование не только общетеоретических основ сравнительного правове-

© Х. Бехруз, 2010

дения (определение его статуса, объекта, предмета, методологии, структуры и др.), но и дальнейшая разработка сравнительного правоведения как учебной дисциплины, главная задача которой реализуется через преподавание сравнительного правоведения в качестве необходимого компонента подготовки специалистов в разных областях права, в чем проявляется специфическая её роль в профессиональной подготовке современных юристов.

Большую роль в укреплении и развитии сравнительного правоведения как науки и учебной дисциплины играют научные конференции, семинары, «круглые столы», открытые лекции и др. Особо следует выделить проведение ежегодных международных научных семинаров, организованных Институтом государства и права имени В. М. Корецкого Национальной академии наук Украины совместно с другими вузами, посвященных проблемам сравнительного правоведения, его современному состоянию и перспективам развития. В частности, проведенный в Киеве 13—14 декабря 2010 г. международный круглый стол-практикум на тему «Опыт и проблемы преподавания сравнительного правоведения в постсоветских странах» является подтверждением этого.

II. Сравнительное правоведение как учебная дисциплина: современное состояние и функциональное назначение

Сравнительное правоведение является не только самостоятельной юридической наукой, но выступает в качестве учебной дисциплины. В структуре учебной дисциплины сравнительного правоведения, аналогично структуре сравнительного правоведения как науки, можно выделить Общую и Особенную части. В Общую часть (теоретические основы сравнительного правоведения) включаются вопросы природы сравнительного правоведения, его объект, предмет, история развития науки сравнительного правоведения, проблемы классификации правовых систем, проблематика их сближения, а также пути и механизм такого сближения и др.

По мнению некоторых ученых целесообразно в Особенную часть (так называемую отраслевую компаративистику) включить сравнительное публичное право, в частности, сравнительное конституционное право, сравнительное административное право, сравнительное уголовное право, сравнительное экологическое право и др., и сравнительное частное право, такое как сравнительное гражданское право, сравнительное семейное право и др. Также существует точка зрения, согласно которой в рамках Особенной части изучаются конкретные правовые системы: романо-германская правовая система, система общего права, смешенные правовые системы, традиционно-религиозные правовые системы и др.

Изучение сравнительного правоведения в рамках учебной дисциплины является важным условием развития юридического образования. В учебной программе юридического учебного заведения сравнительное правоведение должно занимать важное место, поскольку современные

юристы работают в рамках национальных правовых систем, принадлежащих разным правовым системам. Как отмечает К. Осакве, сравнительное правоведение разрушает правовую ксенофобию у студентов, облегчает понимание зарубежных правовых систем, способствует изучению и использованию собственного национального права, повышает культурный уровень обучающихся и, в конечном счете, подкрепляет фундаментальность юридического образования. В условиях современного взаимодействия мировых правовых культур и взаимоотношений между разными правовыми системами выпускник юридического вуза в любой стране не может считать себя грамотным юристом без знания сравнительного правоведения. Изучение собственного национального права достигает своей вершины и дает оптимальный результат лишь при применении научного метода сравнительного (сопоставительного) анализа права [1, с. 59].

Сравнительное правоведение как учебная дисциплина с каждым годом укрепляет свои позиции. Так, в учебные планы большинства юридических вузов введена учебная дисциплина «сравнительное правоведение». Более того, ведутся активные разработки отраслевых сравнительно-правовых учебных дисциплин: сравнительное конституционное право, сравнительное уголовное право, сравнительное трудовое право, сравнительное экологическое право, сравнительное гражданское право и др.

Сравнительное правоведение способствует рассмотрению правовой системы как явления, непосредственно зависящего от особенностей различных обществ. Это позволяет подчеркнуть связь правовых явлений, отражающихся в правовой системе, с такими составляющими социальной структуры общества, как религия, культура, мораль, политика, традиции, идеология и т.д. В свою очередь это способствует тому, что, изучая сравнительное правоведение в рамках учебной дисциплины, можно рассмотреть не только эволюцию правовых систем, но и объективно определить правовую панораму современного мира.

В настоящее время интеграционные процессы в различных сферах жизни общества, охватывающие все регионы мира, во многом зависят от взаимопонимания и взаимодействия, в том числе, в правовой сфере. Как отмечает Ю. А. Тихомиров, очевидна тенденция выделения сферы правового сотрудничества и взаимоотношений, в рамках которой наблюдается взаимопроникновение правовых теорий, учений и взглядов, интенсивный обмен правовой информацией, принятие согласованных или сходных актов и норм. Поэтому понятно почему в условиях нарастающей правовой интеграции возрастает роль сравнительного правоведения [2, с. 4].

В задачу правовой науки и юридического образования наряду с изучением национального права, чему она уделяет сегодня большое внимание, входит также исследование глобальных закономерностей и тенденций развития права в современную эпоху. В данном контексте сравнительное правоведение играет весьма эффективную роль, заключающую-

ся в том, что в рамках учебной дисциплины оно вооружает студентов навыками, умением и методикой сочетаний норм национального и наднационального права. В современных условиях, когда правовое развитие немыслимо вне рамок международных и региональных правовых пространств, функционирование национальной правовой системы напрямую зависит от гармонизации, унификации правовых норм, в рамках которых происходит имплементация норм международного права в национальное право. В частности, данная проблема является актуальной для дальнейшего развития правовой системы Украины в условиях провозглашения приоритетности европейского вектора развития украинского общества, государства и права.

Целостность знаний, излагаемых в рамках данной учебной дисциплины, благодаря использованию современных концептуальных методологических подходов заключается в повышении уровня подготовки студентов, уровня их правового сознания и правовой культуры, расширении их эрудиции. Умения и навыки, полученные студентами в рамках сравнительного правоведения как учебной дисциплины, будут не однобокими и узкими, а всесторонними и глубокими. Преподавание сравнительного правоведения вырабатывает у студентов навыки проведения сравнительно-правовых исследований, столь необходимых как для развития правовой науки, так и для осуществления правовой практики.

Таким образом, функциональное назначение сравнительного правоведения как учебной дисциплины является многогранным и многосторонним. В ее рамках излагается целостное представление о правовой панораме карты мира, взаимоотношении между правовыми системами, правовыми культурами в рамках диалога правовых систем, обусловленного правовой аккультурацией. Тем самым повышается уровень подготовки студентов, поднимается уровень их правового сознания и правовой культуры. Изучение сравнительного правоведения не просто позволяет обогатить кругозор будущего юриста путем предоставления огромного информационного материала, а вырабатывает профессиональное юридическое мышление, столь необходимое для выполнения профессиональной деятельности юриста в современных условиях.

III. Проблемы совершенствования сравнительного правоведения как учебной дисциплины

Одна из главных задач сравнительного правоведения как учебной дисциплины состоит в том, чтобы выявить инновационные процессы в содержании и преподавании сравнительного правоведения, в определении наиболее эффективных путей их оптимизации. Дальнейшее ее укрепление реализуемо на основе новых разработок в отношении его теоретических и методологических основ, обусловливающих как изменение его содержания, так и совершенствование методики преподавания.

Объективное изучение правовых систем, их прошлого и современного состояния, а также перспектив их развития обуславливает изменения

в структуре сравнительного правоведения как науки, что требует и структурного изменения в изложении учебного курса. На наш взгляд, целесообразно построить структуру сравнительного правоведения как учебной дисциплины таким образом, чтобы, с одной стороны, обеспечивалась целостность его составных частей, а с другой — соблюдалась пропорциональность объема материала, освещающего разные правовые системы, столь необходимого для рассмотрения и изучения правовой панорамы мира. Необходимо отметить, что в настоящее время в учебной литературе основное внимание уделяется романо-германскому и общему праву, что же касается остальных правовых систем, то необходимо констатировать отсутствие должного внимания к ним. Кроме того, в существующей учебной литературе, посвященной данной проблематике, имеет место хронология изложения материала в отношении правовых систем, согласно которой их рассмотрение начинается с романо-германского права, системы общего права, смешанных правовых систем (скандинавской, латиноамериканской), а затем рассматриваются религиозно-традиционные правовые системы (исламская правовая система и индусская правовая система, системы обычного и дальневосточного права). В научной литературе такой подход некоторыми авторами называется «функциональным подходом», в рамках которого основной акцент делается на рассмотрении «основных», «базовых» функциональных правовых систем. В качестве таковых, прежде всего, выступают романо-германская правовая система и система общего права. Безусловно, именно данные правовые системы являются самыми распространенными и динамичными. Практически все существующие правовые системы в современных условиях заимствуют правовые положения, прежде всего в сфере построения системы права, формировании правовых источников, систематизации законодательства, юридической техники и т.д. у данных правовых систем. Общеизвестно, что эти заимствования в определенной мере меняют характер функционирования некоторых элементов правовой системы, однако, они не способны в корне менять специфику функционирования правовой системы в целом. Такие сферы, как правореализация, отправление правосудия, формирование правовой культуры, правового сознания, правового мышления, правовой ментальности, в рамках правовых систем остаются под решающим влиянием факторов цивилизационного происхождения, отражающих как генезис данных правовых систем, их эволюцию, так специфику их функционирования и перспективы дальнейшего их развития. В частности, несмотря на заимствованную структуру судебной системы взамен исламских судов, во многих исламских государствах отправление правосудия остается в строгих рамках исламско-правовых принципов.

Вместе с тем объективное изучение правовой панорамы мира обуславливает изучение правовых систем по мере их происхождения и становления, благодаря чему сохраняется преемственность основных элементов правовых систем, обеспечивающих их функционирование. Крите-

рием последовательности изложения материала, освещающего правовые системы, на наш взгляд, должен стать цивилизационно-хронологический подход, согласно которому их рассмотрение начинается не с романо-германской правовой системы (законодательного права) и системы общего права (прецедентного права), а с традиционных, традиционно-этических и религиозных правовых систем. Такой последовательный характер изложения материала позволит студентам не только понять элементы преемственности в правовых системах, механизм их функционирования, но и сделать определенные прогнозы в отношении перспектив их развития.

Таким образом, в рамках цивилизационного подхода изучение сущности и содержания правовых систем с привязкой к политическим, религиозным, идеологическим, философским и другим факторам социальной жизни требует пересмотра последовательности изложения материала, раскрывающего формирование, эволюцию и функционирование различных правовых систем. При этом необходимо отметить, что различные варианты изложения учебного материала в рамках учебной дисциплины «сравнительное правоведение» в корне не противоречат друг другу, а отражают различные научные подходы в рамках общей теории права вообще и теории сравнительного правоведения в частности, следовательно все они могут быть использованы в процессе его преподавания.

Несмотря на плюрализм мнений по поводу содержания структуры сравнительного правоведения как учебной дисциплины, большинство исследователей, как уже отмечалось, выделяют ее Общую и Особенную части. Основная проблема касается преподавания его Особенной части, связанная с двумя обстоятельствами. Во-первых, наблюдается неопределенность по поводу содержания этой части учебной дисциплины, поскольку разные авторы включают в её структуру неодинаковое содержание. Во-вторых, имеет место нехватка учебного и методического материала по Особенной части, хотя уже существуют отдельные разработки по данной проблематике, однако этого явно недостаточно.

Что касается преподавания отраслевых сравнительно-правовых дисциплин, то необходимо отметить, что в данной сфере, также, имеет место ряд существенных проблем содержательного и методического характера. Для решения данной проблемы необходимы усилия как компаративистов, так и специалистов в сфере отраслевых юридических наук. Необходимо отметить, что за последние годы сделаны определенные шаги в этом направлении. Так, значительный вклад в отраслевые сравнительно-правовые исследования внесли такие авторы монографий, учебников и учебных пособий, как Р. В. Енгибарян (Сравнительное конституционное право: учеб. пособие. — М., 2005), И. Я. Киселев (Сравнительное трудовое право: учебник. — М., 2005), А. А. Малиновский (Сравнительное правоведение в сфере уголовного права. — М., 2002), В. Н. Шаповал (Сравнительное конституционное право. — К., 2007) и др.

Существенная проблема заключается в том, что, несмотря на включение в учебную программу многих вузов различных дисциплин сравнительно-правого цикла, содержание этих курсов и их рабочих программ не соответствует предмету сравнительного правоведения. Анализ материалов данных курсов и их рабочих программ показывает, что в их рамках рассматриваются различные правовые институты, входящие в соответствующие отрасли права, функционирующие в рамках различных правовых систем. Однако они не подвергаются сравнительно-правовому анализу в соответствии с предметом сравнительного правоведения и методологией сравнительно-правовых исследований, что не способствует признанию и укреплению данных направлений в качестве учебной дисциплины.

IV. Выводы

В настоящее время наблюдается повышенный интерес ученых-юристов и практиков к сравнительному правоведению. Такое внимание объясняется развитием национальных правовых систем, необходимостью осуществления действенной правовой политики и, конечно же, процессом глобализации, на почве которой, в частности, нарастают конфликты и кризисы в политической и правовой сферах. Важным направлением современного развития сравнительного правоведения является дальнейшее предметное конструирование и разработка его современной методологии путем совершенствования существующих ее элементов, а также с помощью юридизации новых подходов и методов, сформированных в рамках других (неюридических) наук. Что, в свою очередь, обусловливает дальнейшее развитие сравнительного правоведения как учебной дисциплины.

Широкое распространение сравнительного правоведения и введение его в учебную программу юридических вузов на сегодняшний день отражает, с одной стороны, уровень его развития как самостоятельной юридической науки, а с другой — очевидную необходимость практического применения результатов его достижений. Вместе с тем перед сравнительным правоведением как учебной дисциплиной стоит ряд существенных проблем, обусловливающих необходимость её дальнейшей разработки.

В рамках сравнительного правоведения как учебной дисциплины излагается целостное представление о правовой панораме мира, взаимоотношении между правовыми семьями (системами), правовыми культурами в рамках диалога правовых систем, обусловленного правовой аккультурацией. Оно призвано дать необходимые теоретические навыки, позволяющие исследовать правовые системы, правовые традиции, что становится более реальным с помощью применения современной методологии сравнительного правоведения.

Изучение сравнительного правоведения позволяет не просто обогатить кругозор будущего юриста путем предоставления огромного инфор-

мационного материала, но и выработать профессиональное юридическое мышление, столь необходимое для выполнения профессиональной деятельности юриста в современных условиях.

Накопленный на современном этапе потенциал сравнительного правоведения как учебной дисциплины должен стать тем необходимым звеном, которое соединит получаемые студентами научные знания с динамикой изменений общественной жизни, обуславливающих решение конкретных практических задач в рамках осуществления профессиональной деятельности юристов. Это также оказывает положительное влияние на совершенствование юридического образования, поднятие его уровня, отвечающего современным требованиям.

Литература

1. Осакве К. Размышление о природе сравнительного правоведения: некоторые теоретические вопросы / *К. Осакве* // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. — 2006. — № 3.
2. Тихомиров Ю. А. Сравнительное правоведение: развитие концепций и общественной практики / *Ю. А. Тихомиров* // Журнал российского права. — 2006. — № 6.

Аннотация

Бехруз Х. **Сравнительное правоведение как учебная дисциплина: современное состояние, некоторые существующие проблемы и пути их решения.** — Статья.

В статье рассматривается современное состояние сравнительного правоведения как учебной дисциплины, а также ряд существующих проблем в ее рамках и пути их решения. Особо уделяется внимание ее функциональному назначению, заключающемуся в том, что она позволяет не просто обогатить кругозор будущего юриста путем предоставления огромного информационного материала, а вырабатывает профессиональное юридическое мышление, столь необходимое для выполнения профессиональной деятельности юриста в современных условиях.

Ключевые слова: сравнительное правоведение, наука, учебная дисциплина, правовая система, Общая часть, Особенная часть.

Анотація

Бехруз Х. **Порівняльне правознавство як навчальна дисципліна: сучасний стан, деякі існуючі проблеми та шляхи їх вирішення.** — Стаття.

У статті розглядається сучасний стан порівняльного правознавства як навчальної дисципліни, а також ряд існуючих проблем в її рамках і шляхи їх вирішення. Особливо приділяється увага її функціональному призначенню, що полягає в тому, що вона дозволяє не просто збагатити кругозір майбутнього юриста шляхом надання величезного інформаційного матеріалу, а виробляє професійне юридичне мислення, таке необхідне для виконання професійної діяльності юриста в сучасних умовах.

Ключові слова: порівняльне правознавство, наука, навчальна дисципліна, правова система, Загальна частина, Особлива частина.

S u m m a r y

Bekhruz Kh. **Comparative law as an academic discipline: current state of some current problems and solutions.** — Article.

The article considers the current shape of comparative law as an academic discipline, as well as a some of existing problems and their solutions in its scope. Particularly, attention is concentrated on its functional purpose, that allows not only to enrich the outlook of the future lawyer by providing a huge informational material, and produces professional legal thinking, so necessary to perform the legal profession in modern conditions.

Keywords: comparative law, science, academic discipline, legal system, general part, special part.

УДК 342.951:351.85

Б. А. Пережняк

МОДЕРНІЗАЦІЯ І РЕФОРМУВАННЯ СИСТЕМИ ЦЕНТРАЛЬНИХ ОРГАНІВ УПРАВЛІННЯ СОЦІАЛЬНО-КУЛЬТУРНОЮ СФЕРОЮ В ХОДІ АДМІНІСТРАТИВНОЇ РЕФОРМИ В УКРАЇНІ

Соціально-культурна діяльність Української держави — складна й багатогранна сфера суспільного життя. Тому цілком справедливо до основних функцій державного управління соціально-культурною сферою належать: створення сприятливих умов для відтворення населення країни; збереження здоров'я та працездатності населення; організація професійної підготовки кадрів для народного господарства; зміцнення сім'ї та турбота про підростаюче покоління; збереження та примноження культурного надбання; організація відпочинку, дозвілля населення; створення сприятливих умов для зайняття наукою, туризмом, спортом тощо [1, с. 733].

Протягом майже двадцятиріччя незалежності Українська держава має певні досягнення в соціально-культурній сфері — перехід на нову структуру, термін і зміст навчання, сприяння розвитку обдарованої молоді, визначення пріоритетних напрямів розвитку вітчизняної науки, відродження культури та мистецтва, розвиток фізичної культури, спорту і туризму.

Важливим засобом проведення державної політики в соціально-культурній сфері є законодавство.

Правове регулювання в соціально-культурній сфері спрямоване на закріплення основних засад, принципів організації та діяльності органів держави (Верховної Ради, Президента, Кабінету Міністрів); удосконалення системи органів управління (центральних і місцевих); оптимальний розподіл компетенції між суб'єктами (органами загальної та галузевої компетенції, між їх різними ланками, органами місцевого самоврядування); поліпшення процедурної роботи апарату управління, порядку здійснення покладених на нього завдань і функцій.

© Б. А. Пережняк, 2010

У 1991—2010 рр. було прийнято понад двадцяти законів України, які регулюють багатогранні суспільні відносини в цій сфері.

Прийняття за роки незалежності комплексу важливих законодавчих актів України з питань соціально-культурного будівництва стало початком створення ефективної системи правового забезпечення розбудови в цій сфері державного управління, посилення захисту соціально-культурних прав і свобод громадян.

Актуальність цієї статті обумовлюється тим, що процеси державотворення в Україні вимагають значного підвищення якості й ефективності управлінської діяльності в соціально-культурній (духовній) сфері, функціональної результативності органів державного управління, особливо на сучасному етапі крупномасштабної адміністративної реформи — оптимізації системи центральних органів виконавчої влади.

Питання вдосконалення діяльності органів державного управління, оптимізації системи центральних органів виконавчої влади як складової частини адміністративної реформи в процесах державотворення в Україні займають значне місце в науці адміністративного права. Варто лише зазначити, що дослідженню цих проблем присвятити свої роботи такі провідні вчені-адміністративісти, як В. Б. Авер'янов, О. Ф. Андрійко, Ю. П. Битяк, В. М. Кампо, С. В. Ківалов, І. Б. Коліушко, І. М. Пахомов та ін.

Проте тема функціональної результативності діяльності органів державного управління в соціально-культурній (духовній) сфері незалежної України, вдосконалення системи органів державного управління у сфері освіти, науки, культури і мистецтва, незважаючи на певні дослідження та наукові роботи [2] — підручники з адміністративного права, не знайшла достатньої наукової розробки, що й обумовило дану працю.

Мета даної статті — розглянути еволюцію модернізації і реформування центральних органів державного управління у соціально-культурній (духовній) сфері на різних етапах крупномасштабної адміністративної реформи в Україні, особливо на нинішньому — в процесі оптимізації системи центральних органів виконавчої влади, оголошеної Указом Президента України від 9 грудня 2010 року № 1085/2010.

Як вірно зазначає Г. Атаманчук, перед державним управлінням країн, що існують у пострадянському просторі, виникає безліч нових проблем, що вимагають (для початку) хоча б серйозного осмислення й вироблення методологічних підходів до їх можливого вирішення [3, с. 9].

Одним із головних завдань сучасного державного будівництва в Україні є радикальна зміна неефективної системи державного управління, що потребує проведення широкомасштабної адміністративної реформи. Вона має за мету перетворення існуючої адміністративної системи із гальма об'єктивно обумовлених економічних і соціальних процесів на один із головних факторів їх прискорення [4, с. 3].

Зміст державного управління розбудовою в соціально-культурній сфері полягає в регулюванні за допомогою адміністративно-правових важелів соціально важливих процесів у цій сфері.

Радикальні зміни в системі управління економікою об'єктивно ведуть до аналогічних змін у системі управління соціально-культурним будівництвом.

Перші кроки з реформування системи центральних органів виконавчої влади в соціально-культурній сфері були зроблені ще в 1991 р., після проголошення незалежності України. Указом Президента України від 12 грудня 1991 р. № 2 були ліквідовані Міністерство народної освіти України й Міністерство вищої освіти України, а на їх базі утворено Міністерство освіти України [5, с. 7].

Наступним Указом Президента України від 25 лютого 1992 р. № 98 [5, с. 9—14] на виконання Постанови Верховної Ради України від 7 лютого 1992 р. щодо внесення змін до структури Уряду України та з метою вдосконалення системи центральних органів державної виконавчої влади України було встановлено, що до системи центральних органів державної виконавчої влади України, зокрема в соціально-культурній сфері, належать такі міністерства:

— Міністерство культури України,
— Міністерство освіти України,
— Міністерство охорони здоров'я України,
— Міністерство соціального захисту населення України,
— Міністерство України у справах молоді і спорту.

25 лютого 1992 р. Указом Президента України № 100 з метою забезпечення управління атестацією наукових і науково-педагогічних кадрів, пов'язаною з присудженням наукових ступенів і присвоєнням вчених звань, в Україні була створена Вища атестаційна комісія (ВАК) [6].

Указом Президента України від 13 листопада 1992 р. № 566 Міністерство соціального забезпечення України було ліквідовано, а на його базі створено Міністерство соціального захисту населення України [5, с. 22].

Указом Президента України від 26 вересня 1995 р. № 882 Міністерство культури ліквідовано і на його базі створено Міністерство культури й мистецтв України [5, с. 12].

Указом Президента України від 26 липня 1996 р. «Про зміни в системі центральних органів виконавчої влади України» [7] з метою вдосконалення структури управління економікою та соціальною сферою були, зокрема, утворені: Міністерство інформації України — на базі Міністерства України у справах преси і інформації, Українського національного інформаційного агентства при Кабінеті Міністрів; Міністерство України у справах науки і технологій — на базі Державного комітету України з питань науки, техніки та промислової політики, Національного агентства морських досліджень і технологій при Кабінеті Міністрів та Державної служби України з питань спеціальної інформації та критичних технологій; Державний Комітет України з питань державних секретів та технічного захисту інформацій — на базі Державного комітету України з питань технічного захисту інформації; Державний комітет

України з фізичної культури і спорту. Національна комісія з питань повернення в Україну культурних цінностей підпорядкована Міністерству культури і мистецтв.

Міністерство України у справах молоді й спорту ліквідовано.

З метою вдосконалення системи державного управління, підвищення ефективності функціонування органів виконавчої влади, посилення провідної ролі міністрів як головних суб'єктів вироблення й реалізації державної політики у відповідних галузях і сферах діяльності та поетапного впровадження адміністративної реформи в Україні 13 березня 1999 р. Президент України видав Указ № 250/99 «Про зміни в системі центральних органів виконавчої влади України» [8].

Особливістю цього Указу є те, що цей документ спрощує систему управління на вищому рівні, передбачає укрупнення центральних органів виконавчої влади, яке відбувається через злиття декількох з них і створення на їх базі нового виконавчого органу, або приєднання до вже існуючого. Президентові вдалося певною мірою зробити важливий крок на шляху адміністративної реформи — посилити роль міністерств як головних суб'єктів вироблення й реалізації державної політики шляхом:

— скорочення їх кількості — з 21 існуючого міністерства залишилось 18 (в основному завдяки перетворенню деяких з них на комітети);

— затвердження Схеми організації та взаємодії центральних органів виконавчої влади, яка передбачає координацію й спрямування деякими міністерствами діяльності комітетів та інших органів виконавчої влади.

Зміни торкнулися й системи центральних органів управління соціально-культурною (гуманітарною) сферою. Утворено:

— Державний комітет України з питань науки та інтелектуальної власності — на базі Міністерства України у справах науки і технологій, Державного патентного відомства України та Державного агентства України з авторських і суспільних прав, що ліквідуються;

— Державний комітет інформаційної політики України — на базі Міністерства інформації України, що ліквідується.

Головне архівне управління при Кабінеті Міністрів України перейменоване в Головне архівне управління України.

Державний комітет України з питань державних секретів та технічного захисту інформації було ліквідовано з передачею його функцій та повноважень Службі безпеки України.

Цим самим Указом затверджена Схема організації та взаємодії центральних органів виконавчої влади.

Новий крок у реформуванні центральних органів управління соціально-культурною сферою пов'язаний з указами Президента України «Про систему центральних органів виконавчої влади» від 15 грудня 1999 р. № 1572/99, «Про зміни у структурі центральних органів виконавчої влади» № 1573/99 та «Про склад Кабінету Міністрів України» № 1574/99 [9], прийнятими в рамках поетапного здійснення адміністративної реформи в Україні.

Цими указами було ліквідовано чи трансформовано багато ланок виконавчої влади, із 89 існуючих в нашій державі органів центральної виконавчої влади залишилося лише 35, має підвищитися керованість і відповідальність посадових осіб, зменшаться витрати на утримання держапарату.

У соціально-культурній (гуманітарній) сфері, зокрема, було утворено:

— Міністерство освіти і науки України — на базі Міністерства освіти України та Державного комітету України з питань науки та інтелектуальної власності, що ліквідується;

— Державний комітет архівів України — на базі Головного архівного управління України, що ліквідується;

— Державний комітет інформаційної політики, телебачення та радіомовлення України — на базі Державного комітету інформаційної політики України та Державного комітету України по телебаченню та радіомовленню.

Було ліквідовано Національну комісію з питань повернення в Україну культурних цінностей, з покладанням її функції на Міністерство культури і мистецтв України.

Таким чином, державне управління в соціально-культурній (гуманітарній) сфері здійснюють такі центральні органи виконавчої влади, керівники яких входять до складу Кабінету Міністрів України: Міністерство культури і мистецтв України, Міністерство освіти і науки України. Крім міністерств, соціально-культурним будівництвом керують комітети: Державний комітет інформаційної політики, телебачення і радіомовлення України. Певні питання управління окремими галузями соціально-культурного будівництва вирішує Вища атестаційна комісія України.

Зміни в системі центральних органів виконавчої влади, нові функції міністерств і відомств, переосмислення їхньої ролі у сфері управління соціально-культурним будівництвом викликають необхідність внесення відповідних змін у положення, що регламентують роботу цих органів, розробку нових положень про відповідні міністерства й відомства, забезпечення перерозподілу функціональних повноважень між заступниками керівників міністерств і інших центральних органів виконавчої влади, передбачивши оптимізацію кількості зазначених посад. Актуальною проблемою залишається раціоналізація структури апарату управління (створення нових структурних підрозділів, ліквідація старих, їх злиття тощо).

Важливий етап реалізації положень Концепції адміністративної реформи щодо вдосконалення організації роботи Кабінету Міністрів України пов'язаний зі створенням урядових комітетів [4, с. 14]. Цією Концепцією урядові комітети визначені організаційними формами роботи Кабінету Міністрів, що забезпечують виконання певних функцій Кабінету Міністрів України.

Основним призначенням цих комітетів, за Концепцією адміністративної реформи, є сприяння Прем'єр-міністрові у здійсненні ним коорди-

нації діяльності міністерств щодо реалізації виробленої політики уряду, попереднього усунення розбіжностей та узгодження проектів урядових рішень міжвідомчого характеру, а також проектів законодавчих актів.

Заснування урядових комітетів мало за мету:

а) зменшення навантаження на Прем'єр-міністра та Кабінет Міністрів у цілому шляхом делегування попереднього розгляду питань і проектів до урядових комітетів. Кабінет Міністрів у цілому має приймати рішення щодо остаточного схвалення всіх рішень урядових комітетів. Робота урядових комітетів сприятиме більш ефективному вирішенню питань, які виносяться на розгляд Кабінету Міністрів у цілому.

(У подальшій перспективі Концепція адміністративної реформи передбачає можливість внесення змін до Конституції України, що дозволить надати згаданим комітетам право остаточного схвалення рішень з обмеженого законами кола питань);

б) підвищення рівня колегіальності в роботі уряду шляхом запобігання надмірному впливу окремих міністрів на вироблення та здійснення політики уряду та надання рівних можливостей всім міністрам спільно формувати та проводити цю політику;

в) чітке визначення місця й ролі віце-прем'єр-міністрів у процесі формування та реалізації політики уряду.

Згідно з п. 1 Загального положення про Урядовий комітет, постановою Кабінету Міністрів України «Про урядові комітети» від 17 лютого 2000 р. № 339 [10] Урядовий комітет визначений робочим органом Кабінету Міністрів України, основним завданням якого є формування та реалізація державної політики у відповідній сфері згідно із стратегією, визначеною Кабінетом Міністрів України.

Урядовий комітет:

— розглядає та схвалює концепції проектів нормативно-правових актів та інших документів, що підлягають розробленню;

— розглядає, врегульовує розбіжності та схвалює проекти нормативно-правових актів та інших документів, що подаються на розгляд Кабінету Міністрів України відповідно до встановленого регламенту;

— розглядає інші питання, пов'язані з формуванням та реалізацією державної політики у відповідній сфері.

Урядовий комітет має право:

1) створювати в разі потреби підкомітети, експертні комісії та робочі групи для розгляду окремих питань, що належать до його компетенції;

2) отримувати в установленому порядку від органів виконавчої влади необхідну для його роботи інформацію.

З метою підвищення ефективності діяльності уряду та координації роботи центральних органів виконавчої влади у формуванні та реалізації державної політики у соціально-культурній сфері постановою Кабінету Міністрів України «Про урядові комітети» від 17 лютого 2000 р. № 339 було створено Урядовий комітет соціального та гуманітарного розвитку [10]. Постановою Кабінету Міністрів України від 13 вересня 2001 р.

№ 1165 «Про внесення змін до постанови Кабінету Міністрів України» від 17 лютого 2000 р. № 339 він був перейменований в Урядовий комітет соціального науково-технічного та гуманітарного розвитку [13]. До його складу ввійшли:

— віце-прем'єр-міністр України з гуманітарних питань — голова Урядового комітету,

— міністр культури і мистецтв,

— міністр освіти і науки,

— міністр охорони здоров'я,

— міністр праці та соціальної політики,

— державний секретар Міністерства економіки та з питань європейської інтеграції,

— державний секретар Мінфіну,

— голова правління Пенсійного фонду,

— голова Держкоммолодьспорттуризму,

— голова Держкомінформу.

5 липня 2010 року на базі Державного комітету інформатизації та Державного комітету з питань науково-технічного та інноваційного розвитку було утворено Державний комітет України з питань науки, інновацій та інформатизації [11]. Згідно з Положенням про Державний комітет України з питань науки, інновацій та інформатизації, затверджено постановою Кабінету Міністрів України від 21 липня 2010 року № 675, Держкомінформнауки є центральним органом виконавчої влади з питань формування та реалізації державної політики у сфері наукової, науково-технічної діяльності, трансферу технологій, інформатизації, формування і використання національних електронних інформаційних ресурсів, створення умов для розвитку інформаційного суспільства.

Держкомінформнауки визначено також спеціально уповноваженим центральним органом виконавчої влади у сфері інноваційної діяльності.

28 липня 2010 року Кабінет Міністрів України видав розпорядження «Про затвердження переліку урядових комітетів та їх посадового складу» [12]. За цим розпорядженням, питаннями соціально-культурної сфери повинні займатися три урядових комітети — Урядовий комітет з питань розвитку галузей економіки та науково-інноваційної політики, Урядовий комітет з питань екології, молодіжної політики, культури, спорту і туризму та Урядовий комітет з питань регіональної та соціальної політики, будівництва, житлово-комунального господарства і гуманітарного розвитку.

З метою оптимізації системи центральних органів виконавчої влади, усунення дублювання їх повноважень, забезпечення скорочення чисельності управлінського апарату та витрат на його утримання, підвищення ефективності державного управління та відповідно до п. 15 ч. 1 ст. 106 Конституції України 9 грудня 2010 року Президент України В. Ф. Янукович видав Указ № 1085/2010 «Про оптимізацію системи центральних органів виконавчої влади» [14]. Цим Указом дано старт першому етапу

адмінреформи, яка стане важливою складовою загальноадміністративної реформи.

Ця реформа передбачає суттєві зміни в структурі виконавчої влади. Всього визначено 6 типів центральних органів виконавчої влади: міністерство, служба, інспекція, агентство, незалежні регулятори і органи зі спеціальним статусом. З 112 органів центральної виконавчої влади створено 36. З них 16 міністерств, 28 служб, 13 агентств і 7 інспекцій.

Президент України рекомендує реформувати Кабінет Міністрів як в частині уряду, так і в частині Секретаріату, який забезпечує діяльність КМУ. З 36 до 18 зменшилась кількість членів Кабінету Міністрів. Кількість працівників КМУ (1174 особи) буде скорочено більш ніж наполовину. Зміниться система управління міністерствами.

Вводиться посада керівника апарату — заступника міністра. При цьому у міністра залишається два заступники з політичним статусом.

Модернізація і реформування торкнулися і системи центральних органів виконавчої влади у соціально-культурній (духовній) сфері.

Так, було утворено:

— Міністерство культури України та Державне агентство України з питань кіно, реорганізувавши Міністерство культури і туризму України, а також поклавши на Міністерство, що утворюється, функції з реалізації державної політики у сферах міжнаціональних відносин, захисту прав національних меншин України, релігії;

— Міністерство освіти і науки, молоді та спорту України, Державну службу інтелектуальної власності України, Державну службу молоді та спорту України, реорганізувавши Міністерство освіти і науки України, Міністерство України у справах сім'ї, молоді та спорту;

— Державну архівну службу України, реорганізувавши Державний комітет архівів України, а також поклавши на цю Службу функції з реалізації державної політики у сфері створення та забезпечення функціонування системи страхового фонду документації;

— Державне агентство з інвестицій та управління національними проектами України, реорганізувавши Державне агентство України з управління національними проектами та Державне агентство України з інвестицій та розвитку;

— Державне агентство з питань науки, інновацій та інформації України, реорганізувавши Державний комітет України з питань науки, інновацій та інформатизації.

Цим же указом було ліквідовано Вищу атестаційну комісію, поклавши її функції на Міністерство освіти і науки, молоді та спорту України.

Кабінету Міністрів України рекомендовано, зокрема, вирішити в установленому порядку питання щодо ліквідації Національної експертної комісії з питань захисту суспільної моралі.

Була затверджена нова Схема організації та взаємодії центральних органів виконавчої влади. Встановлено, що міністерства та інші центральні органи виконавчої влади, що утворюються шляхом реорганізації

інших центральних органів виконавчої влади, є правонаступниками органів, які реорганізуються.

Таким чином, зараз державне управління у соціально-культурній (духовній) сфері в Україні здійснюють:

міністерства:

— Міністерство культури України;

— Міністерство освіти і науки, молоді та спорту України.

Центральні органи виконавчої влади:

— Державна архівна служба України;

— Державна служба інтелектуальної власності України;

— Державна служба молоді та спорту України;

— Державне агентство з інвестицій та управління національними проектами України;

— Державне агентство з питань науки, інновацій та інформації України;

— Державне агентство України з питань кіно.

Центральні органи виконавчої влади зі спеціальним статусом:

Державний комітет телебачення і радіомовлення.

Центральні органи виконавчої влади, діяльність яких спрямовується і координується Кабінетом Міністрів України через відповідних членів Кабінету Міністрів України:

а) через першого віце-прем'єр-міністра України — міністра економічного розвитку і торгівлі України: — Державне агентство з інвестицій та управління національними проектами України;

б) через міністра культури України — Державне агентство України з питань кіно;

в) через міністра освіти і науки, молоді та спорту України — Державна служба інтелектуальної власності України, Державна служба молоді та спорту України, Державне агентство з питань науки, інновацій та інформації України.

Цим же указом Президента України № 1085/2010 Кабінету Міністрів України, зокрема, рекомендовано забезпечити в процесі ліквідації, реорганізації центральних органів виконавчої влади вкорочення чисельності державних службовців, які працюють у центральних органах виконавчої влади, не менше ніж на 30 відсотків, а також подати у двомісячний строк проекти положень про центральні органи виконавчої влади.

З метою забезпечення впровадження єдиного підходу до розроблення проектів положень про міністерства, інші центральні органи виконавчої влади Указом Президента України від 24 грудня 2010 року № 1199/2010 «Деякі питання організації роботи міністерств, інших центральних органів виконавчої влади» затверджені Типове положення про міністерство України та Типове положення про центральний орган виконавчої влади України, діяльність якого спрямовується і координується Кабінетом Міністрів України, через відповідного члена Кабінету Міністрів України [15]. У зв'язку з цим Кабінету Міністрів України рекомендовано

забезпечити підготовку проектів положень про міністерства, інші центральні органи виконавчої влади з урахуванням типових положень, затверджених цим Указом, та вжити невідкладних заходів щодо забезпечення міністерствами, центральними органами виконавчої влади, що ліквідуються, реорганізуються відповідно до указу Президента України від 9 грудня 2010 року № 1085 «Про оптимізацію системи центральних органів виконавчої влади», здійснення повноважень міністрами, керівниками, які очолюють відповідно міністерства, центральні органи виконавчої влади, що утворені відповідно до названого Указу, а також забезпечити у двотижневий строк здійснення державної реєстрації утворених міністерств, центральних органів виконавчої влади.

В цих Типових положеннях, зокрема, визначення міністерства та центрального органу виконавчої влади України, діяльність якого спрямовується і координується Кабінетом Міністрів України через відповідного члена кабінету Міністрів України.

Так, Міністерство України (далі — міністерство) входить до системи органів виконавчої влади і є головним органом у системі центральних органів виконавчої влади у формуванні та забезпеченні реалізації державної політики в одній чи декількох сферах. Основними завданнями міністерства є формування та реалізація державної політики у визначеній Президентом України сфері.

Міністерство відповідно до покладених на нього завдань: визначає пріоритетні напрями розвитку відповідної сфери; забезпечує нормативно-правове регулювання у визначеній сфері; узагальнює практику застосування законодавства з питань, що належать до його компетенції, розробляє пропозиції щодо вдосконалення законодавчих актів, актів Президента України, Кабінету Міністрів України та в установленому порядку вносить їх на розгляд Президентові України та Кабінету Міністрів України; інформує та надає роз'яснення щодо здійснення державної політики у відповідній сфері; здійснює інші повноваження, визначені законами України та покладені на нього Президентом України.

Центральний орган виконавчої влади України (державна служба, державна інспекція, державне агентство), діяльність якого спрямовується і координується Кабінетом Міністрів України через відповідного члена Кабінету Міністрів України (далі — центральний орган виконавчої влади), входить до системи органів виконавчої влади і забезпечує реалізацію державної політики в одній чи декількох сферах. Основними завданнями центрального органу виконавчої влади є реалізація державної політики у визначеній Президентом України сфері, а також внесення пропозицій щодо її формування. Центральний орган виконавчої влади відповідно до покладених на нього завдань: надає адміністративні послуги; здійснює державний нагляд (контроль); здійснює управління об'єктами державної власності; узагальнює практику застосування законодавства з питань, що належать до його компетенції, розробляє пропозиції щодо вдосконалення законодавчих актів, актів Президента України,

Кабінету Міністрів України, нормативно-правових актів міністерств та в установленому порядку подає їх члену Кабінету Міністрів України, який спрямовує та координує діяльність центрального органу виконавчої влади (далі — міністр); здійснює інші повноваження, визначені законами України та покладені на нього Президентом України.

Таким чином, проведення адміністративної реформи є одним із найважливіших напрямів розвитку державних інститутів і реформування правової системи. Основна увага виконавчої та законодавчої влади, органів місцевого самоврядування має бути приділена реалізації цілісної системи заходів, спрямованих на посилення дієздатності держави, поглиблення адміністративної реформи.

Центральний напрям адміністративної реформи пов'язаний з необхідністю впорядкування системи центральних органів виконавчої влади, підвищення ефективності їх функціонування, посилення провідної ролі міністерств як головних суб'єктів вироблення й реалізації державної політики у відповідних галузях і сферах діяльності.

Процеси подальшого проведення адміністративної реформи щодо перебудови центральних органів виконавчої влади в соціально-культурній сфері вимагають, зокрема, спрощення системи державного управління цією сферою, ліквідацію її неефективних ланок, запровадження уніфікованих структур апаратів центральних органів виконавчої влади, впорядкування та підвищення рівня заробітної плати державних службовців, маючи за мету створення реальних умов для здійснення відбору державних службовців на конкурсних засадах тощо. Першочерговими мають стати заходи із забезпечення законодавчого врегулювання питань правового статусу центральних органів виконавчої влади в соціально-культурній сфері, про міністерства та інші органи виконавчої влади, про державний контроль у сфері діяльності органів виконавчої влади та їхніх посадових осіб тощо.

Література

1. Государственное управление: основы теории и организации : учебник / под ред. В. А. Козбаненко. — М. : Статут, 2000.
2. Виконавча влада і гуманітарне право / за заг. ред. В. Б. Авер'янова. — К. : Ін Юре, 2002. — 668 с. ; Адміністративне право України / за заг. ред. С. В. Ківалова. — О. : Юрид. л-ра, 2003. — 896 с. ; Задихайло О. А. Організація управління культурою в Україні (адміністративно-правовий аспект) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / *О. А. Задихайло* ; Нац. юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого. — Х., 2006. — 18 с. ; Пережняк Б. А. Удосконалення системи центральних органів управління соціально-культурною сферою в контексті адміністративної реформи / *Б. А. Пережняк* // Актуальні проблеми держави і права : зб. наук. пр. / за заг. ред. С. В. Ківалова. — О., 2001. — Вип. 12. — С. 33–39 та ін.
3. Атаманчук Г. Методологічні проблеми державного управління / *Г. Атаманчук* // Вісник УАДУ при Президентові України. — 2001. — № 3.
4. Концепція адміністративної реформи в Україні. — К., 1998. — (У надзаг.: Державна комісія з проведення в Україні адміністративної реформи).

5. Укази Президента України. Т. 1. 1991—1994. Зі змінами та доповненнями станом на 1 січня 1997 р. — К. : Мін'юст України, 1997.
6. Голос України. — 1992. — 27 лют.
7. Про зміни в системі центральних органів виконавчої влади України : Указ Президента України від 26 лип. 1996 р. // Урядовий кур'єр. — 1990. — 30 лип.
8. Про зміни в системі центральних органів виконавчої влади України : Указ Президента України від 13 берез. 1999 р. № 250/99 // Урядовий кур'єр. — 1999. — 16 берез.
9. Офіційний вісник України. — 1999. — № 50. — Ст. 2434—2436.
10. Про урядові комітети : постанова Кабінету Міністрів України від 17 лют. 2000 р. № 339 // Офіційний вісник України. — 2000. — № 7. — Ст. 283.
11. Про утворення Державного комітету з питань науки, інновацій та інформатизації : постанова Кабінету Міністрів України від 5 лип. 2010 р. № 675 // Офіційний вісник України. — 2010. — № 51. — Ст. 1689.
12. Про затвердження переліку урядових комітетів та їх посадового складу : розпорядження Кабінету Міністрів України від 28 лип. 2010 р. № 1548-р // Офіційний вісник України. — 2010. — № 58. — Ст. 2032.
13. Про внесення змін до постанови Кабінету Міністрів України від 17 лютого 2000 р. № 339 : постанова Кабінету Міністрів України від 13 верес. 2001 р. № 1165 // Урядовий кур'єр. — 2001. — 18 верес.
14. Про оптимізацію системи центральних органів виконавчої влади : Указ Президента України від 9 груд. 2010 р. № 1085/2010 // Урядовий кур'єр. — 2010. — 24 груд.
15. Деякі питання організації роботи міністерств, інших центральних органів виконавчої влади : Указ Президента України від 24 груд. 2010 р. № 1199/2010 // Офіційний вісник України — 2010. — № 100. — Ст. 3545.

Анотація

Пережняк Б. А. **Модернізація і реформування системи центральних органів управління соціально-культурною сферою в ході адміністративної реформи в Україні.** — Стаття.

В статті розглядається питання модернізації і реформування системи центральних органів державного управління соціально-культурною (духовною) сферою в ході крупномасштабної адміністративної реформи в Україні.

Ключові слова: державне управління, адміністративна реформа, оптимізація системи центральних органів виконавчої влади в соціально-культурній (духовній) сфері.

Аннотация

Пережняк Б. А. **Модернизация и реформирование системы центральных органов управления социально-культурной сферой в ходе административной реформы в Украине.** — Статья.

В статье рассматриваются вопросы модернизации и реформирования системы центральных органов государственного управления социально-культурной (духовной) сферой в ходе крупномасштабной административной реформы в Украине.

Ключевые слова: государственное управление, административная реформа, оптимизация системы центральных органов исполнительной власти в социально-культурной (духовной) сферы.

S u m m a r y

Perezhnyak B. A. **Modernization and reforming of central government socio-cultural sphere in the administrative reform in Ukraine.** — Article.

The article examines the issues of modernization and reforming of central government socio-cultural (spiritual) sphere in the large-scale administrative reform in Ukraine.

Keywords: central government, administrative reform, modernization of central government socio-cultural (spiritual) sphere.

УДК 342.84 (477)

М. В. Афанасьєва

ІНЖЕНЕРНО-ТЕХНОЛОГІЧНИЙ ПІДХІД ДО ЗАКОНОДАВСТВА ПРО МІСЦЕВІ ВИБОРИ

В сучасних умовах, які характеризуються прискоренням темпів соціального розвитку, інтенсивність виникнення нових виборчих відносин значно зростає, у зв'язку з чим вони становляться ще більш складними та динамічними, що обумовлює складності їх пізнання та прогнозування.

Виборче законодавство напевно найбільш неоднозначна складова української правової системи. З одного боку, воно успішно піддається формалізації, а з іншого — його зміст є перманентно змінюваним, що не завжди обумовлено об'єктивною необхідністю вдосконалення. В ході розробки виборчих норм законодавець нібито проектує, конструює їх зміст під заздалегідь встановлені цілі, тобто застосовує до законодавства своєрідний інженерно-технологічний підхід як засіб для отримання завданих політико-правових результатів.

Законодавче проектування виборчого права широко обговорюється у публіцистиці та політичній практиці, однак у вітчизняній юридичній літературі воно не отримало комплексного наукового аналізу. Окремі аспекти організації та правового забезпечення виборчого процесу та виборчих кампаній досліджували: О. Барабаш, В. Бебік, В. Кампо, Ю. Ключковський, М. Орзіх, В. Полторак; М. Ставнійчук, М. Савчин, С. Устименко та інші, але конституційно-правовій науці бракує системного дослідження інженерно-технологічного підходу до виборчих відносин. У світлі перспектив комплексного та системного вдосконалення нормативно-правового регулювання проведення виборів в Україні та кодифікації виборчого законодавства [1] питання технологізації виборчого процесу, безперечно, є актуальними.

Сплановане конституційно-правове регулювання політико-правових відносин, що спрямоване на досягнення завданого результату, не отримало в межах соціальних наук, у тому числі юриспруденції, ні єдиного пізнавального підходу, ні уніфікованого понятійного апарату. Аналізую-

© М. В. Афанасьєва, 2010

чи зазначене політико-правове явище, науковці оперують здебільшого технічними за своїм походженням термінами, такими як: «технологія», «дизайн», «інженерія», що обумовлено, як уявляється, намаганням підкреслити раціональність, цілеспрямованість дій по проектуванню конституційного, зокрема, виборчого законодавства. Додаючи до технічних за походженням термінів визначальних епітетів: «виборча технологія», «інституціональний дизайн», «електоральний дизайн», «конституційна інженерія», «виборча (електоральна) інженерія», представники соціальних наук привносять новий сенс, значеннєвий відтінок та розширюють спектр їх застосування, але методологічні вимоги щодо наведеної проблеми обумовлюють необхідність формулювання єдиного наукового понятійного апарату.

Діяльність з розробки виборчого законодавства носить квазіінженерний характер, оскільки, як і в технічній сфері, визначає раціональну, науково обґрунтовану сукупність виборчих процедур, ефективний алгоритм дій з метою отримання певного соціально корисного, демократичного та легітимного політико-правового результату. Тому з усього різноманіття понять, що використовують соціальні науки, найбільш науково обґрунтованим та коректним стосовно конституційно-правової науки уявляється поняття «виборча інженерія».

У вузькому розумінні виборча інженерія визначається як законодавче проектування елементів виборчої системи та правил поведінки суб'єктів (учасників) виборчого процесу з метою досягнення завданого політико-правового результату. Виборча інженерія передбачає, що законодавець, опираючись на вже наявні знання тих або інших сторін та зв'язків навколишньої конституційно-правової дійсності, начебто заглядає у майбутнє, ідеально передбачає свої практичні дії, створює прогнози, програми, проекти майбутньої діяльності, що дозволяє сконструювати не тільки образ певної поведінки у конкретній ситуації, але і бажаний результат. Інакше кажучи, завдяки інженерно-технологічному підходу для законодавця відкривається можливість передбачення результату правового регулювання виборчих відносин.

Можливість передбачення, прогнозування політико-правового результату на виборах ґрунтується на випереджальному відображенні конституційно-правової дійсності._Завдяки існуванню діалектичного зв'язку між минулим, сьогоденням та майбутнім випереджальне відображення являє собою своєрідну екстраполяцію на майбутнє реальних можливостей та тенденцій. Будучи продуктом вольової діяльності людей, виборчі норми відтворюють не тільки безпосередньо дану дійсність, але і намічають ідеальну модель реально можливих майбутніх виборчих відносин. Конституційне право має властивість викликати, сприяти зародженню тих відносин, до яких законодавець свідомо прагне. Тільки випереджаючи суспільне буття, виборче право може здійснювати активний зворотний вплив на політико-правові процеси, бути засобом свідомого та планомірного регулювання.

Виборча інженерія як законодавче проектування виборів не тільки відображає тенденції розвитку виборчих відносин під кутом зору потреб правового регулювання, а здатна інтенсивно перетворювати дійсність, направляти розвиток відповідних суспільних відносин у заданому руслі. Але стати програмою перетворення виборчих відносин виборча інженерія може лише у тому випадку, якщо вона є відображенням реальних напрямків суспільного розвитку. Інакше кажучи, творчо-перетворювальна роль виборчої інженерії вимірюється адекватністю відображення нею соціальної дійсності, закономірностей та тенденцій її розвитку.

Зміст виборчого законодавства визначається не тільки соціальною та юридичною природою виборів, його складають також суб'єктивні моменти, що походять від правосвідомості законодавця. Якщо основу законодавчого проектування формують особистісні, вузькопартійні інтереси, виборча інженерія може бути використана як інструмент маніпулятивного впливу, як засіб несумлінної політичної конкуренції. Під впливом провладних політичних сил, з їх оціночно-зацікавленим відношенням до практичних результатів, можлива деформація цілей правового регулювання, у такому випадку інтереси політичних сил маскуються за допомогою правових форм.

Закон України «Про вибори депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, місцевих рад та сільських, селищних, міських голів» від 10 липня 2010 р. [2] (далі — Закон про місцеві вибори) та практика його застосування на останніх місцевих виборах надали приклади застосування виборчої інженерії, мотивом якої іноді була політична доцільність та суб'єктивна зацікавленість претендентів на виборні посади в отриманні певних преференцій у виборчому процесі.

Прийняття нового закону напередодні виборів, на жаль, стало нормою для української виборчої практики. Прийнятий за два місяця до початку виборчого процесу Закон про місцеві вибори не став виключенням. Перманентні законодавчі зміни, які не завжди викликані реальними соціальними перетвореннями, ведуть до неефективності правових норм, негативно позначаються на стані законності і можуть бути розглянуті як технологія несумлінної виборчої інженерії. Короткий підготовчий термін, безумовно, здійснює вплив на поведінку учасників виборчих перегонів та як наслідок на результат виборів, оскільки не забезпечує якісну організаційну підготовку виборчих кампаній, ставить суб'єктів виборчого процесу у нерівні умови. Кодекс належної практики у виборчих справах [3, с. 21] підкреслює, що стабільність виборчого закону є вирішальною умовою довіри до виборчого процесу, тому необхідно законодавчо передбачити часові обмеження, щодо внесення змін та доповнень у виборче законодавство напередодні виборів.

Питання зміни (збереження) виборчої системи є одним з основних для політичних партій, за яким незмінно ведеться полеміка, оскільки залежно від використання тієї чи іншої виборчої системи при тих самих суб'єктах виборчого процесу та навіть при тому самому результаті го-

лосування переможці виборів можуть бути різними. Цілком природно, що політичні сили, реально зваживши свої можливості в рамках кожної виборчої системи, зацікавлено відстоюють політично вигідний варіант проведення виборів. Тому однією з технологій законодавчого проектування місцевих виборів стала зміна виборчої системи. Впровадження пропорційно-мажоритарної виборчої системи на місцевих виборах 2010 року за декілька місяців до початку кампанії, безумовно, не дало можливості всім партіям запропонувати виборцю відомих на місцях кандидатів та успішно провести виборчу кампанію.

Ще одна дієва технологія виборчої інженерії, яка не потребує значної ревізії існуючого виборчого законодавства, — це зміна електорального розкладу [4] у відповідності до інтересів тієї чи іншої політичної партії або кандидата, зокрема маніпулювання термінами початку виборів. За наявності можливості визначити дату голосування політичні актори обирають той часовий проміжок, який буде більш політично результативним, беручи до уваги соціально-економічні фактори, тенденції формування переваг виборців, навіть пори року.

Під приводом неприйняття парламентом державного бюджету на 2010 рік та неможливість за його відсутності фінансування виборчого процесу чергові місцеві вибори, що відбулися, призначалися Верховною Радою України двічі: спочатку постановою від 20 жовтня 2009 року на 30 травня 2010 року [5], пізніше, після визнання 16 лютого 2010 року зазначеної постанови парламенту такою, що втратила чинність [6], на 31 жовтня 2010 року [7].

Визнання парламентом нечинною постанови про призначення місцевих виборів на 30 травня 2010 року є припиненням реалізації виборчих прав громадян та фактично способом ухвалення всупереч Конституції України рішення про відміну виборів, оскільки конституційні положення не дають підстав Верховній Раді України відміняти вже призначені чергові або позачергові вибори до органів місцевого самоврядування. Перенесення строків проведення виборів до органів місцевого самоврядування чи їх відміна з підстав, не передбачених законом, суперечить ч. 1 ст. 38 Конституції України [8]. Строки проведення виборів є важливим інститутом гарантії реалізації виборчих прав громадян. Мова йде про призначення виборів у терміни, які дозволяють кандидатам, політичним партіям, іншим учасникам виборчого процесу проводити повноцінну виборчу кампанію. Вільні та справедливі (чесні) вибори згідно з міжнародними виборчими стандартами повинні проводитися періодично [9], що сприятиме забезпеченню стабільного демократичного розвитку держави. Періодичність повинна встановлюватися законом, як це зафіксовано у п. 7.1 Документа Копенгагенської наради Конференції по людському виміру ОБСЄ [10].

При розробці Закону про місцеві вибори під інженерно-технологічний підхід також підпали положення, щодо суб'єктного складу виборчого процесу. Закон передбачив у ролі суб'єкта права висування кандидатів

на виборні посади виключно республіканські в Автономній Республіці Крим, обласні, районні, міські, районні у містах організації політичних партій (далі — місцеві організації партій), тобто позбавив можливості брати участь у виборах в ролі окремого суб'єкта виборчого процесу виборчі блоки політичних партій. Таке законодавче обмеження формально не викликає зауважень щодо конституційності, але стосовно місцевих виборів 2010 року воно фактично було спрямоване проти певних політичних сил, відомих виборцям саме за назвами виборчих блоків, що вимагало від останніх додаткових агітаційних зусиль по розповсюдженню інформації про назви партій.

Крім того, початкова редакція Закону про місцеві вибори встановлювала додаткові обмеження щодо строку реєстрації місцевої організації партії, яка мала намір висунути кандидатів на виборні посади, — не пізніш як за 365 днів до дня виборів. Такі обмежувальні умови допуску місцевих організацій політичних партій до висування кандидатів спрямовані, з одного боку, на те, щоб перешкоджати участі у виборах випадкових, тимчасових об'єднань, які створюються амбіційними політиками з суто суб'єктивними цілями напередодні виборів та зникають після їхнього завершення, а з іншого — ці умови є проявом суб'єктивістського підходу з боку провладних сил щодо проектування складу суб'єктів виборчого процесу в особистісних інтересах. Як уявляється, зазначена умова носить дискримінаційний характер та, всупереч Конституції України, виступає як додаткова підстава для обмеження діяльності місцевих організацій політичних партій, а відносно останніх місцевих виборів прямо позбавляла деякі нові, але перспективні, з точки зору підтримки виборцями, політичні партії можливості взяти участь у виборах. Зазначене обмеження пасивного виборчого права не є необхідним у демократичному суспільстві і на думку Венеціанської комісії є недоліком українського виборчого законодавства, тому що обмежувальні вимоги до реєстрації кандидатів або партій можуть de facto завадити великій кількості виборців використати своє право балотуватися на виборах [3, с. 97, 99]. Тому позитивно слід відзначити, що за результатами політичного компромісу напередодні початку виборчого процесу зазначене положення було скасовано.

Закон про місцеві вибори надавав можливість впливати на суб'єктну складову виборчого процесу та як слід на результат виборів практично до дня голосування. Як спосіб проектування результатів місцевих виборів можна розглянути законодавчі положення щодо відмови в реєстрації, скасування реєстрації та відкликання місцевими організаціями політичних партій кандидатів на виборні посади, які надавали можливість політичного маніпулювання та провокували судові баталії.

Виборчі комісії відмовляли у реєстрації кандидатам на виборні посади з підстав невідповідного оформлення поданих місцевою організацією партії документів, що дозволено положеннями ст. ст. 40, 41, 42 Закону про місцеві вибори, нерідко зловживаючи наданим правом. Наприклад,

керуючись зазначеною нормою, виборча комісія у місті Бровари Київської області відмовляла в реєстрації через неправильний відмінок прізвища у заяві про згоду балотуватися кандидатом [11].

Підґрунтям для прийняття політично забарвлених рішень також стала норма ч. 3 ст. 45 Закону про місцеві вибори щодо скасування рішення про реєстрацію кандидата на виборну посаду не пізніше 22 годин дня, що передує дню голосування. Такий кінцевий строк фактично позбавляв кандидата права на ефективне судове оскарження зазначеного рішення, оскільки за час судового розгляду виборчі комісії вже проставлять у бюлетенях штамп «Вибув».

Також проявом маніпуляційної виборчої інженерії є законодавчо закріплене у ч. 1 та 2 ст. 45 Закону про місцеві вибори право місцевої організації партії у будь-який час після реєстрації кандидата на виборну посаду, але не пізніш як за п'ять днів (щодо кандидата у депутати в одномандатному, одномандатному мажоритарному виборчому окрузі та кандидата на посаду сільського, селищного, міського голови) чи за два дні (щодо окремого кандидата у багатомандатному виборчому окрузі) до дня виборів подати звернення до виборчої комісії про скасування рішення про реєстрацію кандидата в депутати відповідно до рішення цієї місцевої організації. При цьому законодавство не встановлює чіткі критерії, умови для відкликання кандидатів, залишаючи це на розсуд політичної партії. Слід підтримати позицію Венеціанської комісії щодо виключення самої можливості відкликання кандидатів політичними партіями задля уникнення тиску на них [3, с. 100—101].

Наведені приклади виборчої практики наочно демонструють, що виборча інженерія здатна інтенсивно перетворювати політико-правову дійсність, направити розвиток відповідних виборчих відносин у заданому руслі, може сприяти здійсненню одних суспільних відносин, запобіганню або гальмуванню розвитку інших. З точки зору конституційно-правової науки та практики застосування технологій виборчої інженерії вимагає суворої відповідності вимогам легальності та легітимності. В ідеалі виборча інженерія має стати синтезом раціонально-технологічної та гуманістичної складових, з неприпустимістю превалювання суб'єктивістських інтересів.

Література

1. Про Робочу групу з питань удосконалення законодавства про вибори : Указ Президента України від 2 листоп. 2010 р. // Офіційний вісник Президента України. — 2010. — № 30. — Ст. 964.
2. Про вибори депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, місцевих рад та сільських, селищних, міських голів : Закон України від 10 лип. 2010 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2010. — № 35–36. — Ст. 491.
3. Європейський демократичний доробок у галузі виборчого права : матеріали Венеціанської комісії, ОБСЄ/БДІПЛ, ПАРЄ / за ред. Ю. Ключковського. — К. : ФАДА ЛТД, 2008. — 340 с.

4. Голосов Г. В. «Партии власти» и российский институциональный дизайн: теоретический аналіз [Електронний ресурс] / Г. В. Голосов, А. В. Лихтенштейн. — Режим доступу : http://www.politnauka.org/library/parties/golosov.php.
5. Про призначення чергових виборів депутатів місцевих рад та сільських, селищних, міських голів у 2010 році : Постанова Верховної Ради України від 20 жовт. 2009 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2009. — № 49. — Ст. 751.
6. Про визнання такою, що втратила чинність, Постанови Верховної Ради України «Про призначення чергових виборів депутатів місцевих рад та сільських, селищних міських голів у 2010 році» : Постанова Верховної Ради України від 16 лют. 2010 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2010. — № 18. — Ст. 145.
7. Про призначення чергових виборів депутатів місцевих рад та сільських, селищних, міських голів у 2010 році : Постанова Верховної Ради України від 1 лип. 2010 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2010. — № 37. — Ст. 502.
8. Рішення Конституційного Суду України від 10 червня 2009 р. № 14-рп/2009 у справі за конституційним поданням Президента України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Постанови Верховної Ради України «Про визнання такою, що втратила чинність, Постанови Верховної Ради України «Про призначення позачергових виборів депутатів Тернопільської обласної ради» // Офіційний вісник України. — 2009. — № 47. — Ст. 1594.
9. Загальна декларація прав людини, прийнята на третій сесії Генеральної Асамблеї ООН резолюцією 217А(III) від 10 грудня 1948 р. // Офіційний вісник України. — 2008. — № 93. — Ст. 3103 ; Міжнародний пакт про цивільні та політичні права від 16 грудня 1966 р. // Бюлетень Міністерства юстиції України. — 2002. — № 1.
10. Документ Копенгагенської наради Конференції щодо людського виміру ОБСЄ від 29 червня 1990 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=994_082&c=1#Public.
11. У Броварах в реєстрації кандидатам відмовляли через не той відмінок? [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://www.forumspaskiev.org.ua /databox/2010/11/18369.php.

Анотація

Афанасьєва М. В. **Інженерно-технологічний підхід до законодавства про місцеві вибори.** — Стаття.

Застосування до виборчих правовідносин інженерно-технологічного підходу підкреслює раціональний та цілеспрямований характер виборчого процесу. Стаття розкриває значення терміна «виборча інженерія» як законодавчого проектування виборів з метою досягнення завданого політико-правового результату. На прикладі законодавчого регулювання місцевих виборів розкривається використання виборчої інженерії як інструменту маніпулятивного впливу у вузькопартійних інтересах.

Ключові слова: вибори, виборчий процес, виборча інженерія, інженерно-технологічний підхід.

Аннотация

Афанасьева М. В. **Инженерно-технологический подход к законодательству о местных выборах.** — Статья.

Применение к избирательным правоотношениям инженерно-технологического подхода подчеркивает рациональный и целенаправленный характер избирательного процесса. Статья раскрывает значение термина «избирательная инженерия» как законодательного проектирования выборов с целью достижения заданного политико-правового результата. На примере законодательного регулирования местных выборов раскрывается использо-

вание избирательной инженерии как инструмента манипуляционного влияния в узкопартийных интересах.

Ключевые слова: выборы, избирательный процесс, избирательная инженерия, инженерно-технологический подход.

Summary

Afanasyeva M. V. **Engineering-technological approach to the legislation on local elections.** — Article.

Applying of engineering-technological approach to electoral legal relations underlines rational and purposeful character of election process. The term «electoral engineering» is defined as legislative designing of elections for achievement the political result in article. On an example of legislative regulation of local elections electoral engineering is shown as a tool of manipulation in interests of political parties.

Keywords: elections, electoral process, electoral engineering, engineering-technological approach.

УДК 342.(477)

А. Р. Крусян

СУТНІСТЬ СУЧАСНОГО УКРАЇНСЬКОГО КОНСТИТУЦІОНАЛІЗМУ

Концептуальна парадигма сучасного українського конституціоналізму ґрунтується на з'ясуванні сутності та змісту цього соціально-правового феномена.

Історико-теоретичний аналіз конституціоналізму, його гносеологічні витоки і теоретичні підходи дають підстави стверджувати, що телеологічно конституціоналізм є теорією, ідеологією і практикою обмеження (самообмеження) публічної влади на користь громадянського суспільства, прав, свобод та інтересів особи.

Використовуючи сутнісний методологічний підхід, сутність конституціоналізму слід розглядати як об'єктивну, пізнавану внутрішню константу конституціоналізму, квінтесенцію його змісту, концентроване вираження його соціальної спрямованості, що опосередковується в його меті.

Крім філософсько-методологічних основних принципів пізнання сутності конституціоналізму, важливості набувають спеціальні (юридичні) характеристики, що дають змогу розкрити сутність конституціоналізму як правового феномена. До таких характеристик (принципів) доцільно віднести: причини необхідності науково-практичної парадигми конституціоналізму для розвитку організованого суспільства; джерела, суб'єкти публічної влади та її конструкцію, як влади, здатної до самообмеження; співвідношення влади права і публічної влади; межі публічної (державної і публічно-самоврядної) влади; становище особи у суспільстві і державі. Наведені юридичні принципи пізнання сутності конституціоналізму детермінують необхідність звернення до сутності конституції — особливого політико-правового акта, що нормативно «оформляє» ці принципи, зводячи їх у конституційний (найвищий) ранг.

Проблема визначення сутності конституції досліджується з часів появи перших конституцій, проте і сьогодні вона залишається актуаль-

© А. Р. Крусян, 2010

ною і далеко не вичерпаною. Крім того, як слушно зазначив В. М. Шаповал, «у фаховому середовищі набули поширення перекручення щодо самого феномена конституції. Тому існує потреба визначитися з низки питань, так або інакше пов'язаних із сутністю цього феномена» [1, с. 4].

У сучасній юридичній літературі виокремлюють різні підходи до розуміння сутності конституції. Найбільш типові, тобто поширені серед сучасних науковців підходи до визначення сутності конституції виокремлює Ж. Й. Овсепян. Так, досліджуючи розвиток наукових уявлень про поняття і сутність конституції, учена виділяє п'ять основних напрямів у дослідженні цього феномена: 1) формально-юридичний (або нормативістський) напрям; 2) природно-правова (або договірно-правова) теорія права, конституції; 3) соціологічна (або лассальянська) концепція конституції; 4) класово-вольова (або марксистсько-ленінська) теорія права, конституції; 5) інституціоналістський напрям. Крім цих напрямів, ученою запропоновано шостий напрям — «соціально-генетичний напрям у дослідженні сутності конституції», до якого віднесено «визначення, в яких підкреслюється така сутнісна риса конституції, як обмеження державної влади» [2, с. 24—36].

І. О. Кравець розглядає три основні підходи до розуміння цього явища: ліберально-демократичний, марксистсько-ленінський і теологічний [3, с. 155—160]. Останній є певним поєднанням ідей світського і божественного права. Уявлення про конституцію асоціюється із зведенням божественних правил, за якими необхідно жити суспільству [3, с. 158].

Із наведеними класифікаціями напрямів у дослідженні сутності конституції в контексті визначення сутності конституціоналізму в цілому важко погодитися через такі причини: по-перше, здається, визначаючи сутність конституції, як детермінанту сутності конституціоналізму, доцільно відрізняти основні науково-теоретичні напрями її дослідження від основних наукових концепцій праворозуміння, до яких традиційно відносять нормативістську (формально-юридичну), легалістську, природно-правову, соціологічну, інституційну та ін. У цьому плані є кращою позиція І. О. Кравця, який їх не виокремлює; по-друге, що стосується марксистсько-ленінського напряму, то заперечення пов'язані з тим, що цей підхід є неприйнятним для теорії і практики сучасного конституціоналізму, тому що відповідно до цього підходу конституція за своєю сутністю розглядається як інструмент політичного верховенства з боку економічно пануючого класу (підхід К. Маркса і Ф. Енгельса) і як віддзеркалення «співвідношення сил у класовій боротьбі» [4, с. 345] (ленінсько-лассалівський підхід), що суперечить основним принципам лібералізму, які становлять ідеологічну основу конституціоналізму. При цьому справедливою видається думка Т. Я. Хабрієвої та В. Є. Чиркіна про те, що не можна стверджувати абсолютну невірність марксистсько-ленінської концепції («позиції соціалістів»), оскільки вона може бути застосованою до аналізу ряду конституцій, які закріплювали перехід влади від одних соціальних сил до інших (наприклад, конституції, прийняті після росій-

ської революції 1917 р. — Конституції СРСР, Конституція КНР 1954 р. тощо) [5, с. 42].

Обґрунтованою у зв'язку з розкриттям сутності конституціоналізму є думка І. О. Кравця про виділення ліберально-демократичного підходу в дослідженні сутності конституції. Так, виходячи з історії становлення конституціоналізму, виправданим буде розгляд сутності конституції не тільки з позицій класичного лібералізму, що зародився в Англії у XVII ст. у ході боротьби «третього стану» (буржуазії) за свої політичні права та ґрунтувався на ідеях «батька класового компромісу» Дж. Локка та інших ідеологів епохи Просвітництва, але й з урахуванням ідей демократії. Демократичний лібералізм є своєрідним етапом у розвитку ліберальної течії, «інтелектуальний перелом у французькій ліберальній думці» здійснив А. Токвіль, який заявив про історичну неминучість переходу до демократичного лібералізму [6, с. 112—113]. Визнаючи для Європи, слідом за Америкою, неминуче настання віку демократії, основною проблемою він вбачав проблему збереження свободи в рамках невідворотної демократії, пропонуючи для цього зробити демократію ліберальною, ґрунтуючись на американському досвіді.

Таким чином, виокремлення ліберально-демократичного напряму в дослідженні сутності конституції та конституціоналізму є виправданим. В основі цього напряму лежить договірно-компромісна концепція, заснована на доктрині «суспільного договору», сформульована в роботах Т. Пейна, Г. Гроція, Т. Гоббса, Дж. Локка, Ш.-Л. Монтеск'є, Ж.-Ж. Руссо. Згідно з їхніми ідеями основою державного ладу є згода народу підкорятися створеному уряду для підтримання миру між людьми.

Ліберально-демократичний підхід до розуміння сутності конституції виявився при створенні перших конституцій Європи та Америки. За визначенням американських учених-конституціоналістів Н. Редліха, Б. Шварца і Д. Аттаназіо, в американському праві «слово конституція має більш обмежене значення; вона є писаною угодою, що триває від першого покоління американців до майбутніх поколінь» [7, с. 1].

У сучасній російській літературі ліберально-демократична концепція розуміння сутності конституції розкривається через призму «суспільної злагоди» і «миротворчих засад». Так, К. В. Арановський сутність конституції визначає «як юридично побудований громадянський мир, тобто суспільну злагоду, засновану на особистій і політичній свободі». Далі вчений стверджує, що «поширення конституціоналізму, а також схожість конституцій дає змогу думати, що саме їх миротворчі засади дають їм підтримку політиків і народів». Цей висновок зроблено на ідеях класиків західного лібералізму і проілюстровано прикладами конституційних актів, починаючи від Великої хартії вольностей, в якій король надає своїм підданим свободи та обмежує владу з метою «успішного умиротворення розбрату», Конституції США і до більш «пізніх конституційних актів», також заснованих на суспільній злагоді. При цьому наводиться думка К. Хессе про те, що конституція є «засобом

примирення загальних суперечностей і досягнення соціального миру» [8, с. 190—194]. Ця думка не є безпідставною, по суті, вона доповнює характеристики ліберально-демократичного підходу до розуміння сутності конституцій та конституціоналізму.

У своїй більшості сучасні визначення сутності конституції відображають ліберально-демократичну концепцію. Цей висновок підтверджено в тезі про те, що «в сучасній юридичній літературі... думки правознавців (про сутність конституції. — *А. К.*) в основному сходяться в тому, що конституція є вираженням загальної волі та інтересів народу, продуктом загальної злагоди всіх класів і груп, що становлять суспільство і створюють свою державність для досягнення спільної мети» [9, с. 2]. Так, на думку українських конституціоналістів, Конституція України за своєю суттю «є багатогранним явищем: юридичним, політичним, економічним, соціальним, ідеологічним тощо». Розкриваючи ці характеристики, зазначається, що «політичний характер Конституції визначається ступенем реальності вираження в ній співвідношення суспільних сил, які склалися на момент її прийняття. Вона є своєрідним договором, який не тільки фіксує, але й погоджує політичні інтереси соціальних груп». Наприкінці робиться висновок, що «сутність Конституції України визначається, перш за все, забезпеченням рівноваги політичних інтересів, реалізації наданих суб'єктам прав і обов'язків, а також створенням умов для єдності змісту і структури правового регулювання в суспільстві» [10, с. 50—51].

Заслуговує на увагу у зв'язку з розкриттям сутності конституціоналізму точка зору, згідно з якою «сутність конституції полягає в затвердженні демократичних цінностей, гуманізму, в забезпеченні прав особи, законності і правопорядку». При цьому підкреслюється, що «конституція не може бути результатом згоди всіх... конституція повинна створювати правові можливості для політичних сил різної орієнтації, в рамках закону легально виражати ідеї, пропагувати свої цінності». Далі йде теза, яка не є традиційною для вітчизняної конституційної науки, а саме: «Вона (конституція. — *А. К.)* повинна створювати можливості політичного й економічного, соціального вираження не тільки для більшості, але й для меншості» [11, с. 16]. Думається, що у цьому випадку визначається не сутність конституції, а визначаються цілі та функції (завдання) Основного Закону в системі сучасного конституціоналізму.

Отже, виходячи з існуючих конституційно-правових реалій, ґрунтуючись на ідеях класичного та демократичного лібералізму та враховуючи сучасні конституційні науково-теоретичні розробки вітчизняних і зарубіжних учених про сутність конституції, сутність конституціоналізму слід розглядати, виходячи з концептуальної ідеї про демократичне обмеження публічної влади на користь громадянського суспільства, прав та свобод людини, перш за все, правом і конституцією, заснованою на ньому. Первісно основний закон у контексті конституціоналізму повинен бути проявом («породженням») суверенітету народу, його установчої

влади у суспільстві. У зв'язку з цим вірною уявляється думка В. М. Шаповала про те, що «ключову роль у становленні практики конституціоналізму відіграла теорія установчої влади, за якою конституція визнається актом первинної установчої влади, що безпосередньо належить народові» [12, с. 49]. Саме на теорії установчої влади засновано правову позицію Конституційного Суду України, висловлену в його Рішенні від 3 жовтня 1997 р. у справі про набрання чинності Конституцією України, а саме: «Конституція України як Основний Закон держави за своєю юридичною природою є актом установчої влади, що належить народу. Установча влада щодо так званих встановлених влад є первинною...» [13].

Так, Конституція України 1996 р., виражаючи суверенну волю народу (Преамбула Конституції), закріплює, що народ є єдиним джерелом влади і носієм суверенітету в Україні (ст. 5 Конституції). При цьому встановлюється система гарантій забезпечення статусу народу як владного суверена, при визнанні та дії принципу верховенства права (ст. 8 Конституції України), демократичної організації публічної влади, а також визнанні, що людина є «найвищою соціальною цінністю» (ст. 3 Конституції). Таким чином, простежується сутність Конституції як прояв установчої влади Українського народу при затвердженні верховенства ліберально-демократичних цінностей.

Сутність конституції взаємопов'язана із сутністю конституціоналізму, будучи детермінантом сутності останнього. Водночас, враховуючи, що конституціоналізм і конституція — це взаємообумовлені, але не тотожні поняття, не слід ототожнювати і їх сутності. Так, сутність конституціоналізму є більш широкою, більш осяжною. Вплив сутності Конституції України на сутність сучасного конституціоналізму проявляється у сприйнятті останнім правової характеристики, тобто конституціоналізм за своєю сутністю є правовим феноменом політико-соціальної дійсності, а також у сприйнятті й визнанні установчої ролі народу в системі конституціоналізму.

Відірваність, «звільнення» народовладдя від права — шлях до безправ'я. Народовладдя без права не веде до демократії, тому що під демократією розуміють не тільки владу народу (гр. demokratia: від demos — народ і kratos — влада), але й принцип правової держави або «благозаконія» у протилежність деспотії або тиранії [14, с. 37]. У зв'язку з цим обґрунтованою є точка зору М. І. Козюбри, який вважає, що «в цю п'яту статтю (Конституції України. — *А. К.*) потрібно було б внести зміни стосовно того, що «народ здійснює владу безпосередньо, але у формах і межах, визначених Конституцією» [15, с. 112], оскільки безмежна влада може пригнічувати права людини, скасовуючи тим самим гуманістичні основи сучасного конституціоналізму.

Отже, концепти «право» та «народовладдя» є визначальними щодо сутності конституціоналізму. Проте конституціоналізм є не просто проявом установчої влади народу як владного суверена, а проявом

демократизму, що опосередковує демократично-правову сутність конституціоналізму. Демократизм як прояв сутності конституціоналізму має свої особливості, які слід розкрити з метою викладення цілісної її концепції.

Демократія, маючи глибоке історичне коріння, завжди привертала до себе пильну увагу. Впродовж століть до ідей демократії зверталися вчені, філософи і політики, розвиваючи та доповнюючи їх новими гранями. Так, про демократію міркували філософи Стародавньої Греції (Перікл, Платон, Арістотель, Епікур), ідеологи епохи Нового часу (Б. Спіноза, Ш.-Л. Монтеск'є, Ж.-Ж. Руссо, Т. Джефферсон, А. Токвіль, І. Франко), сучасні вчені [16]. Не маючи на меті викладення теорії демократії, широко представленої у політологічній та юридичній літературі, уявляється за необхідне виокремити основоположні характеристики демократії з метою розкриття демократично-правової сутності сучасного українського конституціоналізму. Множинність вимірювань демократії в теорії та практиці (кожна історична епоха вносила свої характеристики до поняття демократії і розставляла свої акценти) породжує концептуальну невизначеність. Так, у сучасній юридичній і політологічній літературі виділено й обґрунтовано різні типи і форми демократії: «античну демократію», «сучасну демократію», «ліберальну демократію», «нові демократії», «конституційну демократію», «демократію диктатури пролетаріату», «суспільну демократію», «суверенну демократію», «плебісцитарну демократію», «ідентитарну демократію», «тоталітарну демократію», «елітарну демократію», «консоціативну демократію» тощо. При цьому демократія визначається багатоаспектно, як: народовладдя, форма держави, форма і принципи організації політичних партій і суспільних об'єднань, політичний режим, політичний світогляд і політична цінність, політичний процес, принцип міжнародного права [17, с. 15—37]. У політологічній літературі висловлювалася навіть думка про те, що «демократія — це поняття, яке рішуче не піддається визначенню». Проте далі автор цієї тези, не надаючи власного визначення цьому феномену, зазначає, що поняття демократії він використовує «як синонім того, що Р. Даль називає «поліархією», розкриваючи її, за Р. Далем, не як «таку систему влади, яка повністю втілює в себе всі демократичні ідеали», а як таку, «яка достатньою мірою наближається до них» [18, с. 38].

Уніфікованим підходом до визначення класичної демократії є її ототожнення з владою народу або з волею більшості. Такий підхід має глибоке історичне та етимологічне коріння («демос кратос» — влада народу, історично вперше вжив це поняття старогрецький історик Фукідід). Л. Дюгі у своєму дослідженні, присвяченому теорії держави, розглядаючи демократичні доктрини, зараховував до них «всі ті доктрини, які джерело політичної влади вбачають у колективній волі суспільства, що підкоряється цій владі, і які вчать, що політична влада законна лише тому і остільки, оскільки її встановлено керованим нею колектив-

ним цілим» [19, с. 34]. На думку сучасної російської вченої В. В. Комарової, «демократизм держави виражено у забезпеченні в ньому народовладдя» [20, с. 8]. Британський професор Р. Саква, пов'язуючи демократію з волею більшості (за Арістотелем), сутність демократії вбачає «у можливості здійснення контролю за урядом» [21, с. 63], що, по суті, додає демократії інструментальної цінності та, відповідно, підсилює владу народу. Проте думається, що сприймати демократію як прояв сутності конституціоналізму, тільки через волю й панування більшості, є, щонайменше, теоретично неправильним, а більше того — практично небезпечним. Демократії новітнього часу (демократія диктатури пролетаріату, соціалістична демократія) наочно підтвердили, що воля і влада більшості не завжди є благом. Цей висновок підтверджується не тільки історією держав пострадянського простору, але й біблейськими істинами, як сказано у Святому писанні (Євангеліє від Марка): «Пілат, бажаючи зробити угодне народу, відпустив їм Варавву, а Ісуса, б'ючи, віддав на розп'яття» [22, с. 1078].

Попередження конституційно-правовими засобами надмірності влади більшості, тобто такої публічної влади, що гіпертрофує волю більшості та пригнічує роль та значення індивідуальної свободи, можна назвати аксіоматикою сутності конституціоналізму. Демократія як влада народу, в контексті сутності конституціоналізму, повинна забезпечувати, крім всього іншого, інтереси меншості та прав і свобод людини, її слід розглядати як «баланс між повагою волі більшості і захистом прав меншості», «підтримкою прав людини і громадянських свобод» [23, с. 151]. Виміром демократичності, як вираження сутності конституціоналізму, є народовладдя, спрямоване на забезпечення прав та свобод людини, визнання її цінності та індивідуальної свободи. Це може бути практично можливим тільки за умови обмеження публічної влади владою права, заснованою на ньому конституцією і правовими законами. Тут правильно представлено думку про те, що «гостроту проблеми більшості або меншості зняла сама демократія, вірніше, сучасний демократичний процес, заснований на законності» [17, с. 21]. Так, Д. Ховард вважає, що «демократії також повинні бути конституційними, тобто повинні існувати засоби забезпечення дотримання конституційних норм, навіть коли це означає заперечення думки більшості» [24].

Отже, сутність сучасного українського конституціоналізму є демократичною, у єдності з правом — демократично-правовою.

Література

1. Шаповал В. Сутнісні характеристики Конституції як Основного Закону держави / *В. Шаповал* // Право України. — 2008. — № 10. — С. 4–12.
2. Овсепян Ж. И. Развитие научных представлений о понятии и сущности конституции / *Ж. И. Овсепян* // Правоведение. — 2001. — № 5. — С. 24–36.

3. Кравец И. А. Российский конституционализм: Проблемы становления, развития и осуществления / *И. А. Кравец*. — С.Пб. : Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2005. — 675 с.
4. Ленин В. И. Полное собрание сочинений. Т. 17. Март 1908 — июнь 1909 / В. И. Ленин. — 5-е изд. — М. : Изд-во полит. лит., 1968. — 655 с.
5. Хабриева Т. Я. Теория современной конституции / *Т. Я. Хабриева, В. Е. Чиркин*. — М. : НОРМА, 2007. — 320 с.
6. Государство, общество, личность: проблемы совместимости / [П. А. Оль, Р. А. Ромашов, А. Г. Тищенко, Е. Г. Шукшина]. — М. : Юристъ, 2005. — 303 с.
7. Redlich N. Understanding Constitutional Law / *N. Redlich, B. Schwartz, J. Attanasio*. — New York : Matthew Bender : lrwin, 1995. — XII, 480, [45] p.
8. Арановский К. В. Конституционная традиция в российской среде / *К. В. Арановский*. — С.Пб. : Юрид. центр Пресс, 2003. — 658 с.
9. Макушин А. А. Сущность конституции / *А. А. Макушин* // Конституционное и муниципальное право. — 2005. — № 6. — С. 2–7.
10. Конституція незалежної України : навч. посіб. / [*В. Ф. Погорілко, Ю. С. Шемшученко, В. О. Євдокимов та ін.*]. — К. : Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, Спілка юристів України, 2000. — 428 с.
11. Тодыка Ю. Н. Конституция Украины — Основной Закон государства и общества / *Ю. Н. Тодыка*. — Х. : Факт, 2001. — 382 с.
12. Шаповал В. Н. Сравнительное конституционное право / *В. Н. Шаповал*. — К. : Княгиня Ольга, 2007. — 416 с.
13. Рішення Конституційного Суду України від 3 жовтня 1997 р. у справі за конституційним зверненням Барабаша О. Л. щодо офіційного тлумачення частини п'ятої статті 94 та статті 160 Конституції України (справа про набуття чинності Конституцією України) // Офіційний вісник України. — 1997. — № 42. — Ст. 4146.
14. Ищенко О. А. Взгляды некоторых русских ученых первой половины XX века на сущность демократического режима, формы и способы реализации народовластия / *О. А. Ищенко* // Конституционное и муниципальное право. — 2007. — № 9. — С. 36–39.
15. Козюбра М. Щодо необхідності визначення предмета референдуму / *М. Козюбра* // Вибори та демократія. — 2006. — № 4 (10). — С. 112–113.
16. Нудненко Л. А. Теория демократии / *Л. А. Нудненко*. — М. : Юристъ, 2001. — 95 с.
17. Ковлер А. И. Кризис демократии? Демократия на рубеже XXI века / *А. И. Ковлер*. — М. : Ин-т государства и права Российской академии наук, 1997. — 102 с. — (Серия «Новое в юридической науке и практике»).
18. Лейпхарт А. Демократия в многосоставных обществах: сравнительное исследование / *А. Лейпхарт* ; [пер. с англ. под ред. А. М. Салмина, Г. В. Каменской]. — М. : Аспект Пресс, 1997. — 287 с.
19. Дюги Л. Конституционное право. Общая теория государства / *Леон Дюги*. — [Репринтное воспроизведение издания 1908 г.]. — О. : Юрид. л-ра, 2005. — 957 с. — (Антология европейской юридической мысли).
20. Комарова В. В. Механизм непосредственной демократии современной России (система и процедуры) / *В. В. Комарова*. — М. : Формула права, 2006. — 560 с.
21. Саква Р. Подотчетность, конституционализм и некоторые модели власти в посткоммунистической России / *Ричард Саква* // Сравнительное конституционное обозрение. — 2008. — № 2 (63). — С. 63–79.
22. Библия. Книга Священного Писания Ветхого и Нового Завета / [по благословению Святейшего Патриарха Московского и всея Руси Пимена]. — М. : Изд. Моск. Патриархии, 1988. — 1376 с. — (Юбилейное издание, посвященное тысячелетию Крещения Руси).
23. Енгибарян Р. В. Конституционное развитие в современном мире. Основные тенденции / *Р. В. Енгибарян*. — М. : НОРМА, 2007. — 496 с.

24. Ховард Д. К конституционной демократии во всем мире: американский взгляд [Електронний ресурс] / *Дик Ховард* // Вопросы демократии : электрон. журн. Гос. Департамента США. — 2004. — Т. 9. — № 1. — Режим доступу : ejdemos@state.gov.

Анотація

Крусян А. Р. **Сутність сучасного українського конституціоналізму.** — Стаття.

У статті обґрунтовується демократично-правова сутність сучасного українського конституціоналізму. Демократизм як прояв сутності конституціоналізму опосередкований народовладдям при забезпеченні балансу між повагою волі більшості, захистом прав меншості та прав і свобод людини. Виміром демократичності як вираження сутності конституціоналізму є народовладдя, яке спрямоване на забезпечення прав та свобод людини, визнання її цінності та індивідуальної свободи, що є можливим тільки за умови існування поряд із народовладдям влади права. Правова сутність конституціоналізму опосередкована функціонально-інструментальною значущістю та роллю права, яке має інструментальну цінність щодо створення нормативно-правової основи системи конституціоналізму. Крім того, право є тією владою (влада права), що дає змогу обмежувати публічну владу, оскільки безмежна влада може пригнічувати права людини, скасовуючи тим самим гуманістичні основи конституціоналізму.

Ключові слова: конституціоналізм, конституція, право, демократизм, демократично-правова сутність.

Аннотация

Крусян А. Р. **Сущность современного украинского конституционализма.** — Статья.

В статье обосновывается демократически-правовая сущность современного украинского конституционализма. Демократизм как проявление сущности конституционализма опосредован народовластием при обеспечении баланса между уважением воли большинства, защитой прав меньшинства и прав и свобод человека. Измерением демократичности как выражения сущности конституционализма является народовластие, направленное на обеспечение прав и свобод человека, признание его ценности и индивидуальной свободы, что является возможным только при условии существования наряду с народовластием власти права. Правовая сущность конституционализма опосредована функционально-инструментальным значением и ролью права, имеющего инструментальную ценность для создания нормативно-правовой основы системы конституционализма. Кроме того, право является той властью (власть права), которая дает возможность ограничивать публичную власть, поскольку безграничная власть может подавлять права человека, уничтожая тем самым гуманистические основы конституционализма.

Ключевые слова: конституционализм, конституция, право, демократизм, демократически-правовая сущность.

Summary

Krusian A. R. **The essence of modern Ukrainian constitutionalism.** — Article.

The democratic-legal essence of modern Ukrainian constitutionalism is grounded in the article. Democratism as the essence of constitutionalism is mediated by sovereignty of the people while maintaining balance between respect for the will of the majority, protection of minority rights and human rights and freedoms. The measure of democracy as an expression of the essence of constitutionalism is sovereignty of the people aimed at

ensuring human rights and freedoms, recognition of his value and individual freedom that is possible only provided that sovereignty of the people is combined with the rule of law. The legal essence of constitutionalism is mediated by functional-instrumental significance and the role of law which has an instrumental value in establishing the legal foundations of constitutionalism. In addition, law is the power (the rule of law), which allows to restrict public power, because limitless power can suppress human rights, thereby annulling humanistic foundations of constitutionalism.

Keywords: constitutionalism, constitution, law, democratism, democratic-legal essence.

УДК 342(477):17.022.1

Н. В. Мішина

ФОРМУВАННЯ МОРАЛЬНИХ ТРАДИЦІЙ СУЧАСНОГО УКРАЇНСЬКОГО КОНСТИТУЦІОНАЛІЗМУ

Бурхливий розвиток вітчизняного конституційного права, що почався після проголошення незалежності Україні та триває і досі, характеризується насамперед проголошенням людини, її життя і здоров'я, честі і гідності, недоторканності і безпеки найвищою соціальною цінністю. Це надає дослідникам підстави зазначати серед основних тенденцій розвитку конституціоналізму соціалізацію (М. П. Орзіх), гуманізацію конституційного права (О. В. Батанов) [1, с. 601]. У поєднанні із ідеологічним плюралізмом ці тенденції викликають сподівання, що сучасний український конституціоналізм стане одним з найвпливовіших чинників в укріпленні моральних традицій сучасного українського суспільства. Успіхи у цій сфері, у свою чергу, закладуть основи моральної традиції національного конституціоналізму.

До питання співвідношення норм моралі і права вельми часто звертаються вчені, що розглядають проблеми теорії держави і права (див. О. Ф. Скакун [2], А. М. Колодій, В. В. Копєйчиков, С. Л. Лисенков, В. П. Пастухов, В. О. Сумін, О. Д. Тихомиров [3]). Що ж до дослідників конституційно-правової проблематики, то вони зосереджуються на дослідженні поняття та основних рис конституціоналізму, його історичних витоків, його принципів (моральність не розглядається як один із них). Виключенням є напрацювання Львівської лабораторії прав людини і громадянина Науково-дослідного інституту державного будівництва та місцевого самоврядування Національної академії правових наук України, які знайшли своє практичне втілення у законопроектних пропозиціях [4].

Ціллю статті є виявити, за якими напрямками доцільно докладати зусилля з метою формування нових та розвитку наявних моральних традицій українського конституціоналізму.

Юридичне розуміння конституціоналізму виявляється перш за все у тому, що це правове обмеження публічної влади на користь громадянсь-

© Н. В. Мішина, 2010

кого суспільства. П. Б. Стецюк влучно зазначає, що конституціоналізм може мати універсальний характер, «будучи, водночас, до певної міри явищем соціальним, а також — пов'язаним із особливостями історичного розвитку країн чи групи близьких між собою держав, приналежністю до певної правової системи (родини права), з особливостями політичних традицій народу, рівнем його правової культури, національним менталітетом; таким чином, конституціоналізм в окремих країнах може набувати певного «національного забарвлення» [5].

Думається, що на сучасному етапі вести мову про усталені моральні традиції українського конституціоналізму буде передчасним. Адже для того, щоб вони склалися, необхідний досить тривалий час. Але саме зараз у незалежній Українській державі відбувається відбудова притаманних народу України високих моральних традицій суспільства. Вони впливають на те, яким є сучасний український конституціоналізм і якими у майбутньому будуть його моральні традиції. Отже, спостерігаємо процес взаємодії: завдяки конституційно-правовим нормам намагаємося впровадити високі стандарти суспільної моралі. У разі успіху національний конституціоналізм збагатиться новими соціальними і гуманістичними гранями.

На сучасному етапі в Україні моралізацію сучасного українського конституціоналізму доцільно здійснювати у двох напрямках.

Перший напрямок передбачає підвищення моральних стандартів населення. Її заходи доцільно планувати, прислухаючись до думки соціологів стосовно того, що «удосконалення духовного обліку ... людини ... є неможливим без удосконалення організації дозвілля та спілкування на дозвіллі, тому що людина формується не стільки у сфері своїй професійній діяльності, скільки у сфері дозвільної діяльності, і саме через спілкування транспортується система цінностей, настанов, орієнтацій тощо» [6, с. 1], та з використанням норм Закону України від 20 листопада 2003 р. «Про захист суспільної моралі» [7].

При цьому з точки зору конституціоналізму вбачається важливою низка змін до Закону України від 20 листопада 2003 року «Про захист суспільної моралі», запропонована Львівською лабораторією прав людини і громадянина Науково-дослідного інституту державного будівництва та місцевого самоврядування Національної академії правових наук України [4, с. 83]. Ці зміни оновлюють чинний Закон з урахуванням сучасних тенденцій у сфері захисту прав і свобод людини, а також з урахуванням міжнародних стандартів та зарубіжного досвіду. З точки зору конституційного права важливою є запропонована редакція уточнення визначення терміна «суспільна мораль». Закон України від 20 листопада 2003 р. «Про захист суспільної моралі» закріплює, що суспільна мораль — система етичних норм, правил поведінки, що склалися у суспільстві на основі традиційних духовних і культурних цінностей, уявлень про добро, честь, гідність, громадський обов'язок, совість, справедливість. Проект Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про

захист суспільної моралі» передбачає, що суспільна мораль — *система загальнолюдських цінностей* (курсив. — *Н. М.*), норм поведінки, що склалися у суспільстві на основі духовних і культурних надбань, уявлень про добро, совість, відповідальність, гідність, громадський обов'язок.

Думається, що посилання на суспільну мораль у нормативно-правовому акті як на систему загальнолюдських цінностей, норм поведінки є більш доречним, ніж пропозиція розглядати її як систему етичних правил і норм поведінки. Адже в останньому випадку вирішення питання «Чи відповідає явище, поведінка тощо нормам суспільної моралі?» вирішується виключно суб'єктивно, а ось орієнтація на систему загальнолюдських цінностей є більш зрозумілим, усталеним критерієм оцінки.

Таким чином, при впровадженні нових конституційно-правових норм та / або практики застосування існуючих конституційних норм у центрі уваги є особистість як один із елементів громадянського суспільства. Занепад громадянського суспільства в Україні протягом тривалого часу призвів до того, що у процесі його відновлення виникає чимало проблем різного характеру. Це і невідповідність деяких актів чинного законодавства України міжнародним та європейським стандартам, і корупція серед посадових осіб третього сектора, і використання інститутів громадянського суспільства для відмивання «брудних» коштів. Моралізація цього напрямку впливу конституціоналізму на особу посилить дію регулятивної та виховної функції моралі (які традиційно пов'язують із спрямуванням і коректуванням практичної діяльності особистості з точки зору врахування інтересів окремих людей, суспільства та із формуванням особистості, її самосвідомості).

Другий напрямок передбачає підвищення моральних стандартів посадових осіб органів державної влади і органів місцевого самоврядування. Отже знов-таки йдеться про вплив конституційно-правових норм на людину, але коло осіб звужується. Чому воно охоплює саме посадових осіб органів публічної влади? Головною причиною є те, що на сучасному етапі міжнародні експерти оцінюють рівень корупції в Україні як найгірший серед «нових незалежних країн» і всіх інших країн взагалі [8]. Численні соціологічні опитування населення підтверджують це — їх дані вказують, що для України є характерним невисокий рівень довіри до органів та посадових осіб органів публічної влади. Зауваження пересічних жителів так чи інакше пов'язані із осудом морального обличчя відповідних посадових осіб. У такій ситуації побудова демократичної держави, правової держави істотно утруднюється.

Попри відому думку Гегеля стосовно того, що «моральна сторона і моральні заповіді ... не можуть бути предметом позитивного законодавства» і що законодавство не може декретувати моральність, сучасний міжнародний і зарубіжний досвід свідчить про інше. Експертами ООН розроблено і закріплено у Резолюції A/RES/51/59 від 28 січня 1997 року Міжнародний кодекс поведінки державних посадових осіб [9].

У США — країні, по відношенню до якої словосполучення «моральні традиції конституціоналізму» використовується найбільш часто, — існують нормативно-правові акти стосовно морального обличчя посадових осіб органів публічної влади. Відповідне законодавство віднедавна з'явилося у Румунії [10], де проблеми корупції залишаються гострими (якщо в Україні рівень корупції оцінюється коефіцієнтом 4,3, у Румунії коефіцієнт 4 [6]). Звичайно, інститут державної і муніципальної служби відноситься до предмета галузі адміністративного права, але конституційне право як комплексна, провідна галузь, природно, не залишиться осторонь. Саме тенденція моралізації конституціоналізму надихає на подібні нововведення.

У зв'язку із цим відмітимо, що в Україні на найвищому рівні започатковано звичай, який має безпосереднє відношення до моральних, етичних цінностей українського народу. Усі без виключення особи, які були обрані на посаду Президента України, складали присягу не тільки на тексті Конституції України, але й на Пересопницькому Євангелії (Українське Персопницьке Євангеліє 1556 р.). «Сьогодні ця духовна святиня придбала в Україні значення політичного символу нації: на Пересопницькому Євангелії приймають присягу президенти України, починаючи з 1991 року», — зазначають дослідники та вказують, що Пересопницьке Євангеліє — прикрашений кольоровими заставками і мініатюрами рукопис вагою 9,3 кг, що складається з 482 аркушів. Перша книга, написана староукраїнською мовою, була створена в 1556–1561 роках у Пересопницькому монастирі на території нинішньої Рівненської області. У XIX столітті стараннями філолога Осипа Бодянського, який ввів текст Євангелія до наукового обігу, манускрипт отримав широку популярність [11].

Думається, можна вважати, що у конституційному праві України сформувався правовий звичай — прийняття новообраним Президентом України присяги на тексті Конституції України і Персопницьому Євангелії. Жоден нормативно-правовий акт не передбачає необхідність використання Пересопницького Євангелія, але новообрані президенти вшановують цю традицію і продовжують її. Незважаючи на те, що цей звичай має церемоніальний, а не юридично значущий характер (його недотримання не тягне правових наслідків), поява правового звичаю у конституційному праві є значущою подією — адже досі вчені не фіксували їх серед джерел цієї галузі в Україні. Особливо важливим є моральне навантаження, яке має цей правовий звичай.

Президенти України вшановують духовну святиню не тільки при прийнятті присяги. 17 грудня 2009 р. Указом Президента «Про відзначення 450-річчя Пересопницького Євангелія» було запропоновано план відповідних заходів:

— Кабінету Міністрів України: 1) утворити Організаційний комітет з підготовки та відзначення 450-річчя Пересопницького Євангелія, включивши до його складу представників центральних та місцевих органів

виконавчої влади, органів місцевого самоврядування, громадських організацій, учених; 2) розробити разом із Рівненською обласною державною адміністрацією та за участю Національної академії наук України і затвердити у тримісячний строк заходи на 2010—2011 р. з підготовки та відзначення 450-річчя Пересопницького Євангелія; 3) забезпечити фінансування в установленому порядку заходів з підготовки та відзначення 450-річчя Пересопницького Євангелія;

— Державному комітету телебачення та радіомовлення України — забезпечити висвітлення заходів з підготовки та відзначення 450-річчя Пересопницького Євангелія [12].

На виконання цього Указу Кабінетом Міністрів України було видано розпорядження, що передбачає детальний план до підготовки та відзначення цієї значної події [13]. До підготовки заходів із вшанування духовної святині приєдналася і Верховна Рада України [14], таким чином підтримуючи і виражаючи своє схвалення першого правового звичаю у конституційному праві України.

Висновки з даного дослідження. Формування нових та розвитку наявних моральних традицій українського конституціоналізму доцільно вести у двох напрямках: підвищення моральних стандартів населення і підвищення моральних стандартів посадових осіб органів публічної влади. Ці напрямки моралізації конституціоналізму є основними і не вичерпують зусилля із запровадження моральних традицій національного конституціоналізму. Обидва напрямки у сукупності не охоплюють усіх сучасних конституційно-правових проблем, тісно пов'язаних із моральними та етичними стандартами, — поза їх межами залишається, наприклад, моральна сторона питань евтаназії, трансплантації органів тощо. Але активна діяльність за цими основними напрямками дозволить зміцнити моральні традиції національного конституціоналізму, якими пишатимуться наступні покоління українців. Перспективи подальших розвідок вбачаються у більш детальному дослідженні кожного з виявлених напрямків моралізації конституціоналізму.

Література

1. Батанов А. В. Основные тенденции развития конституционного права в современном мире / *А. В. Батанов* // Курс конституционного права Украины. — Х. : Одиссей, 2008. — С. 589–618.
2. Скакун О. Ф. Теорія держави і права : підручник : пер. з рос. / *О. Ф. Скакун*. — Х. : Консум, 2001. — 656 с.
3. Колодій А. М. Теорія держави і права : навч. посіб. / *А. М. Колодій, В. В. Копейчиков, С. Л. Лисенков* [та ін.]. — К. : Юрінформ, 1995. — 189 с.
4. Проект Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про захист суспільної моралі» від 31 березня 2010 р. // Здійснення прав людини в Україні та суспільна мораль (наукові статті і законопроектні пропозиції). — Л. : Край, 2010. — (Праці Львів. лаб. прав людини і громадянина НДІ держ. будівництва та місцевого самовря-

дування Нац. акад. правових наук України / редкол.: П. М. Рабінович (голов. ред.) [та ін.]. Серія І. Дослідження та реферати ; вип. 23.).
5. Стецюк П. Б. Перша Конституція Польщі (1781): спроба правового аналізу / *П. Б. Стецюк*. — Л. : Астролябія, 2010. — 112 с.
6. Ямпольская С. М. Социальные проблемы общения работающего населения в свободное время : автореф. дис. ... канд. социол. наук : 22.00.04 / *С. М. Ямпольская*. — М., 1990. — 17 с.
7. Про захист суспільної моралі : Закон України від 20 листоп. 2003 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2004. — № 14. — Ст. 192.
8. Рівень корупції в Україні оцінили як найгірший серед інших країн [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://www.pravda.com.ua/news/2009/06/3/3994507/
9. Международный кодекс поведения государственных должностных лиц [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/un/unpan039937.pdf.
10. Michael B. Model Ethics Office Regulation [Електронний ресурс] / *Bryane Michael*. — Режим доступу : http://works.bepress.com/bryane_michael/39.
11. Правительство Украины утвердило план мероприятий по подготовке к празднованию 450-летия Пересопницкого Евангелия [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://www.glinskie.ru/common/message.php?table=news&num=15232.
12. Про відзначення 450-річчя Пересопницького Євангелія : Указ Президента України від 17 груд. 2009 р. № 1069/2009 // Урядовий кур'єр. — 2009. — № 244.
13. Про підготовку та відзначення 450-річчя Пересопницького Євангелія : розпорядження Кабінету Міністрів України від 18 серп. 2010 р. № 1693-р // Урядовий кур'єр. — 2010. — № 167.
14. Про відзначення на державному рівні 450-ї річниці Пересопницького Євангелія : постанова Верховної Ради України від 12 трав. 2010 р. № 2175-VI // Відомості Верховної Ради України. — 2010. — № 26. — Ст. 351.

Анотація

Мішина Н. В. **Формування моральних традицій сучасного українського конституціоналізму.** — Стаття.

У статті виявлено і охарактеризовано основні напрямки, за якими доцільно докладати зусилля при формуванні нових та розвитку наявних моральних традицій українського конституціоналізму. Запропоновано вважати першим конституційно-правовим звичаєм (який має не тільки церемоніальне, але й моральне значення) прийняття новообраним Президентом України присяги на тексті Конституції України і Персопницьому Євангелії.

Ключові слова: конституціоналізм, традиції, мораль, моральні традиції, правовий звичай.

Аннотация

Мишина Н. В. **Формирование нравственных традиций современного украинского конституционализма.** — Статья.

В статье выявлены и охарактеризованы основные направления, по которым целесообразно прилагать усилия при формировании новых и развития существующих нравственных традиций украинского конституционализма. Предложено считать первым конституционно-правовым обычаем (который имеет не только церемониальное, но и моральное значение) принятие новоизбранным Президентом Украины присяги на тексте Конституции Украины и Персопницком Евангелии.

Ключевые слова: конституционализм, традиции, мораль, нравственные традиции, правовой обычай.

Summary

Mishyna N. V. **The Formation of the Ukrainian Constitutionalism's Moral Traditions.** — Article.

The paper identifies and describes the main areas where efforts should be taking for the formation of new and existing moral traditions of Ukrainian constitutionalism. The author proposes to consider the first Ukrainian constitutional convention the continuous fact that the newly elected president of Ukraine takes the oath not only on the text of the Constitution Ukraine, but also using the Persopnytsky Gospel. The author states, that this convention also has not only ceremonial, but also a moral value.

Keywords: constitutionalism, traditions, morality, moral traditions, conventions.

УДК 342.565.2(477):342.72/73

В. А. Григорьев

АКТУАЛИЗАЦИЯ И ПРАВОВАЯ РЕГЛАМЕНТАЦИЯ ИНСТИТУТА ИНДИВИДУАЛЬНОЙ КОНСТИТУЦИОННОЙ ЖАЛОБЫ В УКРАИНЕ

Деятельность органов конституционной юрисдикции по вопросам защиты конституционных прав и свобод человека и гражданина свидетельствует об их исключительной роли в случаях, когда законодательство государства предусматривает право гражданина на обращение в эти органы за защитой своих конституционных прав и свобод. Сегодня граждане Украины не являются субъектами права на непосредственное обращение в Конституционный Суд Украины по вопросам проверки конституционности законов, иных правовых актов, нарушающих их права и свободы, а значит, государство должно усовершенствовать законодательство Украины в этой части с целью обеспечения гражданами полной защиты своих прав и свобод.

Актуальность избранной темы статьи заключается в том, что сегодня в Украине отсутствует правовой институт индивидуальной конституционной жалобы. Конституция Украины и Закон Украины «О Конституционном Суде Украины» устанавливают лишь правовые возможности для физических и юридических лиц к опосредствованной защите своих прав путем обращения в Конституционный Суд Украины по вопросам официального толкования положений Конституции Украины и законов Украины, касающихся авторов соответствующих обращений. Данное ограничение не согласуется с положениями ст. 64 Конституции Украины, так как полномочия указанных субъектов права на конституционное представление по этому вопросу вытекают из общих начал утверждения и обеспечения прав и свобод человека (ч. 2 ст. 3 Конституции Украины) и ст. 150 Основного Закона, устанавливающей полномочия Конституционного Суда и круг субъектов права на обращения в Конституционный Суд Украины.

В связи с этим **целью** статьи является исследование вопросов при-

© В. А. Григорьев, 2010

менения института индивидуальной конституционной жалобы в Украине, изучение практики других государств в этой области, совершенствование действующего законодательства в Украине с целью распространения опыта зарубежных государств на деятельность единственного органа конституционной юрисдикции в Украине.

В юридической литературе исследованию данной проблематики уделяется внимание как отечественных, так и зарубежных, ученых-правоведов. Указанная проблема нашла свое отражение в трудах таких ученых, как: Е. Абросимова, Н. Витрук, О. Н. Доронин, И. А. Кравец, Л. Лазарев, В. О. Лучин, М. Д. Савенко, М. С. Саликова, А. Селиванов, В. Скомороха, О. И. Тиунов, Ж. И. Овсепян, Б. С. Эбзеев и др.

Ученые правоведы считают право граждан на обращение с жалобой в Конституционный Суд наиболее важным приобретением современного демократического государства. В научной литературе Российской Федерации данному исследованию уделено значительное внимание в работах Л. Лазарева [1], О. И. Тиунова [2], Ж. И. Овсепяна [3], В. О. Лучина, О. Н. Доронина [4], М. С. Саликова [5], И. А. Кравца [6]. Появление конституционной жалобы в России расширило средства защиты прав и свобод, увеличило их альтернативность в механизме юридических гарантий. Этот институт, по мнению И. А. Кравца, стал в настоящее время интегральной частью конституционного правосудия европейских стран [7, с. 550]. В соответствии с Конституцией Украины (ст. 150) [8] и Законом Украины «О Конституционном Суде Украины» (ст. 43) [9] граждане Украины, иностранцы и лица без гражданства имеют право на обращение в Конституционный Суд Украины только по делам о толковании Конституции Украины и законов Украины. Однако в эпоху глобализации и демократизации общественно-политических процессов очевидна целесообразность активизации усилий, направленных на защиту прав и свобод человека и гражданина. Более того, вопросы охраны конституционных прав и свобод человека и гражданина сегодня находятся под пристальным вниманием мирового сообщества, так как человек, его права и свободы являются высшей ценностью общества и государства. Учитывая изложенное, на наш взгляд, является крайне целесообразным приобретение гражданами Украины права обращения в единственный орган конституционной юрисдикции за защитой своих нарушенных конституционных прав и свобод. Но при этом следует выделять обстоятельства, при которых такое обращение граждан Украины в Конституционный Суд Украины станет возможным: правовое положение субъекта обращения; предмет обращения, подведомственность обращения.

Правовое положение всех граждан Украины равное и регламентируется Конституцией Украины. Его содержание составляют те права и обязанности, которые представлены и гарантированы всем Конституцией. Исходя из общего правового статуса, можно судить о характере, социальной природе и степени демократичности общества [10, с. 118]. Однако демократические процессы в обществе получают свое развитие

не так быстро, как нам этого бы хотелось. С. В. Кивалов пишет, что конституционно провозглашенная система прав и свобод, в соответствии со стандартами прав человека, в значительной мере остается сферой желаемого, а не действительного. По его мнению, эти проблемы осознаются юридическим сообществом Украины, и есть предложения их правового разрешения, принятия соответствующих правовых доктрин, разработки концепций и нормативов законодательных актов [11, с. 3—4]. На наш взгляд, сегодня, с целью обеспечения подлинной защиты конституционных прав и свобод граждан, на современном этапе становления и развития гражданского общества в Украине, институт конституционных жалоб приобретает актуальное значение. Он требует соответствующей модернизации и совершенствования.

В Украине сущность института конституционных жалоб имеет отличия от института толкования Основного Закона и законов, поскольку определённая разница свойственна цели обращения в единый орган конституционной юрисдикции. Если толкование применяется с целью обеспечения правильного понимания и реализации нормы права, то конституционная жалоба — с целью защиты нарушенных прав и свобод, установленных Основным Законом. Вместе с тем и функция толкования, и функция конституционного контроля осуществляются в рамках защиты прав и свобод человека и гражданина единым органом конституционной юрисдикции [12, с. 55].

Практика деятельности органов конституционной юрисдикции по вопросам защиты конституционных прав и свобод человека и гражданина свидетельствует, что их роль наиболее важна в случаях, если законодательством государства предусмотрено право гражданина на непосредственное обращение в эти органы за защитой своих конституционных прав и свобод. По законодательству Украины, в отличие от законодательства других государств, в частности Российской Федерации, граждане не являются субъектами права на непосредственное обращение в Конституционный Суд по вопросам проверки конституционности законов, иных правовых актов, нарушающих их права и свободы. Сегодня в Украине отсутствует правовой институт индивидуальной конституционной жалобы. Конституция Украины и Закон Украины «О Конституционном Суде Украины» установили лишь правовые возможности для физических и юридических лиц к опосредствованной защите своих прав путем обращения (при определенных условиях) в Конституционный Суд Украины по вопросам официального толкования положений Конституции Украины и Законов Украины, касающихся авторов соответствующих обращений. Следует здесь подчеркнуть, что ст. 94 Закона Украины «О Конституционном Суде Украины» предусматривает в качестве основания для конституционного обращения об официальном толковании Конституции Украины и законов Украины наличие неоднозначного применения положений Конституции Украины или законов Украины судами Украины, другими органами государственной власти, если субъект пра-

ва на конституционное обращение считает, что это может привести или привело к нарушению его конституционных прав и свобод. А значит, отсутствие в материалах конституционного обращения данных о неоднозначном применении судами, другими органами государственной власти положений Конституции Украины или законов Украины является основанием к отказу в открытии конституционного производства по этим обращениям.

Не решают существующую проблему и конституционные представления Президента Украины, не менее сорока пяти народных депутатов Украины, Верховного Суда Украины, Уполномоченного Верховной Рады Украины по правам человека, Верховной Рады Автономной Республики Крым о проверке Судом конституционности законов, иных правовых актов. В. Скомороха отмечает, что полномочия указанных субъектов права на конституционное представление по этому вопросу вытекают из общих начал утверждения и обеспечения прав и свобод человека (ч. 2 ст. 3 Конституции Украины), конкретизированы в ст. 150 Основного Закона, определяющей полномочия Конституционного Суда и круг субъектов права на обращения в Конституционный Суд. Однако такой подход не может решить проблемы в целом [13]. На наш взгляд, учреждение института индивидуальной конституционной жалобы является неотложным обстоятельством, поскольку существующее ограничение сегодня не согласуется с положениями ст. 64 Конституции Украины, а значит, указанные статьи необходимо рассматривать в их тесном единстве и в системной связи. Конституция, как целостный политико-правовой документ, устанавливает правовые границы и ориентиры для законодательства страны, носит системный характер и должна обеспечивать внутреннюю согласованность всех ее статей.

В Российской Федерации ученые-правоведы высказывают различные мнения относительно ограниченного в Конституции Российской Федерации круга субъектов права на конституционное обращение. Е. Абросимова считает, что ч. 4 ст. 125 Конституции Российской Федерации содержит исчерпывающий перечень субъектов, обладающих правом на обращение с запросом (все суды Российской Федерации) и жалобой (все индивидуальные и коллективные частные субъекты права) о нарушении конституционных прав и свобод человека [14]. По мнению И. А. Кравца, положение указанной статьи необходимо рассматривать в системной связи с положениями Федерального конституционного закона «О конституционном Суде Российской Федерации», так как он устанавливает юридические условия, создающие возможность для расширения круга субъектов, обладающих правом жалобы, по сравнению с ч. 4 ст. 125 Конституции Российской Федерации [7, с. 554].

На наш взгляд, конституционные права и свободы человека и гражданина не могут бать ограничены, кроме случаев, предусмотренных Конституцией Украины. Действующая Конституция Украины не ограничивает право граждан по жалобам на нарушение конституционных прав

и свобод с целью проверки конституционности закона, примененного или подлежащего применению в конкретном деле. А значит, институт конституционной жалобы должен также предоставлять возможность гражданину, как субъекту права на обращение в Конституционный Суд Украины обратиться с запросом о проверке конституционности законов, иных правовых актов, нарушающих его права и свободы. С этой целью в Законе Украины «О Конституционном Суде Украины» нужно предусмотреть условия допустимости жалобы. Во-первых, граждане должны обладать правом на обращение в Конституционный Суд в случае, если закон затрагивает их конституционные права и свободы независимо от того, были ли нарушены права гражданина в конкретном деле. Во-вторых, должно быть конкретное дело, рассмотрение которого завершено или начато в суде или ином органе, применяющем закон, независимо от содержания решений, принятых судом по данному делу, и рассмотрено ли оно всеми судебными инстанциями. В данном случае следует учитывать, что конкретный контроль по жалобе гражданина возможен не только по судебному делу, но и если оспариваемый закон применяется другим уполномоченным органом государства или должностным лицом. В-третьих, примененный закон или закон подлежащий применению в конкретном деле может оспариваться только в той части, которая применена или подлежит применению в деле заявителя.

Кроме отмеченных критериев, следует учитывать, что Конституционный Суд в своих решениях может также высказываться о допустимости жалобы, формируя тем самым правовую позицию по данному вопросу. Сегодня такая практика сложилась в Российской Федерации. Например, Конституционный Суд Российской Федерации в Постановлении от 25 апреля 1995 года высказал правовую позицию, согласно которой гражданин вправе обратиться в орган конституционной юстиции, если полагает, что имеет место неопредленнность в вопросе о том, соответствует ли Конституции Российской Федерации затрагивающий его конституционные права и свободы закон [15].

В случае если заявитель просит признать неконституционными положения закона, которые уже были признаны не соответствующими Конституции, Конституционный Суд, отказывая заявителю в рассмотрении его обращения должен указать на невозможность применения этих положений закона, так как они нуждаются в отмене компетентным органом. Однако такое решение для заявителя является положительным, так как оно подтверждает неконституционность поименных к нему положений закона, нарушающих его права и свободы. Примером тому является Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 6 декабря 2001 года, согласно которому жалоба гражданки была признана не подлежащей дальнейшему рассмотрению в заседании Конституционного Суда, так как конституционные вопросы, поставленные в ней, были разрешены в ранее принятом постановлении, которое сохраняет свою силу [16].

Таким образом, считается необходимым дополнить Закон Украины «О Конституционном Суде Украины» статьей, устанавливающей требования к допустимости жалобы от гражданина в Конституционный Суд Украины на нарушение его конституционных прав и свобод законом. Причем необходимо предусмотреть возможность подачи жалобы только при условии, что закон затрагивает конституционные права и свободы граждан и закон применен или подлежит применению в конкретном деле, рассмотрение которого завершено или начато в суде или ином органе, применяющем закон.

По нашему мнению, Закон Украины «О Конституционном Суде Украины» должен также предусматривать право гражданина на обращение в Конституционный Суд Украины с жалобой на неконституционность правоприменительной практики, как это было ранее установлено в Законе РСФСР от 12 июля 1991 года «О Конституционном Суде РСФСР» [17]. Жалоба могла быть подана не только гражданами России, но и иностранцами, лицами без гражданства, которые считали, что их основные права, законные интересы нарушены или не защищены вступившим в законную силу окончательным решением суда, другого государственного органа, должностиного лица. Особым условием рассмотрения дела о конституционности правоприменительной практики было принятие оспариваемого решения в соответствии с обыкновением, но по своему характеру, значению были способны создать обыкновение правоприменительной практики. Н. В. Витрук, не соглашаясь с мнением, что отмеченные требования существенно ограничивали право граждан на конституционную жалобу, считает, что гражданин имел возможность ставить вопрос о проверке конституционности правоприменительной практики, которая могла выходить далеко за рамки закона или складываться вопреки требованиям закона [18, с. 299]. Таким способом гражданин мог получить защиту свого конституционного права, которую сегодня не предоставляет действующий Закон Украины «О Конституционном Суде Украины».

В этой связи необходимо также отметить, что Закон РСФСР от 12 июля 1991 года «О Конституционном Суде РСФСР» имел и существенный недостаток. Так, согласно его положениям признание Конституционным Судом неконституционности правоприменительной практики не означало лишения нормы закона, применного в конкретном деле, юридической силы, ибо данный закон мог быть отменен только законодателем. Конституционный Суд вправе был только приостановить его применение. Однако Постановление Конституционного Суда по жалобе гражданина все же влияло на правоприменительное решение, путем его изменения или отмены, но только при условии прямого указания об этом в решении Конституционного Суда.

Следует также иметь в виду, что обращения в Конституционный Суд на нарушения конституционных прав и свобод граждан могут поступать в виде индивидуальной или коллективной жалобы. Различие между

ними должно заключаться в том, что индивидуальную жалобу вправе направить отдельное лицо, а коллективную направляет группа лиц, каждое из которых обладает правом на подачу жалобы в индивидуальном порядке. Вместе с тем необходимо учитывать, что отдельное лицо, чье конституционное право нарушено, не может выступать от имени группы лиц, в отношении которых отсутствовало конкретное дело, даже если закон затрагивает их конституционные права и свободы. На это обстоятельство обращает также внимание Конституционный Суд Российской Федерации в Постановлении от 24 января 1997 года, отмечая, что коллективная жалоба группы граждан, проживающих в городе Ижевске, связана с применением рассматриваемого закона по конкретному делу не всех граждан, а лиш гражданки С. Б. Крюковой, обратившейся в суд общей юрисдикции в связи с нарушением ее конституцонного права избирать в органы местного самоуправления [19]. Суд пришел к выводу о необходимости прекращения производства по коллективной жалобе, в то время как индивидуальная жалоба была рассмотрена. Нужно также отличать коллективную жалобу от так называемой народной жалобы. По российскому законодательству не следует смешивать коллективную жалобу с народной жалобой. Н. В. Витрук отмечает, что народные жалобы не допускаются в конституционном судопроизводстве России [20, с. 236]. Под народной жалобой понимается конституционная жалоба отельного гражданина в интересах других лиц или группы лиц на нарушение их индивидуальных или коллективных прав [7, с. 552]. А коллективная жалоба в Конституционный Суд должна соответствовать установленным требованиям процедуры конкретного конституционного контроля.

Учитывая изложеное, на наш взгляд, необходимо расширить круг субъектов обращения в Конституционный Суд Украины, дополнив ст. 40 Закона Украины «О Конституционном Суде Украины» новыми субъектами права на конституционное представление. В данной статье следует указать, что правом на конституционное представление по вопросам проверки конституционности законов и других правовых актов Верховной Рады Украины, актов Президента Украины, актов Кабинета Министров Украины, правовых актов Верховной Рады Автономной Республики Крым обладают также иностранные граждане, лица без гражданства и объединения граждан. Кроме этого, в законе необходимо предусмотреть требования относительно представления заявителем документа, подтверждающего применение либо возможность применения обжалуемого закона при разрешении конкретного дела.

Институт индивидуальной конституционной жалобы существует и в некоторых европейских странах (Австрия, Венгрия, Бельгия, Германия). В частности, М. Д. Савенко отмечает, что функциями (предметом) жалоб в Конституционный Суд Испании является: 1) обновление и защита основного права, которое нарушалось нормативным актом, принятым кортесами; 2) обеспечение равной защиты относительно каждого реше-

ния, принятого правительством, исполнительными органами на местах и ведомствами; 3) правовая защита вследствие нарушения органом юстиции конституционного права; 4) защита права относительного отказа от прохождения военной службы (ст. ст. 42, 44 Закона «О Конституционном Суде Испании»). Жалоба в Конституционный Суд также рассматривается как защита гражданина от нарушений его прав государством [21, с. 61—62]. Кроме европейских стран, институт конституционной жалобы существует и в странах Латинской Америки (в частности, в Бразилии), Азии (Киргизстан, Монголия, Сирия, Тайвань, Корея), Африки (Бенин, Маврикий, Сенегал, Судан). Конституционной жалобой индивидуума могут быть обжалованы: а) закон или его отдельные положения (Бразилия, Германия, Испания, Словения и прочие); б) другие нормативные акты (Грузия, Германия); индивидуальные административные акты (Австрия, Швейцария); г) судебные решения [22, с. 78].

Исследование решений и постановлений Конституционного Суда Украины свидетельствует о том, что фактической причиной конституционных обращений в Конституционный Суд Украины является именно ограничение или нарушение конституционных прав и свобод человека и гражданина. А необходимость в официальном толковании Конституции Украины и законов Украины возникает, как правило, в связи с неодинаковым применением одной и той же нормы судами, что приводит к ограничению конституционных прав, в частности — права на обжалование, права собственности, права каждого считаться невиновным в совершении преступления и невозможности быть подверженным уголовному наказанию, пока вина не будет доказана в законном порядке и установлена обвинительным приговором суда, и другие.

Сущность конституционной юрисдикции проявляется в её направленности на достижение правового результата в применении нормоконтроля с позиции главенствования в правовом государстве верховенства права. Конституционный Суд Украины рассматривается в качестве властно-публичного инструмента, способного обеспечить конституционную проверку соблюдения прав граждан, их охрану и защиту с позиции верховенства права [23, с. 4—5]. При рассмотрении дел, которые стали причиной конституционных конфликтов (споров о компетенции) или связаны с защитой конституционных прав и свобод гражданина, руководствуются тем, что правовые позиции должны влиять укреплению конституционной системы и гарантированности понимания прав и свобод лица в целом [23, с. 9]. Задачей Конституционного Суда Украины является гарантирование верховенства Конституции Украины как Основного Закона государства на всей территории Украины (ст. 2 Закона Украины «О Конституционном Суде Украины»).

Учитывая изложенное, следует отметить, что открытие института конституционной жалобы целесообразно в том случае, если его предмет будет касаться нарушений прав и обязанностей человека и гражданина, предусмотренных Конституцией Украины. А значит, предметом консти-

туционной жалобы могут быть споры, связанные с нарушением прав и свобод человека и гражданина.

Следует отметить, что конституционная жалоба, как институт, выступает гарантией развития демократии на основе конституционных принципов и начал, обеспечивает построение правового государства, самостоятельность ветвей власти, в пределах своей компетенции, реализацию прав и свобод человека и гражданина. Она выступает не только способом защиты конституционных прав и свобод человека и гражданина, но и является гарантией конституционного строя государства, поскольку Конституционный Суд принимает решения о нарушении прав и свобод человека и гражданина, охраняемых Конституцией — Основным Законом страны. И поскольку институт конституционной жалобы предназначен для защиты прав и свобод человека и гражданина, в том числе и политических, на наш взгляд, считается целесообразным исключение из компетенции административных судов Украины полномочий по рассмотрению споров, связанных с выборным процессом или процессом по проведению референдума. А. В. Портнов отмечает, что такое право должно быть предоставлено Конституционному Суду Украины, как и право на рассмотрение споров относительно участия в управлении государственными делами, во всеукраинском и местном референдумах, избирать и быть избранным в органы государственной власти и местного самоуправления [12, с. 6].

В теории Конституционного права определяют правовой статус иностранных граждан, лиц без гражданства как самостоятельные категории. Но их правовые статусы формируются на основании правового статуса украинского гражданства (за исключением иностранцев, которые имеют дипломатический статус) и поэтому свидетельствуют о существовании правового статуса лица в целом [10, с. 118]. Из этого следует, что право конституционной жалобы должно быть предоставлено и иностранцам (иностранным гражданам, лицам без гражданства), но только в том случае, когда предметом обращения являются споры о нарушениях прав и свобод человека и гражданина, предусмотренных Конституцией Украины. И хотя иностранцы в Украине обладают практически такими же правами и свободами в Украине, как и граждане Украины, однако между ними имеются некоторые различия в правах. Так иностранцы не могут быть членами политических партий Украины не могут выбирать и быть избранными в органы государственной власти и местного самоуправления, а также участвовать в референдумах. На иностранцев не распространяются общие военные обязанности, они не проходят военную службу в Вооружённых силах Украины и других военных формированиях, образованных в соответствии с законодательством Украины [10, с. 158–160]. Кроме этого, осуществление иностранными гражданами своих прав и свобод не должно препятствовать национальным интересам Украины, правам, свободам и законным интересам её граждан и других лиц, проживающих на территории Украины. Таким образом,

кроме права конституционного обращения в Конституционный Суд Украины по вопросам толкования Конституции и законов Украины, граждане Украины могут иметь право конституционной жалобы, то есть обращения в Конституционный Суд Украины за защитой нарушенных прав и свобод, предусмотренных Основным Законом страны. Таким правом, на наш взгляд, должны обладать также иностранцы (иностранные граждане, лица без гражданства) с учётом установленных Конституцией и действующим законодательством Украины ограничений.

В Российской Федерации правом на обращение в Конституционный Суд с жалобой наряду с гражданами Российской Федерации обладают также иностранные граждане и лица без гражданства, хотя в Конституции Российской Федерации об этом прямо не указывается. Такой подход вытекает из ч. 3 ст. 62 Конституции Российской Федерации, установившей национальный режим для иностранных граждан. Так, согласно данной статье иностранные граждане и лица без гражданства пользуются в Российской Федерации правами и несут обязанности наравне с гражданами Российской Федерации, кроме случаев, установленных федеральным законом или международным договором Российской Федерации. Конституционный Суд Российской Федерации стал придерживаться широкого толкования термина «гражданин», использованного в ч. 4 ст. 125 Конституции Российской Федерации и ст. 96 Федерального Конституционного Закона «О Конституционном Суде Российской Федерации» [24]: в категорию граждан включаются граждане Российской Федерации, иностранные граждане и апатриды.

И хотя отдельные ученые Российской федерации считают, что в ч. 4 ст. 125 Конституции Российской Федерации содержится исчерпывающий перечень субъектов, обладающих правом на обращение с запросом, жалобой [14], на наш взгляд, положения этой статьи необходимо рассматривать в системной связи с положениями Федерального Конституционного Закона «О Конституционном Суде Российской Федерации».

На основании изложенных соображений в отношении расширения круга полномочий граждан и иностранцев через институт конституционной жалобы потребуется внесение изменений в Конституцию Украины, Закон Украины «О Конституционном Суде Украины» и Регламент Конституционного Суда Украины. Часть вторую ст. 147 Конституции Украины необходимо будет изложить в новой редакции: «Конституционный Суд Украины решает вопросы о соответствии законов и других правовых актов Конституции Украины, даёт официальное толкование Конституции Украины и законов Украины, защищает нарушенные права и свободы граждан, иностранных граждан и лиц без гражданства, установленные Конституцией Украины». Аналогичные изменения потребуется внести в Закон Украины «О Конституционном Суде Украины» и Регламент Конституционного Суда Украины.

Литература

1. Лазарев Л. Гражданин и Конституционный Суд / *Л. Лазарев* // Российская Федерация. — 1995. — № 18. — С. 55–57.
2. Тиунов О. И. О решениях Конституционного Суда Российской Федерации в связи с жалобами граждан на нарушение их конституционных прав и свобод / *О. И. Тиунов* // Российский юридический журнал. — 1996. — № 2. — С. 48–62.
3. Овсепян Ж. И. Субъекты права на обращение в Конституционный Суд Российской Федерации / *Ж. И. Овсепян* // Российская юстиция. — 1996. — № 1. — С. 10–12.
4. Лучин В. О. Жалобы граждан в Конституционный Суд Российской Федерации / *В. О. Лучин, О. Н. Доронина*. — М., 1998.
5. Саликов М. С. Конституционно-судебная защита достоинства личности в России / *М. С. Саликов* // Достоинство человека: от философско-правовой идеи к конституционному принципу современного государства : материалы межрегион. науч.-практ. семинара / под ред. В. В. Невинского. — Барнаул, 1999. — С. 83–86.
6. Кравец И. А. Конституционная жалоба в механизме гарантий прав и свобод человека и гражданина в Российской Федерации / *И. А. Кравец* // Проблемы развития и совершенствования российского законодательства : сб. ст. / под ред. В. Ф. Воловича. — Томск. 1999. — Ч. 1. — С. 101–105.
7. Кравец И. А. Российский конституционализм: проблемы становления, развития и осуществления / *И. А. Кравец*. — С.Пб. : Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2004.
8. Конституция України від 28 червня 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 30 ; ...зі змінами, внесеными згідно із Законом № 2222–IV (2222-15) від 8 груд. 2004 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2005. — №2.
9. Про Конституційний Суд України : Закон України від 16 жовт. 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 49. — Ст. 272.
10. Конституційне право України : підруч. для студ. вищ. навч. закл. / за ред. В. С. Журавського. — К. : Ін Юре, 2002.
11. Вступ до українського права / за ред. С. В. Ківалова, Ю. М. Оборотова. — О. : Юрид. л-ра, 2005.
12. Портнов А. В. Правове регулювання конституційного судочинства в Україні: доктрина, суб'єкти і форми конституційного судочинства, створення нових, процесуальних інститутів : монографія / *А. В. Портнов*. — К. : Логос, 2008. — 202 с.
13. Скомороха В. Конституционный Суд Украины: опыт и проблемы [Электронный ресурс] / *В. Скомороха*. — Режим доступа : http://www.concourt.am.
14. Абросимова Е. Проблемы свободного доступа к правосудию в Российской Федерации / *Е. Абросимова* // Конституционное право: восточноевропейское обозрение. — 2001. — № 3. — С. 174.
15. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 25 апреля 1995 года по делу о проверке конституционности частей первой и второй статьи 54 Жилищного кодекса РСФСР // Собрание законодательства Российской Федерации. — 1995. — № 18. — Ст. 1708.
16. Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 6 декабря 2001 года об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданки Денисовой Веры Викторовны на нарушение ее конституционных прав п. 2 статьи 16 Закона Российской Федерации «О сертификации продукции и услуг» // Конституционное правосудие в странах СНГ и Балтии. Даджест. — М., 2002. — № 3. — С. 66–71.
17. О Конституционном Суде РСФСР : Закон РСФСР от 12 июля 1991 года // Ведомости Съезда народных депутатов РСФСР и Верховного Совета РСФСР. — 1991. — № 30. — Ст. 1017.

18. Витрук Н. В. Конституционное правосудие. Судебное конституционное право и процесс : учеб. пособие для вузов / *Н. В. Витрук*. — М. : Закон и право : ЮНИТИ, 1998.
19. О системе органов государственой власти в Удмуртской Республике : постановление от 24 янв. 1997 г. по делу о проверке конституционности Закона Удмуртской Республики от 17 апреля 1996 года // Собрание законодательства РФ. — 1997. — № 5. — Ст. 708.
20. Витрук Н. В. Конституионное правосудие в России (1991–2001 гг.) : очерки теории и практики / *Н. В. Витрук*. — М., 2001.
21. Савенко М. Д. Правовий статус Конституційного Суду України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.02 / *М. Д. Савенко*. — Х., 2001.
22. Эбзеев Б. С. Конституция. Правовое государство. Конституционный суд : учеб. пособие для вузов / *Б. С. Эбзеев*. — М. : Закон и право : ЮНИТИ, 1996.
23. Селіванов А. О. Конституційна юрисдикція: поняття, зміст, принцип верховенства права, правові позиції по справах прав людини і конституційних конфліктів у сфері публічної влади / *А. О. Селіванов*. — К. : Ін Юре, 2008.
24. Федеральный конституционный закон о Конституционном Суде Российской Федерации. — М., 1994.

Аннотация

Григорьев В. А. **Актуализация и правовая регламентация института индивидуальной конституционной жалобы в Украине.** — Статья.

Данная статья посвящена вопросам охраны конституционных прав и свобод человека и гражданина через институт индивидуальной конституционной жалобы. Конституционные права и свободы человека и гражданина, отмечает автор, не могут быть ограничены, кроме случаев, предусмотренных Конституцией Украины. Автор считает, что сегодня, с целью обеспечения подлинной защиты конституционных прав и свобод граждан, на современном этапе становления и развития гражданского общества в Украине, институт конституционных жалоб приобретает актуальное значение, требует четкой правовой регламентации, соответствующего совершенствования и модернизации.

Ключевые слова: институт конституционной жалобы, правовое положение, права и свободы, конституционное обращение, конституционное представление, конституционная юрисдикция, конституционность законов.

Анотація

Григор'єв В. А. **Актуалізація і правова регламентація інституту індивідуальної конституційної скарги в Україні.** — Стаття.

Дана стаття присвячена питанням охорони конституційних прав, і свобод людини і громадянина через інститут індивідуальної конституційної скарги. Конституційні права і свободи людини і громадянина, відзначає автор, не можуть бути обмежені, окрім випадків, передбачених Конституцією України. Автор вважає, що сьогодні, з метою забезпечення справжнього захисту конституційних прав і свобод громадян, на сучасному етапі становлення і розвитку цивільного суспільства в Україні, інститут конституційних скарг набуває актуального значення, вимагає чіткої правової регламентації, відповідного вдосконалення і модернізації.

Ключові слова: інститут конституційної скарги, правове положення, права і свободи, конституційне звернення, конституційна вистава, конституційна юрисдикція, конституційність законів.

Summary

Grigoryev V. A. **Actualization and legal regulation of institute of the individual constitutional complaint in Ukraine.** — Article.

The given article is devoted to the questions of constitutional laws protection and freedom of the person and the citizen through institute of the individual constitutional complaint. As it is marked by the author, constitutional laws and freedom of the person and the citizen, can't be limited, except the cases provided by the Constitution of Ukraine. The author considers that nowadays, for the purpose of maintenance of constitutional laws and freedom of citizens original protection at the present stage of formation and development of a civil society in Ukraine, the institute of the constitutional complaints gets an actual meaning, demands the accurate legal regulation, corresponding perfection and modernization.

Keywords: institute of the constitutional complaint, a legal status, the rights and freedom, the constitutional reference, the constitutional representation, the constitutional jurisdiction, constitutionality of laws.

УДК 341.64

Т. О. Анцупова

ПЕРІОДИЗАЦІЯ ІСТОРІЇ МІЖНАРОДНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПРАВА

Більшість представників сучасної української міжнародно-правової науки погоджуються, що проблема походження й розвитку (періодизації) міжнародного публічного права є однією з найбільш дискусійних. Крім того, це питання ніколи не втратить своєї актуальності тому, що розвиток та вдосконалення міжнародно-правової системи є процесом нескінченим і, із бігом часу, етапи періодизації будуть змінюватись залежно від об'єктивних історичних умов. Тому неможливо раз і назавжди визначитись із питанням періодизації історії міжнародного публічного права. Різноманітність підходів, в першу чергу, існує завдяки існуванню багатьох критеріїв щодо періодизації історії міжнародного публічного права.

Найбільш вдалою спробою періодизації історії міжнародного публічного права, що зроблена сучасними українськими вченими, на нашу думку, є такою:

1. *Епоха локального (регіонального) міжнародного права*, яка включає період розвитку міжнародного права стародавнього світу (Дворіччя і Єгипет, Китай, Індія) та Європейське міжнародне право до 1648 р.

2. *Епоха універсального міжнародного права,* яка включає період вестфальської конфігурації сучасного міжнародного права (1648—1815); період універсального міжнародного права за Головним актом Віденського конгресу 1815 р. (1815—1919); універсальне міжнародне право періоду Ліги Націй (1919—1946); універсальне міжнародне право Організації Об'єднаних Націй (з 1945 р. дотепер) [1, с. 19—20].

У свою чергу, періодизація міжнародного публічного процесуального права є ще більш складним завданням тому, що майже до початку XX століття система норм міжнародного процесуального права не розглядалась як окрема галузь права. Це питання й досі є спірним. Але, ви-

© Т. О. Анцупова, 2010

ділення сукупності міжнародно-правових процесуальних норм в окрему галузь стає все більш реальним напрямом розвитку міжнародно-правової науки.

Дуже довгий час процесуальні норми досліджувалися переважно в рамках галузевих юридичних наук. Проте сьогодні можна констатувати, що уявлення про процесуальне право, юридичний процес як об'єкт загальноправової теорії міцно тримає свої позиції у вітчизняній науковій свідомості.

Як предмет загальної теорії права питання про процесуальне право привернуло увагу учених наприкінці 1960 — початку 1970-х років. У цей період отримала розвиток в загальній теорії права концепція так званого «широкого» розуміння процесуального права. У її витоків стояли П. Е. Недбайло і В. М. Горшенев.

Питання теоретичного аналізу понять «процес» і «процедура» були предметом дослідження деяких видатних вчених радянського і пострадянського періоду. Особливої уваги заслуговують роботи В. М. Горшенева, Ю. І. Мельникова, М. П. Орзіха, Ю. В. Крилова, А. С. Піголкина.

В рамках міжнародного публічного права ця проблема особливо актуальна і малодосліджена.

Боротьба за існування так званого нетрадиційного процесу ведеться вітчизняними ученими впродовж декількох десятиліть. Вітчизняні дослідники адміністративного й конституційного процесу відстояли в юридичній науці право на самостійність цих галузей права.

Незважаючи на те, що більшість підручників з міжнародного публічного права відокремлюють групу процесуальних норм, існування галузі міжнародного процесуального права та її структура все ще залишаються спірними питаннями юридичної науки. Г. В. Ігнатенко та О. І. Тіунов зазначають, що в рамках класифікації норм міжнародного публічного права «застосовується розподіл норм на матеріальні, тобто такі, що встановлюють права і обов'язки учасників правовідносин, і процесуальні, такі, що регламентують організаційно-процедурні аспекти реалізації матеріальних норм (наприклад, порядок діяльності міжнародних органів, судових установ, погоджувальних комісій і тому подібне)» [2, с. 97].

Процесуальні правові норми відіграють вельми важливу роль у забезпеченні оптимальних умов правового регулювання, несуть основне навантаження нормативного способу зміцнення законності, забезпечення прав, свобод і законних інтересів громадян. Очевидно, що сьогодні неможливе тільки за змістом матеріальних галузей права судити про демократичність правової системи.

Перші ознаки міжнародно-процесуальних норм з'явилися із створенням третейських судів.

Третейський суд є одним з найбільш стародавніх способів вирішення суперечок і конфліктних ситуацій, що коли-небудь виникали між державами. Така форма врегулювання розбіжностей існувала ще в державах Стародавнього Сходу, в Стародавній Греції і Стародавньому Римі.

Спроби до вирішення міжнародних суперечок за допомогою рішень, постановлених третіми особами, фізичними або юридичними, зустрічаються ще в старовині. У 486 р. до Р. Х., за свідченням Юстина, Артабан був вибраний третейським суддею в спорі про престолонаслідування між синами Дарія Гистаспа, Ксерксом і Аріамном; індійські князі — в спорі між Кирилом і царем Ассірією. В середні віка третейськими міжнародними суддями були римські папи, імператори, королі, парламенти, юридичні факультети і приватні особи. Примітне рішення папи Боніфація VIII в спорі між англійським королем Едуардом I і французьким — Філіппом Красивим. Випадок цей вважається поворотним пунктом від рішень пап як усесвітніх суддів, до простого третейського розгляду. Боніфацій VIII запросив в 1296 р. обох королів до свого судилища, але отримав від Філіппа Красивого рішучу відмову. Його примусові заходи не досягли мети, і лише, коли папа відмінив їх, король погодився вибрати його третейським суддею, але не як папу, а як приватну особу, Боніфація Гаєтані [3].

Найбільша кількість випадків третейського розгляду доводиться на період XIII—XVI ст. У XVI ст., на початку релігійної боротьби, число випадків третейського розгляду помітно зменшується; у XVII ст., під час самого розпалу цієї боротьби, вони абсолютно виходять з вживання. Ще менш сприятливо було для третейського міжнародного суду XVIII ст., століття крайнього розвитку королівського абсолютизму. Весь цей період третейський суд створюється ad hoc, тобто тільки для «точно зазначеного спора, або точно визначеної низки спорів, що виникають між сторонами» [4, с. 2]. Угода про третейський розгляд украдалась, зазвичай, у письмовій формі, а саме у формі договору, протоколу, декларації, ноти і тому подібне, але іноді і в усній формі (наприклад, Альфонс XII при прийнятті на себе обов'язків третейського судді, доручених йому на підставі компромісу 25 грудня 1880 р. між Коста-Рікою і Колумбією).

У XIX ст. система міжнародних третейських судів отримує певну стабільність принципів устрою та визначеність процедури, що склалися завдяки звичаєвому праву, але стали незмінними та сумлінно повторювались у міждержавних договорах XIX ст. З 1794 по 1899 рр. державами було здійснено 145 звернень до міжнародної третейської юрисдикції.

Система постійних третейських судів є специфічною формою міжнародного процесу XIX ст., вона склалася під впливом історичних умов виникнення американських держав. Розвинулася серед цих держав в кінці XIX ст. і отримала свій найповніший прояв на Гаазькій конференції, яка проводилась за ініціативою російського імператора Миколи II з 18 травня по 29 липня 1899 р. за участю 26 держав [4, с. 6].

Система тимчасових третейських судів є лише первісною формою міжнародного процесу, при постійній системі окремі третейські суди припиняють бути виключенням із загального правила, вони стають нормальним способом вирішення міжнародних спорів і являють собою низку регулярно діючих установ.

Обидві системи діяли у XIX ст. паралельно; але тенденція переходу від тимчасової системи до постійної намітилась наприкінці XIX ст. в результаті укладення Гаазької конвенції про мирні засоби вирішення міжнародних зіткнень 1899 р. Конвенція містила положення про створення міжнародного Постійного суду, який можна вважати прототипом сучасних міжнародних судових установ. Велика була роль Росії не тільки у висуненні ідеї скликання конференції, але і в її проведенні і досягнутих результатах. Її головою був обраний перший представник Росії, російський посол в Лондоні Р. Р. Стааль. По його пропозиції конференція поділилася на три комісії. Третя комісія розглядала можливість створення Постійного міжнародного суду відповідно до запропонованих проектів.

Російський проект конвенції містив такі положення щодо постійної третейської юрисдикції: «у питаннях права, головним чином, у питаннях щодо тлумачення і застосування договорів, третейський суд визнається державами, що підписали Конвенцію як найбільш дійсний і водночас найбільш справедливий засіб вирішення спорів мирним шляхом. Держави зобов'язуються прибігати до третейського суду у зазначених випадках, якщо вони не стосуються ані життєвих інтересів, ані гідності сторін спору. Кожна держава вирішує сама, які випадки повинні вирішуватись у третейському суді, за виключенням випадків, перерахованих у наступній статті, в яких сторони Конвенції визнають третейський суд обов'язковим для себе. Третейський суд визнається обов'язковим у таких випадках, але якщо спір не стосуються ані життєвих інтересів, ані національної гідності сторін спору: I. У випадках незгоди відносно грошових збитків, що понесені державою або її підданими унаслідок недозволених дій або бездіяльності іншої держави, або її підданих. II. У випадках суперечності відносно тлумачення і застосування таких договорів: 1) договорів поштових і телеграфних, залізничних, про підводні кораблі, регламентів стосовно засобів попередження зіткнень суден у відкритому морі, конвенцій відносно судноплавства по міжнародних річках та по міжнародних каналах; 2) конвенцій відносно літературної та художньої власності і промислової власності; конвенцій монетних і метричних, конвенцій санітарних, ветеринарних і про філоксеру; 3) конвенцій про спадщину, про видачу та про взаємну судову допомогу; 4) конвенцій про розмежування, оскільки вони торкаються суто технічних, а не політичних питань. Перелічені випадки можуть бути доповнені наступними угодами між державами, що підписали Конвенцію» [5, с. 255]. На конференції також були представлені англійський та американський проекти угоди про створення Постійного суду. На жаль, російський проект не отримав одноголосного схвалення. Найбільш категоричну відмову від створення Постійного суду з обов'язковою юрисдикцією заявила Німеччина і навіть за умови згоди більшості держав — учасниць конференції проект створення Постійного міжнародного третейського суду з обов'язковою юрисдикцією для держав, що підпи-

сали договір, був відхилений. Натомість, на основі англійського проекту, була створена Постійна палата третейського суду у м. Гаазі, звернення до якої було «бажаним» для держав — сторін Договору.

На другій Гаазькій мирній конференції, яка відбулася у 1907 р. (брали участь 43 держави), серед інших договорів була прийнята Гаазька конвенція про мирне вирішення міжнародних спорів від 18 жовтня 1907 р., яка передбачала створення міжнародних слідчих комісій та ще раз підкреслила бажаність звернення держав до міжнародного третейського суду у випадках, коли спір неможливо владнати дипломатичним шляхом.

Цей етап розвитку міжнародного судового процесу досліджений нами в рамках даної роботи більш ретельно, аніж інші, тому, що, на нашу думку, саме прийняття Гаазьких конвенцій є точкою відліку новітньої історії міжнародного судового процесу, в якому згодом затвердився принцип загальнообов'язкової юрисдикції міжнародних судових установ.

Перший постійно діючий міжнародний судовий орган, обов'язкову юрисдикцію якого визнали 45 держав світу, з'явився лише після Першої світової війни (на основі Статуту Ліги Націй) і отримав назву — Постійна палата міжнародного правосуддя. Ця установа діяла з 1922 по 1946 рр.

Наступним кроком, як відомо, було утворення ООН у 1945 р., і, відповідно, Міжнародного суду ООН у 1946 р.

Міжнародні трибунали, що були утворені після Другої світової війни не мали постійної основи — це Нюрнберзький військовий трибунал (1945—1946) і Токійський військовий трибунал (1946—1948) [6, с. 5].

Такими є історичні факти, на основі яких російський вчений С. Л. Лазарєв спробував скласти періодизацію історії міжнародного арбітражу. Він вважає, що можна виділити чотири етапи історичного розвитку міжнародного арбітражу:

«Перший бере свій початок в глибокій старовині і охоплює період з 4-го тисячоліття до н.е. і по кінець 1-го тисячоліття н.е. У цю епоху арбітражну процедуру для вирішення міждержавних суперечок використовували держави Стародавнього Сходу, Стародавньої Греції і Стародавнього Риму. Третейський розгляд в цей період ще не перетворився на інститут міжнародного права, хоча досить широко застосовувався, особливо у Стародавній Греції.

Другий етап розвитку — арбітражне вирішення спорів у середні віки і в період абсолютизму — охоплює XI—XVIII ст. На початковій стадії цього періоду, під час феодальної роздробленості, активне використання міжнародного арбітражу приводить до того, що він складається в окремий інститут міжнародного права. Під час абсолютизму арбітраж як мирний засіб вирішення міждержавних спорів рідко застосовувався державами на практиці. Причина тому — необмежена влада абсолютної монархії.

Третій етап бере свій початок у період становлення і розвитку буржуазних держав — з кінця XVIII ст., а точніше з Договора Джея

1794 р., між США і Великобританією, й продовжився до кінця XIX ст. Віхою цього періоду є англо-американський третейський суд у так званій Алабамській справі 1872 р., яка мала величезний вплив на подальший розвиток арбітражної теорії і практики. В цей період арбітраж стає характерною рисою мирного вирішення міждержавних спорів.

Четвертий етап розвитку почався з Гаазьких мирних конференцій 1899 і 1907 рр., на яких були прийняті Конвенції про мирне вирішення міжнародних зіткнень, і створення на основі Конвенції 1899 р. Постійної палати третейського суду. Цей етап триває до теперішнього часу. Тут варто виділити декілька проміжних етапів. Перший — з 1899 р. і до моменту утворення в рамках Ліги Націй у 1922 р. Постійної палати міжнародного правосуддя. В цей період Постійна палата третейського суду була основним інструментом арбітражного вирішення спорів, крім діяльності арбітражних судів ad hoc. Другий проміжний етап продовжився до моменту створення у 1945 р. ООН і Міжнародного Суду як головного судового органу Об'єднаних Націй. Зараз йде третій проміжний етап, нижня межа якого датується 1945 р.» [7, с. 6].

Сучасну систему міжнародних судових органів можна представити як сукупність міжнародних судових установ універсального і регіонального рівня з загальною або спеціальною юрисдикцією, що діють на постійній або регулярній основі. Серед них найвідоміші: Міжнародний суд ООН, Постійна палата третейського суду, Європейський суд з прав людини, Суд Європейського Союзу, Суд з примирення та арбітражу Організації з безпеки та співробітництва в Європі, Міжнародний трибунал з морського права, Економічний суд Співдружності незалежних держав, Міжнародний морський і річковий суд при міжнародній асоціації судновласників Чорноморського басейну, Міжнародний кримінальний суд, Міжнародні трибунали по колишній Югославії і Руанді та деякі інші.

Інститут міжнародного третейського розгляду заклав основи сучасного міжнародного судового процесу, і сьогодні інститут міжнародного судового процесу є найбільш розвиненим в галузі міжнародного процесуального права. Завдяки системі міжнародного судочинства міжнародний правопорядок набуває більшої стабільності, реалізується принцип верховенства права у міжнародних відносинах. Однак, якщо додержуватись широкого розуміння міжнародного процесуального права, то необхідно зауважити, що паралельно із міжнародним судовим процесом розвиваються і інші його інститути (процедурні аспекти діяльності міжнародних організацій, міжнародна правотворчість, міжнародний моніторинг зобов'язань держав, імплементація міжнародних договорів і т.д.).

Незважаючи на те, що вже наприкінці XIX сторіччя з'явилися наукові праці про доцільність виділення міжнародного процесуального права в окрему галузь, міжнародне публічне право більше сторіччя розвивалось як матеріальне право, основне призначення якого було закріплення взаємних зобов'язань держав на договірній основі.

У 1997 році в своїй монографії «Норми міжнародного права» профе-

сор І. І. Лукашук писав: «У міжнародному праві процесуальні норми поки не виділені в особливу галузь. Вони переплітаються з матеріальними нормами як в загальній системі права, так і в конкретних міжнародно-правових актах. Є підстави вважати, що поступово в міжнародному праві утворюється галузь процесуального права» [8, с. 186–187].

Через 13 років можна підтвердити справедливість даного твердження. А це означає, що формування нової галузі права — процес довгий, еволюційний.

Насамкінець спробуємо визначити основні етапи розвитку міжнародного процесуального права.

Певне ускладнення у дослідженні становлення та розвитку міжнародного процесуального права викликає невизначеність у міжнародно-правовій доктрині щодо поняття цієї галузі права та її структури.

Важливо враховувати, що в основі визначення даного поняття має бути розподіл міжнародного процесуального права на приватне і публічне. Предметом нашого дослідження є міжнародне публічне процесуальне право. Система міжнародного приватного процесуального права вже значною мірою склалася. Її найбільш розвиненим інститутом є міжнародний цивільний процес. Існує значна кількість зарубіжних та вітчизняних наукових робіт у галузі міжнародного цивільного процесу [9].

Історію розвитку міжнародного публічного процесуального права можна умовно розділити на чотири основні періоди:

1. Епоха зародження міжнародного публічного процесуального права (від IV ст. до н.е. до XIII ст. н.е.).

2. Від XIII ст. до 1899 р., у якому була створена Постійна палата третейського суду.

3. Від 1899 р. до утворення Ліги Націй та Постійної палати міжнародного правосуддя (1922 р.)

4. Новітня історія формування міжнародного процесуального права включає два етапи:

— від утворення Ліги Націй та Постійної палати міжнародного правосуддя (1922 р.) до утворення ООН та Міжнародного суду ООН (1945 р.)

— від утворення ООН до наших днів. У цей період створення міжнародних міжурядових організацій універсального та регіонального рівня на основі єдиних для всього світового співтовариства принципів міжнародного публічного права дозволили сформуватись таким інститутам міжнародного публічного процесуального права, як: міжнародна правотворчість, міжнародний моніторинговий процес, процесуальні аспекти діяльності міжнародних організацій (порядок прийняття та виключення із складу організацій, правила процедури статутних органів міжнародних організацій та ін). Для цього періоду характерною рисою є відокремлення системи норм Міжнародного публічного процесуального права в окрему галузь права.

Насамкінець необхідно зазначити, що періодизація історії становлення та розвитку міжнародного права відрізняється від періодизації історії становлення та розвитку міжнародного процесуального права. Міжнародне публічне процесуальне право, як галузь права, формується із значним запізненням по відношенню до галузі міжнародного публічного права. Тому й основні віхи його формування не збігаються із віхами формування міжнародного публічного права. Однак необхідно зауважити, що значний спільний поштовх розвитку для цих галузей права було надано після закінчення Першої та Другої світових війн.

Література

1. Дмітрієв А. І. Історія міжнародного права / *А. І. Дмітрієв, Ю. А. Дмітрієва, О. В. Задорожній*. — К. : Вид. дім «Промені», 2008. — 384 с.
2. Международное право : учеб. для вузов / отв. ред.: Г. В. Игнатенко, О. И. Тиунов. — М. : Изд. группа НОРМА — ИНФА–М, 1999. — 584 с.
3. Немировский М. Третейский международный суд / *М. Немировский* // Энциклопедический словарь Ф. А. Брокгауза и И. А. Ефрона : в 86 т. с иллюстрациями и дополнительными материалами. — С.Пб., 1890–1907 [Электронный ресурс]. — Режим доступа : http://www.vehi.net/brokgauz/index.html.
4. Голубев Н. Н. Международные третейские суды XIX века : очерки теории и практики / *Н. Н. Голубев*. — М. : Университет. тип., 1903. — 312 с.
5. Международное право в систематическом изложении. — Пер. 6-го нем. изд. / под ред. и с доп. В. Э. Грабаря. — Юрьев (Дерпт) : Тип. К. Маттисена, 1917. — 657 с.
6. Міжнародне судочинство / кол. авт. ; за ред. Ю. С. Шемшученка. — К. : Юрид. думка, 2009. — 260 с.
7. Лазарев С. Л. Арбитражное разрешение межгосударственных споров : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.10 / *С. Л. Лазарев*. — М., 1990. — 257 с.
8. Лукашук И. И. Нормы международного права в международной нормативной системе / *И. И. Лукашук*. — М. : Спарк, 1997. — 371 с.
9. Лунц Л. А. Курс международного частного права: Международный гражданский процесс / *Л. А. Лунц, Н. И. Малышева*. — М. : Юрид. лит., 1976 ; Штефан М. Й. Цивільний процес / *М. Й. Штефан*. — К. : Ін Юре, 1997 ; Шак Х. Международное гражданское процессуальное право / *Х. Шак*. — М. : Бек, 2001 — 560 с.

Анотація

Анцупова Т. О. **Періодизація історії міжнародного процесуального права.** — Стаття.

У статті досліджується проблема походження й розвитку міжнародного публічного процесуального права. Здійснено спробу періодизації міжнародного публічного процесуального права та проведено паралель з періодизацією міжнародного публічного матеріального права. Впродовж здійснення дослідження автор додержується широкого розуміння міжнародного процесуального права, окреслює основні його інститути, серед яких окремо виділяє інститут міжнародного судового процесу.

Ключові слова: міжнародне процесуальне право, періодизація, міжнародний судовий процес, міжнародний арбітраж, міжнародні організації, історія міжнародного права.

Аннотация

Анцупова Т. А. **Периодизация истории международного процессуального права.** — Статья.

В статье исследуется проблема происхождения и развития международного публичного процессуального права. Осуществлена попытка периодизации международного публичного процессуального права и проведена параллель с периодизацией международного публичного материального права. На протяжении исследования автор придерживается широкого понимания международного процессуального права, очерчивает основные его институты, среди которых отдельно выделяет институт международного судебного процесса.

Ключевые слова: международное процессуальное право, периодизация, международный судебный процесс, международный арбитраж, международные организации, история международного права.

Summary

Antsupova T. A. **Division into the periods of history of international adjective law.** — Article.

The problem of origin and development of international public adjective law is probed in the article. The attempt of division into the periods of international public adjective law is carried out and a parallel is conducted with a division into the periods of international public substantive law. During research an author adheres to the wide understanding of international adjective law, outlines his basic institutes among which separately selects the institute of international trial.

Keywords: international adjective law, division into periods, international trial, international arbitration, international organizations, history of international law.

УДК 341.3

Т. Р. Короткий

ДЕМОКРАТИЗАЦИЯ МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА

Международное право подвержено в своей эволюции общим тенденциям развития цивилизации — гуманизации [11; 12], демократизации и закреплению принципа господства (верховенства) права [10; 13]. Причем эти процессы в международном праве происходят уже после их распространения во внутригосударственных правовых системах [13, с. 5]. Такая тенденция наиболее характерна и для демократизации, доминирование которой на внутригосударственном уровне стало визитной карточкой XX века.

Говоря о демократизации международного права, на наш взгляд, следует выделить следующие аспекты этого процесса: закрепление в международном праве принципов и норм, содержащих либерально-демократические ценности; развитие международно-правовых механизмов, обеспечивающих становление, поддержание и развитие демократических институтов в государствах и препятствующих возникновению и существованию недемократических режимов; демократизацию самого международного права в контексте правил и процедур, связанных с нормотворчеством и правореализацией [16; 17].

1. До XX века ни одно государство не было демократическим (либерально-демократическим) с точки зрения наличия всей совокупности признаков, присущих демократическому режиму. Только XX век характеризуется действительно качественными и количественными изменениями в отношении развития демократических институтов и режимов, соответствующих либеральной модели. Поэтому демократизация международного права охватывает процессы эволюции международного права в XX веке.

В XX веке выделяют несколько волн демократизации политических режимов. Поражение стран с авторитарными монархическими режимами (Германская, Австро-Венгерская и Оттоманская империи) в Первой мировой войне стимулировало первую волну развития идеи демократии.

© Т. Р. Короткий, 2010

Вторая волна связана с поражением нацистской Германии и Японии во Второй мировой войне [3]. Третья волна глобального распространения демократии началась после окончания «холодной войны».

Доминирование во время второй волны демократизации либеральной модели демократии, по нашему мнению, напрямую связано с итогами Второй мировой войны [14]. Именно после Второй мировой войны получила наибольшее распространение модель либеральной демократии. К числу причин распространения этой модели следует отнести и внешнее воздействие (от навязывания, как это происходило в отношении Германии и Японии, до экономического стимулирования в виде Плана Маршалла), социально-экономические факторы и, несомненно, распространение либерально-демократических ценностей. Причем существовали параллельные и взаимно стимулирующие процессы. С одной стороны, эти ценности воспринимаются значительным числом государств (полностью или частично, реально или формально, с закреплением на внутригосударственном уровне или приверженностью им только на международной арене), с другой, что является отражением первой, — закрепляются в международном праве и оказывают воздействие на возникновение новых демократий.

Таким образом, демократизация международного права прежде всего связана с распространением либерально-демократических ценностей, которые после Второй мировой войны приобрели универсальный характер путем закрепления в международных стандартах. Речь идет о международных стандартах прав человека, свободе доступа к информации и гарантиях политической оппозиции, которые становятся неотъемлемой частью международных соглашений. И в этом, на наш взгляд, прямая связь между развитием демократических режимов и закреплением в международном праве указанных стандартов, его гуманизацией [11; 12], которые стали прямым последствием победы Объединенных Наций во Второй мировой войне, создания ООН, с закреплением базовых положений либерально-демократических ценностей в Уставе ООН и в дальнейшем во Всеобщей декларации прав человека 1948 г., Пактах о правах человека 1966 г. и многих других документах.

Вторая волна демократизации также совпала с начавшимся процессом деколонизации бывших колоний и полуколоний. За этот период были установлены демократические формы правления в таких странах, как Индия, Нигерия, Филиппины, Шри-Ланка и т. д. [4]. И в этом прослеживается связь с международно-правовым закреплением принципа права наций и народов на самоопределение в качестве основного принципа международного права, возникшего после Второй мировой войны, как условия, необходимого для демократизации колоний.

Следовательно демократизация международного права проявляется в императивном закреплении международных стандартов прав человека (а все либерально-демократические ценности сводятся в том или ином виде к ним) и создании набора инструментов, применимых в случае

нарушения этих стандартов прав человека, что, на наш взгляд, и является важнейшим результатом развития цивилизации, отображенным в международном праве, изменяющим его сущность и, несомненно, обеспечивающим доминирование демократии как перспективного политического режима.

2. Демократизацию международного права можно представить как перенос признаков, присущих демократии как политическому режиму, вовне, в международные (международно-правовые) отношения.

В государствах либеральной демократии взаимоотношения ее субъектов — личности, общества, государства (власти) — регулируются правовыми нормами поведения, законами, традициями и прецедентами, всеми или значительным большинством, признаваемыми в качестве необходимых для того, чтобы избежать гоббсианской «войны всех против всех», и потому исполняемыми. И свои отношения с другими странами развитые демократии стремятся строить на подобной же основе [5].

Обеспечение международного правопорядка возможно только на основе наличия и имплементации международно-правовых правил и норм, принятых в рамках всеобщего консенсуса. Чем ближе по ценностям друг к другу государства, тем легче им находить консенсус относительно международно-правового регулирования и механизмов разрешения споров мирными и демократическими средствами, закрепленными в Уставе ООН, резолюциях ГА ООН, документах ОБСЕ и т. д. В этом во многом залог развития прогрессивного развития и укрепления международного правопорядка, реальное воплощение в международном праве принципа господства права, неразрывно связанного с процессами демократизации международного права.

Проявлением этого процесса в международном праве является возникновение принципа демократии (демократизма), с одной стороны, имеющего значение для развития комплекса основных принципов и их содержания, а с другой — выступающего в качестве самостоятельного принципа международного сообщества [17, с. 3—4]. Обосновывая существование принципа демократии в международном праве, И. И. Лукашук среди его основных элементов называет права человека, демократический механизм принятия решений, верховенство права [17, с. 3—4]. Во втором значении говорит о демократизации самого международного права М. Е. Черкес [20, с. 26, 30].

3. Демократизация как процесс развития социальных систем приобрела новый потенциал в условиях глобализации. Именно глобализация привела к усилению взаимовлияния социальных процессов различных государств и их проявлению на международном уровне.

Глобализация приводит к отрицанию тоталитарных и авторитарных режимов, их неконкурентоспособности как в политической, так и в экономической сферах, выталкиванию их на обочину мирового развития в силу качеств, имманентно им присущих. Тоталитарные и многие авто-

ритарные режимы, не терпящие социально-политической конкуренции как внутри страны, так и, при имеющихся возможностях (наличие значительных запасов природных ресурсов), за ее пределами, объективно стремятся к унификации внешнего мира по своему образу и подобию, что вступает в противоречие с самой сущностью глобализации. В противоположность авторитарному либерально-демократический режим имеет тенденцию рассматривать внешний мир как сферу неизбежных компромиссов национальных интересов различных государств, равноправного их взаимодействия, что в большей степени соответствует глобальному миру. Современное международное право формировалось именно на этих принципах, воплощением которых стали основные принципы международного права.

К причинам закрепления принципа демократии в международном праве И. И. Лукашук относит глобализацию [17, с. 5—6], которая в значительной степени способствовала закреплению гуманистических начал в современном международном праве. Всеобщий, универсальный характер международно-правовых актов в области прав человека, их всеобщее непреходящее значение для всего человечества, независимо от неучастия в них отдельных государств, связаны именно с процессами глобализации.

4. Рассматривая проблему места принципа демократии в системе принципов международного права, следует отметить, что, по нашему мнению, этот принцип по своим характеристикам ближе не к основным принципам международного права (хотя и влияет на их функционирование, и в то же время входит в состав принципа уважения прав человека), а к общим принципам права, присущим как внутригосударственным правовым системам, так и международной правовой системе. Об этом свидетельствует указание И. И. Лукашука о том, что «действие принципа демократии распространяется на внутригосударственную сферу»; «принцип демократии требует, чтобы международный и внутренние правопорядки опирались на общие демократические принципы» [17, с. 7]. Таким образом, принцип демократизма скорее следует отнести к общим принципам права, в его содержании в наибольшей степени проявляется формула «общие принципы права, признанные цивилизованными нациями». Фактически, с определенной степенью допущения, можно поставить знак равенства между понятием «цивилизованные нации» и «демократические государства». Этот тезис подтверждает мнение классика теории государства и права С. С. Алексеева, который к «праву цивилизованных народов» относит юридические системы, которые уже состоялись как «демократические» и «правовые», включая соблюдение прав человека [1, с. 205].

5. Достаточно часто демократизацию международного права связывают с закреплением принципа уважения прав человека и развитием соответствующих международно-правовых механизмов его защиты. Однако не только принцип уважения прав человека отражает демократиза-

цию современного международного права. Нельзя не учитывать процесс становления и развития содержания и других основных принципов международного права. Прежде всего речь должна идти о принципе суверенного равенства, принципе, который приобрел всеобщее значение после Второй мировой войны. Этот принцип закрепляет **равенство всех** суверенных субъектов — государств, наличие у них суверенных прав и обязанностей, имманентно им присущих, вне зависимости от экономического, политического, военного, ресурсного потенциала. Как видим, все это очень схоже с неотчуждаемыми правами и свободами личности, составляющими основу либеральной демократии. Подобную аналогию можно провести и с другими принципами международного права — принципом невмешательства во внутренние дела, территориальной целостностью, неприкосновенностью границ. Таким образом, можно сделать вывод о том, что общей тенденций развития цивилизации (оговоримся — на данном этапе) является демократизация социальных институтов — на уровне как отдельных социальных групп, государственных институтов, так и международного сообщества в целом.

6. Демократизация международного права нашла отражение и в демократизации международного правотворчества. Как указывает И. И. Лукашук, процесс международного правотворчества в современном международном праве демократизирован, поскольку в нем принимают участие все заинтересованные государства [18, с. 81].

Эта тенденция присуща как созданию договорных норм, так и обычно-правовых. Причем для последних влияние демократизации международного права ощущается в значительной степени. Во-первых, это связано с феноменом общего международного права, которое создается и изменяется общими усилиями субъектов международного права, международным сообществом в целом и распространяет свое действие на всех субъектов, на все государства и международные организации.

Как указывает И. И. Лукашук, именно общее международное право опирается на презумпцию универсальности действия его норм, поскольку является правом международного сообщества в целом. В международном сообществе, как и в любой иной демократической социальной системе, обнаруживается тенденция к росту роли представительного большинства, которое при формировании норм обычного права представляет основные политические системы и континенты [18, с. 86]. Во-вторых, это возникновение второго типа обычных норм — норм, которые формируются либо в договорах, либо в резолюциях международных организаций и конференций, сам процесс нормотворчества в которых демократизирован.

О демократизации свидетельствует выделение принципа равноправия в качестве главного политико-правового принципа международного правотворчества. Его содержанием является признание юридического равенства всех субъектов-участников международного правотворческого процесса [2, с. 416].

7. Свидетельством демократизации международного права является рост международно-правового сознания и, как следствие, возрастание роли общественности в международном правотворчестве. Причем этот процесс взаимный — увеличивается восприимчивость международных институций и международного права в целом к влиянию извне, влиянию общественности, что отражается как в определенных институциональных формах участия в международном правотворчестве, так и в международно-правовых нормах. Например, об этом свидетельствует представительство неправительственных организаций в международных межправительственных организациях, участие в деятельности международных конференций, разработка этими организациями проектов международных договоров.

О значительном влиянии общественности на развитие международного права, на становление его целых направлений и отраслей свидетельствуют: история становления права Женевы, роль в этом процессе МККК и лично Анри Дюнана; восприятие международным правом идей запрета войны, развитие мирных средств разрешения споров, роль в этих процессах пацифистского движения и лично Берты фон Зуттнер; процессы объединения в Европе, возникновение наиболее успешной формы интеграции, роль в этом процессе панъевропейского движения и лично Ричарда Куденхове-Каллерги; инициатива и разработка проектов Европейской конвенции о защите прав и основных свобод человека на основе проектов, подготовленных известными общественными деятелями П.-А. Тейтженом и Д. Максвеллом-Файфом; возникновение и развитие международного права окружающей среды.

В области разработки соглашений по защите прав человека европейский опыт был подхвачен общественными организациями. Значительное количество региональных международно-правовых актов в области прав человека приняты при непосредственном участии общественных организаций. В рамках ООН при подготовке и обсуждении международных документов по правам человека приглашаются представители широкой общественности, национальных общественных объединений и международных неправительственных организаций [2, с. 425].

Общественность активно влияет не только на международную правотворческую деятельность в области прав человека, международного гуманитарного права и международного права окружающей среды, но и международного экономического права, международного трудового права, международного сотрудничества по борьбе с преступностью [2, с. 425].

8. Общей тенденцией развития международных отношений современности является практически полное исключение войн из арсенала средств разрешения конфликтов между демократическими государствами. В период между двумя мировыми войнами фактически не было войн между государствами, достигшими определенного уровня развития и утверждения демократии. Хотя между ними часто возникали конфлик-

ты, противоречия, нередко весьма напряженные, и тогда их отношения вступали в полосу кризиса, но войны происходили либо между государствами, представлявшими тоталитарные или авторитарные режимы, либо между ними и странами либеральной демократии. Эта отличительная черта демократических государств получила дальнейшее подтверждение и наибольшее развитие после Второй мировой войны [5].

На эту тенденцию развития современных международных отношений обращают внимание как политологи, так и политики. Известный американский политолог К. Стрейт в 1939 г. подчеркивал: «Ни одна из этих демократий в последние 100 лет не воевала друг с другом» [30, p. 10]. Б. Клинтон не раз заявлял, что согласен с утверждением: «Демократии редко, если вообще, воюют друг с другом» [23, p. 2]. В статье «Выборные правительства — фактор мира» Дин Бабст утверждал, что с 1789 по 1941 г. не было ни одной войны между независимыми государствами, которые возглавлялись «выборными правительствами» [21]. По подсчетам исследователей Арвида Ранкеруда и Ховарда Эгре в период с 1840 по 1992 г. вероятность возникновения конфликта между двумя отдельно взятыми странами, имеющими демократическую форму правления, была на 57 % ниже, чем между двумя странами, где одна имеет демократический режим, а другая авторитарный, и на 35 % ниже, чем вероятность возникновения военного противостояния между двумя авторитарными странами [25].

Готовность более широко и последовательно придерживаться в своих взаимоотношениях определенных норм, а не силы, проявляют, прежде всего, государства, разделяющие ценности либеральной демократии. Поэтому между ними в первую очередь складывается нормативная система международных отношений, исключающая использование военной силы друг против друга. Они создают специфическую зону, группу государств, использующих в отношениях между собой эти общие нормы и ценности. Эти ценности воплощены в нормах международного права и имплементируются демократическими государствами.

В ряде случаев подобное видение ситуации становится концептуальной основой международного курса отдельных государств. Так, американские исследователи Х. Фарбер и Дж. Гоуа отмечали: нынешняя администрация США исходит из того, что «внешняя политика демократий формулируется иначе, чем другими государствами. Наиболее впечатляющий среди ее базовых принципов — осознание, что демократические государства крайне редко, если вообще, ведут войны против других демократических стран» [30, p. 10]. Таким образом, происходит взаимное влияние международного и внутригосударственного права, перетекание базовых принципов первоначально из внутригосударственной сферы в международную после Первой, и особенно Второй, мировой войны и дальнейшее восприятие этих принципов новыми демократиями. Фактически обеспечивается достижение главной цели международного права — обеспечение международного мира и безопасности, последова-

тельное воплощение принципов Устава ООН и достижение международного правопорядка.

9. Расширение зоны мира и сужение зоны нестабильности, силовых решений, военных конфликтов и войн отвечают интересам международной безопасности. Таким образом, расширение зоны мира фактически означает, во-первых, увеличение числа государств либеральной демократии, во-вторых, неизбежность при этом широкомасштабного процесса демократизации, в-третьих, сокращение числа государств, готовых воевать друг с другом [5]. Эта закономерность отражается в концепции «демократического мира» [15].

Ее возникновение и развитие связано с предположением М. Хааса, что отношения между демократическими странами менее конфликтны, чем между недемократическими [24]. Позднее эту гипотезу, со своей стороны, подтвердил М. Салливэн. Опираясь на обширную базу, которую составили результаты подсчетов различных конфликтных ситуаций, он пришел к выводу, что «в большинстве случаев открытые системы как в долгосрочном, так и в краткосрочном плане в меньшей степени бывают вовлечены в конфликты... чем закрытые» [26, p. 11].

Наиболее глубоко концепция «демократического мира» была разработана в пятитомном исследовании Р. Руммеля «Понимание конфликта и войны». В последних двух томах речь идет конкретно о взаимосвязи между демократией и войной [27]. В дальнейшем, в 1983 г., на основе анализа степени конфликтности между государствами в период с 1976 по 1980 г. Р. Руммель сделал следующие выводы: либертарные государства не осуществляют насилия по отношению друг к другу; и чем больше либертарно государство, тем ниже уровень генерируемого им насилия независимо от того, с каким государством оно имеет дело [28, p. 27—71].

Государства, исключающие агрессию одного по отношению к другому, образуют зону мира, которая постоянно расширяется. По подсчетам американских профессоров М. Зингера и А. Вилдавски, сделанным еще в 1995 г., в эту зону мира уже в качестве полноправных участников входят 22 государства либеральной демократии с общим населением в 820 млн человек. Помимо них в резерве этой зоны мира или на подходе к ней (согласно оценке тех же авторов) находится еще 77 государств, отнесенных к категории утверждающейся демократии, с населением 2 млрд человек. То есть всего в этой орбите насчитывается 99 стран, в которых проживает 2,8 млрд человек [29, p. 135—142].

В этой тенденции прослеживается взаимосвязь между национальным и международным правопорядком. По мнению представителя британской школы международных отношений Хэдли Булла, в условиях анархической внешней среды мировой порядок может быть установлен лишь в том случае, если международное сообщество перерастет в международное общество, которое должно стать продолжением внутреннего, национального правопорядка во внешней среде. Для этого надо, чтобы государства в своих взаимоотношениях, в своем поведении на междуна-

родной арене руководствовались теми же принципами, которым они следуют внутри своего общества, принципам либеральной демократии. То есть принципы функционирования демократического общества должны быть имплантированы в международную среду, стать общим внутренним и внешним правом. Государства на мировой арене должны подчиняться международным нормам, постоянно ощущая неотвратимость наказания, если они будут нарушать их. По мнению Х. Булла, международное общество создает ситуацию, когда соблюдение норм международного права более выгодно, чем их нарушение [22].

10. Олицетворением демократизации международного права является развитие и совершенствование системы мирного разрешения споров, которая является гарантией неприменения силы или ее угрозы в международных отношениях и символизирует демократические способы разрешения противоречий между государствами. И в этом ведущая роль принадлежит ООН, в рамках которой функционирует разветвленная система органов по разрешению споров.

Речь идет о международных судах и арбитражах, прежде всего о Международном суде ООН, развитии системы специализированных судов, например Международном трибунале по морскому праву, Органе по разрешению споров ВТО, Арбитраже по Приложению VII и Специальном арбитраже по Приложению VIII Конвенции ООН по морскому праву и многих других. В Декларации тысячелетия Организации Объединенных Наций, утвержденной Генеральной Ассамблей ООН 8 сентября 2000 г., указано, что ООН преисполнена решимости укреплять уважение к принципу верховенства права «и в частности обеспечивать выполнение государствами-членами решений Международного Суда во исполнение Устава ООН по любым делам, сторонами которых они являются» (абз. 2 п. 9); укреплять Международный Суд с тем, чтобы обеспечить правосудие и верховенство права в международных делах» [6]. В этом отношении целесообразно принятие всеми государствами обязательной юрисдикции Международного Суда ООН в области прав человека, расширение круга субъектов-участников споров в Международном Суде ООН в отношении международных межправительственных организаций и другие меры, направленные на повышение роли Международного Суда ООН [7, с. 16]. Следует отметить, что эта система была создана после Второй мировой войны и базировалась на принципах осуществления правосудия, присущих либерально-демократическим государствам.

Обеспечение международного правопорядка неразрывно связано с реализацией в международных отношениях принципа господства права. Основным проявлением господства права в международном праве должно быть торжество права в международных отношениях, неукоснительное соблюдение норм международного права во всех аспектах деятельности государств [13]. По мнению Р. А. Каламкаряна, первоначальное императивное условие господства права в международном праве — осознание всеми государствами и их руководством необходимости мир-

ного урегулирования конфликтов интересов на справедливой основе [7, с. 13—14].

Развитие системы международной уголовной юстиции является важнейшим элементом обеспечения международного правопорядка. Речь идет о международных судах и трибуналах в сфере уголовной юстиции — Международном военном трибунале; Токийском военном трибунале; Международном уголовном трибунале для судебного преследования лиц, ответственных за серьезные нарушения международного гуманитарного права, совершенные на территории бывшей Югославии с 1991 г.; Международном уголовном трибунале по Руанде для судебного преследования лиц, ответственных за геноцид и другие серьезные нарушения международного гуманитарного права, совершенные на территории Руанды, и граждан Руанды, ответственных за геноцид и другие подобные нарушения, совершенные на территории соседних государств в период с 1 января по 31 декабря 1994 г. Несомненно, венцом этой системы стало создание Международного уголовного суда. Значение этих органов состоит в приоритетном для международного права закреплении, воплощении и реализации на международном уровне неотъемлемых прав и свобод человека [10, с. 336—345].

В связи с этим важное значение имеет создание смешанных (гибридных) трибуналов и интернационализированных судов: специальных судебных палат по серьезным преступлениям в Тиморе-Лешти (2000); смешанных судебных коллегий в Косово (2000); Специального суда по Сьерра-Леоне (2002); Судебной палаты по расследованию военных преступлений в Боснии и Герцеговине (2005); Чрезвычайных судебных палат в Камбодже (2006); Специального трибунала по Ливану (2007) [8, с. 3—5]. Эти суды отражают современную тенденцию развития системы международного уголовного правосудия и позволяют компенсировать несовершенство национального правосудия [9; 11].

11. Немаловажным механизмом в процессе демократизации международного права и одновременно его проявлением стали современные международные организации, т. к. одним из проявлений демократизации международного права является построение и функционирование международных организаций на основе демократических процедур — в отношении членства, принятия решений, внутреннего права. И тон в этом задает Организация Объеденных Наций, чье возникновение именно в таком формате и на основе демократических принципов является прямым следствием Второй мировой войны.

Краеугольные основы современного международного правопорядка, отражающие демократические принципы, закреплены в Уставе ООН. Его особенностью является воплощение общих интересов международного сообщества в целом, интересов, присущих всем государствам, и возможность реализовывать национальные интересы посредством системы мирного сосуществования государств с различным общественным, экономическим и политическим строем. И если ранее речь шла о госу-

дарствах прежде всего с различным социально-экономическим строем [19], то в настоящее время можно говорить о демократических и недемократических государствах, развитых и развивающихся государствах.

В завершение исследования следует отметить тесную взаимосвязь между международным правом и демократией: именно в международном праве закреплены демократические ценности, и оно способствует развитию демократии; с другой стороны, именно демократические государства в наибольшей степени обеспечивают реализацию международного права.

Литература

1. Алексеев С. С. Право на пороге нового тысячелетия: Некоторые тенденции мирового правового развития — надежда и драма современной эпохи / *С. С. Алексеев*. — М. : Статут, 2000.
2. Буткевич В. Г. Міжнародне право. Основи теорії : підручник / *В. Г. Буткевич, В. В. Мицик, О. В. Задорожній* ; за ред. В. Г. Буткевича. — К. : Либідь, 2002.
3. Война за демократию [Электронный ресурс]. — Режим доступа : http://www.agentura.ru/press/about/jointprojects/washprofile/warfordemocracy/
4. Грачев М. Н. Демократия: методология исследования, анализ перспектив [Электронный ресурс] / *М. Н. Грачев, А. С. Мадатов*. — М. : АЛКИГАММА, 2004. — Режим доступа : http://grachev62.narod.ru/gm/chapt04.htm.
5. Давыдов Ю. П. Демократия, демократизация и проблемы войны и мира [Электронный ресурс] / *Ю. П. Давыдов*. — Режим доступа : http://www.iskran.ru/russ/mag/davidov1.html.
6. Док. ООН Р/55/2/2000.
7. Каламкарян Р. А. Господство права как юридический феномен в системе современного международного права / *Р. А. Каламкарян* // Юрист-международник. — 2005. — № 5. — С. 16.
8. Каюмова А. Р. Смешанные (гибридные) уголовные трибуналы и интернационализированные суды в системе международной уголовной юстиции : учеб. пособие / *А. Р. Каюмова*. — Казань, 2008.
9. Короткий Т. Р. Структура явища гуманізації міжнародного права / *Т. Р. Короткий* // Актуальні проблеми політики : зб. наук. пр. — О. : Фенікс, 2008. — Вип. 34. — С. 108—115.
10. Короткий Т. Р. Принцип панування права серед принципів сучасного міжнародного правопорядку / *Т. Р. Короткий* // Актуальні проблеми політики : зб. наук. пр. — О. : Фенікс, 2008. — Вип. 35. — С. 336—345.
11. Короткий Т. Р. Гуманизация международного права / *Т. Р. Короткий* // Наукові праці Одеської національної юридичної академії. — О. : Юрид. л-ра, 2008. — Т. 7. — С. 170—182.
12. Короткий Т. Р. Гуманизация международного права: попытка системного анализа / *Т. Р. Короткий* // Российский ежегодник международного права, 2008. — С.Пб. : СКФ «Россия-Нева», 2009. — Спец. вып. — С. 111—123.
13. Короткий Т. Р. Господство права как принцип функционирования международной правовой системы / *Т. Р. Короткий* // Бюллетень Владикавказского института управления. — 2009. — № 31. — С. 5—19.
14. Короткий Т. Р. Демократия и международное право: взаимосвязь и взаимовлияние / *Т. Р. Короткий* // Розбудова демократичного суспільства після Нюрнберзького трибуналу : міжнар. конф. Одеса, 22—23 жовт. 2010 р. : [матеріали]. — О. : Фенікс, 2010. — С. 52—62.

15. Кулагин В. «Демократический мир» как альтернатива мирового развития [Электронный ресурс] / *В. Кулагин*. — Режим доступа : yandex.ua/yandsearch?text.
16. Лукашук И. И. Принцип демократии в международном праве / *И. И. Лукашук* / / Московский журнал международного права. — Дек. 1998. — Спец. вып. — С. 50–72.
17. Лукашук И. И. Демократия — принцип международного сообщества XXI столетия / *И. И. Лукашук* // Государство и право на рубеже веков. Международное право : Всерос. конф. (Москва, 2000) : [материалы]. — М., 2000. — С. 3–10.
18. Лукашук И. И. Международное право. Общая часть : учебник / *И. И. Лукашук*. — 2-е изд., перераб. и доп. — М. : БЕК, 2001.
19. Мовчан А. П. Вклад ООН в укрепление международного правопорядка. К 40-летию ООН / *А. П. Мовчан* // Правоведение. — 1985. — № 6. — С. 21–24.
20. Черкес М. Ю. Міжнародне право : підручник / *М. Ю. Черкес*. — 5-те вид., випр. і допов. — К. : Знання, 2006.
21. Babst D. Elective Goverments — A Force for Peace / *D. Babst* // The Wisconsian Sociologist. — 1964. — Vol. 3, N 1. — P. 9–14.
22. Bull H. The Anarchical Society. A Study of Order in World Politics / *H. Bull*. — 2nd ed. — N.Y., 1995.
23. Clinton W. Confronting the Challenge of Broader World / *W. Clinton* // Dispatch. — 1993. — N 39. — P. 2.
24. Haas M. Societal Approaches to the Study of War / *M. Haas* // Journal of Peace Research. — 1965. — Vol. 2, N 4. — P. 307–323.
25. Raknerud Arvid. The Hazard of War / *Arvid Raknerud, Havard Hegre* // Reassessing the Evidence for the Democratic Peace, 1997.
26. Ray J. L. Democracy and International Conflict / *J. L. Ray*. — South Carolina, 1995.
27. Rummel R. J. Understanding Conflict and War / *R. J. Rummel*. — Los Angeles, 1979. — Vol. 4 : War, Power and Peace; 1981. — Vol. 5 : Just Peace.
28. Rummel R. J. Libertarianism and International Violence / *R. J. Rummel* // Journal of Conflict Resolution. — 1983. — Vol. 27, N 1. — P. 27–71.
29. Singer M. The Real World Order / *M. Singer, A. Wildavsky* // Chatham (N.J.). — 1996. — P. 135–142.
30. Streit C. Union Now. Proposal for an Atlantic Federal Union of the Free / *C. Streit*. — 2nd ed. — N.Y., 1976.

Анотація

Короткий Т. Р. **Демократизація міжнародного права.** — Стаття.

Стаття присвячена розгляду процесів демократизації міжнародного права, становлення принципу демократії в міжнародно-правовій системі. Досліджуються питання закріплення в міжнародному праві принципів та норм, які містять ліберально-демократичні цінності; розвиток міжнародно-правових механізмів, які забезпечують становлення, підтримання та розвиток демократичних інститутів у державах і які перешкоджають виникненню та існуванню недемократичних режимів; демократизація процедур міжнародної правотворчості та правореалізації.

Ключові слова: міжнародне право, демократизація, міжнародна правотворчість, права людини, концепція «демократичного миру».

Аннотация

Короткий Т. Р. **Демократизация международного права.** — Статья.

В статье рассматриваются процессы демократизации международного права, становления принципа демократии в международно-правовой системе. Исследуются вопросы

закрепления в международном праве принципов и норм, содержащих либерально-демократические ценности; развитие международно-правовых механизмов, обеспечивающих становление, поддержание и развитие демократических институтов в государствах и препятствующих возникновению и существованию недемократических режимов; демократизация процедур международного нормотворчества и правореализации.

Ключевые слова: международное право, демократизация, международное правотворчество, права человека, концепция «демократического мира».

Summary

Korotkyi T. R. **Democratization of international law.** — Article.

The article deals with the processes of democratization of international law, the establishment of democracy in the international legal system. Aside from that in the article explores the issues embodied in international law principles and norms containing liberal-democratic values, the development of international legal mechanisms for the establishment, maintenance and development of democratic institutions in the states and prevention of emergence and existence of undemocratic regimes, democratization of international rule-making procedures and enforcement of norms.

Keywords: international law, democratization, international law-making, human rights, the concept of «democratic peace».

УДК 342.97:348.328

Є. Є. Додіна

ПИТАННЯ ПОВЕРНЕННЯ КУЛЬТОВОГО МАЙНА РЕЛІГІЙНИМ ОРГАНІЗАЦІЯМ

Постановка теми. Вивчення питань адміністративно-правового регулювання повернення релігійним організаціям їх колишнього майна, законодавчого процессу щодо адміністративно-правового забезпечення цієї діяльності, узагальнення світового досвіду.

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. Друзенко, Ю. Решетніков, М. Новиченко.

Завдання цієї статті полягає у вивченні питань адміністративно-правового регулювання повернення релігійним організаціям їх колишнього майна та визначення механізмів вирішення зазначеної проблеми.

Важливою складовою демократичних надбань в Україні є неухильне дотримання основоположних принципів свободи совісті. Держава послідовно реалізує курс утвердження релігійного плюралізму, відновлення духовних цінностей, гармонізуються державно-конфесійні відносини. Демократичні зміни в Україні пов'язані з набуттям Україною незалежності і прийняттям Конституції [1]. Прийнятий у 1991 році Закон України «Про свободу совісті і релігійні організації» [2] став значним кроком забезпечення прав людини у релігійній сфері.

© Є. Є. Додіна, 2010

Повернення церкві її колишнього майна є пріоритетним напрямком державно-церковної політики незалежної України. Із самого початку існування незалежної Української держави перед нею постало питання відновлення історичної справедливості перед церквами та релігійними організаціями, зокрема повернення їм колишнього церковного майна, в свій час експроприйованого радянською владою. Слід підкреслити, що Українська держава добровільно поставила перед собою завдання щодо повернення колишньої церковної власності, з огляду на те, що формально вона не є правонаступником Радянського Союзу, державні органи якого й були задіяні у вилученні на користь держави вказаного майна. Не викликає сумнівів, що незавершеність повернення колишнього церковного майна негативно впливає на темпи кількісного і якісного зростання суспільно значимого служіння релігійних організацій. Водночас слід відзначити, що усі посткомуністичні країни Східної та Центральної Європи, які на сьогодні в основному успішно пройшли даний процес, вирішували вказане питання не один рік, зокрема поступово напрацьовуючи нормативу базу. Так, наприклад, угорський уряд підписав окремі угоди із чотирма історичними церквами і двома релігійними спільнотами стосовно обсягів повернення відібраного у них майна. Урядова комісія та представники церков також погодилися стосовно грошової компенсації за майно, яке з тих чи інших причин не може бути повернутим. Саме ці угоди стали підґрунтям Закону про компенсації, ухваленого угорським парламентом 1991 року. Планується, що до 2011 року держава виплатить 166,8 мільйона доларів за майно, яке не може бути з тих чи інших причин повернуто.

У Польщі було оголошено термін, впродовж якого католицька церква мала можливість апелювати стосовно повернення конфіскованого майна. Зокрема, державні органи розглянули 2640 із 3060 апеляцій, 1336 з них визнані справедливими і такими, які належить виконати; 900 мають бути додатково розглянуті і 536 відхилено. Так само термін для подачі апеляцій було встановлено для лютеранської церкви та іудейської громади.

У Румунії релігійні організації подали урядові 7568 заяв на поверненню вилученого у них майна. На даний час процес повернення церковної власності є достатньо динамічним. При цьому було встановлено, що будівлі, які нажали церквам, а зараз зайняті школами, музеями, лікарнями, лишатимуться до 2007 року у їхньому користуванні, але користувачі платитимуть церквам.

У Словаччині католицькій церкві вже повернуто більше половини відчуженого в неї майна, хоча кількість нерозглянутих справ залишається значною, у багатьох випадках церкві доводиться чи доведеться судитися з нинішніми власниками церковного майна.

У Чехії доповнення 1994 року до Закону про реституцію 1991 року передбачає, що церквам буде повернуто не тільки майно, відчужене після 1948 року, але й те майно, яке було відібране у них між 1938

і 1945 роками. Одночасно створено Урядовий фонд розміром 11,7 мільйона доларів для компенсації за те майно, яке фізично вже не може бути повернутим.

Водночас слід зазначити, що не в усіх східноєвропейських країнах реституція церковного майна відбувається так послідовно. Скажімо, у Хорватії католицька церква дотепер отримала не більше 70 відсотків майна, яке було відібране. В Албанії парламент лише ухвалив Закон про реституцію, який, однак, на думку європейських експертів, є достатньо суперечливим і вимагає доопрацювання [3, с. 6].

Аналізуючи проекти законів України «Про повернення культових будівель релігійним організаціям» необхідно звернутись до аналогічних законів, які були прийняті у пострадянських країнах.

Так, у Польщі було прийнято Закон Польської Народної Республіки № 156 від 23 червня 1971 року «Про перехід до юридичних осіб римсько-католицької церкви та інших церков і релігійних об'єднань окремих об'єктів нерухомості, що знаходяться на західних та північних землях.

Згідно із зазначеним Законом об'єкти нерухомості, чи їх частини, що знаходяться в державній власності, розташовані на західних та північних землях, що на день 1 січня 1971 року знаходились у виключному та фактичному володінні юридичних осіб римсько-католицької церкви та інших церков і релігійних об'єднань, безоплатно переходять цим юридичним особам. Перехід власності наступає в силу права з дня набрання законної сили закону та не обтяжується податками та оплатами. Фактична передача об'єктів нерухомості відбувається за рішенням відповідного органу в справах релігій при обласній раді народних депутатів (Народної Ради м. Вроцлава). Реєстрація права власності в єдиному реєстрі нерухомості відбувається безоплатно. Керівник апарату у справах релігій зобов'язаний розробити докладні інструкції, які забезпечать виконання цього Закону. Рада Міністрів до 31 грудня 1973 року може безоплатно передати у власність юридичних осіб римсько-католицької церкви та інших церков та релігійних об'єднань об'єкти нерухомого майна, їх частину, що знаходяться у власності держави на території західних та північних земель, якщо це необхідно для забезпечення діяльності релігійних організацій. Рада Міністрів може звільнити юридичні особи, перераховані в ст. податків та оплат, пов'язаних з переходом власності та оплат за внесення до державного реєстру нерухомості. Рада Міністрів своїм розпорядженням по відношенню до юридичних осіб, духовних осіб та працівників культу на території західних та північних земель повинна визначити принципи та порядок скасування заборгованості перед державою, яка виникла на підставі договірного користування або винагородження за користування земельними ділянками, на які не були укладені договори оренди будинків та квартир до набрання законної сили цим законом та надання податкових пільг або дотацій у зв'язку з виконаними оплатами [4, с. 42].

При розробці законодавства про повернення церкві її колишнього

майна в Україні вочевидь необхідно враховувати як реальну поліконфесійність українського суспільства, на відміну від деяких наших європейських сусідів, так і те, що саме майнове питання є чи не найбільш конфліктогенним у контексті міжконфесійних відносин. Розробляючи відповідне законодавство, необхідно максимально мінімізувати можливість загострення міжконфесійних відносин, а не спровокувати її [5].

Сприяння Української держави спрямоване на розвиток церкви та її суспільно значущої діяльності, концентрується на зміцненні церковної інфраструктури, здатної самозабезпечувати церкву всім необхідним для її нормальної життєдіяльності, тому одним з пріоритетів державної політики щодо релігії і церкви залишаються питання повернення релігійним організаціям реквізованого в минулому церковного майна (храмів, молитовних будинків, адміністративних, монастирських, навчальних та інших церковних приміщень). Інтенсивний зріст кількості церковних об'єднань значно випереджає можливості їхнього матеріального та майнового забезпечення. Це породжує напругу в релігійному середовищі, невдоволення віруючих, їхні скарги в різні інстанції щодо фактів неуваги і формалізму у цій справі з боку місцевих органів влади. Майнові суперечки в деяких населених пунктах призводять до гострого протистояння між релігійними громадами, порушення громадського правопорядку. В цій ситуації держава докладає зусиль щодо повернення церкві колишніх культових споруд і майна та сприяє релігійним організаціям у будівництві нових храмів. З огляду на це, доцільно всебічно розглянути питання церковного майна, відчуженого від церкви, і дати юридично обґрунтований висновок, що має бути повернуто негайно, що слід повернути в найближчій і більш віддаленій перспективі, а що передати взагалі не видається можливим [6].

Відповідно до Інформаційного звіту Державного комітету України у справах національностей та релігій «Про стан і тенденції розвитку релігійної ситуації та державно-конфесійних відносин в Україні» релігійна мережа в Україні станом на 1 січня 2010 р. представлена 55 віросповідними напрямками, в межах яких діє 35 184 релігійних організації (на 719 більше проти минулого року), в тому числі 33 773 релігійних громади, 85 центрів та 265 управлінь, 439 монастирів, 347 місій, 76 братств, 199 духовних навчальних закладів, 12 758 недільних шкіл. Справами церкви в Україні опікується 30 516 священнослужителів. Зростає видання церковних друкованих засобів масової інформації, нині їх кількість становить 377 одиниць. Для богослужінь релігійні організації використовують 22 787 культових та пристосованих під молитовні споруд [6].

Повернення церквам та релігійним організаціям культових будівель, що використовувалися не за призначенням, церковного майна, а також активне будівництво культових споруд дозволило значною мірою пом'якшити проблему недостатньої кількості молитовних приміщень. Про поліпшення ситуації свідчить неухильне скорочення кількості так званих «гарячих точок» — населених пунктів, де відбуваються міжконфесійні

конфлікти на майновому підґрунті. Так, зокрема, в 1990 році таких населених пунктів було 1318 одиниць, 1991-му — 977, 1994-му — 600, 1997-му — 446, 2000-му — 258, 2003-му — 54, 2006-му — 78 одиниць. На сьогодні протистояння у цьому секторі все більше зосереджується на досить невеликій кількості культових споруд, які є національним надбанням. Суттєво сприяли цьому процесу і зусилля місцевої влади та регіональних бізнесових еліт. За безпосередньої участі місцевої влади та регіональних бізнесових еліт, а також залучення позабюджетних коштів впродовж 1992–2006 років було збудовано 4900 культових споруд. Водночас за цей відтинок часу держава повернула віруючим у власність та користування 3,6 тисячі споруд культового призначення, а також понад 15 тисяч предметів церковного вжитку [7, с. 2].

Члени Всеукраїнської ради церков і релігійних організацій консолідовано висловлюються щодо необхідності подальшого законодавчого забезпечення свободи совісті в Україні. Це стосується удосконалення законодавчої бази щодо релігії і церкви, яка, на їхню думку, має передбачати таку послідовність: 1) прийняття на законодавчому рівні Концепції державно-конфесійних відносин в Україні; 2) розробку та прийняття Закону України «Про повернення майна культового призначення релігійним організаціям»; 3) прийняття нової редакції Закону України «Про свободу совісті та релігійні організації». Паралельно із цим має продовжуватися робота, пов'язана із внесенням змін до ряду нормативно-правових актів, які мають пряме відношення стосовно практичних аспектів діяльності релігійних організацій. Це, в першу чергу, питання: запровадження заборони на приватизацію, продаж, відчуження в інший спосіб культових та інших будівель. Водночас було наголошено, що внесення змін у чинну законодавчу базу в галузі свободи совісті можливе за наявності діалогу між суб'єктами законодавчого процесу (Кабінет Міністрів України, Верховна Рада України) і Всеукраїнської ради церков і релігійних організацій. Саме практичний аспект зазначеного діалогу визначатиме як сам законодавчий процес, так і зміни, які будуть вноситися до чинного законодавства. На думку релігійних організацій, виконання цього завдання актуалізує, в першу чергу, потребу вдосконалення правового механізму повернення (передачі) релігійним організаціям культових споруд. У процесі пошуку шляхів та механізмів поновлення майнових прав релігійних організацій необхідно виходити з принципу правонаступності та спадковості церковної власності. Водночас розв'язання цієї проблеми значно ускладнюється розколами і міжцерковним протистоянням, зокрема, у православ'ї. Така ситуація заважає справедливому визначенню законного власника тих чи інших церковних споруд. Відтак саме майнове питання продовжує виступати одним із джерел конфліктності в релігійному середовищі та у відносинах церкви і держави.

Одним із шляхів розв'язання цієї проблеми може бути розробка механізмів матеріальної компенсації релігійним організаціям за реквіза-

цію їхнього майна. Проте в умовах економічної кризи ця проблема належним чином не може бути розв'язана. Компенсація, як пропонують деякі фахівці, могла би здійснюватися у різних формах: робіт або послуг з реставрації, відновлення храмів та інших культових приміщень, предметів культу, грошових субсидій, надання виробничих і житлових приміщень, виділення земельних ділянок під будівництво храмів тощо.

Із метою кращого врахування інтересів сторін, церкви і держави, питання реституції церковного майна має вирішуватися поетапно. На першому етапі слід повернути у власність релігійних організацій ті культові споруди і церковне майно, що не є пам'ятками історії та культури, які не використовуються ні державою, ні церквою і не спричиняють спорів та конфліктів ні між релігійними організаціями, ні між ними і державою.

На другому етапі слід вжити заходів для повернення усіх (за невеликим, обумовленим Кабміном, винятком) культових об'єктів, які належали релігійним організаціям, у тому числі й тих, що становлять історико-культурну цінність, за умови неухильного виконання вимог законодавства щодо їх використання та утримання. Причому ті об'єкти, які є культурними пам'ятками, слід передавати церквам лише у безоплатне користування. Це дозволить державним органам впливати на діяльність релігійної інституції у випадку грубого порушення чинного законодавства щодо догляду й утримання пам'ятки культури. Зокрема, релігійна організація може бути попереджена про припинення договору безоплатного користування культовою будівлею і, у випадку ігнорування вимог відповідних держустанов, впродовж місяця вимушена буде звільнити таку будівлю [8].

На початок 2010 року забезпеченість релігійних організацій України культовими спорудами становить 71,3 відсотка. В конфесійному розрізі маємо таке: Закарпатська реформаторська церква — 89,9 %, УПЦ МП — 85,3 %, Римо-католицька церква — 91,1 %, УГКЦ — 78,1 %, Всеукраїнський Союз об'єднань євангельських християн-баптистів — 68,7 %, Всеукраїнський Союз церков християн євангельської віри — п'ятдесятників — 70,9 %, УПЦ КП — 65,3 %, УАПЦ — 62,1 %, іудейські спільноти — 49,6 %, мусульманські організації — 55,7%. За роки незалежності релігійним організаціям повернуто у власність та користування біля 4 тисяч культових споруд. Впродовж 1992–2009 років збудовано їх 5,7 тисячі (лише в 2009 році — 251). У стадії будівництва нині більше 2400 культових споруд. На приміщення, які можуть бути Фондом держмайна передані релігійним організаціям (а таких 316), претендують УПЦ МП (87), РКЦУ (66), УПЦ КП (12), УГКЦ (49), іудейські спільноти (17). Значна частина колишніх культових споруд перебуває в комунальній власності [9, с. 44].

20 серпня 2010 р. був оприлюднений для громадського обговорення доопрацьований проект Закону «Про повернення культових будівль ре-

лігійним організаціям», розроблений Державним комітетом України у справах національностей та релігій [10].

У преамбулі визначено, що зазначений Закон України повинен регулювати правові та організаційні засади повернення у власність релігійним організаціям культових будівель з метою відновлення порушених тоталітарною політикою колишнього Союзу РСР прав церков і релігійних організацій, яким належали ці будівлі до їх переходу у власність держави.

Об'єктами, що підлягають поверненню згідно із цим Законом, є культові будівлі, їх комплекси, які були вилучені у релігійних організацій у державну власність, збереглися і можуть бути їм повернуті. Під культовими будівлями у цьому Законі розуміються будівлі, спеціально призначені для проведення богослужінь, релігійних обрядів, церемоній та забезпечення інших видів релігійної практики відповідно до внутрішніх настанов організації. Під комплексами культових будівель в цьому Законі розуміються топографічно визначені сукупності окремих або поєднаних між собою культових будівель, споруд, а також інших об'єктів, необхідних для забезпечення релігійної практики організації відповідно до її внутрішніх настанов. Не можуть бути визнані культовими будівлями приміщення, що пристосовані для проживання священнослужителів, будівлі духовних навчальних закладів, споруди соціальної сфери, якщо вони не є невід'ємною частиною культової будівлі, її комплексу і не розташовані на земельній ділянці, яка необхідна для обслуговування цієї споруди або безпосередньо межує з нею. Об'єкти, що підлягають поверненню згідно із цим Законом та знаходяться в державній або комунальній власності, повертаються у власність релігійній організації у такому технічному стані, в якому вони перебували на момент подання клопотання про повернення. Власнику об'єкта, що підлягає поверненню згідно із цим Законом, забороняється вживати будь-які дії, які можуть призвести до погіршення технічного стану об'єкта повернення, а також забороняється вчиняти будь-які юридичні дії, пов'язані з його відчуженням стороннім особам, з моменту подання клопотання про повернення суб'єктом, який має право на повернення культових будівель згідно з цим Законом. З моменту подання клопотання про повернення державна реєстрація прав на майно, яке відповідно до цього Закону підлягає поверненню у власність релігійним організаціям, зупиняється. Ухвалені рішення органів державної влади чи місцевого самоврядування та укладені ними правочини відносно об'єктів повернення з порушенням вимог цієї статті є недійсними з моменту ухвалення рішення чи вчинення правочину. Культові будівлі, їх комплекси, в яких на час розгляду питання щодо їх повернення розташовані навчальні заклади, заклади культури чи охорони здоров'я, заклади для дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, наукові установи, повертаються релігійним організаціям тільки після надання зазначеним закладам приміщень для їх розміщення у порядку, встановленому законодавством. Повернення у власність релігійним організаціям культових будівель, їх комплексів,

що є пам'ятками культурної спадщини, здійснюється за погодженням з відповідним органом охорони культурної спадщини та за умови укладення майбутнім власником попереднього договору про укладення охоронного договору на об'єкт повернення, який є пам'яткою культурної спадщини (далі — попередній договір), з визначенням його істотних умов щодо забезпечення режиму збереження і використання, у тому числі із зазначенням робіт, які майбутній власник зобов'язується провести на об'єкті повернення з метою утримання його в належному стані. Відмова релігійної організації укласти попередній договір є підставою для відмови у поверненні їй відповідної культової будівлі, її комплексу.

У законопроекті визначено, які культові будівлі та їх комплекси не підлягають поверненню у власність релігійним організаціям, якщо вони є визначними пам'ятками культурної спадщини, відчуження або передача яких у постійне користування обмежується актами законодавства України; чи були раніше повернуті релігійним організаціям та у подальшому відчужені ними добровільно, або перебувають на території військових частин, військових навчальних закладів, установ та організацій Збройних сил України та інших військових формувань України, установ пенітенціарної системи, а також інших режимних об'єктів чи об'єктів з особливим режимом допуску або перебування. Передача земельної ділянки, на якій розташована культова будівля, її комплекс, щодо якої відповідно до цього Закону прийнято рішення про повернення, здійснюється відповідно до Земельного кодексу України. Суб'єктами, які мають право на повернення культових будівель, їх комплексів згідно з цим законопроектом, є релігійні організації, статути (положення) яких зареєстровані у встановленому законом порядку. Право на повернення культових будівель, їх комплексів мають релігійні організації, які можуть документально підтвердити, що відповідні об'єкти до моменту їх переходу у власність держави належали їм або релігійним організаціям, правонаступниками яких вони є, на праві власності. Спір щодо правонаступництва на культові будівлі, їх комплекси, які збереглися, вирішується у судовому порядку. У разі відсутності власників та їх правонаступників, які подали клопотання про повернення культової будівлі, її комплексу, суб'єкти звернення, які на законних підставах користуються відповідною культовою будівлею, її комплексом мають право отримати у власність таку будівлю, її комплекс. У випадку неможливості жодною з релігійних організацій документально підтвердити своє право на об'єкт повернення під час розгляду питання про повернення культової будівлі, її комплексу може бути врахований принцип релігійного (віросповідного) наступництва, за умови, що статут релігійної організації, яка звернулась з відповідним клопотанням, зареєстрований у встановленому законом порядку до 12 січня 1994 року.

Питання про повернення релігійній організації культової будівлі, її комплексу повинно бути розглянуто відповідним органом державної влади або органом місцевого самоврядування у строк, що не перевищує

трьох місяців з дня надходження висновку уповноваженого центрального органу виконавчої влади з питань світогляду та віросповідань. Про ухвалене рішення стосовно повернення чи відмови у поверненні культової будівлі, її комплексу орган, що ухвалив таке рішення, протягом місяця інформує уповноважений центральний орган виконавчої влади з питань світогляду та віросповідань. Рішення про повернення культової будівлі, її комплексу є документом, який є підставою для державної реєстрації права власності на нерухоме майно. Строк повернення релігійній організації культових будівель, їх комплексів, які на час звернення з клопотанням про їх повернення є вільними або перебувають у користуванні релігійної організації, що звернулась із клопотанням, не може перевищувати одного року з дня прийняття рішення про повернення культової будівлі, її комплексу. В інших випадках строк повернення культових будівель, їх комплексів установлюється органами державної влади, уповноваженими управляти відповідним державним майном, або органами місцевого самоврядування, у власності яких знаходиться майно, але не більше п'яти років з дня прийняття рішення про повернення культової будівлі, її комплексу. Порядок передачі культових будівель, їх комплексів, що належать до державної власності, встановлюється Кабінетом Міністрів України. Рішення про повернення або про відмову в поверненні культових будівель, їх комплексів релігійним організаціям може бути оскаржене у судовому порядку. Релігійні організації, яким передано у власність культові будівлі, їх комплекси, які є пам'ятками культурної спадщини, забезпечують збереження і використання цих будівель з дотриманням вимог законодавства про охорону культурної спадщини. За порушення цих вимог настає відповідальність згідно із законами України.

Висновки. Прийняття Закону України «Про повернення культових будівель релігійним організаціям» є необхідною умовою вирішення проблеми повернення культового майна релігійним організаціям. Разом з тим слід зазначити, що кожен проект Закону України «Про повернення культового майна релігійним організаціям» передбачав можливість судового оскарження рішень посадових органів до суду. Розгляд зазначених адміністративно-правових спорів здійснюють на основі відповідних нормативно-правових актів, які закріплюють порядок розгляду скарг на неправомірні дії або бездіяльність органів і посадових осіб, що порушують права й законні інтереси громадян, релігійної організації.

Література

1. Конституція України : прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 черв. 1996 р. //Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 30. — Ст. 141.
2. Про свободу совісті та релігійні організації : Закон України від 23 квіт. 1991 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1991. — № 25. — Ст. 28.
3. Дудар Н. Закони про свободу совісті в України та країнах колишнього СРСР / *Н. Дудар* // Людина і світ. — 2002. — № 6.

4. Збірник наукових матеріалів. Реституції церковного майна: міжнародний та вітчизняний досвід. — К., 2007.
5. Решетніков Ю. Питання забезпечення процесу повернення колишнього церковного майна в Україні [Електронний ресурс] / *Ю. Решетніков*. — Режим доступу : http://www.risu.org.ua/ua/index/expert_thought/analytic/18877/
6. Про стан і тенденції розвитку релігійної ситуації та державно-конфесійних відносин в Україні за 2009 рік : інформ. звіт Державного комітету України у справах національностей та релігій. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://orthodoxy.org.ua/tn/node/3841.
7. Про стан і тенденції розвитку релігійної ситуації та державно-церковних відносин : інформ. звіт Державного комітету України у справах релігій. — К., 2004.
8. Питання законодавчого забезпечення свободи совісті членами Всеукраїнської ради церков і релігійних організацій [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://old.risu.org.ua/ukr/resourses/otherresourses/informzvit/
9. Релігійна панорама : інформ.-аналіт. журн. — 2010. — № 2 (112).
10. Про повернення культових будівль релігійним організаціям : проект Закону України від 20 серп. 2010 р., розроблений Державним комітетом України у справах національностей та релігій та оприлюднений для громадського обговорення [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://www.irs.in.ua/index.php?option=com_content&view=article&id=705%3A1&catid=41%3Apl&Itemid=68&lang=uk.

Анотація

Додіна Є. Є. **Питання повернення культового майна релігійним організаціям.** — Стаття.

Стаття присвячена розгляду питань адміністративно-правового регулювання повернення релігійним організаціям їх колишнього майна, законодавчого процессу щодо адміністративно-правового забезпечення цієї діяльності, узагальнення світового досвіду.

Ключові слова: державно-конфесійні відносини, релігійні організації, адміністративно-правове регулювання, культове майно, культові будівлі.

Аннотация

Додина Е. Е. **Вопросы возвращения культового имущества религиозным организациям.** — Статья.

В статье рассматриваются вопросы административно-правового регулирования возвращения религиозным организациям их бывшего имущества, законодательного процесса административно-правового обеспечения этой деятельности, обобщение мирового опыта.

Ключевые слова: государственно-конфессиональные отношения, религиозные организации, административно-правовое регулирование, культовое имущество, культовые сооружения.

Summary

Dodina I. I. **The Questions of Returning of Religious Property to Religious Organizations.** — Article.

The article is devoted the questions of the administrative-legal adjusting of returning to religious organizations their former property, legislative process of the administrative-legal providing of this activity, generalization of world experience are examined in the article.

Keywords: state-confession relations, religious organizations, administrative-legal adjusting, cult property, cult buildings.

УДК 340.12:396.2

Н. В. Аніщук

СИСТЕМА ГЕНДЕРНОГО ПРАВА: ПОНЯТТЯ ТА ОСНОВНІ СТРУКТУРНІ ЕЛЕМЕНТИ

Постановка проблеми. На сучасному етапі розвитку правової системи України триває процес формування гендерного права — нової комплексної галузі права, що складається із правових норм та інститутів, якими встановлюються засоби забезпечення рівності прав людини незалежно від статі, а також передбачаються межі допустимих відмінностей у правах залежно від статі. Оскільки гендерне право тільки перебуває на стадії становлення на сьогодні залишаються недослідженими ряд проблем теоретичного характеру, зокрема тих, що пов'язані із окресленням питання щодо здійснення аналізу системи гендерного права. Дана обставина вимагає пошуку наукових шляхів щодо теоретичного обґрунтування системи гендерного права: розкриття її поняття та основних структурних елементів, виявлення їх класифікації.

Аналіз дослідження проблеми. На сьогодні українські правознавці не приділяють пріоритетної уваги висвітленню гендерної проблематики в цілому, зокрема, у тій частині, що стосується обраної теми, яка ще не стала об'єктом спеціальних досліджень в юриспруденції. Віддаючи належне науковим дослідженням вітчизняних учених-гендеристів Н. Болотіної, О. Дашковської, Л. Кормич, К. Левченко, Н. Леонтьєвої, Т. Мельник, Н. Оніщенко, О. Руднєвої та ін., слід зазначити, що поставлена проблема досі залишається малодослідженою в юридичній науці. Оскільки нинішній етап становлення гендерного права в Україні вимагає дедалі більш глибокого аналізу теоретичних і практичних аспектів гендерної проблематики, цей фактор обумовив вибір теми статті, яка в комплексному її вигляді раніше не вивчалась і не відстежувалась.

Мета статті полягає у висвітленні тих теоретичних проблем, що мають місце на сучасному етапі становлення системи гендерного права у контексті вивчення його норм та інститутів гендерного права,

© Н. В. Аніщук, 2010

здійснення їх класифікації за різними критеріями, що має надати більш широке уявлення про їх зміст та різноманітну спрямованість.

Виклад основного матеріалу. Останнім часом у світі відбувається процес освоєння гендера нового часу й відображення його в чинному законодавстві різних галузей права. Діє тенденція до зближення гендерних процесів в юридичному вираженні, а саме — формування гендерного компонента в системі законодавства. Сьогодні світова юридична наука дедалі більше говорить про гендерне право [1, с. 43]. І перш ніж сформулювати його теоретичне визначення, необхідно виявити взаємодію гендера і права.

Гендер є комплексною категорію, яка проходить крізь усі зрізи юридичної матерії та суспільного життя [2, с. 9]. Гендерний вимір правової площини характеризується передусім рівністю жіночої та чоловічої соціальних статей. Встановлення такої рівності на практиці вимагає подолання патріархальних стереотипів, статевої ієрархічності соціальних зв'язків, в яких чоловіки заздалегідь сприймаються як вищі за розумовими та фізичними здібностями істоти, їхня діяльність є найбільш значущою та пріоритетною порівняно з діяльністю жінок [3, с. 91].

Взаємодія гендера і права має взаємозумовлений характер, оскільки, з одного боку, правова система включає гендерні відмінності та наділяє жінок і чоловіків певним соціальним статусом, а з іншого — існуючі гендерні стереотипи й усталена система гендерних відносин впливають на формування і реалізацію окремих правових інститутів і норм [2, с. 9].

В юриспруденції гендерне питання розглядається у двох площинах: з одного боку, це формальне закріплення рівності чоловіків і жінок шляхом встановлення рівних прав та можливостей у правових нормах (є питанням законотворчої діяльності); з іншого боку, практичне існування рівних умов реалізації наданих законом можливостей, втілення правових принципів і норм у повсякденній діяльності. Останнє є питанням правореалізаційної та правозастосовчої діяльності, що пов'язане з функціонуванням судових органів, місцевих та загальнодержавних інститутів влади та органів місцевого самоврядування, а також усіх суб'єктів приватного права, включаючи кожного індивіда [2, с. 4].

Гендерне право слід розглядати у двох значеннях. По-перше, воно являє собою нову комплексну галузь права, що тільки починає формуватися у правових системах країн із паритетною демократією, що складається із правових норм та інститутів, якими встановлюються засоби забезпечення рівності прав людини незалежно від статі, а також передбачаються межі допустимих відмінностей у правах залежно від статі. По-друге, гендерне право виступає як новий напрям в юриспруденції, набувший поширення в північноамериканських країнах, Скандинавських та деяких інших країнах Євросоюзу у другій половині XX — на початку XXI століття і який перебуває на етапі зародження в пострадянських державах, зокрема в Україні.

Система гендерного права — це обумовлена характером гендерних

відносин його внутрішня структура, основними елементами якої є гендерно-правові інститути та норми. На відміну від багатьох галузей вітчизняного права (конституційне, цивільне, трудове та ін.) у гендерному праві поки не сформованими є його підгалузі. Це пояснюється насамперед тим, що ця галузь права в Україні перебуває лише на етапі становлення і в перспективі можна очікувати на появу підгалузей гендерного права. Слід нагадати, підгалузь права — необов'язковий, факультативний елемент структури права, і деякі галузі (наприклад, кримінально-процесуальне право) підгалузей не виділяють (В. Лазарев, С. Липень).

Слід підтримати позицію українських гендеристів Н. Оніщенко, О. Матвієнко, М. Томашевської про те, що «оскільки гендерне право тільки перебуває на стадії становлення, на сьогодні залишаються невирішеними питання формування інфраструктури правового регулювання у сфері гендера, а саме: визначення інститутів, які здійснюватимуть вплив на гендерні процеси, методів та підходів такого регулювання, вдосконалення існуючих, відміна таких, що не відповідають принципу гендерної рівності, та прийняття нових егалітарних правових норм [4, с. 20].

Галузь гендерного права складається із правових норм, у певному порядку об'єднаних у правові інститути. Первинною клітиною, «молекулою» цієї галузі є норма гендерного права — загальнообов'язкове, формально визначене, встановлене або санкціоноване правило поведінки, яке впливає на гендерні відносини з метою їх впорядкування. Норма гендерного права є моделлю суспільних відносин у сфері забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків, яка відображає інтереси суспільства в розвитку цих відносин.

Класифікація норм права передбачає виявлення їх різних регулятивних властивостей, визначення місця різних форм у механізмі правового регулювання, встановлення системних властивостей норм, їх взаємозв'язків [5, с. 225].

Гендерне право містить різноманітні за своїми характеристиками правові норми, які можна класифікувати за різними критеріями. Так, за ступенем узагальнення змісту норми гендерного права поділяються на загальні, спеціалізовані та конкретні норми. Серед загальних норм провідне значення належить конституційним нормам. Наприклад, у Конституції України при окресленні прав і свобод людини досить часто законодавець вживає термін «кожний», що в загальному вигляді означає людину, яка з гендерної точки зору розглядається незалежно від її статевої ознаки — будь-то жінка, чи чоловік. Наприклад, у ст. 29 вказаного документа вказується, що кожна людина має право на свободу та особисту недоторканність [6].

Заслуговують на увагу спеціалізовані норми, зокрема:

— норми-принципи, що відображені в Конвенції ГА ООН «Про ліквідацію всіх форм дискримінації щодо жінок», Конституції України,

Законі України «Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків» (принцип рівноправ'я статей, принцип недопущення дискримінації (негативної) за ознакою статі, принцип застосування позитивних дій (позитивної дискримінації) та ін.);

— норми-дефініції (такими, наприклад, є дефініції понять «рівні права жінок і чоловіків», «рівні можливості жінок і чоловіків», «гендерна рівність», «дискримінація за ознакою статі», «позитивні дії», «сексуальні домагання», «гендерно-правова експертиза» тощо);

— норми-аксіоми (наприклад, визнання спеціального захисту жінок під час вагітності, народження та догляду за дитиною як випадок, що виключає дискримінацію за ознакою статі);

— норми-презумпції (наприклад, презумпція невинуватості роботодавця, щодо якого подано скаргу про сексуальні домагання);

— норми-фікції (наприклад, визнання правового статусу жінок та чоловіків рівним, попри існування таких правових фікцій, як різниці щодо шлюбного віку жінок (17 років) та чоловіків (18 років), пенсійного віку жінок (55 років) та чоловіків (60 років) тощо. Ці норми-фікції вказують на існування гендерних «викривлень» у праві Україні.

Різноманітною є палітра конкретних норм гендерного права. Не підлягає сумніву факт наявності імперативних та диспозитивних норм в системі гендерного права. Імперативні правові норми закріплюють невід'ємне право людини народжуватися вільною та рівною у своїх гідності та правах, незалежно від статевої ознаки, право на захист від гендерної дискримінації, у т.ч. від такої її поширеної форми — гендерного насильства, найгіршими проявами якого є работоргівля жінками та їх подальша експлуатація у проституції. За допомогою імперативних приписів встановлюються обов'язки з боку держави, суспільства в цілому та сім'ї по забезпеченню рівних прав та можливостей жінок і чоловіків в усіх сферах життєдіяльності — громадсько-політичній, соціально-економічній, культурній тощо. Диспозитивні правові норми надають можливість жінкам і чоловікам самим визначати конкретний зміст свого конституційного права на гендерну рівність, у межах законних засобів врегулювати його на свій розсуд. Так, зокрема, жінки, користуючись рівним із чоловіками виборчим правом, можуть балотуватися до Верховної Ради України. Це їх право вибору, а не обов'язок.

Залежно від характеру правового припису, що міститься в нормі, розрізняють дозвільні, зобов'язуючі та заборонні норми. Вони звернені до усіх суб'єктів гендерної рівності, до яких відносяться фізичні та юридичні особи, держава в цілому.

Дозвільні норми гендерного права надають можливість жінкам нарівні з чоловіками реалізовувати увесь спектр конституційних прав та свобод (право на освіту, право на працю, виборче право тощо).

Для гендерного права специфічним є прийом надання у його правових нормах дозволу на застосування «позитивної дискримінації», яка трактується у гендерному законодавстві України, як «позитивні дії», що

відповідно до ст. 1 Закону України «Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків» розглядається як спеціальні тимчасові заходи, спрямовані на усунення дисбалансу між можливостями жінок і чоловіків реалізувати рівні права, надані їм Конституцією і законами України. Зокрема, юридичним особам дозволяється застосувати позитивні дії для забезпечення принципу рівноправ'я статей. Так, відповідно до ч. 5 ст. 16 вищезгаданого Закону «дозволяється застосування позитивних дій з метою досягнення збалансованого представництва жінок і чоловіків на державній службі та службі в органах місцевого самоврядування з урахуванням категорій посад службовців» [7].

Прикладом застосування дозвільних норм щодо держав-сторін є Конвенція ГА ООН «Про ліквідацію всіх форм дискримінації щодо жінок», де зазначається, зокрема, у ч. 1 ст. 26: «Прохання про перегляд цієї Конвенції може бути подане в будь-який час будь-якою з держав-сторін шляхом письмового повідомлення на ім'я Генерального секретаря Організації Об'єднаних Націй» [8].

Зобов'язуючі норми гендерного права, так само як і дозвільні його норми, звернені до усіх суб'єктів гендерної рівності. Проте на відміну від дозвільних правових норм, вони наділяють вищезгаданих суб'єктів певними зобов'язаннями по забезпеченню гендерної рівності. Так, жінки та чоловіки як фізичні особи зобов'язані виконувати ряд належних юридичних дій гендерної спрямованості, зокрема, у сімейній сфері. Наприклад, згідно з ч. 2 ст. 55 Сімейного кодексу України «чоловік зобов'язаний утверджувати в сім'ї повагу до матері. Дружина зобов'язана утверджувати в сім'ї повагу до батька» [9].

Юридичні особи, що також розглядаються як суб'єкти гендерної рівності, наділені певним колом зобов'язань по забезпеченню гендерної рівності. Наприклад, відповідно до ч. 2 ст. 17 Закону України «Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків» «роботодавець зобов'язаний:

— створювати умови праці, які дозволяли б жінкам і чоловікам здійснювати трудову діяльність на рівній основі;

— забезпечувати жінкам і чоловікам можливість суміщати трудову діяльність із сімейними обов'язками;

— здійснювати рівну оплату праці жінок і чоловіків при однаковій кваліфікації та однакових умовах праці;

— вживати заходів щодо створення безпечних для життя і здоров'я умов праці;

— вживати заходів щодо унеможливлення випадків сексуальних домагань» [10].

Зобов'язуючі норми гендерного права щодо забезпечення гендерної рівності поширюються в цілому і на державу, яка повинна вживати всіх відповідних заходів щодо ліквідації дискримінації за статевою ознакою. Так, наприклад, відповідно до ст. 24 Конвенції ГА ООН «Про ліквідацію всіх форм дискримінації щодо жінок», яку ратифікувала Україна, держа-

ви-сторони зобов'язані вживати всіх необхідних заходів на національному рівні щодо досягнення повної реалізації прав, визнаних у цій Конвенції [8].

Специфічною рисою гендерного права є те, що його заборонні норми переслідують лише одну мету — ліквідацію гендерної дискримінації, що знайшло своє вираз у встановленні заборони на дискримінацію за ознакою статі. Так, згідно із ч. 1 ст. 6 Закону України «Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків» дискримінація за ознакою статі забороняється [10]. Усі заборонні норми гендерного права конкретизують положення цієї статті.

Норми вітчизняного гендерного права, здебільшого, носять спеціальний характер, що обумовлено наявністю в Україні патерналістського типу правового регулювання гендерних процесів, характерного ще для радянських часів. Оскільки в українському праві все ще зберігається цей тип правового регулювання, приписи його норм адресовані переважно жінкам як великій соціальній групі, стосовно яких вживається низка правових заходів — «позитивні дії» для зрівняння правового статусу жінок і чоловіків (наприклад, вагітні жінки, матері), або індивідуальним та колективним суб'єктам, які покликані забезпечувати рівноправ'я статей (державні та недержавні установи та організації, які працюють у сфері реалізації гендерної політики, їхні посадові особи).

За функціональною спрямованістю в гендерному праві переважають регулятивні норми, які встановлюють права та обов'язки осіб у сфері забезпечення рівних прав та можливостей жінок та чоловіків. Наявніть охоронних норм у гендерному праві є незначною, що пояснюється його слаборозвиненістю. Адже гендерне право як галузь права перебуває лише на етапі його формування. Так, наприклад, у ст. 24 Закону України «Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків» з метою охорони права на гендерну рівність встановлено відповідальність за порушення законодавства України про забезпечення рівних прав та можливостій жінок і чоловіків. У цій статті зазначається, що «особи, винні в порушенні вимог законодавства про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків, несуть цивільну, адміністративну та кримінальну відповідальність згідно із законом» [10]. Проте, зокрема, у чинному законодавстві України не передбачено покарання за сексуальні домагання у тому сенсі, як надається визначення цього поняття у ст. 1 Закону України «Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків», що це дії сексуального характеру, виражені словесно (погрози, залякування, непристойні зауваження), що принижують чи ображають осіб, які перебувають у відносинах трудового, службового, матеріального чи іншого підпорядкування [10]. Тому охоронні за своїм характером норми гендерного права поки є слабоефективними та їх кількість є недостатньою для вирішення проблеми гендерної дискримінації. Організаційні норми гендерного права є нормативною підставою для формування органів, установ та організацій, наділених повноваженнями

у сфері забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків. Наприклад, згідно зі ст. 13 Закону України «Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків» в органах виконавчої влади та органах місцевого самоврядування визначаються уповноважені особи (координатори), на яких покладено функції щодо забезпечення рівності прав і можливостей жінок і чоловіків [10].

І, нарешті, за місцем в механізмі гендерно-правового регулювання розрізняють матеріальні та процесуальні норми. Матеріально-правові норми встановлюють права та обов'язки учасників гендерних правовідносин, а процесуальні — порядок реалізації норм матеріального права, зокрема, такі норми визначають порядок відшкодування матеріальних збитків та моральної шкоди, завданих унаслідок дискримінації за ознакою статі чи сексуальних домагань.

Як вже вище зазначалося, галузь гендерного права складається із правових норм, у певному порядку об'єднаних у правові інститути.

Інститути гендерного права — це група взаємопов'язаних юридичних норм, що регулюють окремий вид гендерних відносин, сфера дії яких є досить багатоманітною та охоплює різні напрями щодо правового забезпечення та реалізації рівноправ'я статей; елемент системи гендерного права.

Інститути гендерного права здійснюють комплексний вплив на поведінку фізичних та юридичних осіб у різних сферах суспільного життя, що мають відношення до гендерної проблематики, — громадсько-політична (інститут жіночих політичних партій, інститут жіночих громадських організацій), соціально-економічна (інститут охорони материнства), культурна (інститут гендерної освіти), особистісна (інститут права на статеву свободу та статеву недоторканність) тощо.

Як і гендерне право в цілому, інститути гендерного права формуються об'єктивно. Однією з ознак інститутів гендерного права є тривалість їх існування.

Характерним для інститутів гендерного права є їх функціонування на основі фундаментальних принципів гендерного права, а саме: гендерної рівності, недискримінації за статевою ознакою, застосування позитивних дій (позитивної гендерної дискримінації), подолання гендерної стереотипності тощо.

Для надання загальної характеристики інститутів гендерного права доцільно їх класифікувати за різними критеріями, які в цілому зводяться до висвітлення проблем гендерної рівності, з одного боку, та гендерної дискримінації, з іншого.

Загальним критерієм диференціації інститутів гендерного права є їхній поділ на матеріальні та процесуальні. Такий поділ дозволяє окреслити їх роль у правовій системі.

Специфіка гендерного права полягає у домінуванні матеріальних інститутів над процесуальними інститутами.

До матеріальних інститутів гендерного права належать:

— інститут прав людини, що включає субінститути загальних рівних прав і свобод людини незалежно від статевої ознаки (зокрема, право на працю, право на освіту) та спеціальних прав жінок і чоловіків, що обумовлені їх фізіологічними відмінностями (наприклад, репродуктивні права);

— інститут обов'язків, що включає субінститути загальних обов'язків людини відповідно до принципу рівноправ'я статей (наприклад, у п. 4 ст. 53 Сімейного кодексу Україні закріплено обов'язок дружини та чоловіка спільно дбати про матеріальне забезпечення сім'ї) [9] та спеціальних обов'язків жінок і чоловіків, обумовлених їх фізіологічними відмінностями (наприклад, у п. 2 ст. 6 Закону України «Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків» зазначається про обов'язкову строкову військову службу для чоловіків, що не вважається дискримінацією за ознакою статі) [10];

— інститут гендерних правовідносин, субінститутом якого є, наприклад, правовідносини між роботодавцем та працівниками у сфері забезпечення рівноправ'я статей (рівна оплата праці, охорона праці жінок як позитивна дискримінація тощо). Варто підкреслити, в українському гендерному праві інститут гендерних правовідносин у виборчій сфері заперечує існування субінститута гендерного квотування, характерного для Скандинавських та інших країн Європейського Союзу. Згідно із вітчизняним законодавством жінки визнаються рівноправними із чоловіками у громадсько-політичній сфері і наявність застосування таких квот, наприклад, як 40/60 вважається недоцільним. Попри те, варто зазначити, що Верховна Рада України і досі залишається переважно «чоловічим парламентом»;

— інститут гендерної правотворчості із його субінститутом гендерно-правової експертизи;

— інститут гендерних правопорушень, що включає такі субінститути, наприклад, як гендерні злочини (зокрема, торгівля жінками та експлуатація проституції), гендерні проступки (сексуальні домагання, дискримінуюча гендерна реклама тощо);

— інститут гендерного правопорядку, наприклад, із субінститутом парламентського контролю за дотриманням рівних прав та можливостей жінок і чоловіків;

— інститут гендерно-правової відповідальності, що являє собою юридичну відповідальність за порушення законодавства про гендерну рівність та призводить до соціостатевої дискримінації (наприклад, відповідальність роботодавця за звільнення вагітної жінки).

У гендерному праві наявність інститутів процесуального права є незначною і зводиться, насамперед, до кримінально-виконавчих відносин. У цій сфері правовідносин поширеним інститутом є інститут застосування «позитивних дій» щодо вагітних жінок та жінок-матерів, які відбувають покарання за скоєння злочинів. Так, вчинення злочину жінкою у стані вагітності є обставиною, що пом'якшує покарання (ст. 66

Кримінального кодексу України). Вагітні жінки і жінки, які мають дітей віком до 7 років, за наявності умов, вказаних у ст. 79, можуть бути звільнені від відбування покарання з випробуванням. Встановлено певні особливості відбування покарання жінками у кримінально-виконавчих установах.

Далі правові інститути класифікуються на галузеві та міжгалузеві. Оскільки гендерне право є комплексною галуззю права, у ній найчисленнішими є міжгалузеві (комплексні) правові інститути, до складу яких входять норми різних галузей права. Наприклад, такий правовий інститут, як праця жінок, досліджується як нормами трудового права, так і нормами гендерного права (у контексті забезпечення рівноправ'я статей працюючих жінок). На сучасному етапі становлення вітчизняного гендерного права наявність галузевих його інститутів є незначною. Зокрема, можна виділити інститут сексуальних домагань, що на даний час в Україні розглядається виключно з позицій норм гендерного права. Слід зазначити, що в українському гендерному праві на відміну від гендерного права країн із паритетною демократією відсутнім є такий галузевий правовий інститут, як інститут омбудсмена з рівних можливостей. Наприклад, у Литві цей інститут так і називається, в Німеччині — уповноважений у справах рівності, а в Словенії — адвокат із рівних можливостей для жінок і чоловіків. В Україні близьким до нього є інститут Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини, який є міжгалузевим, оскільки він регулюється, з одного боку, нормами конституційного права (Закон України «Про Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини»), з іншого — нормами гендерного права (Закон України «Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків»).

За іншою класифікацією інститути гендерного права можна поділити на прості та складні. Простий інститут, як правило, невеликий і не містить у собі жодних інших підрозділів (зокрема, інститут сексуальних домагань). Складний інститут, будучи відносно великим, має у своєму складі більш дрібні самостійні утворення, що називаються субінститутами. Наприклад, інститут гендерного насильства, що включає такі субінститути, як насильство щодо жінок та насильство щодо чоловіків.

Інша класифікація правових інститутів гендерного права зводиться до їх поділу на регулятивні, охоронні та установчі (організаційні).

Регулятивними інститутами гендерного права встановлюються рівні права та можливості жінок і чоловіків у різних сферах гендерних правовідносин. Наприклад, інститут гендерних правовідносин у сфері праці, зокрема, із таким його субінститутом, як застосування роботодавцями позитивних дій, спрямованих на досягнення збалансованого співвідношення жінок і чоловіків у різних сферах трудової діяльності, а також серед різних категорій працівників.

До охоронних інститутів гендерного права належать ті, що спрямовані на охорону, захист гендерних правовідносин. Наприклад, гендерний

аналіз норм кримінального права дозволяє виокремити інститут кримінальної відповідальності за порушення рівноправності жінок і чоловіків. Так, згідно зі ст. 161 Кримінального кодексу України пряме чи непряме обмеження прав або встановлення прямих чи непрямих привілеїв громадян за ознакою статі розглядається як злочин, за скоєння якого встановлено різні види покарань, найтяжчим з яких є позбавлення волі строком на 5 років [11]. Передбачена даною статею кримінальна відповідальність є однією з гарантів рівноправності жінок і чоловіків.

Установчі (організаційні) інститути гендерного права — це ті його інститути, що закріплюють, засновують, визначають правове становище (статус) тих чи інших органів, організацій, посадових осіб, наділених компетенцією забезпечувати рівні прав та можливості жінок і чоловіків. До установчих інститутів гендерного права слід віднести інститути:

— органів державної влади та органів місцевого самоврядування, які поряд із різними напрямами своєї діяльності, наділені повноваженнями й у сфері забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків (Верховна Рада України, Уповноважений Верховної Ради України з прав людини, Кабінет Міністрів України, правоохоронні та судові органи тощо);

— спеціалізованих державних органів та установ, що безпосередньо займаються поліпшенням становища жінок та питанням рівності жінок і чоловіків (спеціально уповановажений центральний орган виконавчої влади з питань забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків, уповноважені особи (координатори) з питань забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків в органах виконавчої влади та органах місцевого самоврядування);

— освітніх установ та інших юридичних осіб (підприємств, організацій та установ усіх форм власності), керівники або уповноважені ними органи зобов'язані створювати рівні можливості жінок і чоловіків, запобігати проявам переслідування, сексуальних домагань або дискримінації за ознакою статі;

— об'єднань громадян, метою яких є сприяння впровадженню рівних можливостей жінок та чоловіків в усіх сферах життєдіяльності суспільства (політичні партії, громадські організації тощо).

Висновки. Підсумовуючи викладене вище, можна констатувати, що у вітчизняному гендерному праві вже сформувалася певна його система із основними структурними елементами — нормами та інститутами гендерного права. За своїми функціональними характеристиками вказані елементи є багатоманітними та охоплюють різні сфери правового регулювання щодо забезпечення рівноправ'я жінок і чоловіків.

Специфічною рисою гендерного права є те, що усі його норми переслідують лише одну мету — забезпечення рівноправ'я статей. На відміну від гендерного права країн із високорозвиненою паритетною демократією (Скандинавські країни), особливістю вітчизняного гендерного права є те, що його норми здебільшого носять спеціальний харак-

тер, що обумовлено наявністю в Україні патерналістського типу правового регулювання гендерних процесів, характерного ще для радянських часів.

Для гендерного права характерним є домінування матеріальних інститутів над процесуальними інститутами. Специфікою гендерного права є наявність широкого кола міжгалузевих інститутів, що пояснюється його комплексним характером. У гендерному праві знайшли своє застосування також регулятивні, охоронні та установчі (організаційні) інститути.

Таким чином, здійснений аналіз дав змогу дійти висновку, що система гендерного права розуміється як поєднання різнорідних за галузевою належністю гендерно-правових норм та інститутів. На нашу думку, комплексний характер гендерного права проявляється, серед іншого, також у тому, що до нього входять як матеріальні, так і процесуальні підрозділи.

Норми та інститути гендерного права як структурний елемент цієї галузі права потребують подальшого наукового аналізу, оскільки на сьогодні в правовій науці лише робляться перші кроки щодо їх теоретичного обґрунтування, висвітлення їх класифікації, знайомство з якою дозволяє розкрити їх багатоманітний характер. Тому виникає потреба в подальшому дослідженні в гендерній юриспруденції питань, окреслених із характеристикою системи гендерного права.

Література

1. Мельник Т. М. Міжнародний досвід гендерних перетворень / *Т. М. Мельник.* — К. : Логос, 2004. — 320 с.
2. Оніщенко Н. Правове регулювання гендерних процесів в Україні: стан та перспективи розвитку / *Н. Оніщенко, М. Томашевська* // Держава і право. Юрид. і політ. науки : зб. наук. пр. — К. : Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2005. — Вип. 28. — С. 3–10.
3. Оніщенко Н. Гендерні правовідносини: поняття, сутність, природа та значення / *Н. Оніщенко, О. Матвієнко* // Держава і право. Юрид. і політ. науки : зб. наук. пр. — К. : Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2006. — Вип. 33. — С. 90–96.
4. Оніщенко Н. Гендерно чутлива політика як спосіб подолання правового нігілізму / *Н. Оніщенко, О. Матвієнко, М. Томашевська* // Держава і право. Юрид. і політ. науки : зб. наук. пр. — К. : Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2005. — Вип. 30. — С. 18–25.
5. Кельман М. С. Загальна теорія держави і права : підручник / М. С. Кельман, О. Г. Мурашин. — К. : Кондор, 2006. — 477 с.
6. Конституція України : прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 черв. 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 30. — Ст. 141.
7. Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків : Закон України від 8 верес. 2005 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2005. — № 52. — Ст. 561.
8. Конвенція про ліквідацію всіх форм дискримінації щодо жінок. — К. : Укр. Правнича Фундація : Право, 1995. — 20 с.
9. Сімейний кодекс України : Закон України від 10 січ. 2002 р. // Урядовий кур'єр. — 2002. — 6 берез.

10. Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків : Закон України від 8 верес. 2005 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2005. — № 52. — Ст. 561.
11. Кримінальний кодекс України : прийнятий 7-ю сесією Верховної Ради України 5 квіт. 2001 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2001. — № 25–26. – Ст. 131.

Анотація

Аніщук Н. В. **Система гендерного права: поняття та основні структурні елементи.** — Стаття.

Статтю присвячено дослідженню системи гендерного права у контексті розкриття її поняття та основних структурних елементів. Основну увагу приділено здійсненню класифікації норм та інститутів гендерного права, які є різноманітними за своїми характеристиками.

Ключові слова: система гендерного права, галузь гендерного права, норми гендерного права, інститути гендерного права.

Аннотация

Анищук Н. В. **Система гендерного права: понятие и основные структурные элементы.** — Статья.

Статья посвящена исследованию системы гендерного права в контексте раскрытия ее понятия и основных структурных элементов. Основное внимание уделяется осуществлению классификации норм и институтов гендерного права, которые являются разнообразными по своим характеристикам.

Ключевые слова: система гендерного права, отрасль гендерного права, нормы гендерного права, институты гендерного права.

Summary

Anischuk N. V. **Gender Law System: the notion and principal structural elements.** — Article.

This article is concerned with the research of Gender Law System in the context of clearing up of its notion and principal structural elements. The emphasis is upon classification of norms and gender law institutions which are different on its characteristics.

Keywords: Gender law system, branch of gender law, norms of gender law, institutions of gender law.

УДК 340.5:343.2/7.001.33

М. А. Дамирли

ПРОБЛЕМА КЛАССИФИКАЦИИ В СРАВНИТЕЛЬНОМ УГОЛОВНОМ ПРАВЕ

Среди научных дисциплин уголовно-правового цикла, занимающихся исследованием уголовно-правовых явлений в разных измерениях и ракурсах, сравнительному уголовному праву принадлежит особое место. Его научная и практическая значимость особенно велика как для создания в уголовно-правовой науке теории среднего уровня, так и для развития и усовершенствования уголовного права в разных правовых системах современности. Роль и значение сравнительного уголовного права возрастает в связи с процессами глобализации и интеграции, поскольку эти процессы сопровождаются более тесным взаимодействием и сближением правовых систем.

Успешное решение сравнительным уголовным правом этих и других задач зависит, прежде всего, от состояния его теоретико-методологической обеспеченности.

При сравнительном исследовании уголовно-правовых явлений возникает много проблем теоретико-методологического характера. Однако ключевой при этом является проблема классификации (типологизации), ибо удачное решение именно этой проблемы позволяет с методологической точки зрения правильно ориентироваться в разнообразии уголовно-правовых явлений в правовых системах современности.

Как показывает проведенный анализ, в специальной литературе по данному вопросу доминирующим является перенос на уголовно-правовую сферу общей классификации национальных правовых систем, разработанной в рамках общей правовой компаративистики. Причем наибольшее распространение при этом получила классификационная схема Р. Давида. Подобные построения берут свое начало в работе М. Анселя [1, с. 125]. Сторонники этого подхода на основе классификации Р. Давида выделяют романо-германский (западноевропейский), англо-американский (англосаксонский), мусульманский и социалистический типы уго-

© М. А. Дамирли, 2010

ловно-правовых систем [3, с. 69; 8; 9, с. 26—34; 11, с. 451]. Примерно подобная же классификационная схема распространяется на криминологические системы [2, с. 34].

Разновидностью переноса классификации общей правовой компаративистики на уголовно-правовую сферу является и подход Г. А. Есакова. По его мнению, «в силу *особенностей исторического развития* уголовного права в той или иной стране и обусловленного ими различия в *источниках права* в данной уголовно-правовой системе всегда (или до тех пор, пока ее можно относить к конкретной уголовно-правовой семье) доминирует определенная *идея*. Эта идея многогранна: она отражает предназначение данной системы уголовного права; определяет построение последней; связана с мерой используемой репрессии, хотя и не сводится к ней; носит во многом неосознаваемый, неосязаемый характер, но существует вместе с тем реально, определяя социальную природу данной системы уголовного права, выражаясь с той или иной степенью четкости в письменном выражении последней. В самом общем своем виде данная идея сводится к тому, *что* (или *кто*) является доминантой в уголовном праве» [5, с. 21; 6]. Согласно Г. А. Есакову таких доминант пять: человек, закон, Бог, общество и семья. Соответственно, на основе этих доминирующих идей автор выделяет уголовно-правовые семьи общего права, континентального права, религиозного права, общинного права и обычного права. Нетрудно заметить, что и в данном случае налицо классификационная схема общей правовой компаративистики. Переносом общей классификации правовых систем на уголовно-правовую сферу является также деление уголовно-правовых систем на светские и религиозные [10, с. 15].

Безусловно, всеобъемлющий взгляд на уголовно-правовую реальность посредством универсального (т.е. с охватом всех правовых систем или их значительной группы) сравнения является достоинством приведенных подходов. Поскольку уголовно-правовая система является составной частью, подсистемой правовой системы в целом и последняя представляет собой среду функционирования уголовного права, постольку нельзя полностью отказаться от общей классификации правовых систем. Другой вопрос: в чем ее научно-познавательная ценность и насколько она должна быть учтена в отношении уголовно-правовой сферы?

Дело в том, что возможности общей классификации правовых систем в отношении уголовно-правовой сферы значительно ограничены, а результаты таких построений являются довольно общими. Правда, всеобъемлющие сравнения позволяют охватить всю область исследования, точнее — изучаемую реальность в мировом масштабе или в масштабе значительной группы правовых систем, но получаемое знание при этом оказывается приблизительным и бедным. Поэтому общая классификация национальных правовых систем не должна заменять в сравнительном уголовном праве эту методологическую операцию в целом, она

должна быть учтена как исходной базой для общей характеристики лишь некоторых измерений уголовного права. Она скорее пригодна для общего очерчивания уголовно-правовой реальности в широком масштабе (особенно в педагогических целях), чем для выявления детальных содержательных характеристик уголовного права. В этой связи прав Ж. Прадель, когда отмечает, что подобная классификация пригодна лишь в отношении источников уголовного права, а в отношении содержания уголовного права она малозначима [12, p. 113].

Дело в том, что перенос общей классификации правовых систем характерен не только для сравнительного уголовного права, но и для других отраслевых сравнительно-правовых дисциплин. По всей очевидности, это стало возможным благодаря тому обстоятельству, что общая классификация правовых систем не отражает специфических особенностей отдельных отраслей права.

Таким образом, при переносе классификации общей компаративистики на уголовно-правовую сферу специфические особенности, свойственные уголовному праву, или его содержательные характеристики не охватываются типологизацией. Ведь уголовному праву присуща своя специфика, которая и должна играть важную роль при классификации уголовно-правовых систем. В этих условиях скептицизм в отношении эвристических возможностей всеохватывающих (универсальных) сравнений в сфере уголовного права оказывается оправданным.

Другие исследователи рассматриваемой проблемы, учитывая указанные ограничения и недостатки переноса общей классификации правовых систем на уголовно-правовую сферу, предприняли попытку создать всеобъемлющие классификационные схемы, исходя из определенного единственного критерия, связанного, по их мнению, с уголовным правом. Одна из первых таких попыток принадлежит французскому ученому Ж. Праделю, у которого таким критерием стало понятие «репрессия», а точнее, отношение того или иного государства к уголовной репрессии. На основе указанного критерия он конструирует две уголовно-правовые модели: авторитарную (государство строит свою уголовно-правовую систему преимущественно на репрессии) и либеральную (государство старается по возможности отказаться от репрессии). При этом авторитарная модель подразделяется на традиционную и современную [12, p. 113—221].

Видоизмененным вариантом вышеприведенного подхода Ж. Праделя является деление уголовно-правовых систем А. А. Малиновским (к сожалению, без ссылки на автора) в зависимости от роли и места уголовного принуждения в политике государства конкретного исторического периода на репрессивные, карательные и гуманистические [10, с. 13—15].

Безусловно, нельзя не оценить положительно попытку отойти от переноса общих классификаций на уголовно-правовую сферу и создать всеобъемлющие классификационные схемы, так или иначе связанные с уголовным правом. Между тем сам Ж. Прадель признал приблизитель-

ность и условность такой классификации, отмечал о возможном частичном «наслаивании» двух моделей в рамках одной правовой системы и в конечном итоге отказался от группирования конкретных государств по этим моделям. В этой связи он пишет: «Очень часто обе модели включены в одну и ту же правовую систему. Например, нельзя сказать, что право такой-то страны ... является полностью либеральным или полностью авторитарным. Правильнее говорить, что право этой страны в определенном аспекте либерально, а в определенном авторитарно» [цит. по: 4, с. 158].

К сказанному относительно ограничений и недостатков рассматриваемой классификации следует добавить, что требованиям всеохватности она отвечает частично, ибо охватывает не всю область исследуемого объекта — уголовного права, а лишь его политическую составляющую — уголовно-правовую политику. В рамках этой концепции, помимо трудностей при выявлении соответствий различных государств выделяемым моделям, нарушается важное требование классификации как методологической процедуры о распределении объектов по взаимоисключающим классам.

Критический анализ существующих подходов позволяет констатировать, что, во-первых, их общим недостатком является то, что все они ограничиваются уголовным правом только национальных правовых систем, тогда как уголовное право является составной частью и международной, и наднациональной правовых систем. Во-вторых, на микроуровне — на уровне отраслей права всеобъемлющие классификационные схемы с переносом общей классификации правовых систем не имеют особой научно-познавательной ценности. Пригодными при этом не могут стать и всеобъемлющие классификационные схемы, разработанные исходя из определенного единственного критерия, связанного с уголовным правом. В обоих случаях универсального сравнения из поля зрения исследователя исчезают многие уникальные, индивидуальные характеристики уголовного права в разных странах, без выявления которых невозможно создать целостную рельефную картину изучаемой уголовно-правовой реальности в мировом масштабе или в масштабе значительной группы стран.

Самое простое решение могло бы быть таким: провести параллельно универсальное сравнение и казусно-ориентированное исследование (изучение отдельных национальных правовых систем). В первом случае увеличение (максимизация) объема ведет к уменьшению (минимизации) содержания. Во втором случае, наоборот, уменьшение (минимизация) объема приводит к увеличению (максимизации) содержания. Иначе говоря, чем уже круг охватываемых явлений, тем богаче и содержательней результаты сравнения. Тем самым возникает разрыв между двумя видами исследования. Итак, налицо особая разновидность методологической дилеммы, которая в компаративистской литературе получила название «казусы vs. параметры» [7, с. 147].

Как преодолеть указанный разрыв? Возможно ли одновременно сохранить достоинства всеохватности универсального сравнения и при этом ограничить содержательную редукцию?

Представляется, что эти задачи способен решить ниже предлагаемый *институционально ориентированный универсальный подход*, который соединяя достоинства двух указанных видов исследования, позволяет добиться максимизации содержания с увеличением объема исследуемой области.

Данный подход предполагает проведение универсального сравнения на уровне уголовно-правовых институтов, норм и явлений (поэтому он может быть назван и казусно ориентированным универсальным подходом) в мировом масштабе с охватом всех правовых систем или в масштабе значительной группы правовых систем, а также выявление различных уголовно-правовых моделей, представляющих уголовно-правовую реальность в современном мире в отдельных ее измерениях.

Многомерность уголовно-правовой реальности в современном мире, множественность ее измерений требуют набора таких параметров, которые обеспечивали бы сравнительно-правовой анализ во многих одновременно существующих плоскостях. Тем самым уголовно-правовые модели должны быть построены на основе разных параметров, непосредственно связанных с важными содержательными характеристиками уголовно-правовых институтов. Например, при сравнительном изучении института преступного деяния параметрами сравнения могут быть: определение понятия преступления, исходя из которого можно конструировать три модели, основанные на материальном, формальном и формально-материальном определениях преступления; квалификация уголовных правонарушений (трехчастная и двухчастная модели); определение субъективной стороны (позитивная и негативная модели). Или другой пример: при сравнительном изучении института уголовно-правовой ответственности, исходя из параметра субъекта уголовно-правовой ответственности, можно выделить уголовно-правовую модель, где субъектом уголовно-правовой ответственности является только физическое лицо, и уголовно-правовую модель, где таковым является как физическое, так и юридическое лицо.

Понятно, что единого лекала для уголовного права всех современных правовых систем нет и быть не может. Множественность и уникальный характер уголовно-правовых систем, невероятное разнообразие уголовно-правовой сферы в разных странах по некоторым параметрам порой исключают выявление каких-либо моделей.

Следует также учесть, что построение моделей является началом и концом каждого сравнительно-правового исследования. При этом такие построение не могут быть самоцелью, они лишь инструмент для создания многомерной картины уголовно-правовой реальности в современном мире. Между тем этот инструмент является очень ценным по своему научно-познавательному потенциалу.

Дальнейшим направлением сравнительного изучения уголовного права может быть переход от создания отдельных моделей, представляющих уголовно-правовую реальность в современном мире в каком-то отдельном измерении, к интегральному соединению этих измерений и созданию на этой основе целостной картины уголовно-правовой реальности в современном мире.

Литература

1. Ансель М. Новая социальная защита (Гуманистическое движение в уголовной политике) / *М. Ансель*. — М., 1970.
2. Ведерникова О. Н. Основные криминологические системы / *О. Н. Ведерникова* // Государство и право. — 2002. — № 10. — С. 32–40.
3. Ведерникова О. Н. Современные уголовно-правовые системы: типы, модели, характеристика / *О. Н. Ведерникова* // Государство и право. — 2004. — № 1. — С. 68–76.
4. Головко Л. В. Ж. Прадель. Сравнительное уголовное право / *Л. В. Головко* // Государство и право. — 1996. — № 6. — С. 158–160.
5. Есаков Г. А. Глава 1. Типология уголовно-правовых систем / *Г. А. Есаков* // Уголовное право зарубежных стран / Г. А. Есаков, Н. Е. Крылова, А. В. Серебренникова. — М. : Проспект, 2008.
6. Есаков Г. А. Сравнительное правоведение в сфере уголовного права и типология уголовно-правовых систем современного права [Электронный ресурс] / *Г. А. Есаков*/ — Режим доступа : // http:// rli.consultant.ru/magazine/2006/02/for_law/art1/
7. Ильин М. В. Основные методологические проблемы сравнительной политологии / *М. В. Ильин* // Полис. — 2001. — № 6. — С. 140–150.
8. Кибальник А. Г. Тенденции развития мировых уголовно-правовых систем / *А. Г. Кибальник* // Правоведение. — 2007. — № 2. — С. 212–222.
9. Крылова Н. Е. Уголовное право зарубежных стран (Англии, США, Франция, Германии) / *Н. Е. Крылова, А. В. Серебренникова*. — М., 1998.
10. Малиновский А. А. Сравнительное правоведение в сфере уголовного права / *А. А. Малиновский*. — М., 2002.
11. Наумов А. В. Российское уголовное право : курс лекций. В 2 т. Т. 1. Общая часть / *А. В. Наумов*. — 3-е изд., перераб. и доп. — М., 2004.
12. Pradel J. Droit pйnal comparй / *J. Pradel*. — P., 2002.

Аннотация

Дамирли М. А. **Проблема классификации в сравнительном уголовном праве.** — Статья.

В статье рассматривается ключевая проблема сравнительного изучения уголовного права — проблема классификации, анализируются различные классификационные схемы, выявляются их преимущества и недостатки, предлагается авторский подход к решению данной проблемы.

Ключевые слова: классификация, уголовное право, уголовно-правовые системы, универсальное сравнение, казусно ориентированное сравнение, институционально ориентированный универсальный подход.

Анотація

Дамірлі М. А. **Проблема класифікації в порівняльному кримінальному праві.** — Стаття.

У статті розглядається ключова проблема порівняльного вивчення кримінального права — проблема класифікації, аналізуються різноманітні класифікаційні схеми, виявляються їх переваги та недоліки, пропонується авторський підхід вирішення даної проблеми.

Ключові слова: класифікація, кримінальне право, кримінально-правові системи, універсальне порівняння, казусно орієнтоване порівняння, інституціонально орієнтований універсальний підхід.

Summary

Damirli M. A. **A problem of classification is in comparative criminal law.** — Article.

In the article the key problem of comparative study of criminal law is examined — a problem of classification, different classification schemes are analyzed, their advantages and defects are revealed, the author's approach to the decision of this problem is offered.

Keywords: classification, criminal law, criminal law systems, universal comparison, casus-oriented comparison, institutional-oriented universal approach.

УДК 343.23:343.3/7(477)

І. І. Чугуников

ОБ'ЄКТ ЗЛОЧИНУ ЯК ПІДСТАВА ДЛЯ ПОБУДОВИ СИСТЕМИ ОСОБЛИВОЇ ЧАСТИНИ КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ

Згідно з традицією, що склалася в українському кримінальному праві, ознакою, яка об'єднує різні склади злочинів в одному розділі Особливої частини Кримінального кодексу (далі — КК), є спільність родового об'єкта посягання, більш глибока диференціація якого можлива на підставі видового об'єкта. Оскільки концепція об'єкта злочину, як охоронюваних законом суспільних відносин, у сучасних умовах піддається інтенсивній критиці[1], деякі дослідники у ролі родового об'єкта розглядають інтереси (блага, цінності), на які посягають злочини, і норми про відповідальність за їх вчинення містяться в одному розділі КК. Видовим об'єктом при цьому визнаються інтереси, норми про відповідальність за вчинення посягань на які розташовані у межах однієї глави (нагадаємо, що на відміну від КК Російської Федерації, структура Особливої частини якого включає до себе розділи, глави та статті, КК України розподілу на глави не передбачає, що у той же час не знімає проблеми виділення видового об'єкта у межах окремого розділу).

Однак ні в кого поки що не викликає сумнівів обґрунтованість «вертикальної» класифікації об'єктів злочинів на 1) загальний; 2) родовий; 3) видовий та 4) безпосередній. Щоправда, у сучасній теорії кримінального права існують і дещо інші класифікації об'єктів кримінально-правової охорони. Так, наприклад, В. І. Динека групу близьких суспільних відносин, на підставі яких склади злочинів об'єднуються в самостійні розділи Особливої частини КК, називає інтегрованим (надгруповим)

[1] Це питання розглядалося нами в окремій статті, де був зроблений висновок про те, що жодних підстав відмовлятися від концепції об'єкта злочину, як суспільних відносин, сьогодні немає (Див.: Чугуников І. І. До питання про поняття об'єкта злочину // Актуальні проблеми держави і права : зб. наук. пр. — О. : Юрид. л-ра, 2006. — Вип. 27. — С. 208–217).

© І. І. Чугуников, 2010

об'єктом, родовим — групу однорідних суспільних відносин, а видовим — об'єкт, що охороняється однією конкретною нормою КК [1, с. 185]. Л. Л. Кругліков та О. С. Молодцов, поряд з загальним та безпосереднім об'єктом, виділяють: 1) міжродовий, як критерій розподілу Особливої частини на розділи, 2) родовий, 3) груповий, 4) підгруповий та 5) видовий об'єкти [2, с. 154]. Не вдаючись до полеміки з цього питання (оскільки, по-перше, це виходить за межі предмета дослідження, а по-друге, наведені вище позиції базуються на чинному кримінальному законодавстві Російської Федерації, структура Особливої частини якого відрізняється певною специфікою), зазначимо, що аналіз системи Особливої частини КК України дає підстави для висновку про те, що вона в основному базується на особливостях родових об'єктів злочинів.

Саме особливості родового об'єкта дозволяють провести науково обґрунтовану класифікацію всіх злочинів та відповідних кримінально-правових норм, тобто об'єднати їх в межах конкретних розділів КК, якими закріплена відповідальність за посягання на тотожні або однорідні суспільні відносини.

Як слушно зауважує В. Я. Тацій, «така науково обґрунтована систематизація в КК кримінально-правових норм про відповідальність за окремі злочини має важливе значення для застосування цього закону, з'ясування його дійсного змісту, відмежування від суміжних злочинів, а також орієнтування у самому КК» [3, с. 14].

Систематизація злочинів за їх об'єктами має важливе кодифікаційне значення. Наприклад, приймаючи новий закон, яким встановлюється кримінальна відповідальність за певний злочин, законодавець одразу включає його у відповідній розділ КК залежно від особливостей його родового та безпосереднього об'єкта.

Розташування нового злочину у тому чи іншому розділі КК означає, що його безпосередній об'єкт є частиною більш загального поняття — родового (а у деяких випадках і видового) об'єкта. Якщо цього не відбувається і діяння, що криміналізовано, не посягає на суспільні відносини, які охороняються певним розділом КК, де з'явилася нова норма, злочин позбавляється свого безпосереднього об'єкта. А це, у свою чергу, означає відсутність складу злочину і, як наслідок, підстави кримінальної відповідальності взагалі. На цю проблему увага майже не звертається, а іноді взагалі вважається, що не має принципового значення місце розташування статті про той чи іншій злочин в системі Особливої частини КК. При цьому зовсім не береться до уваги той факт, що об'єкт злочину має значення для кваліфікації скоєного і, як уявляється, — значення принципове.

Ігнорування цих обставин породжує, на наш погляд, проблемні ситуації двох рівнів. На першому рівні безпосередній об'єкт конкретного злочину не збігається з родовим об'єктом (як частина та ціле), у зв'язку з чим діяння стає безоб'єктним, а на другому — вже самі розділи Особливої частини КК формуються не за принципом тотожності або

однорідності охоронюваних суспільних відносин, а на інших засадах (з врахування ознак предмета злочину, ознак суб'єктивної сторони тощо).

Проблеми першого рівня притаманні майже усім розділам Особливої частини КК України. Так, наприклад, розділом IV «Злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи» передбачається відповідальність за згвалтування, насильницьке задоволення статевої пристрасті неприродним способом, примушування до вступу в статевий зв'язок, статеві зносини з особою, яка не досягла статевої зрілості, розбещення неповнолітніх. Однак аналіз положень чинного КК дозволяє укласти, що охорона статевої сфери не обмежується тільки розділом IV. Про захист цього об'єкта, але вже в іншій площині, мова йде і у розділі XII КК «Злочини проти громадського порядку та моральності», де передбачена відповідальність за ввезення, виготовлення, збут і розповсюдження порнографічних предметів, створення або утримання місць розпусти і звідництво, сутенерство або втягнення особи в заняття проституцією.

Таким чином, статева сфера включає до себе дві групи відносин, які охороняються законодавством України про кримінальну відповідальність: суспільні відносини, що забезпечують реалізацію права особи на статеву свободу та статеву недоторканість (мова йде про галузь приватних інтересів, тому й кримінальне переслідування ініціюється самим потерпілим) та моральнісні відносини, що забезпечують трансформацію моральнісних норм і правил, схвалених суспільством у цю площину людських стосунків (мова йде про галузь публічного, тобто інтересах суспільства взагалі).

Не виникає ніяких сумнівів у тому, що діяння, передбачені ст. ст. 152, 153 та 154 КК України, спрямовані, перш за все, на заподіяння шкоди суспільним відносинам, які забезпечують статеву свободу (право повнолітньої психічно здорової особи самостійно обирати себе партнера для статевих зносин) або статеву недоторканість (абсолютну заборону вступати у статеві контакти з особою, яка за певних обставин (малолітній вік, безпорадний стан) не є носієм статевої свободи, всупереч її дійсному волевиявленню). Що ж стосується статевих зносин с особою, яка не досягла статевої зрілості, то тут ситуація інша. Насамперед, такі зносини носять добровільний характер, тобто здійснюються без застосування фізичного насильства, погрози його застосування і використання безпорадного стану потерпілої особи. Звідси випливає, що оскільки потерпіла (потерпілий) за своїм розвитком та психічним станом розуміє характер і наслідки вчинюваних із нею (ним) дій та добровільно погоджується на це, ані статевій свободі, ані статевій недоторканості шкода не заподіюється. Особа є носієм статевої свободи та за власною ініціативою реалізує своє суб'єктивне право. Інша справа, що це виходить за межі галузі приватних інтересів і торкається інтересів суспільства, хоча ця обставина фактично ігнорується. Аналогічна ситуація має місце і при вчиненні іншого злочину — розбещення неповнолітніх. Як слушно зауважує Ю. М. Антонян, у цілому під розпусними діями слід

розуміти такі, що суперечать загальносприйнятним уявленням сучасної цивілізації про відносини статей, хоча такі дії найчастіше спрямовані не тільки на безкорисливе статеве «освідчення» дітей і підлітків, а й на задоволення власного педофільського нахилу [4, с. 41]. Безумовно, розбещення неповнолітніх є доволі небезпечним діянням і потребує криміналізації. Але з позиції чинного КК цей злочин, як і попередній, є безоб'єктним, оскільки ні статева свобода, ні статева недоторканість не страждають. Мабуть, усвідомлюючи цю обставину, автори сучасних підручників КК України проблему визначення безпосередніх об'єктів злочинів, передбачених ст. ст. 155 та 156 КК України, вирішують порізному: або він взагалі не визначається [3, с. 101], або пов'язується з нормальним фізичним, психічним та соціальним розвитком неповнолітніх [5, с. 395], хоча його аж ніяк не можна розглядати як складову суб'єктивного права особи на статеву свободу, або ототожнюється зі статевою недоторканістю [6, с. 361].

В останньому випадку поняття об'єкта диференціюється залежно від того, хто є потерпілим від злочину. Об'єктом діяння, передбаченого ст. 155 КК, визнається статева недоторканість осіб, які досягли статевої зрілості, а ст. 156 КК — статева недоторканість осіб, які не досягли 16-річного віку. Як саме заподіюється шкода статевій недоторканості особи у ситуації, коли вона усвідомлює характер вчинюваних дій і добровільно на це погоджується, автори не пояснюють, хоча зрозуміло, що об'єктивно цього не відбувається.

Ще далі у цьому напрямку пішов Пленум Верховного Суду України у постанові від 30 травня 2008 р. «Про судову практику у справах про злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи», вказавши спочатку, що розпусні дії спрямовані на задоволення винною особою статевої пристрасті або на збудження у неповнолітної особи статевого інстинкту, а потім те, що розпусні дії можуть відбуватися як за згодою особи, так і з застосуванням до неї фізичної сили з метою примушення її до вчинення певних дій сексуального характеру (п. 17). Важко собі уявити, що збудження у неповнолітньої особи статевого інстинкту (за умов відсутності у неї певної сексуальної патології) відбувається внаслідок застосування фізичної сили. До того ж Пленум у цій самій постанові, характеризуючи об'єктивну сторону насильницького задоволення статевої пристрасті неприродним способом (ст. 153), зазначає, що такі дії можуть полягати у вчиненні акту мужолозтва, лесбійства, а також в інших діях сексуального характеру, спрямованих на задоволення статевої пристрасті суб'єкта злочину із застосуванням фізичного насильства, погрозою його застосування або з використанням безпорадного стану потерпілої особи (п. 2). Звідси випливає, що будь-які насильницькі дії сексуального характеру, у тому числі і насильницьке розбещення, повинні кваліфікуватися за ст. 153 КК.

Таким чином, штучне створення об'єкта посягання, виходячи тільки з місця розташування злочинів, що аналізуються, у розділі IV КК, проб-

лему не вирішує. Поряд з цим заслуговує на увагу й такий момент. Статева зрілість, про яку йдеться у ст. 155 КК України, — це такий фізіологічний стан організму людини, який характеризується здатністю до повного виконання статевих функцій. Особи як жіночої, так і чоловічої статі до 14-річного віку вважаються такими, що не досягли статевої зрілості (Правила проведення судово-медичних експертиз (обстежень) з приводу статевих станів в бюро судово-медичної експертизи, затверджені наказом МОЗ України від 17 січня 1995 р.). Питання про досягнення статевої зрілості потерпілою особою віком з 14 до 18 років вирішується на підставі висновку судово-медичної експертизи, призначення якої у таких випадках є обов'язковим. Однак, як правило, особа віком з 14 років визнається такою, що досягла статевої зрілості.

До такого висновку призводить й аналіз положень Сімейного кодексу України (далі — СК). Згідно з ч. 1 ст. 23 СК, право на шлюб мають особи, які досягли шлюбного віку. Шлюбний вік для жінки встановлюється з 17, а для чоловіка — з 18 років (ч. 1 ст. 22). За заявою особи, яка досягла чотирнадцяти років, за рішенням суду їй може бути надано право на шлюб, якщо буде встановлено, що це відповідає її інтересам (ч. 2 ст. 23 СК).

Найчастіше такими підставами є фактичне створення сім'ї, вагітність, народження дитини. У тих випадках, коли за рішенням суду особі, яка досягла 14 років, надається право вступити у шлюб, вона набуває повної цивільної дієздатності з моменту реєстрації шлюбу (ч. 2 ст. 34 Цивільного кодексу (далі — ЦК) України).

Таким чином, добровільні статеві зносини з особою, що досягла 14-річного віку, не є караними. У той же час оголення статевих органів, мацання їх, інші непристойні дотики, що викликають статеве збудження, розмови на сексуальні теми, які супроводжують статевий акт, можуть об'єктивно утворювати склад злочину — розбещення неповнолітніх.

Склалася доволі парадоксальна ситуація, коли суто статеві зносини з особою, що досягла 14-річного віку, не є караними, а дії чи розмови на сексуальні теми, що їх супроводжують, можуть підпадати під ознаки фізичного чи інтелектуального розбещення.

Назва ст. 156 КК «Розбещення неповнолітніх» теж не зовсім погоджується зі своїм змістом, оскільки неповнолітні — це особи віком від 14 до 18 років, а диспозиція ст. 156 КК обмежує сферу її застосування вчиненням розпусних дій щодо особи, яка не досягла 16-річного віку.

Тому слід було б уніфікувати ознаки злочинів, передбачених ст. ст. 155 та 156 КК України, щодо віку потерпілої особи, використавши досвід, наприклад, КК РФ (ст. ст. 134 та 135 КК РФ закріплюють, що потерпілою від цих злочинів є особа, яка не досягла 16-річного віку), ст. 135 якого, до речі, прямо вказує на те, що розпусні дії вчинюються без застосування насильства.

Здається, що статеві зносини з особою, яка не досягла статевої зрілості, та розбещення неповнолітніх тільки у тому випадку можуть

отримати свій належний об'єкт, якщо будуть розташовані у розділі XII КК. Нагадаємо, що в дореволюційній кримінально-правовій доктрині та законодавстві ці діяння розглядалися як злочини проти суспільної моральності і це цілком відповідало їх юридичній природі.

З іншого боку, примушування особи до заняття проституцією із застосуванням чи погрозою застосування насильства, з позицій чинного КК України, розглядається як злочин проти моральності (ч. 1 ст. 303).

Причому, на думку законодавця, і примушування, і втягнення особи до заняття проституцією вчинюються за допомогою насильства, погрози його застосування, з використанням обману, шантажу чи уразливого стану цієї особи. На цю обставину звертає увагу і Пленум Верховного Суду України у п. 17 постанови від 27 лютого 2004 р. «Про застосування судами законодавства про відповідальність за втягнення неповнолітніх у злочинну чи іншу антигромадську діяльність»: «Примушування чи втягнення неповнолітнього у заняття проституцією, тобто у надання сексуальних послуг за плату (ч. 3 ст. 303 КК), здійснюється шляхом застосування насильства чи погрози його застосування, шантажу (наприклад, у формі погрози повідомити батькам, сусідам, товаришам неповнолітнього відомості, що його компрометують) або обману (наприклад, у формі обіцяння надати роботу масажистки, артистки, офіціантки, одружитися, сприяти участі у конкурсі без наміру виконати обіцяне)». З цією позицією важко погодитися. Втягнення — це дії, внаслідок яких особа схиляється до певної поведінки (заняття проституцією), у неї виникає бажання поводитися певним чином. Причом на відміну від примушування, особа з часом вчинює бажані для винного дії за власною волею. Втягнення — це вплив на свідомість конкретної особи шляхом переконання її в доцільності та корисності певної поведінки, який може здійснюватися такими засобами, як умовляння, підкуп, обман, розпалювання почуттів помсти, заздрості, розкази про легкість певних дій, навчання засобам та прийомам їх виконання і т. ін. Не випадково КК УРСР 1922 р. відповідальність за приневолювання до проституції і за затягнення (вербування) до неї передбачав у різних статтях. При цьому приневолювання було пов'язано із застосуванням фізичного чи психічного впливу (ст. 170), у той час, коли затягнення (вербування) жінок до проституції такої ознаки не передбачало (ст. 171).

Не є діяннями одного ряду спонукання (рос. «понуждение») та примушування (рос. «принуждение»)[2]. Насильство та погроза його застосування — характерні ознаки саме примушування, тобто коли в особи

---

[2] Слід зазначити, що в україномовному варіанті офіційного тексту КК України при характеристиці ознак об'єктивної сторони злочинів, передбачених ст. 154 та ч. 1 ст. 303, вживається термін «примушування», а в російськомовному — «понуждение». Таким чином, законодавець ототожнює ці поняття, хоча, вочевидь, вони є різними за своєю природою, інакше розмежувати згвалтування та примушування (точніше спонукання) до вступу в статевий зв'язок буде неможливо.

немає іншого варіанта поведінки і вона вимушена підкоритися волі злочинця, а воно, у свою чергу, є невід'ємною ознакою згвалтування (ст. 152 КК України). Саме на таких підставах стоїть КК України 2001 р., розмежовуючи згвалтування та спонукання до вступу в статевий зв'язок, яке може полягати, наприклад, у таких діях, як погроза позбавленням матеріальної допомоги або надбавок за працю, можливості користуватися житловою площею, звільненням, переведенням на нижчеоплачувану роботу (ч. 1 ст. 154), знищенням, пошкодженням або вилученням майна потерпілої (потерпілого) чи її (його) близьких родичів, розголошенням відомостей, що ганьблять її (його) чи близьких родичів (ч. 2 ст. 154). Таким чином, коли примушування до заняття проституцією вчинюється шляхом насильства чи погрози його застосування, вчинене необхідно кваліфікувати як згвалтування або як співучасть у ньому. Мабуть, саме тому Пленум Верховного Суду України у п. 17 згаданої постанови від 27 лютого 2004 р. вказав, що якщо при примушуванні чи втягненні неповнолітнього у заняття проституцією винна особа вчинює й інші злочини, її дії кваліфікуються за ч. 3 ст. 303 та статтями, якими передбачено відповідальність за ці злочини (наприклад, ст. ст. 121, 123, 152, 153 КК).

Але звідси випливає, що примушування до заняття проституцією шляхом застосування насильства чи погрози його застосування не містить самостійного кримінально-правового елемента, оскільки мотиви вчинення згвалтування (задоволення статевої пристрасті, помста, бажання зробити особу проституткою, корисливість при вчиненні згвалтування на замовлення тощо) не мають значення для кваліфікації. Примушування чи спонукання особи до заняття проституцією вчинюються всупереч її волі, тому, перш за все, шкода заподіюється не моральності, а статевій свободі або статевій недоторканості. Це діяння зможе набути свого належного безпесереднього об'єкта тільки у тому випадку, якщо вказівка на таку форму об'єктивної сторони складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 303, буде виключена. Юридичній природі цього злочину, як злочину проти моральності, відповідає лише втягнення особи в заняття проституцією, внаслідок якого вона добровільно приймає для себе відповідне рішення.

Інший приклад. До кола злочинів проти власності вітчизняний законодавець традиційно відносить такий злочин, як заподіяння майнової шкоди шляхом обману або зловживання довірою (ст. 192 КК). Родовим об'єктом злочинів, передбачених розділом VI Особливої частини КК України, є власність, тобто суспільні відносини з приводу майна, які юридично відображуються у вигляді правомочностей володіння, користування і розпорядження цим майном, що належать власнику, та в обов'язку інших осіб (невласників) сприймати зазначені правомочності як належні і не заважати їх здійсненню. Таким чином, відносини власності за своєю суттю є речовими відносинами, хоча власністю останні не вичерпуються. Як слушно зауважує О. І. Бойцов, родовий об'єкт зло-

чинів проти власності є політипним, оскільки включає до себе два різновиди суспільних відносин з володіння, користування та розпорядження речовими об'єктами: 1) відносини власності у їх безпосередньому порозумінні, що виникають між власником майна і невласниками, які зобов'язані утримуватися від втручання у майнову сферу власника; 2) інші речові відносини, що виникають між особою, яка не є власником, але має обмежені речові права на майно та усіма іншими особами, які зобов'язані утримуватися від порушень майнової сфери законного володаря кримінально-забороненими засобами [7, с. 64]. Але політипність родового об'єкта злочинів проти власності зовсім не означає, що він містить у своєму складі і такі майнові відносини, в яких одна особа має можливість вимагати від іншої особи передачі майна чи вчинення інших дій, які мають майновий характер і виникають на підставі укладених угод з відчужування чи експлуатації цього майна. Чинний ЦК України чітко диференціює цивільно-правові норми, що регулюють майнові відносини (залежно від характеру цих відносин) та згруповує їх у дві книги: «Право власності та інші речові права» (книга третя) та «Зобов'язальне право» (книга п'ята).

Заподіяння майнової шкоди шляхом обману або зловживання довірою полягає у тому, що винний збагачується за рахунок неправомірного утримання у себе того майна, яке повинно було б надійти у власність або володіння потерпілого й тим самим поповнити його майновий фонд. Об'єктивно це діяння може виражатися в ухиленні від платежів або неповній сплаті платежів за користування квартирою, іншими комунальними послугами, в ухиленні від сплати або неповній сплаті транспортних, готельних, зрелищних та інших послуг, а також несплаті певних сум за виконану на користь винного роботу, тощо. У сучасних умовах (особливо в умовах гиперінфляції) об'єктивна сторона складу цього злочину може полягати у заволодінні шляхом обману чужими грошовими коштами (наприклад, особа видає себе за представника комерційної фірми, укладає договір поставки товарів і отримує у якості передплати відповідні кошти), які потім переказуються на банківські рахунки і після отримання відсотків з вибаченнями та надуманими поясненнями стосовно причин невиконання своїх зобов'язань перед контрагентом повертаються останньому. У інших випадках, винний просто не виконує умови договору і при цьому умисно затягує повернення коштів, які були переказані контрагентом за договором у якості попередньої оплати. Тим самим недобросовісна сторона, використовуючи чужі кошти і повертаючи на свою користь доходи від користування ними, отримує прибуток, позбавляючи цієї можливості власника коштів та заподіюючи йому шкоду у вигляді упущенної вигоди.

Таким чином, безпосереднім об'єктом цього злочину виступають не відносини власності, а зобов'язальні відносини. Це, в свою чергу, дає підстави стверджувати, що діяння, передбачене ст. 192 КК України, за своєю природою є злочином у сфері господарської діяльності. Не випад-

ково ще в 1972 р. Пленум Верховного Суду колишнього СРСР у своїй постанові «Про судову практику у справах про розкрадання державного та громадського майна» вказував, що заподіяння державі майнової шкоди внаслідок ухилення від сплати податків або інших обов'язкових платежів повинно кваліфікуватися як заподіяння майнової шкоди шляхом обману чи зловживання довірою. У сучасній кримінально-правовій літературі ст. 192 КК також розглядається як загальна норма щодо спеціальних норм, передбачених ст. ст. 207, 212, 212[1], 222 КК, які, підкоряючись правилам вирішення колізії конкуруючих кримінально-правових норм, отримують перед нею пріоритет [8, с. 118]. При цьому зазначається, що ст. 192 КК залишається у резерві для тих ситуацій, які спеціально в законі не передбачені [7, с. 728]. Слід підкреслити, що кількість таких ситуацій поступово скорочується. Так, Законом від 31 травня 2005 р., КК України було доповнено ст. 188[1] «Викрадення електричної або теплової енергії шляхом її самовільного використання». І хоча в диспозиції ст. 188[1] мова йде про викрадення електричної або теплової енергії, нічого спільного зі злочинами проти власності це діяння не має за відсутності фізичної ознаки предмету цих злочинів. Ця норма теж є спеціальною щодо ст. 192 КК і її безпосереднім об'єктом виступають зобов'язальні відносини.

На перший погляд дійсно може здаватися, що місце розташування ст. 192 КК не має принципового значення, оскільки основу економіки будь-якої країни складають власність та система господарювання. Ці складові дуже щільно пов'язані між собою. Перша опосередковує статику майнових відносин, закріплюючи за особою юридичну можливість володіти майном, експлуатувати його та розпоряджатися їм незалежно від інших осіб, а друга — опосердковує динаміку майнових відносин, регулює рух майна у господарському обігу.

Саме тому злочини проти власності та злочини у сфері господарської діяльності, незважаючи на суттєві відмінності, можуть бути об'єднані в один розділ КК. До речі, така практика є доволі поширеною. Так, наприклад, розділ VIII КК РФ «Злочини у сфері економіки» містить три глави: Злочини проти власності (глава 21); Злочини у сфері економічної діяльності (глава 22); Злочини проти інтересів служби в комерційних організаціях (глава 23).

Заподіяння майнової шкоди шляхом обману або зловживання довірою розглядається у якості злочину проти власності (ст. 165). І хоча безпосереднім об'єктом цього діяння виступають зобов'язальні відносини, а не відносини власності, він не виходить за межі родового об'єкта — сфери економіки, залишаючись його складовою. Однак, чи спроможний такий підхід вирішити проблеми, поставлені на початку статті. Вважаємо, що ні. Безпосередній об'єкт злочину, перш за все, повинен збігатися з видовим об'єктом, який передбачається на законодавчому або визначається на доктринальному рівні. Не можна не погодитися з О. І. Бойцовим, який зазначає, що майнові відносини зобов'язального характеру

настільки виходять за межі видового об'єкта злочинів проти власності, що розподіл розділу VIII КК РФ на глави втрачає будь-який сенс [7, с. 62].

Дійсно, якщо ототожнити відносини власності і зобов'язальні відносини у межах більш широкого поняття — сфера економіки або взагалі повернутися до історичної назви «майнові злочини», проблема невідповідності безпосереднього об'єкта злочину, що аналізується, його видовому об'єкту може бути вирішена. Але такий крок потягне за собою низку інших проблем. По-перше, це буде суперечити цивільному законодавству, а як відомо, саме воно, а не законодавство про кримінальну відповідальність, регулює зазначені відносини; по-друге, це зробить неможливим розмежування злочинів проти власності та злочинів у сфері господарської діяльності як між собою, так і з суміжними складами злочинів. Так, наприклад, зміна лише цифрового номіналу банкноти та її збут утворює шахрайство, а не фальшивомонетництво, тому, що у даному випадку шкода заподіюється відносинам власності. Відносини, що забезпечують нормальне функціонування фінансово-кредитної системи (складова родового об'єкта злочинів у сфері господарської діяльності) об'єктивно не страждають, оскільки такий рівень підробки унеможливлює її перебування у обігу.

Слід також підкреслити, що Особлива частина КК України побудована за так званою лінійною схемою, коли всі склади злочинів згруповуються у багаточисленні розділи без об'єднання останніх у більш великі структурні частини.

Цей принцип, так або інакше, вимагає точного встановлення об'єкта як єдиного критерія такої класифікації. Хоча, якщо виходити з поняття підстави кримінальної відповідальності як суспільно небезпечного діяння, яке містить склад злочину, передбачений КК, без цього не обійтися навіть і тоді, коли Особлива частина будується не за лінійною, а за іншою схемою: всі злочини поділяються на два (в залежності від публічного або приватного характеру) або на три (проти держави, проти суспільства та проти особи) чи декілька великих розділа. У цьому випадку, як було показано вище на прикладі КК РФ, треба буде спочатку встановити видовий, а потім безпосередній об'єкт вчиненого злочину. Інакше, правильна кваліфікація скоєного буде неможлива. До речі, прихильники двохчленної побудови Особливої частини КК, ще на початку XIX століття наполягали на необхідності відрізняти серед приватних злочинів злочини проти родини, проти особи, проти власності, тощо [9, с. 18—19].

Висновки щодо порозуміння об'єкта заподіяння майнової шкоди шляхом обману або зловживання довірою стосуються і вимагання, коли воно скоюється у такій формі, як вимога вчинення на користь винного будь-яких дій майнового характеру. Останні можуть полягати, наприклад, у поверненні потерпілим боргу вимагача третій особі або у «пробаченні» його боргу, безоплатному ремонті автівки чи квартири вимагача,

будівництві його дачі, митному оформленні автівки вимагача за рахунок потерпілого, безоплатному встановленні телефону тощо. Такі вимоги винного дуже опосередковано зачіпають відносини власності, оскільки у даному випадку мова йде про вторгнення у сферу майнових відносин зобов'язального характеру, які передбачають право потерпілого на отримання винагороди за виконану роботу чи надану послугу. Забезпечення «речової чистоти» розділу про злочини проти власності обумовлює необхідність виділення зі складу вимагання примушування до вчинення будь-яких дій майнового характеру та розтошування його у розділі VII КК «Злочини у сфері господарської діяльності». Не випадково примушування до виконання чи невиконання цивільно-правових зобов'язань, яке відрізняється від вимагання лише характером угоди (у межах ст. 355 КК вона є законною, а щодо ст. 189 КК — незаконною), вітчизняний законодавець не розглядає у якості злочину проти власності. Але знов-таки, яким чином це діяння зазіхає на авторитет органів державної влади, органів місцевого самоврядування та об'єднань громадян абсолютно не зрозуміло.

Не є злочином проти власності, на наш погляд, і такий злочин, як придбання, отримання, зберігання чи збут майна, одержаного злочинним шляхом (ст. 198 КК). Оскільки тут мова йде про небажаний рух майна у господарському обігу, це діяння, насамперед, спрямоване на заподіяння шкоди зобов'язальним відносинам. Логіка у такому законодавчому вирішенні питання про місце розташування ст. 198 КК була остаточно втрачена з криміналізацією легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом (ст. 209 КК), яка розглядається як злочин у сфері господарської діяльності. Ознаки цих злочинів, особливо після законодавчих змін 2003 р., доволі тісно перетинаються. Тому, як зазначає Пленум Верховного Суду України у п. 17 постанови від 15 квітня 2005 р. «Про практику застосування судами законодавства про кримінальну відповідальність за легалізацію (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом», при розмежуванні злочинів, відповідальність за які передбачена ст. ст. 198 і 209 КК, необхідно виходити насамперед з їх предмета. Предметом першого є будь-яке майно, одержане злочинним шляхом, другого — лише майно, одержане внаслідок вчинення предикатного діяння, за яке положеннями КК передбачено покарання у вигляді позбавлення волі на строк не менш трьох років, а також майно, одержане злочинним шляхом на території інших держав. Визначальним фактором у розмежуванні цих злочинів є мета. Згідно зі ст. 209 КК метою вчинення дій із коштами або іншим майном є надання їх походженню легального статусу, а для дій, передбачених ст. 198 КК, не вимагається надання такого статусу майну. Якщо дії, відповідальність за які встановлена цією статтею, вчинюються з метою надання майну легального статусу, вони підлягають кваліфікації за ст. 209 КК. Суб'єктом злочину, склад якого передбачено в ст. 198 КК, є лише особа, котра не одержувала майна злочинним шляхом, а за ст. 209 КК — як особа, яка

одержала кожти чи інше майно злочинним шляхом, так і та, котра заздалегідь пообіцяла вчинити передбачені цією саттею дії для легалізації коштів чи майна, одержаних внаслідок вчинення предикатного діяння.

Як бачимо, у роз'ясненнях Пленуму Верховного Суду України немає навіть згадки про відмінності в об'єкті цих посягань. У той же час саме з цих відмінностей і треба починати вирішувати проблему розмежування суміжних складів злочинів, якщо відповідальність за їх вчинення передбачається статтями, розташованими у різних розділах Особливої частини КК.

Не випадково у своїй іншій постанові від 12 квітня 1996 р. «Про практику розгляду судами кримінальних справ про виготовлення або збут підроблених грошей чи цінних паперів», яка діє у редакції від 3 грудня 1997 р., Пленум Верховного Суду України у п. 4, насамперед, зазначає, що при відмежуванні виготовлення з метою збуту підроблених грошей чи державних цінних паперів або їх збуту від шахрайства належить виходити із того, що об'єктом першого є кредитно-фінансова система, а об'єктом другого — право власності на майно (кредитно-фінансовій системі шкода не заподіюється). Ігнорування особливостей об'єктів при розмежуванні злочинів, передбачених ст. ст. 198 та 209 КК України, зайвий раз підкреслює ту обставину, що таких просто немає, оскільки ці діяння зазіхають на тотожні суспільні відносини.

До речі, придбання чи збут майна, завідомо одержаного злочинним шляхом, розглядається як злочин у сфері економічної діяльності за КК РФ (ст. 175), КК Азербайджанської Республіки (ст. 194) та деяких інших країн. Такий підхід, як уявляється, є правильним.

Якщо заподіяння майнової шкоди шляхом обману або зловживання довірою, вимога вчинення будь-яких дій майнового характеру та придбання, отримання, зберігання чи збут майна, одержаного злочинним шляхом, за своєю природою є, на нашу думку, злочинами у сфері господарської діяльності, то незаконне заволодіння транспортним засобом, навпаки, є злочином проти власності.

Хоча, з позицій чинного КК України, його родовим об'єктом вважаються суспільні відносини, які забезпечують безпеку руху та експлуатації усіх видів механічного транспорту. Свого часу належність угону автотранспортних засобів до кола злочинів проти громадської безпеки (за КК УРСР 1960 р.) обґрунтовувалася тим, що його, як правило, вчиняли особи, які не мали посвідчення водія і вже цим несли потенційну небезпеку під час знаходження за кермом для невизначеної кількості осіб, або не володіли інформацією щодо технічного стану чужої автівки чи знаходилися у стані сп'яніння.

Але, якщо незаконне заволодіння транспортним засобом вчинюється особою, що має посвідчення водія та відповідний досвід, не порушує правила дорожнього руху, знаходиться у тверезому стані, а технічні характеристики транспортного засобу є ідеальними (що не важко припустити в умовах якісної зміни парку транспортних засобів у порівнянні

з 60-ми рр. минулого століття), то доведеться визнати, що безпека руху та експлуатації транспорту аж ніяк не страждає, тобто діяння стає безоб'єктним. До того ж управління транспортним засобом без відповідного посвідчення або у нетверезому стані, як і управління засобом, що має серйозні технічні вади, самі по собі є адміністративними правопорушеннями і навіть їх сукупність навряд чи може обумовити сусіпільну небезпеку злочину. Здається, що все може встати на свої місця, якщо злочин, передбачений ст. 289 КК України, розглядати як злочин проти власності. Особливістю безпосереднього об'єкта незаконного заволодіння транспортним засобом є те, що воно посягає лише на право користування ним, про що свідчить відсутність мети викрадення у межах цього складу злочину. При цьому шкода, яка заподіюється власнику, може полягати тільки у реальних збитках — амортизація транспортного засобу, його псування чи втрата, що цілком природно, оскільки винний не турбується про цілісність та збереження засобу, яким він тимчасово користується. Ця обставина прямо закріплюється у примітці до ст. 289 КК, згідно з якою матеріальна шкода визнається значною у разі заподіяння реальних збитків на суму від ста до двохсот п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, а великою — у разі заподіяння реальних збитків на суму понад двісті п'ятдесят неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

Слід також звернути увагу ще на одну обставину. За КК УРСР 1960 р. діяння, що аналізується, іменувалося «угон» транспортних засобів без мети їх крадіжки (ст. 215^3).

Це була своєрідна законодавча лазівка, яку могли використовувати винні особи, посилаючись на відсутність мети викрадення транспортного засобу, хоча у дійсності їх дії були спрямовані саме на це (для порівняння: якщо ч. 1 ст. 215^3 КК УРСР 1960 р. передбачала санкцію у вигляді позбавлення волі на строк до трьох років або виправних робіт на строк до двох років, то крадіжка, що завдала значної шкоди потерпілому (ч. 2 ст. 145 КК УРСР 1960 р.) каралася позбавленням волі на строк до семи років з конфіскацією майна або без конфіскації або виправними роботами на строк від одного року до двох років з конфіскацією майна чи без такої. Крадіжка державного або колективного майна, вчинена у великих розмірах (крадіжка транспортного засобу якраз і визнавалася такою), каралася згідно з ч. 3 ст. 81 КК УРСР 1960 р. позбавленням волі на строк від п'яти до п'ятнадцяти років з конфіскацією майна).

В умовах суттєвого зростання кількості крадіжок транспортних засобів у середині 1990-х рр. спочатку російський (Закон від 1 липня 1994 р.), а згодом і український законодавець були вимушені вжити відповідних заходів та закрити цю лазівку. Але, вочевидь, викликано це було, скоріше за все, бажанням не посилити охорону безпеки руху та експлуатації транспорту, а забезпечити всебічний захист права власності на транспортні засоби. Саме тому починаючи з 1994 р. неправомірне заволодіння автівкою чи іншим транспортним засобом без мети

викрадення за КК РФ розглядається як злочин проти власності (ст. 166). Цим шляхом пішов КК Грузії (ст. 184), КК Азербайджанської Республіки (ст. 85), КК Киргизької Республіки (ст. 172), КК Республіки Казахстан (ст. 185).

Інший підхід, на наш погляд, не відповідає юридичній природі незаконного заволодіння транспортним засобом. Це стало дуже помітним після того, як стаття про угон транспортних засобів набула нової редакції у КК України 2001 р. Якщо ч. 2 и ч. 3 ст. 215^3 КК УРСР 1960 р. передбачали лише такі кваліфікуючи ознаки, як застосування насильства відповідного характеру, то ч. 2 ст. 289 КК 2001 р. посилення покарання вже пов'язувала з заподіянням значної матеріальної шкоди потерпілому, а ч. 3 містила таку кваліфікуючу ознаку цього злочину, як незаконне заволодіння транспортним засобом, вартість якого у двісті п'ятдесят разів перевищувала неоподатковуваний мінімум доходів громадян. Після реформування ст. 289 КК, яке відбулося згідно із Законом від 22 вересня 2005 р., замість цієї кваліфікуючої ознаки з'явилася велика матеріальна шкода (ч. 3). Хоча цілком зрозуміло, що між цими кваліфікуючими ознаками та відносинами, що забезпечують безпеку руху та експлуатації транспорту, нема ніякого зв'язку. Частина 4 ст. 289 чинного КК України передбачає підстави звільнення особи від кримінальної відповідальності за незаконне заволодіння транспортним засобом, якщо вона добровільно заявила про це правоохоронним органам, повернула транспортний засіб власнику і повністю відшкодувала завдані збитки. Таким чином, законодавець пов'язує підстави звільнення з поновленням порушених відносин власності. Стан відносин, що забезпечують безпеку руху та експлуатації транспорту, майже не враховується. Врешті-решт, незаконне заволодіння транспортним засобом згідно з приміткою до ст. 289 КК утворює повторність зі злочинами проти власності (ст. ст. 185—187, 189—191 КК). І якщо діяння, передбачені ст. ст. 262 та 410 КК України, не є злочинами проти власності виходячи з особливостей їх предмета (ці речі вилучені з цивільного обігу), то транспортний засіб відповідає усім необхідним ознакам предмета у злочинах проти власності.

Доволі суперечливо вирішує вітчизняний законодавець і проблему визначення родового об'єкта такого злочину у сфері господарської діяльності, як контрабанда.

Видовим об'єктом цього злочину є відносини, які забезпечують нормальне функціонування фінансово-кредитної системи держави. Та обставина, що саме ці відносини і є об'єктом «товарної» контрабанди, сумнівів не викликає. Але чи посягає на нього незаконне переміщення історичних та культурних цінностей, отруйних, сильнодіючих, радіоактивних або вибухових речовин, зброї та боєприпасів, стратегічно важливих сировинних товарів, якщо це предмети, які вилучені з цивільного обігу, а сплата митного збору взагалі не передбачається. На наш погляд, ні. Безпосереднім об'єктом цих злочинів є право власності, народне

здоров'я та громадська безпека. Однак законодавець правильно визначився тільки з характером незаконного переміщення через митний кордон України наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів. Цей злочин був виділений у самостійну ст. 305 КК, яка розташована у розділі XIII відповідно до свого родового об'єкта.

Межі цієї статті не дозволяють докладно проаналізувати усі проблеми першого рівня, оскільки вони, як вже зазначалося, притаманні фактично усім розділам Особливої частини чинного КК України. Зокрема, не зрозуміло: яким чином заподіюється шкода життю та здоров'ю особи при вчиненні такого злочину, як розголошення відомостей про проведення медичного огляду на виявлення зараження вірусом імунодефіциту людини чи іншої невиліковної інфекційної хвороби (ст. 132 КК), якщо склад цього злочину є формальним і відповідальність не залежить від настання яких-небудь наслідків; яким чином посягають на суспільні відносини, що забезпечують фізичну волю особи, такі злочини, як експлуатація дітей (ст. 150 КК) або використання малолітньої дитини для заняття жебрацтвом (ст. 150^1 КК). Ознаки останнього злочину перетинаються із втягненням малолітньої особи у зайняття жебрацтвом (ч. 2 ст. 304 КК), а воно, у свою чергу, є злочином проти моральності. Автори підручника «Кримінальне право України» за редакцією В. В. Сташиса і В. Я. Тація, вирішуючи проблему розмежування цих злочинів, зазначають, що при використанні малолітньої дитини для заняття жебрацтвом суб'єкт злочину не здійснює безпосередній вплив на свідомість та волю потерпілої особи з метою викликати у неї рішучість (бажання) займатися жебрацтвом, а лише використовує малолітнього як своєрідне «знаряддя» при випрошуванні майна у сторонніх осіб (наприклад, використання немовля при випрошуванні грошей у перехожих). У разі встановлення зазначеного впливу дії винного слід кваліфікувати не за ст. 150^1, а за ч. 2 ст. 304 КК (втягнення малолітньої особи у зайняття жебрацтвом) [3, с. 88]. З цим навіть можна погодитися, але причому тут суспільні відносини, що забезпечують фізичну свободу особи, якщо немовля не може за своєю волею обирати місцезнаходження; чому саме посягання на здоров'я людей під приводом проповідування релігійних віровчень чи виконання релігійних обрядів (ст. 181 КК) розглядається як злочин проти свободи совісті, якщо мова йде про організацію або керівництво групою, діяльність якої поєднана із заподіянням шкоди здоров'ю людей або статевою розпустою.

У той же час незаконне перешкоджання організації або проведенню зборів, мітингів, походів і демонстрацій чомусь віднесено до злочинів проти авторитету органів державної влади, органів місцевого самоврядування та об'єднань громадян (ст. 340), хоча тут, насамперед, страждають суспільні відносини, що забезпечують реалізацію громадянами свого конституційного права (ст. 39 Конституції України). Дотримуючись логіки, норму про відповідальність за це діяння, як і за діяння, передбачене ст. 132 КК, слід було б розташувати у розділі V КК «Зло-

чини проти виборчих, трудових та інших особистих прав і свобод людини і громадянина».

Зустрічаються у чинному КК України і проблеми другого рівня. Так, наприклад, у розділі XIV мова йде про злочини у сфері охорони державної таємниці. У КК УРСР 1960 р. вони були віднесені до інших злочинів проти держави і на відміну від особливо небезпечних державних злочинів не характеризувалися так званим «антирадянським», а пізніше «антидержавним» умислом. Використовуючи саме цю ознаку суб'єктивної сторони, законодавець розташував ці злочини у розділі XIV КК 2001 р. Проте охорона державної таємниці не є самоціллю. Певні відомості треба охороняти, щоб їх не отримала зацікавлена сторона та не була заподіяна шкода основам національної безпеки України. Звідси постає логічне запитання: чому ці злочини не розташовані у першому розділі КК України 2001 р., відповідно до свого об'єкта, як це, наприклад, зроблено в КК Російської Федерації 1996 р.?

Не зрозуміло також, за якими підставами законодавець класифікує діяння, розташовані у розділі XIII Особливої частини КК України, на злочини у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів та інші злочини проти здоров'я населення, оскільки з точки зору об'єкта ніякої специфіки немає.

Не визначився, як уявляється, вітчизняний законодавець і з критерієм побудови розділу XVII Особливої частини КК України «Злочини проти авторитету органів державної влади, органів місцевого самоврядування та об'єднань громадян». Діапазон розташованих тут злочинів є неймовірно широким: від наруги над державними символами (ст. 338), незаконного підняття Державного прапора України на річковому або морському судні (ст. 339) і захоплення державних або громадських будівель чи споруд (ст. 341) до самоправства (ст. 356), примушування до виконання чи невиконання цивільно-правових зобов'язань (ст. 355) та одержання незаконної винагороди працівником державного підприємства, установи чи організації (ст. 354). Таке штучне об'єднання різних за своєю природою злочинів обумовлює об'єктивну неможливість визначення поняття авторитету і на доктринальному рівні.

Так, наприклад, Л. В. Дорош зазначає таке: «Ці злочини істотно порушують суспільні відносини, які забезпечують нормальне функціонування органів влади, місцевого самоврядування, об'єднань громадян та їх представників, протидіють нормальній діяльності цих органів, послаблюють їх авторитет, заподіюють шкоду життю, здоров'ю, гідності або власності громадян, іншим об'єктам, які охороняються законом» [3, с. 429].

Таке розуміння родового об'єкта злочинів, які містяться у розділі XVII, охоплює собою майже всю Особливу частину КК України.

Не відповідає своєму змісту і назва розділу III «Злочини проти волі, честі та гідності особи», оскільки ніяких діянь, безпосереднім об'єктом яких виступали б честь або гідність особи, тут не передбачено. За чин-

ним КК України, ані наклеп, ані образа не є кримінально караними діяннями.

Свого часу професор І. Я. Фойницький зазначав, що «объект посягательства есть главный устой всей классификации, забывая который доктрина права рискует прийти к произвольным построениям и создать совершенно неопределенные формальные группы деяний» [10, с. 7]. Як було показано вище, цей постулат є доволі актуальним для сучасного законодавства України про кримінальну відповідальність. Проблеми як першого, так і другого рівня набули такого масштабу, що розв'язати їх, на нашу думку, можливо тільки шляхом прийняття КК України 2001 р. у новій редакції. Нічого надзвичайного у цій пропозиції немає. Про широке використання такого засобу упорядкування кримінального законодавства свідчить як власний історичний досвід, так і досвід інших країн. Добре відомо, що Уложення про покарання кримінальні та виправні 1845 р. двічі приймалося у новій редакції (1866, 1885 рр.) та з успіхом діяло аж до революції 1917 р., оскільки Кримінальне уложення 1903 р. повністю так і не набуло чинності на всій території Російської імперії. У новій редакції у 1998 р. був прийнятий КК Федеративної Республіки Німеччини 1871 р. Скористався таким прийомом і китайський законодавець. Зміни та доповнення, які були внесені до КК КНР 1979 р., у 1997 році носили настільки кардинальний характер, що цілком дозволяють говорити про прийняття кодексу у новій редакції. Подібний досвід, як уявляється, може бути використаний і в Україні.

Література

1. Уголовное право. Общая часть / под ред. В. И. Ветрова, Ю. И. Ляпунова. — М., 1997.
2. Юридическая техника и вопросы дифференциации ответственности в уголовном праве и процессе : сб. науч. ст. / под ред. П. П. Кругликова. — Ярославль, 1998.
3. Кримінальне право України. Особлива частина : підручник / *Ю. В. Баулін, В. І. Борисов, В. І. Тютюгін* [та ін.] ; за ред. В. В. Сташиса, В. Я. Тація. — 4-те вид., переробл. і допов. — Х. : Право, 2010.
4. Антонян Ю. М. Криминальная сексология / *Ю. М. Антонян, А. А. Ткаченко, Б. В. Шостакович* ; под ред. Ю. М. Антоняна. — М. : Спарк, 1999.
5. Научно-практический комментарий Уголовного кодекса Украины от 5 апреля 2001 г. / под ред. Н. И. Мельника, Н. И. Хавронюка. — К. : А.С.К., 2004.
6. Уголовный кодекс Украины : науч.-практ. коммент. / отв. ред. С. С. Яценко. — К. : А.С.К., 2003.
7. Бойцов А. И. Преступления против собственности / *А. И. Бойцов*. — С.Пб. : Юрид. центр Пресс, 2002.
8. Киричко В. М. Злочини у сфері господарської діяльності за кримінальним кодексом України та в судовій практиці : наук.-практ. комент. / *В. М. Киричко* ; за заг. ред. В. Я. Тація. — Х. : Право, 2010.
9. Цветаев Л. Начертание теории уголовных законов / *Л. Цветаев*. — М., 1825.
10. Фойницкий И. Я. Курс уголовного права. Часть Особенная. Посягательства личные и имущественные / *И. Я. Фойницкий*. — С.Пб., 1901.

Анотація

Чугуников І. І. **Об'єкт злочину як підстава для побудови системи Особливої частини Кримінального кодексу України.**

У статті крізь призму родового об'єкта злочинів розглядаються проблеми побудови системи Особливої частини КК України. Робиться висновок про те, що у багатьох випадках безпосередній об'єкт посягань не збігається зі своїм родовим (видовим) об'єктом, внаслідок чого вчинений злочин стає безоб'єктним. Відсутність безпосереднього об'єкта конкретного злочину, у свою чергу, тягне за собою відсутність у скоєному складу злочину та підстави кримінальної відповідальності взагалі. Доводиться, що подібні проблеми мають доволі масштабний характер. Тому з метою їх кардинального вирішення пропонується прийняття КК України 2001 р. у новій редакції.

Ключові слова: родовий об'єкт злочину, критерій, побудова, система, Особлива частина КК України.

Аннотация

Чугуников И. И. **Объект преступления как основание для построения системы Особенной части Уголовного кодекса Украины.** — Статья.

В статье сквозь призму родового объекта преступлений рассматриваются проблемы построения системы Особенной части УК Украины. Делается вывод о том, что во многих случаях непосредственный объект посягательств не совпадает со своим родовым (видовым объектом), вследствие чего совершенное преступление становится безобъектным. Отсутствие непосредственного объекта конкретного преступления, в свою очередь, влечёт за собой отсутствие в содеянном состава преступления и основания уголовной ответственности в целом. Доказывается, что подобные проблемы носят достаточно масштабный характер. Поэтому с целью их кардинального разрешения предлагается принять УК Украины 2001 г. в новой редакции.

Ключевые слова: родовой объект преступления, критерий, построение, система, Особенная часть УК Украины.

Summary

Chygunikov I. I. **Object of the crime as a basic for building system of the Special Part of Criminal Code of Ukraine.** — Article.

In article through a prism of patrimonial object of crimes problems of construction of system of the Especial part of the Criminal code of Ukraine are considered. The conclusion that in many cases the direct object of encroachments does not coincide with the patrimonial (specific) object owing to what the committed crime has no object. Absence of direct object of a concrete crime, in turn, involves absence in a criminal conduct of structure of a crime and the criminal liability bases as a whole. It is proved that similar problems have scale enough character, therefore, for the purpose of their cardinal permission, it is offered to accept the Criminal code of Ukraine of 2001 in a new wording.

Keywords: patrimonial object of crimes, criterion, construction, system, the Especial part of the Criminal code of Ukraine.

УДК 343.24(73)

Є. Ю. Полянський

АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ПРИЗНАЧЕННЯ ПОКАРАНЬ У КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВІЙ ДОКТРИНІ ТА ЗАКОНОДАВСТВІ США

Аналізуючи кримінальне законодавство США у сфері призначення покарань можна виділити його основні риси та визначити особливості генезису. Не слід намагатися уявити собі упорядковану систему призначення покарання, універсальну для території всієї країни. Юрисдикційний дуалізм законодавства призводить до плюралізму таких систем у локальному законодавстві окремих штатів, де практично кожна з них має свої відмітні риси, та в питаннях призначення покарання проявляється надзвичайне різноманіття теоретичних, законодавчих та практичних підходів до одних й тих самих проблем. Лише дія федерального законодавства поширюється на всю територію США.

Характерним є те, що американська правова спільнота страждає від нескінченного переосмислення сутності кримінально-правового призначення покарань. Протягом минулого століття філософія застосування санкцій змінювалась декілька разів: спочатку від концепції недетермінованого призначення покарань, коли фактична тривалість ув'язнення залежала від суто оціночних понять про ступінь виправлення засудженого у пенітенціарних установах, далі — перехід до поміркованого застосування судової дискреції та нарешті — епоха жорсткої формалізації, яка була забезпечена створенням Федеральної комісії з призначення кримінальних покарань та виданням нею спеціальних актів (керівництв) у цій сфері. Але на цьому генезис федеральної системи призначення покарань не закінчився: врешті-решт позастатутні обмеження судової дискреції були визнані Верховним Судом США неконституційними.

Так, прецеденти, що випливають зі справ *United States v. Blakely* [1] *і United States v. Booker* [2], змінили статус Керівництв з призначення покарань з обов'язкового на консультативний. Верховний Суд США

© Є. Ю. Полянський, 2010

пішов проти політичної волі Конгресу і відновив право суддів на використання *naturalis ratio* при визначенні покарання.

Особливістю реалізації доктрини призначення кримінальних покарань в США є неможливість досягнення компромісу між прибічниками та опонентами жорсткої формалізації санкцій. Думки науковців, практиків та політиків розділилися навпіл, і таке відсоткове співвідношення залишається стабільним. Це заводить процес вирішення суперечки у глухий кут, заважаючи компромісному розв'язанню проблеми. Таким чином еволюційні (а інколи й революційні) зміни в законодавстві про застосування кримінальних санкцій ще тривають та триватимуть.

У кримінальному законодавстві США широко використовуються й інші засоби формалізації призначення покарання шляхом звуження меж відносно визначених санкцій. За вчинення небезпечних злочинів як федеральне, так і локальне законодавство встановлюють обов'язкові мінімальні розміри покарання, нижче за який воно не може бути призначено ні за яких умов. Також у системах призначення покарань деяких штатів використовується різноманітна термінологія, яка відображає ступінь формалізації санкцій. Наприклад, у статутному праві Аляски містяться так звані презюмовані розміри кримінальних покарань, які фактично мають ознаки абсолютно визначених санкцій. Таким чином формалізація кримінальних покарань в законодавстві США може також проявлятися безпосередньо в положеннях самого закону.

Правові системи штатів завжди з тим чи іншим запізненням реагували на зміни у федеральному законодавстві. Після прийняття федерального закону «Про реформування призначення кримінальних покарань» (*Sentencing reform act*) в 1984 році у значної кількості штатів були створені консультативні органи, метою яких було узагальнення судової практики та розроблення вказівок із застосування кримінальних покарань. Проте процес суворої формалізації санкцій був доведений до свого логічного завершення лише у незначній кількості з них. Легіслатури решти штатів не підтримали відповідних законопроектів або ж створили консультативні органи, метою яких було узагальнення та аналізування судової практики, видання ними рекомендаційних звітів для суддівського корпусу. Також слід зауважити, що підходи до призначення покарань в деяких із штатів змінювалися навіть неодноразово.

Але ж якими були ті соціальні та правові чинники, які об'єктивно обумовили необхідність реформування федерального кримінального законодавства на користь створення формалізованої системи призначення покарання? За думкою представників державної влади, основною проблемою, яка існувала в США у сфері застосування кримінальних покарань, була неоднаковість застосування матеріальних норм. В деяких випадках засудженим призначалися кардинально різні покарання за умов вчинення ними аналогічних злочинів за однакових обставин. Ці відмінності обумовлювалися як географічними чинниками, так й різноманіттям етнічного складу американської нації, де расистські прояви

навіть і досі знаходять своє вираження. Так результати аналітичного дослідження, оприлюдненого Департаментом юстиції США у березні 2006 р., свідчать, що у період 2004—2006 рр. у практиці призначення покарань федеральними судами відбувся ряд серйозних змін, які мають в тому числі й расистські чинники [3]. Із втратою Керівництвами з призначення покарань їхньої провідної ролі, чорношкірі злочинці були засуджені до термінів ув'язнення в середньому на 5 % більш тривалих, у порівнянні з засудженими білої раси. Показники досліджень доводять, що етнічні чинники дійсно впливають на розміри покарань за вироками, тому етнічна передумова формалізації санкцій є цілком зрозумілою.

Дані того ж самого дослідження також свідчать про такі найбільш вагомі зміни в практиці застосування кримінальних покарань:

1. У межах, встановлених Керівництвами у 2005 р., покарання були визначені лише у 62 % випадків, тоді як у 2004 р. у 72 % випадків.

2. Покарання у розмірі нижче обов'язкової мінімальної межі Керівництв в 2005 р. були призначені у 12,5 % випадків, тоді як у 2004 р. лише у 5,2 % випадків.

3. Кількість випадків призначення більш м'якого покарання за злочини сексуального характеру у 2005 р. зросла приблизно в три рази у порівнянні з 2004 р. і більш ранніми роками.

Наведені дані свідчать про те, що судді активно користуються своїм правом на обрання покарання поза межами положень Федеральних Керівництв з призначення покарання. Але важливим є питання, чому в дослідженні приділяється більш всього уваги факторам однотиповості застосування покарань, призначенню більш м'якого покарання та караності сексуальних злочинів. Пояснення є досить простим: ці чинники відображують процес реалізації на практиці низки доктринальних концепцій, які стали невід'ємною частиною сучасного кримінального законодавства США.

Докладніше аналізуючи ці концепції, слід одразу ж не погодитися з доктриною «рівних покарань» у разі засудження за однотипові злочини. Проголошення такої необхідністі є самоціллю, а її обґрунтування — суто софізмом, який не пов'язується із ідеями індивідуалізації покарання. Так, у науковій кримінально-правовій літературі США термін «індивідуалізація» покарання практично не згадується. А при застосуванні покарання значущими вважаються лише об'єктивні ознаки особи винного: попередня кримінальна активність та ін. Умовно «однакові» злочини в будь-якому разі вчинюються ***різними*** індивідами, покарання яких не може і не має бути однаковим. Тому слід вважати, що цілком позитивна ідея упорядкування застосування кримінальних покарань отримала гіпертрофовану реалізацію, коли співвідношення «аналогічний злочин — аналогічне покарання» замінюється на «такий самий злочин — таке саме покарання».

Ще однією передумовою формалізації призначення покарання була мета репресивної протидії злочинності, особливо її організованим та

рецидивним проявам, а також наркотичним та сексуальним злочинам. Кримінально-правова доктрина США вбачає в рецидиві злочинної поведінки найбільшу загрозу для суспільства, яка може бути усунена лише ізоляцією злочинця від нього. Цей принцип чітко прослідковується в так званому «правилі трьох помилок» — конструкції, яка знайшла своє відображення як в федеральному, так і в локальному законодавстві. Так, у разі засудження особи за третій умисний злочин, до неї мало бути застосовано довічне позбавлення волі, незалежно від тяжкості та караності вчиненого злочину. Крім того, в деяких штатах (наприклад Каліфорнії) в разі вчинення рецидиву злочину розмір покарання, передбаченого санкцією, подвоювався (принцип так званого «правила двох помилок») [4].

Такі самі ідеї були закладені й в основі Федеральних Керівництв з призначення покарань, де одним з двох чинників, детермінуючих кінцевий розмір покарання, є показник злочинної активності особи, який залежить від характеру та кількості вчинених раніше злочинів. У результаті рецидивісти та багаторазові рецидивісти отримують значно триваліші строки ув'язнення.

Проте ефективність такої політики, на наш погляд, викликає сумніви. Застосування довготривалих покарань із ізоляцією від суспільства дійсно зумовило суттєве зменшення показників злочинності в 70—80-х рр. минулого століття. Але ж в 1990-х рр., незважаючи ні на що, відносні показники знову почали збільшуватися (протягом 1990-х рр. з пенітенціарних установ була звільнена переважна більшість засуджених в 1970—1980-х рр.). Проведені дослідження довели, що більшість ув'язнених на строк більше двадцяти років знову вчинили злочини після звільнення з пенітенціарних установ. Але ж цей факт зумовлений соціально-психологічними особливостями таких осіб, які за роки відбування покарання втратили соціальні зв'язки та не мають можливостей, щоб розпочати нове життя у межах закону. Тому найбільш простим виходом вони вважають незаконні шляхи отримання статків.

Неможливість подолання злочинності лише репресивними кримінально-правовими засобами яскраво доводиться на досвіді, отриманому в США. Але така політика має ще одну проблематичну сторону — перевантаження пенітенціарних закладів, а також надвисокі видатки на утримання ув'язнених. Ситуація перетворюється на катастрофу, оскільки можливості пенітенціарної системи країни вичерпані як на федеральному, так і на місцевому рівні. Будування нових закладів навряд чи можна вважати розумним виходом із проблемної ситуації, так як тенденція зростання кількості ув'язнених достатньо висока, і вирішення проблеми буде тимчасовим, проте потребуватиме чимало фінансових ресурсів [5]. У цих умовах, на нашу думку, єдиним виходом є змінення загальнодержавної політики призначення покарання, зокрема у відмові від надтривалих термінів позбавлення волі.

До особливостей кримінально-правових санкцій, передбачених за

вчинення наркотичних та сексуальних злочинів, необхідно віднести їхню непропорційність у порівнянні з покараннями, передбаченими за скоєння злочинів інших видів. Мотивування яскраво вираженого кримінально-репресивного характеру протидії наркотизму в країні зводиться до статистичних даних про кількість осіб, страждаючих на наркотичну залежність, тенденцій її зростання, а тому загалом зумовлюється надзвичайною небезпекою для суспільства. Проте кримінально-правові засоби виявляються безсилими, оскільки не здатні впливати саме на причини злочинності цього виду, основною з яких є наявність широкого попиту на ці речовини.

Що стосується сексуальних злочинів, то стан цього виду злочинності в США загалом не відрізняється від показників інших розвинутих країн. За законодавством окремих штатів розміри покарань за зґвалтування сягають двадцяти п'яти років, за умов вчинення при обтяжуючих обставинах можуть навіть передбачати довічне позбавлення волі. Суспільна небезпека сексуальних злочинів є високою, такі злочини спричинюють потерпілій особі та її близьким надзвичайні психологічні страждання. Але суспільна небезпека зґвалтування якісно відрізняється від небезпеки вбивства. А як вже було зазначено, в деяких випадках караність цих діянь є майже однаковою, що звичайно не можна вважати прийнятним.

Отже такі репресивні заходи протидії вчиненню деяких видів злочинів неможна вважати ефективними, оскільки негативні наслідки від їхнього застосування переважують позитивний результат. На наш погляд, у перспективі кримінально-правова доктрина та законодавство США відмовляться від механізмів суто репресивного впливу та концепції «захисту суспільства від злочинності». Не можна не погодитися з ідеєю тривалої або остаточної ізоляції від суспільства найбільш небезпечних злочинців, але ж така практика скоріше має бути виключенням, ніж правилом.

Переповненню пенітенціарних установ сприяє також обмеження застосування умовно-дострокового звільнення від покарання у виді позбавлення волі. Так Федеральні Керівництва передбачають можливість заміни покарання більш м'яким після фактичного відбуття його частини лише в разі вчинення злочинів, які не становили значної суспільної небезпеки (в таких випадках невідбута частина реального покарання замінюється пробацією). Призначення ж пробації та альтернативних видів покарань в загалі припускається за найменш тяжкі злочини, які караються позбавленням волі на строк до дванадцяти місяців [6].

На рівні законодавства штатів ситуація із застосуванням умовно-дострокового звільнення і альтернативних видів покарань є дещо іншою. В деяких штатах умовно-дострокове звільнення допускалося навіть у відношенні засуджених до довічного позбавлення волі після відбуття ними 10—20 років покарання. Також воно досить широко застосовувалося і до інших категорій ув'язнених. В більшості штатів існували спеціалізовані органи з питань помилування та умовно-дострокового

звільнення (*Parole boards*), які на постійній основі вирішували питання про можливість звільнення засуджених. Але протягом останніх десятиріч більшість штатів або відмовилася від дострокового звільнення осіб, які відбувають покарання у виді позбавлення волі, або ж обмежило такі можливості. Кримінальне законодавство США, яке традиційно встановлювало тривалі строки покарань, пов'язаних з ізоляцією від суспільства, також передбачало й перспективи звільнення засуджених після відбуття більшої частини терміну покарання. За таких умов пенітенціарні установи не перевантажувалися, а тривалість відбутих покарань не була надмірною. Обмеження застосування дострокового звільнення також призвело до розбалансування системи виконання кримінальних покарань та збільшення кількості осіб, які відбувають покарання у виді позбавлення волі.

Загалом можна констатувати, що розвиток системи призначення кримінальних покарань у федеральному законодавстві США практично зайшов у глухий кут. Головною передумовою для цього є розділення науковців, практиків та політиків на два табори, прибічники одного з яких відстоюють формалізовані кримінально-правові санкції, інші ж підтримують протилежну точку зору та наполягають на дискреційному принципі призначення покарання, що ускладнює пошук компромісного шляху вирішення питання. Окремо слід зауважити й на надвисокій караності деяких видів злочинів в американській кримінально-правовій традиції, що призводить до призначення довгих строків позбавлення волі в значній кількості випадків. Проте в юридичній науці США тривають пошуки шляхів усунення недоліків у застосуванні кримінальних покарань.

Спробуємо проаналізувати, які можуть бути подальші зміни в загальному підході до кримінально-правових санкцій в США. На наш погляд, можливі три варіанти: в першому випадку через деякий час імперативний статус Федеральних Керівництв з призначення покарань може бути поновлений і вони знову відіграватимуть провідну роль у судовій практиці. Такий розвиток подій є цілком можливим, оскільки чимало практиків, як вже згадувалося раніше, шкодують про відмову від формально-визначеної моделі призначення покарання.

Другий варіант може полягати у повному припиненні дії Федеральних Керівництв з призначення покарань. Адже наведені вище статистичні дані свідчать, що судді активно користуються своїм правом дискреційного (в межах статутного законодавства) визначення розмірів покарань. Тобто вони не потребують рекомендацій і в будь-якому разі не пов'язані ними в процесі визначення покарань. Практично Керівництва втрачають свою ефективність, та раціональність їхнього подальшого існування викликає питання. На жаль, у цьому разі усі позитивні набутки системи формально визначених санкцій будуть втрачені. В особливості це стосується аспектів протидії дискримінації засуджених за расовими ознаками та корупції в судовій владі.

Третім варіантом подальшого розвитку федеральної системи призначення покарання може бути такий, коли буде знайдений баланс між поміркованим застосуванням судової дискреції та її частковим обмеженням. При цьому система Керівництв з призначення кримінальних покарань може бути збережена, а може бути й ні. Так санкції норм федерального кримінального законодавства відрізняються надзвичайно широкою дельтою розмірів покарання, що дійсно потребує конкретизації залежно від характеристики вчиненого злочину та особистості винного. Ситуація ускладнюється тим, що законодавство передбачає незначну кількість кваліфікованих та привілейованих складів злочинів, в той час як типові узагальнені склади не враховують ознаки, які мали б суттєво впливати на караність злочину. Фактично є два шляхи конкретизації санкцій: або ж завдяки виданню Керівництв, або інших нормативно-правових актів у цій сфері, або ж уточнення самих положень статутного законодавства. Останній варіант навряд чи є прийнятним для американської кримінально-правової традиції, тому що фактично змінює бачення кримінально-правових норм та структури законодавства. Тому практично єдиним компромісним варіантом залишається вдосконалення системи Керівництв з призначення покарань. Яким саме шляхом піде їхній подальшій розвиток — залишається питанням. На наш погляд, оптимальним варіантом було би встановлення обов'язковості Керівництв до застосування суддями, але за умов якісно меншого ступеня їхньої формалізації. Так межі санкцій мали би стати ширшими, ніж вони є зараз, що цілком би задовольнило потреби суддівського корпусу. Також механізм призначення більш м'якого покарання слід було би спростити, що у свою чергу би усунуло перешкоди для індивідуалізації покарання у випадках вчинення злочину в нетипових обставинах, які не могли бути передбачені та враховані в положеннях Керівництв.

Також можна дійти висновку про те, що криза в застосуванні кримінально-правових санкцій в США закінчиться лише після переосмислення репресивного підходу до боротьби із злочинністю. Концепція покарань «just deserts», яка є однією із панівних в американський науці, вимагає справедливого співвідношення тяжкості вчиненого злочину та суворості наступного покарання. Саме до цієї концепції апелюють політики та науковці, обґрунтовуючи довготривалі строки покарань у виді позбавлення волі за різноманітні прояви злочинної поведінки. Але чи є ці терміни покарань обґрунтованими насправді — дискусійне питання для юридичної науки США. Але для українських фахівців з права відповідь є цілком однозначною: законодавство США про кримінальне покарання та його застосування відрізняється надзвичайною суворістю, що проявляється у надмірній та зайвій караності переступної поведінки в багатьох випадках. Що в свою чергу має подальші негативні наслідки в різних сферах суспільного життя.

Відносно особливостей призначення покарання в законодавчих системах штатів слід зазначити таке: основні відмінності полягають у підході

до ступеня визначеності санкцій, тобто чи їхнє застосування носить дискреційний характер або ж навпроти — формальний. Врешті — бачення цілей кримінального покарання та його місця в механізмі протидії злочинності є практично загальним для представників юридичної науки США.

В цілому теорія та практика призначення кримінальних покарань в США заслуговує на неоднозначну оцінку, оскільки досягнутий ними результат проявляється як у суттєвих набутках, так й в значних недоліках. Деякі досягнення в цієї сфері можуть бути використані в подальшому в Україні de lege ferrenda.

Література

1. United States v. Blakely, 542 U.S. 296 (2004).
2. United States v. Booker (04-104) 543 U.S. 220 (2005).
3. The impact of United States v. Booker on federal sentencing // Rept. of Department of justice. — Washington, 2006. — P. 1–3.
4. Полянский Е. Ю. Механизм противодействия рецидивной преступности в США / *Е. Ю. Полянский* // Юридический вестник. — 2007. — № 1. — С. 67–71.
5. California Department of Corrections; Data Analysis Unit, Estimates and Statistical Analysis Section, Offender Information Services Branch; & California Legislative Analysts Office. «The 'Three Strikes and You're Out' Law's: Impact on State Prisons: An Update». — 1999.
6. United States Sentencing Guidelines Manual. 2006 Ed. — St. Paul West Group Publishing Co., 2006. — 1545 p.

Анотація

Полянський Є. Ю. **Актуальні проблеми призначення покарань у кримінально-правовій доктрині та законодавстві США.** — Стаття.

У статті висвітлюються найбільш суттєві теоретичні та практичні проблеми, які виникають при призначенні кримінальних покарань в США. Проводиться їхній аналіз, досліджуються перспективи подолання та вплив на результати кримінально-правової протидії злочинності.

Ключові слова: кримінально-правова доктрина США, призначення кримінальних покарань, проблеми правозастосування.

Аннотация

Полянский Е. Ю. **Актуальные проблемы назначения наказаний в уголовно-правовой доктрине и законодательстве США.** — Статья.

В статье освещаются наиболее существенные теоретические и практические проблемы, которые возникают при назначении уголовных наказаний в США. Проводится их анализ, изучаются перспективы преодоления, а также влияние на результаты уголовно-правового противодействия преступности.

Ключевые слова: уголовно-правовая доктрина США, назначение уголовных наказаний, проблемы правоприменения.

Summary

Polyansky E. **Actual aspects of sentencing in criminal legal doctrines and legislation in USA.** — Afticle.

The most substantial problems in theory and practice of criminal sentencing in USA are researched tin the article. Analysis of this problems is performed, prospects of their overcoming is foreseen, impact at crime rate is described.

Keywords: US criminal law doctrines, criminal sentencing, legal application

УДК 343.76

Л. І. Аркуша

ЗНАЧЕННЯ ТІНЬОВОЇ ЕКОНОМІКИ В ПРОЦЕСІ ЛЕГАЛІЗАЦІЇ ДОХОДІВ, ОДЕРЖАНИХ У РЕЗУЛЬТАТІ ОРГАНІЗОВАНОЇ ЗЛОЧИННОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

Постановка проблеми. Питанням легалізації (відмивання) незаконних (серед них і злочинних) доходів приділялася увага багатьма вченими, але, на нашу думку, до теперішнього часу з криміналістичної точки зору недостатньо розглянуто джерела, причини та умови, що сприяють легалізації доходів, одержаних у результаті організованої злочинної діяльності, в тому числі тіньову економіку. Це негативно впливає на процес протидії означеному виду злочинної діяльності. Також, на нашу думку, для напрацювання заходів боротьби з легалізацією незаконних доходів необхідно детально вивчати та класифікувати прояви нелегальної економіки за видами діяльності й суб'єктами, що беруть у ній участь.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Явище тіньової економіки та шляхи запобігання їй розглянуто у працях таких вчених, як З. Варналій [1; 5], О. Турчинов [6; 7], О. Засянська [2] та інших, але зазначені автори розглядають вказане явище як окреме і залишають поза увагою взаємозв'язок тіньової економіки та легалізації доходів, одержаних у результаті організованої злочинної діяльності.

Метою статті є визначення значення тіньової економіки у процесі легалізації доходів, одержаних у результаті організованої злочинної діяльності.

Дослідження проблеми. Характерною рисою і, очевидно, істотним недоліком дискусії щодо тіньової економіки наприкінці 80-х — початку 90-х рр. минулого століття було те, що вона значною мірою мала політико-публіцистичний характер. У 1990-ті рр. українські і закордонні дослідники поступово прийшли до загального розуміння більшості пов'язаних із тіньовою економікою проблем, хоча, природно, збереглася множинність позицій щодо цього питання.

© Л. І. Аркуша, 2010

У другій половині 1990 — початку 2000-х рр. з'явилася низка цікавих робіт вітчизняних учених із проблем тіньової економіки. Було докладено серйозних зусиль щодо розкриття основних причин тіньової економіки в Україні [4]. Серйозному аналізу піддані і механізми тіньових операцій (відхід від податків, фінансові махінації, незаконні валютні операції й ін.).

Сьогодні тіньова економіка набуває транснаціонального характеру.

Усі схеми легалізації незаконних доходів є сполучною ланкою між надзвичайно різноманітною і різнохарактерною незаконною діяльністю, з одного боку, і нормальною легальною економічною системою — з іншого. Вибір тієї чи іншої схеми легалізації (відмивання) злочинних доходів залежить від суб'єкта і виду нелегальної діяльності. Звідси випливає, що для вироблення заходів боротьби з легалізацією (відмиванням) незаконних доходів необхідно детально вивчати й класифікувати нелегальну економіку за видами діяльності й суб'єктами, що беруть у ній участь.

У тіньовій економіці прийнято розрізняти кримінальний і «сірий» сектор. Сьогодні кримінальний сектор має тенденцію до збільшення в масштабах світового господарства.

На даний момент неможливо підрахувати точну питому вагу тіньової економіки у світовому ВВП. Як видно, вона обчислюється багатьма трильйонами доларів США. На думку співробітників Міжнародного валютного фонду, загальний обсяг тіньових операцій у світі досягає 10—11 трильйонів доларів. Ці цифри можна порівняти з розмірами ВВП Японії, Німеччини і Франції разом узятих.

Нелегальна торгівля зброєю — це потік товарів, який на відміну від наркотиків тече в основному з «багатої Півночі» на «бідний Південь». Припинення протистояння СРСР і США аж ніяк не привело до згасання військових конфліктів. Швидше навпаки: після того як зникла «військова дисципліна», котра підтримувалася в кожному таборі, що бере участь у конфлікті, помітно зросла кількість націоналістичних, фундаменталістських і ультрарадикальних рухів, які бажають, незважаючи ні на кого, силою зброї навести свій порядок в окремо взятому регіоні. Саме вони визначають основний і зростаючий попит на нелегальні постачання зброї. Крім того, істотний попит на стрілкову зброю демонструє швидко зростаючий кримінальний світ країн з перехідною економікою, що переживають кримінальний бум. Обсяг таємного ринку зброї коливається від 1—2 млрд дол. у несприятливі роки до 5—10 млрд у роки пікового зростання (як у часи спалахів війни в колишній Югославії, коли в Боснію було переправлене озброєння вартістю близько 2 млрд дол. США). Для порівняння можна сказати, що це наближається до масштабів щорічного офіційного експорту звичайних видів озброєнь із США — лідера світового ринку зброї (близько 10 млрд дол.).

З кожним роком усе більше підвищується небезпека, пов'язана зі зростаючою можливістю нелегальної торгівлі зброєю масового знищення (хімічної, бактеріологічної і навіть ядерної зброї). Уже не виглядають

неймовірними перспективи появи в руках гангстерів чи терористів «приватної» атомної бомби.

Якщо на світовому наркоринку мафія наштовхується на активну протидію офіційної влади, то на світовому нелегальному ринку зброї мафія й офіційна влада часто виявляються співучасниками по тіньових угодах.

Ще одним видом кримінальної економіки є торгівля людьми. За оцінками міжнародної неурядової організації Антислейвері Інтернешнл (Anti-Slavery International) у світі нараховується близько 27 млн осіб [3], котрі фактично є рабами.

Торгівля жінками з метою сексуальної експлуатації є «тіньовим ринком із обігом, що оцінюється в 7—12 млрд дол. на рік. Торгівля жінками є високоприбутковою справою з низьким рівнем ризику порівняно з торгівлею наркотиками і зброєю. Одержувачами прибутку є транснаціональні організації торговців і сутенерів, що розраховують на незнання жінок, які шукають роботу, своїх прав і безперспективність їхнього майбутнього. Транснаціональна торгівля жінками ґрунтується на пропонуванні та попиті країн, які постачають та приймають. Країни з розвинутою секс-індустрією створюють попит і є приймаючими країнами, тоді як країни, де торговці можуть легко завербувати жінок, є країнами, які поставляють. Десятиліттями головними країнами, що поставляють, були азіатські країни, такі як Таїланд і Філіппіни. В останні два десятиліття панівні позиції здобули країни Центральної і Східної Європи, а також республіки колишнього Радянського Союзу (особливо Україна, Молдова, Бєларусь, Латвія і Росія). Кількість жінок з Центральної і Східної Європи, що займаються проституцією в країнах Європейського Союзу, оцінюється в півмільйона.

З'явилася нова сфера тіньової активності — кіберзлочинність, пов'язана зі злочинами, котрі здійснюються за допомогою комп'ютерної системи чи мережі Інтернет. Кількість злочинів, котрі здійснюються за допомогою Інтернету, зростає, причому пропорційно кількості користувачів. За даними Інтерполу, Інтернет став тією сферою, де злочинність зростає найшвидшими темпами на планеті. Так звані «хакери» одержують доступ до цінної інформації і фінансових засобів, зламуючи комп'ютерні мережі. Новітні технології відкривають широкі можливості для фінансових махінацій і промислового шпигунства. Інтернет усе більш активно використовується злочинними угрупованнями для незаконного проникнення в корпоративні й особисті бази даних. В останні роки в Інтернеті поширився звичайний шантаж: злочинці загрожують запустити віруси або зламати комп'ютерні системи корпорацій чи державних установ, якщо їм не заплатять викуп. А порноділки одержали можливість поширювати свою продукцію через Інтернет.

Одним із проявів кримінальної тіньової економіки став міжнародний наркобізнес. Поширення наркотиків по усьому світі має безліч аспектів: політичний, економічний, соціальний, правовий, медичний, моральний.

Наркотики — соціальна хвороба сучасного суспільства, і для лікування цієї хвороби необхідний її точний діагноз, розуміння всієї складності даного явища і складностей боротьби з ним. Лейтмотивом виступів багатьох глав держав і урядів на спеціальній сесії Генеральної Асамблеї ООН у червні 1998 р., присвяченій боротьбі з поширенням наркотиків, лунала глибока тривога у зв'язку з тим, що поширення наркотиків на земній кулі відбувається наростаючими темпами й перетворюється в глобальну загрозу, порівнянну з екологічною. В особливо скрутному становищі виявляються багато країн із перехідною економікою.

Транснаціоналізація наркобізнесу, його наступальна стратегія на порозі другого тисячоліття, багато в чому пов'язані з тим, що до традиційних причин, що породжують це зло (бідність, політична безвихідність, соціальна невпорядкованість, відчуження мільйонів людей), у 1990-х рр. додалися нові фактори, що супроводжують глобалізацію фінансової, банківської, торгової, технологічної, інформаційної й інших галузей людської діяльності. Ці фактори, з одного боку, позначаються на способі життя людини, а з іншого — відкривають нові можливості для ділків наркобізнесу. І ці нові можливості позначаються як на структурі й способах виробництва наркотиків, так і на способах постачання, торгівлі, споживання.

За приблизними підрахунками, на сьогоднішній день у світі понад 200 млн осіб вживають наркотики різного виду. Кількість споживачів наркотиків збільшується з кожним роком, причому в основному за рахунок ураження наркотиками найбільш уразливої частини населення — молоді. У деяких країнах кількість школярів і повнолітніх молодих людей, що, за власним визнанням, пробували споживати марихуану, становить 37 %.

Поряд із цим намітилася тенденція розширення діяльності міжнародних злочинних угруповань. Завдяки своєму міжнародному характеру і ринковій основі, наркобізнес, швидше, ніж легальний бізнес, реагує на ці зміни, використовуючи глобалізацію для розширення наркомережі й експансії в усіх напрямках.

В активі наркоділків усі переваги тіньової економіки: безмитність, безконтрольність, концентрація величезних капіталів, мережна міжнародна структура організації корпоративного типу, що охоплює основні ланки наркоіндустрії і пов'язує в єдину глобальну мережу всіх учасників незаконного обігу наркотиків — виробників, споживачів та країни, що забезпечують транзит нарковантажів. А специфічний товар — наркотик завдяки забороні має надвисокі ціни, обумовлені не витратами виробництва, а попитом на наркоринку, залежного від зілля споживача і відстані до місця виробництва.

Наркоіндустрія є досить стійкою через постійний попит і приносить чималі прибутки у зв'язку з відсутністю серйозної конкуренції між організаціями, що займаються цим видом злочинного бізнесу. Обіг світової наркоіндустрії оцінюється експертами ООН десь близько

500 млрд дол. на рік, що становить близько 8 % обігу всієї міжнародної торгівлі. Доповідь ООН про стан з наркотиками у світі відзначає, що світовий обіг наркобізнесу в певні роки перевищує обіг світового ринку автомобілів чи світового ринку чорних металів. Операції з наркотиками приносять від 300 до 2000 % прибутку, що робить їх привабливими і для транснаціональних злочинних організацій, і для окремих груп злочинців, чиєю метою є одержання максимального прибутку в короткий термін.

Масштаби й особливості тіньової економіки в різних країнах і регіонах світу тісно пов'язані з національними господарськими моделями і ступенем зрілості ринкових відносин. Це дає підставу розглядати три основних типи тіньової економіки: у розвитих країнах, у країнах з периферійною економікою і країнах з перехідною економікою.

Насамперед, розрізняються масштаби тіньової економіки в цих групах країн. У розвинутих країнах тіньова економіка становить, за різними оцінками, 12—16 % ВВП, а у тих, що розвиваються, — 40—50 %, у країнах з перехідною економікою — 20—25 %.

Таким чином, у найбільш розвинутих країнах питома вага тіньового сектора в національній економіці значно менша, ніж в інших групах країн. Однак розвинуті країни також неоднорідні і серед них трапляються країни з досить високими показниками тіньової активності. Найбільш низькі відносні показники частки тіньового сектора на рівні 8—10 % ВВП мають Австрія, США і Швейцарія. У середньому ешелоні виявляються Ірландія, Канада, Франція і Німеччина (від 15—16 %). Найбільшу питому вагу тіньової економіки в розвинутих країнах мають Греція, Італія, Іспанія, Бельгія (23—29 %). Якщо перевести ці цифри з відносних в абсолютні величини, то вийде, що тіньова економіка щорічно створює товарів і послуг у США на 700 млрд дол., в Італії на 310 млрд дол., а у Великобританії на 190 млрд дол. США.

Слід зазначити, що практично у всіх країнах в останні десятиліття відзначається зростання тіньової економіки.

Навряд чи можна погодитися з твердженням про генетичну схильність того чи іншого народу до обману і шахрайства. Немає більше чи менше злодійкуватих народів. Розвинуті країни досягли більш високого рівня зрілості ринкових відносин. Можна виділити таку закономірність: чим більше середньоосібний рівень доходу, тим менше масштаби тіньової економіки. У країнах, де цей показник перевищує 30 тис. дол. на рік, де домінантну роль у соціальній структурі відіграють так звані «середні прошарки», що охоплюють 60—70 % населення, у своїй більшості це законослухняні громадяни і відповідальні платники податків. Звичайно, і в цих країнах є незаможні, але збалансовані соціальні програми допомоги стримують їхнє залучення до тіньової економіки.

Особливо слід зазначити, що в країнах з більш розвинутою ринковою економікою сформувався досить ефективний механізм інституціональної протидії тіньовому сектору, де центральною ланкою є держава.

Розвинуте законодавство і впливові органи правопорядку звужують поле для тіньової діяльності. Новітні інформаційні технології дозволяють цим країнам ефективно контролювати рух фінансових потоків і природу доходів як юридичних, так і фізичних осіб. Податкові злочини в цих країнах є одними з найтяжких. Наприклад, у США за неправильно заповнену декларацію можна бути оштрафованим до тисячі доларів, а навмисне заниження розміру доходів карається штрафом у п'ять тисяч доларів чи тюремним ув'язненням до п'яти років. Високий престиж і пакет соціальних гарантій державних службовців стримують поширення корупції.

Велика роль у протидії тіньовій економіці належить також інститутам громадського суспільства (різні суспільні організації, засоби масової інформації і т.п.). Так, незалежні розслідування, котрі проводять журналісти, відповідають прагненням зробити політичне життя і фінансову діяльність корпорації більш прозорими для суспільства. Важливим завданням професійних об'єднань підприємців, котрі позиціонуються як форми самоорганізації і саморегулювання ділового співтовариства, є формування і зміцнення етичної основи бізнесу.

Варто враховувати і соціально-культурні фактори: історичні, релігійні традиції. Найбільш зрілі моделі ринкових відносин склалися в країнах, де сильний вплив має протестантизм і католицтво. Виховані сторіччями традиції поваги до приватної власності, закону, скромність в особистому споживанні, дотримання християнських заповідей не могли не позначитися на співвідношенні добропорядних підприємців і «тіньовиків». Але не варто ідеалізувати західні суспільства. Тут діє і низка негативних факторів, що впливають на молодь: пропаганда насильства і вседозволеності, культ особистої наживи, наркоманія і т.п.

До периферійних економік чи таких, що розвиваються, зазвичай належать країни Азії, Африки, Латинської Америки. Вони надзвичайно різноманітні, але є і багато спільного, такого, що їх поєднує. У цих країнах спостерігається висока питома вага тіньового сектора в економіці. Тіньова економіка в Нігерії досягає 76 % від офіційного ВВП. Значний масштаб тіньового сектора відзначається також у Таїланді (71 %), Єгипті (68 %), Болівії (66 %) і Панамі (62 %). У країнах Латинської Америки показники стабільно тримаються на позначці 60—65 % від ВВП. Фактично в більшості країн, що розвиваються, Азії, Африки і Латинської Америки можна говорити скоріше про існування «паралельної», чи «другої» економіки, що ненабагато менша за масштаби офіційної економіки.

Якщо в країнах Заходу в тіньовому секторі працюють в основному невеликі фірми, а заробітки від діяльності використовуються як додаткове джерело доходу, то в країнах, що розвиваються, ситуація інша. Величезна кількість мігрантів, котрі прибувають із сільської місцевості в міські нетрі, не спроможні знайти роботу в легальному секторі й змушені добувати основні засоби в тіньовій економіці. Таким чином, у

країнах, що розвиваються, тіньова економіка багато в чому має вимушений характер і обумовлена завданнями виживання найбідніших прошарків населення.

Свої особливості має тіньова активність і в країнах з перехідною економікою. До цієї групи країн належать країни, господарська система яких колись спиралася на централізоване державне планування і комуністичну ідеологію. В основному це колишні республіки СРСР і країни Центральної і Східної Європи, де перехід до ринкових принципів розпочався наприкінці 1980 — початку 1990-х рр. Особливості тіньової економіки тут пов'язані з корінною перебудовою всієї господарської системи.

У період централізованого державного планування тіньова економіка в цих країнах також існувала як певна підсистема господарства. Однак у перехідний період її масштаби сильно збільшилися.

У країнах Центральної і Східної Європи (ЦСЄ) найбільшого масштабу тіньова економіка здобула в Балканських країнах: Македонії, Хорватії і Болгарії (близько 40 % ВВП). Така ж держава, як Албанія, взагалі є суцільним чорним ринком. Крім поширеної торгівлі наркотиками і зброєю велике значення має, наприклад, перепродаж викрадених із країн Західної Європи автомобілів.

Серед колишніх республік СРСР найбільших показників у 1990-х рр. тіньовий сектор досяг в економіці Грузії й Азербайджану (близько 60 % ВВП), а також в Росії й Україні (40–50 %).

Складне становище більшості населення країн СНД штовхало їх у вимушену тіньову економіку. Приватний бізнес народжувався в результаті процесу роздержавлення власності, котрий був пов'язаний з величезними зловживаннями. Гігантські статки сформувалися в результаті перерозподілу колишньої «загальнонародної» власності. Широких масштабів досягла корупція держапарату, а в результаті злиття влади і капіталу сформувалися олігархічні структури. Однією з головних особливостей тіньової економіки в країнах з перехідною економікою є її тісний зв'язок з державною власністю й іншими ресурсами, що розподіляються державою (бюджетні засоби, держзамовлення, пільги і т.п.).

Відповідно до проведеного вище аналізу і систематизації основних джерел і об'єктів кримінальних доходів у схематичній формі можна представити загальну структуру тіньової економіки як складне системне утворення, яке є підґрунтям для легалізації (відмивання) доходів, отриманих злочинним шляхом.

Література

1. Варналій З. Шляхи детінізації економіки України та її особливості / *З. Варналій* // Банківська справа. — 2007. — № 2. — С. 56–66.
2. Засянська О. В. Теоретичні основи боротьби з тіньовою економікою / *О. В. Засянська* // Актуальні проблеми економіки. — 2009. — № 5. — С. 76–84.

3. Користін О. Є. Теорія і практика протидії відмиванню коштів: правове та організаційне забезпечення : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.07 / *О. Є. Користін*. — К., 2009. — 486 с.
4. Попов Ю. Н. Мировая экономика : учебник / *Ю. Н. Попов*. — М. : Экон-Информ, 2005. — 453 с.
5. Тіньова економіка: сутність, особливості та шляхи легалізації : монографія / за ред. З. С. Варналія. — К. : Вид-во НІСД, 2006. — 576 с.
6. Турчинов О. В. Тіньова економіка: закономірності, механізми функціонування, методи оцінки / *О. В. Турчинов*. — К., 1996. — 199 с.
7. Турчинов О. В. Тіньова економіка: теоретичні основи дослідження / *О. В. Турчинов*. — К. : Вид-во АртЕк, 1995. — 300 с.
8. Шарікова О. В. Економічні наслідки тінізації економічної системи / *О. В. Шарікова* // Економіка. Фінанси. Право. — 2009. — № 1. — С. 3–6.

Анотація

Аркуша Л. І. **Значення тіньової економіки в процесі легалізації доходів, одержаних у результаті організованої злочинної діяльності.** — Стаття.

Аналіз і систематизація основних джерел і об'єктів кримінальних доходів у схематичній формі дає можливість представити загальну структуру тіньової економіки як складне системне утворення, яке є підґрунтям для легалізації доходів, одержаних у результаті організованої злочинної діяльності.

Ключові слова: легалізація доходів, одержаних у результаті організованої злочинної діяльності, тіньова економіка; підґрунтя.

Аннотация

Аркуша Л. И. **Значение теневой экономики в процессе легализации доходов, полученных в результате организованной преступной деятельности.** — Статья.

Анализ и систематизация основных источников и объектов криминальных доходов в схематической форме дает возможность представить общую структуру теневой экономики как сложное системное образование, которое является основой для легализации доходов, полученных в результате организованной преступной деятельности.

Ключевые слова: легализация доходов, полученных в результате организованной преступной деятельности, теневая экономика, основа.

Summary

Arkusha L. **Value of shadow economy in the course of legalization of the incomes received as a result of organized criminal activity.** — Article.

The analysis and ordering of the basic sources and objects of criminal incomes in the schematic form gives the chance to present the general structure of shadow economy as difficult system formation which is a basis for legalization of the incomes received as a result of organized criminal activity.

Keywords: legalization of the incomes received as a result of organized criminal activity, shadow economy, a basis.

УДК 343.2.01

Н. А. Орловська

ЗАСАДИ ТА ПРИНЦИПИ ПОБУДОВИ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВИХ САНКЦІЙ: ПИТАННЯ ВИЗНАЧЕННЯ МЕТОДОЛОГІЧНОГО ПІДХОДУ

Постановка проблеми. Успіх будь-якої діяльності залежить від наявності та ступеня розробки певних методологічних передумов, за відсутності яких практична дія виявляється марною або небезпечною, породжуючи результати, невідповідні поставленим цілям [1, с. 14].

Методологія як спосіб збільшення наукових знань має багаторівневий характер: найбільш загальні методи наукового пізнання — філософська методологія; загальнонаукові, міждисциплінарні форми та способи пізнання; теорія та методи даної предметної області; сукупність методик, процедур, операцій конкретної області наукових знань [2, с. 8].

В контексті юридичного знання можна говорити про те, що філософські засоби пов'язані з формулюванням граничних методологічних нормативів, що виражаються у світоглядних постулатах, картинах світу, адже будь-яке інтегральне праворозуміння не може не розбудовуватись навколо певного концептуально-змістовного ядра, світоглядно-філософського стрижня [3, с. 9]. Загальнонаукові засоби стали особливо затребувані у XX ст. у зв'язку із появою так званих метанаукових областей. Це рівень принципів, форм і процедур дослідження, що використовуються всіма або, принаймні, більшістю наук. Серед частково-наукових методів можна зазначити, наприклад, спеціально-юридичний метод, метод інтерпретацій і порівняльного правознавства. Четвертий рівень методології — блок методики та техніки досліджень, набір процедур, що забезпечують одержання однакового та достовірного емпіричного матеріалу і його первинну обробку, після якої він може включатися в масив наявного знання [4, с. 41, 42, 43].

Як відомо, проведення наукових досліджень може здійснюватися двома шляхами. Перший — за рахунок комбінаторики наявних елементів методу юридичної науки та створення таким шляхом нових дослідниць-

© Н. А. Орловська, 2010

ких моделей і конструкцій. Другий — за рахунок освоєння нових парадигм, залучення нових методологічних засобів і процедур. Перший шлях реалізується, головним чином, при рішенні наукових задач, другий — при виникненні наукових проблем. При цьому дослідницька ситуація може розглядатися як задачна, якщо для досягнення дослідницьких цілей наявні компоненти методу юридичної науки є адекватними та достатніми. Якщо ж дослідницька ситуація вимагає іншої парадигми, залучення додаткових інструментів наукового дослідження, у тому числі й з інших наук, то її можна охарактеризувати як проблемну [4, с. 38–39].

При цьому мова йде саме про парадигму, а не доктрину, адже остання розуміється як сукупність юридико-наукових трактувань і суджень про право, що становлять основу догми. Саме доктрина логічно впорядковує позитивне право в цілісну внутрішньо несуперечливу систему, створює модель його дії. У цьому сенсі доктрина предписує, а не описує [5, с. 383, 384], тому що саме на підставі доктрини визначаються засади внутрішньої та зовнішньої державної правової політики [6, с.18].

Аналіз спеціальної літератури не дає можливості говорити про існування єдиного цілісного уявлення про засади та принципи побудови кримінально-правових санкцій. Видається, це виступає безпосереднім результатом масштабної методологічної проблеми. Вона полягає у тому, що, за словами професора О. Е. Жалінського, парадигмою діючого кримінального права і його змін є не цілком визначена система суджень, які базуються на розгляді права в його сформованому стані як корисного інструмента та містять у собі орієнтацію на вдосконалення та розширення кримінального права, принципову пізнаванність і керованість процесів його застосування та заснованої на ньому кримінальної політики [7, с. 100].

Аналіз останніх досліджень свідчить, що у кримінально-правовій і кримінологічній науці нагальну потребу модифікації традиційних методологічних підходів відзначали Я. І. Гілінський, В. В. Голіна, О. М. Джужа, О. Е. Жалінський, А. П. Закалюк, А. Кирилюк, С. Ю. Лукашевич, В. О. Туляков та ін. Ці наробки окреслили принципові моменти сучасного методологічного контексту буття кримінального права. Відповідно до цього виникає питання методологічної визначеності вирішення окремих проблем, серед яких важливе місце посідає побудова кримінально-правових санкцій.

Метою даної статті виступає характеристика методологічного підходу до вивчення підстав і принципів побудови кримінально-правових санкцій як концептуальної методологічної орієнтації наукового дослідження, як точки зору на об'єкт, що задає загальну стратегію дослідження.

Виклад основного матеріалу. Періодизація методологічного забезпечення гуманітарного знання (принаймні, Нового та Новітнього часу) з певною долею умовності може бути представлена у вигляді трьох етапів [1, с. 15]:

— класичний, який характеризувався пошуком об'єктивних підстав при поясненні соціальної реальності, її оцінкою за допомогою незалежних від суб'єкта пізнання способів; щільними суб'єктно-об'єктними зв'язками;

— некласичний, який привніс у пізнання суб'єктивне розуміння соціальної реальності, визначивши, що в основі інтелектуальної діяльності лежить постійне співвіднесення емпіричних даних, подій із загальнолюдськими цінностями [8, с.104];

— постнекласичний, що характеризується відмовою від усталених схем детермінації в поясненні соціальної реальності, міждисциплінарним діалогом, що вводить у взаємодію дослідницьких парадигм принцип доповнення, а не виключення.

Основним орієнтиром постмодерну (постнекласичного етапу) у сфері юриспруденції є те, що, за висловом А. П. Закалюка, вітчизняній науковій думці необхідно критичне переосмислення методологічних основ суспільних наук, подолання матеріалістичного монізму, економічного детермінізму, вульгарно абсолютизованого протиставлення матеріального ідеальному та інших догматично-формальних схем у розумінні обумовленості, сутності та прояву суспільних феноменів [9, с. 94].

Саме уявлення про методологію юридичної науки XX ст. як про комплексний феномен дає можливість урізноманітнити наукові парадигми окремих галузей права та всього правознавства в цілому. При цьому мова йде, у першу чергу, про взаємодію способів пізнання гуманітарної та природничої сфер наукової діяльності, адже було б помилковим заперечувати той факт, що і до епохи постмодерну юридична наука використовувала методи психології, соціології і т.п. У ході таких методологічних пошуків можуть змінюватися місце та роль колись вузькоспеціалізованих наукових теорій, взаємозв'язок структурних елементів всередині галузей наукового пізнання. Це дає можливість, з урахуванням діалектичних позицій про єдність світу у всіх його проявах, досягати нової якості знання замість винятково кількісного його збільшення [10, с. 97].

Як видається, комплексні методики пізнання із залученням методів негуманітарних наук відкривають нові обрії у вивченні тих феноменів, які входять у сферу інтересів юридичної науки. При цьому, однак, варто зробити ряд зауважень.

Перше з них стосується протиставлення сцієнтизму та антісцієнтизму. Як відомо, сцієнтизм орієнтується на досягнення природничих і технічних наук, обумовлюючи уявлення про те, що людське суспільство, явища та процеси, які виникають у ньому, у тому числі злочинність, можна пізнати природно-науковими методами, розробити «соціальну фізику», а потім відрегулювати все, щоб створити суспільство без злочинності. У цьому сенсі показовою є позиція Я. І. Гілінського, який відзначив, що провідними та найбільш значущими на сучасному етапі є інтегративні процеси, здатні перебороти ситуацію, зазначену в першому пункті «Венеціанської декларації» (березень 1986 р.): «Існує значний

розрив між новим поглядом на світ, який сформувався в результаті вивчення природи, і системою цінностей, що як і раніше переважає у філософії, гуманітарних і суспільних науках і в житті сучасного суспільства. Ми вважаємо, що ця невідповідність загрожує самому існуванню людського роду» [2, с. 8–9].

У свою чергу, антісцієнтизм піддає науку та техніку критиці і скептично оцінює їхні можливості вирішити фундаментальні проблеми людини і соціуму. Зокрема, висловлюються пропозиції по перегляду сцієнтистського підходу до аналізу людської поведінки та її джерел, що виправдує соціальний примус у його сучасному виді [11, с. 39].

Відомий російський теоретик права А. В. Поляков вважає, що сцієнтистський варіант розвитку науки відповідно до сучасних західних інтелектуальних технологій тягне за собою забуття ціннісної складової гуманітарного знання, без якої неможливо його повноцінне існування. Однак варто покритикувати й «ідеологізований» варіант, заснований на некритичному запозиченні західної, насамперед, ліберальної правової ідеології та підпорядкуванні їй науки, або на такому ж некритичному прагненні повернутися в минуле шляхом реанімації правових цінностей традиціоналізму [12]. Однак, видається, що позиція А. В. Полякова не завжди послідовна, оскільки в цій же доповіді він відзначає, що сучасні досягнення західної філософської думки служать збереженню, зміцненню та розвитку національних соціокультурних цінностей [12].

Як видається, глибинною підставою такої суперечки є, скоріше, не «аксіологічне питання», а проблема достовірності результатів гуманітарного знання, тому що на відміну, наприклад, від інженерних рішень, результати наукового пошуку в соціогуманітарній сфері часто не можуть бути піддані перевірці на істинність, внаслідок чого виникають концептуальні труднощі.

Як відзначив відомий філософ науки Т. Кун, не слід засвоювати поняття, закони та теорії абстрактно, вважаючи це самоціллю. Інтелектуальні засоби пізнання зливаються в єдності, що дозволяє виявити їх в процесі їхнього застосування [13, с. 77]. Іншими словами, дослідницькі способи при роботі із предметною юридичною проблематикою можуть виступати або як загальні принципи та правила наукової діяльності, або як «порожні» дослідницькі форми, які наповнюються в процесі пізнання конкретним юридичним змістом [4, с. 42]. За словами Ю. М. Оборотова, присвоєння і використання знань інших наук відбувається шляхом так званої юридизації їх методів. Ця юридизація виступає як трансформація неюридичних методів з позицій права та включення в контекст методу юридичної науки [17, с. 16–17].

Таким чином, гострота суджень про надмірну «негуманітарність» методології на етапі постмодерну може бути істотно пом'якшена визнанням того факту, що методи негуманітарного знання — це лише способи пізнання, які не перетворюють гуманітарну сферу в якогось наукового гібрида, позбавленого предметної та задачної специфіки.

Ще одним зауваженням можна вважати питання про те, чи не нав'язують сучасній юриспруденції методологічні підходи, які є певною модернізацією класичного етапу забезпечення гуманітарного знання.

У цьому зв'язку, як видається, обґрунтованої можна визнати позицію про те, що пізнання, як правило, залишається індиферентним до методологічної допомоги, що нав'язується йому ззовні, особливо в тих випадках, коли ця остання пропонується у вигляді деталізованого, скрупульозно розробленого регламенту. Тому і новий концептуальний каркас може виникнути та дійсно виникає лише як продукт внутрішніх процесів, що відбуваються в самій науці. Оскільки сучасна наука характеризується високою інтегрованістю, а міжнаукові трансляції результатів і методів дослідження є елементом механізму її розвитку, то залучення дослідницьких засобів інших наук — необхідна умова розвитку будь-якої науки, у тому числі і юриспруденції. При цьому актуалізація конкретних дослідницьких засобів визначається, у першу чергу, філософськими ідеями, соціальними та культурними цінностями, цілями і завданнями конкретних досліджень, актуалізованих у рамках юриспруденції [4, с. 37].

Беручи до уваги викладене, як філософський, світоглядний стрижень, навколо якого припустиме формування методологічного підходу до вивчення засад і принципів побудови санкцій кримінально-правових норм, можна розглядати постмодерн із властивим йому плюралізмом способів пізнання (як гуманітарних, так і негуманітарних), не штучно привнесених, а іманентно обумовлених дослідницькою ситуацією.

Постмодерн змушує переглянути глибинні основи суспільства епохи модерну і у тому числі характеристики праворозуміння, з якими пов'язані окремі методологічні підходи до сприйняття правової реальності [18, с. 7—8]. Внаслідок цього є доцільним зупинитися на проблемі типів праворозуміння як складовій підходу до вивчення засад і принципів побудови кримінально-правових санкцій.

Сучасний етап праворозуміння, обумовлений філософськими настановами постмодерну, однієї з найбільш демократичних філософських доктрин, допускає співіснування різних концепцій. Як видається, у нашій країні цей етап так чи інакше змушує наповнити змістом два основних поняття: універсальність і аутопоєзис.

Універсальність (універсалізм, універсалізацію) можна розуміти по-різному. З одного боку, універсалізація у сфері права — один з важливих аспектів загальної глобалізації в сучасному світі, що обумовлює універсальний характер правових норм, їхню загальність і загальнозначимість, супроводжується прогресуючим розвитком універсальних властивостей, норм, форм і процедур правового типу соціального життя та демонструє як соціальну необхідність, так і здатність права до впорядкування спочатку переважно стихійних процесів загальносоціальної глобалізації в рамках загального (загальнозначущого і загальнообов'язкового) правопорядку як для внутрішніх, так і для міжнародних відносин

[16, с. 38, 40]. В іншій інтерпретації універсальність пов'язана із проблематикою знаходження стабільного відношення між універсальними нормами, що створюються єдиним центром нормотворчості, і соціальним досвідом.

Як видається, щодо пізнання засад та принципів побудови кримінально-правових санкцій як вихідної передумови доцільно приєднатися до другої позиції, оскільки життя права в соціальному континуумі опосередковується цілями, інтересами соціальних груп, організацій, індивідів, Іншими словами, думаємо, що універсальності іманентно властивий соціокультурний аспект (який включає й аксіологічну складову), що актуалізує дискурс про бінарність буття традиції права. Зокрема, це обумовлює можливість правового розвитку колишніх соціалістичних держав як у європейському (континентальному), так і в слов'янському (пострадянському) напрямку [17, с. 13].

Поряд з цим не можна заперечувати, що в XX в. на перший план висувається проблема правової комунікації, тобто проблема успішного співіснування у сфері права самих різних суб'єктів, проблема загального праворозуміння та спільної правотворчості. Таке розуміння права неможливо при погляді на державу як єдиного і виняткового деміурга права.

Саме це твердження може розглядатися як ідеологічний стрижень аутопоєзису, який базується на тезі: сучасне суспільство не має центру. Єдине, що, на думку прихильників аутопоєзису, робить суспільство суспільством — це мережа комунікацій. Акцент у розумінні права повинен робитися не на сукупності норм права та раціональності волі законодавця, а на практиці правових комунікацій. Для суспільства, що перебуває в стані безперервних змін, взаємодія, заснована на узгодженні воль, цілей, інтересів, є більше значимою, аніж судові інтерпретації та санкції [23, с. 8, 10, 11].

Звичайно, деякою мірою в протистоянні універсальності та аутопоєзису відображається конфлікт як між різними типами праворозуміння, так і між типами світорозуміння: індивідуалістичним і патерналістським. Однак, як уявляється, цей конфлікт, принаймні, у кримінально-правовій сфері може бути нівельований з огляду на синергетичні закономірності розвитку не тільки правової матерії, але й тієї реальної дійсності, що, з одного боку, обумовлює, а з іншого боку, обумовлюється положеннями кримінального законодавства. Зокрема, йдеться про феномени самоорганізації, саморегулювання, малих впливів, т.п., що надають широкі можливості для розуміння як злочинної поведінки (на всіх рівнях її існування), так і кримінального закону (у тому числі, в аспекті формування санкцій кримінально-правових норм).

Як відомо, синергетику можна визначити як вихідний методологічний підхід до міждисциплінарного дослідження самого феномена соціального розвитку через призму зміни стану соціальної системи. Синергетика вивчає структури будь-якої природи, що складаються з багатьох підсис-

тем, досліджує, яким чином взаємодія таких підсистем (мікросистем) призводить до виникнення просторових, тимчасових, просторово-тимчасових, соціальних і інших структур у макроскопічному масштабі [19, с. 38, 39].

Тут слід зазначити, що у правовій літературі існує досить неоднозначне ставлення до синергетики.

Скептики вважають, що хоча синергетичний підхід відображає інтенції сучасного наукового пізнання, останні ще не отримали чіткого дисциплінарного оформлення, залишаючись загальними світоглядними настановами, не перетворюючись на повноцінні схеми наукового (теоретичного) пояснення [20, с. 461]. Також констатується й понятійний хаос, обумовлений, деякою мірою, тривіальним механічним перенесенням термінології синергетики у сферу правових досліджень [17, с. 6].

У свою чергу, найбільш затяті прихильники, зокрема А. Б. Венгеров, вважають синергетику «світоглядним просвітлінням», вважаючи, що матеріалістична діалектика з її приматом необхідного над випадковим і іншими постулатами вичерпала в основному свій пізнавальний і прогностичний потенціал, принаймні, у соціальній сфері [30, с. 55, 65].

Вважаємо, що зближення синергетики та правознавства — аж ніяк не довільний і не штучний процес. Він відображає одну з головних тенденцій розвитку постнекласичної науки в цілому — взаємозбагачення й поступову інтеграцію різних галузей наукового знання. У цих умовах, на думку П. М. Рабіновича, відбувається новелізація праводержавознавчої методології, що дозволяє глибше збагнути функціональні, адаптаційні, творчі потенції державно-юридичних інструментів та механізми реалізації таких можливостей [3, с. 12].

При цьому було б помилковим думати, що синергетичний підхід до аналізу соціальних утворень відповідає тільки аутопоєтичному типу праворозуміння, хоча саме аутопоєзис розглядається (в основному, у західній літературі) як формат правового регулювання життєдіяльності, що відповідає умовам самоорганізації соціальних систем. На нашу думку, універсальність жодним чином не вступає в суперечність із синергетичними закономірностями буття систем (принаймні, коли йдеться про кримінально-правову сферу).

Виходячи із цього, синергетика є напрямком міждисциплінарних досліджень процесів самоорганізації в різних системах, застосування якого означає системний синтез злочинного і нормативного як феноменів. Синергетика може бути включена у методологічний підхід до вивчення засад та принципів побудови кримінально-правових санкцій як елемент більш високого рівня, аніж типи праворозуміння.

У свою чергу, сукупність конкретних методів вивчення засад та принципів побудови кримінально-правових санкцій являє собою сполучення:

— традиційних засобів пізнання, які застосовуються в юридичній науці (формально-логічного, догматичного, історичного, порівняльно-правового тощо);

— соціологічних та психологічних методів вивчення елементів раціонального та нераціонального, що характеризують процеси побудови та сприйняття санкцій;

— ряду методів негуманітарного знання, що можуть використовуватися як «методологічні оболонки», які внаслідок їх юридизації надають можливості отримати результати, що інтерпретуються в кримінально-правовій сфері.

Звичайно, викладене жодним чином не ставить під сумнів результати попередніх наукових наробок, адже, зокрема, у сфері методологічних проблем кримінально-правових досліджень доцільно уникати абсолютизації будь-яких методологічних підходів [22, с. 243].

У цей же час вважаємо можливим зробити **висновок,** що методологічний підхід до вивчення засад та принципів побудови кримінально-правових санкцій, обумовлений проблемним, а не задачним характером наукової ситуації, включає:

— постмодерн як світоглядний стрижень, що припускає плюралістичні методи освоєння дійсності;

— синергетику як межнаукову трансляцію, яка дозволяє розглядати соціальні явища як системи із властивими їм закономірностями розвитку;

— проблематику універсальності та аутопоєзису як типів праворозуміння, поза контекстом яких неможливо на сучасному етапі аналізувати процеси формування санкцій у кримінально-правовій сфері;

— сукупність конкретних методів пізнання, яка передбачає сполучення традиційних та нетрадиційних засобів отримання інформації щодо побудови кримінально-правових санкцій.

Таким чином, методологічний підхід до вивчення кримінально-правових санкцій базується на методологічному плюралізмі. При цьому можуть бути використані концептуальні можливості теоретичної схеми, здатної сполучатися з когнітивними досягненнями, необов'язково розробленими в системній парадигмі.

Література

1. Демидов А. И. О методологической ситуации в правоведении / *А. И. Демидов* // Известия вузов. Правоведение. — С.Пб. : Изд-во СПбГУ, 2001. — № 4. — С. 14–22.
2. Гилинский Я. И. Девиантность, преступность, социальный контроль : избр. ст. / *Я. И. Гилинский.* — С.Пб. : Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2004. — 322 с.
3. Рабінович П. Проблеми трансформації методології вітчизняного правознавства: досягнення, втрати, перспективи / *П. Рабінович* // Вісник Академії правових наук України : зб. наук. пр. — Х., 2002. — № 4. — С. 3–14.
4. Тарасов Н. Н. Метод и методологический подход в правоведении (попытка проблемного анализа) / *Н. Н. Тарасов* // Известия вузов. Правоведение. — С.Пб .: Изд-во СПбГУ, 2001. — № 1. — С. 31–50.
5. Нерсесянц В. С. Общая теория права и государства / *В. С. Нерсесянц.* — М. : НОРМА, 2000. — 552 с.

6. Селіванов В. До питання методології розроблення сучасної правової доктрини України / *В. Селіванов* // Вісник Академії правових наук України : зб. наук. пр. — Х., 2005. — № 2. — С. 15–26.
7. Проблемы эффективности борьбы с преступностью в России : материалы науч.-практ. конф. // Государство и право. — 2003. — № 11. — С. 99–112.
8. Нравственные основы теории государства и права : материалы междунар. науч. конф., МГЮА, 2005 г. // Государство и право. — 2005. — № 8. — С. 91–110.
9. Закалюк А. П. Курс сучасної української кримінології: теорія і практика. У 3 кн. Кн. 1. Теоретичні засади та історія української кримінологічної науки / *А. П. Закалюк*. — К. : Вид. Дом «Ін Юре», 2007. — 424 с.
10. Джужа О. Сучасний погляд на розвиток кримінології / *О. Джужа, А. Кирилюк* // Право України. — 2003. — № 2. — С. 97–101.
11. Голіна В. В. Кримінологічна політика держави: концептуальні положення та основні принципи її формування / *В. В. Голіна, С. Ю. Лукашевич* // Питання боротьби зі злочинністю : зб. наук. пр. / редкол.: Ю. В. Баулін (голов. ред.) [та ін.]. — Х. : Кроссроуд, 2008. — Вип. 16. — С. 36–48.
12. Поляков А. В. Коммуникативная концепция права. Проблемы генезиса и теоретико-правового обоснования : дис. ... д-ра юрид. наук в форме науч. докл. : 12.00.01 [Електронний ресурс] /*А. В. Поляков* ; СПбГУ. — С.Пб., 2002. — Режим доступу : http://law.edu.ru/doc/document.asp?docID=1138929&subID=100020393,100076036#text.
13. Кун Т. Структура научных революций : пер. с англ. / *Т. Кун* ; сост. В. Ю. Кузнецов. — М. : АСТ, 2003. — 605 с.
14. Оборотов Ю. Н. Традиции и новации в правом развитии : монография / *Ю. Н. Оборотов*. — О. : Юрид. л-ра, 2001. — 160 с.
15. Шелестов К. О. Домінуюче праворозуміння у функціонуванні правових систем : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.12 / *К. О. Шелестов* ; Одес. нац. юрид. акад. — О., 2010. — 22 с.
16. Нерсесянц В. С. Процессы универсализации права и государства в глобализирующемся мире / *В. С. Нерсесянц* // Государство и право. — 2005. — № 5. — С. 38–47.
17. Кривцова І. С. Методологічна роль синергетики у порівняльно-правовому пізнанні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / *І. С. Кривцова* ; Одес. нац. юрид. акад. — О., 2008. — 20 с.
18. Поляков А. В. Теория права в глобализирующемся обществе: постмодернистская интерпретация / *А. В. Поляков* // Известия вузов. Правоведение. — С.Пб. : Изд-во СПбГУ, 2007. — № 4. — С. 7–12.
19. Венгеров А. Б. Синергетика, юридическая наука, право / *А. Б. Венгеров* // Советское государство и право. — 1986. — № 10. — С. 36–45.
20. Сердюк О. В. Типологія підходів у методології сучасного правознавства / *О. В. Сердюк* // Форум права. — 2008. — № 3. — С. 458–463 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2008-3/08savmsp.pdf.
21. Венгеров А. Б. Синергетика и политика / *А. Б. Венгеров* // Общественные науки и современность. — 1993. — № 4. — С. 54–68.
22. Міжнародна наукова конференція «Методологічні проблеми правової науки» // Вісник Академії правових наук України : зб. наук. пр. — Х., 2003. — № 1. — С. 227–246.

Анотація

Орловська Н. А. **Засади та принципи побудови кримінально-правових санкцій: питання визначення методологічного підходу.** — Стаття.

Стаття присвячена питанням визначення методологічного підходу до вивчення засад та принципів побудови кримінально-правових санкцій на сучасному етапі. Пропонується формувати такий підхід з урахуванням синергетичних закономірностей функціонування

соціальних систем, типів праворозуміння та сукупності методів гуманітарного та негуманітарного знання.

Ключові слова: засади та принципи побудови кримінально-правових санкцій, синергетика, універсалізм, аутопоєзис.

Аннотация

Орловская Н. А. **Основания и принципы построения уголовно-правовых санкций: вопросы определения методологического подхода.** — Статья.

Статья посвящена вопросам определения методологического похода к изучению оснований и принципов построения уголовно-правовых санкций на современном этапе. Предлагается формировать такой подход с учетом синергетических закономерностей функционирования социальных систем, типов правопонимания и совокупности методов гуманитарного и негуманитарного знания.

Ключевые слова: основания и принципы построения уголовно-правовых санкций, синергетика, универсализм, аутопойезис.

Summary

Orlovska N. A. **Bases and Principles of Criminal Sanctions Construction: Questions of the Methodological Approach Definition.** — Article.

Article is devoted to the questions of methodological approach to the bases and principles of criminal sanctions construction studying (present stage) definition. It is offered to form this approach by using synergetic fundamentals of social systems functioning, kinds of law-understanding and sets of humanitarian and non-humanitarian knowledge methods.

Keywords: bases and principles of criminal sanctions construction, synergetics, universalism, autopoiesis.

АВТОРИ

Аніщук Н. В., доктор юридичних наук, доцент, професор кафедри історії держави та права НУ ОЮА

Анцупова Т. О., кандидат юридичних наук, доцент кафедри права Європейського Союзу та порівняльного правознавства НУ ОЮА

Аракелян М. Р., кандидат юридичних наук, професор, завідувач кафедри історії держави та права, перший проректор НУ ОЮА

Аркуша Л. І., кандидат юридичних наук, доцент кафедри криміналістики НУ ОЮА

Афанасьєва М. В., кандидат юридичних наук, доцент кафедри конституційного права, докторант НУ ОЮА

Бехруз Х. Н., доктор юридичних наук, професор кафедри права Європейського Союзу та порівняльного правознавства НУ ОЮА

Вишняков О. К., доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри права Європейського Союзу та порівняльного правознавства НУ ОЮА

Вітман К. М., доктор політичних наук, професор кафедри історії держави і права НУ ОЮА

Голубєва Н. Ю., кандидат юридичних наук, доцент кафедри цивільного права НУ ОЮА

Григор'єв В. А., кандидат юридичних наук, доцент кафедри конституційного права НУ ОЮА

Дамірлі М. А., доктор юридичних наук, професор кафедри права Європейського Союзу та порівняльного правознавства НУ ОЮА

Додін Є. В., доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри морського та митного права НУ ОЮА

Додіна Є. Є., кандидат юридичних наук, доцент кафедри адміністративного та фінансового права НУ ОЮА

Дрьомін В. М., доктор юридичних наук, завідувач кафедри кримінології і кримінально-виконавчого права, проректор з наукової роботи НУ ОЮА

Дудченко В. В., доктор юридичних наук, професор кафедри теорії держави і права НУ ОЮА

Завальнюк В. В., кандидат юридичних наук, професор кафедри теорії держави і права, проректор з навчально-організаційної роботи НУ ОЮА

Зелінська Н. А., доктор юридичних наук, професор кафедри міжнародного права та міжнародних відносин НУ ОЮА

Івакін О. А., доктор філософських наук, професор, завідувач кафедри філософії НУ ОЮА

Каракаш І. І., кандидат юридичних наук, професор, завідувач кафедри аграрного, земельного та екологічного права НУ ОЮА

Ківалов С. В., доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України, президент НУ ОЮА

Ківалова Т. С., доктор юридичних наук, професор кафедри цивільного права НУ ОЮА

Короткий Т. Р., кандидат юридичних наук, доцент кафедри міжнародного права та міжнародних відносин НУ ОЮА

Крестовська Н. М., доктор юридичних наук, професор кафедри теорії держави і права НУ ОЮА

Крусян А. Р., доктор юридичних наук, професор кафедри конституційного права НУ ОЮА

Латковська Т. А., доктор юридичних наук, професор кафедри адміністративного та фінансового права НУ ОЮА

Мінченко Р. М., доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри цивільного процесу НУ ОЮА, заслужений юрист України

Мішина Н. В., доктор юридичних наук, професор кафедри конституційного права НУ ОЮА

Оборотов Ю. М., доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України, завідувач кафедри теорії держави і права НУ ОЮА

Овчиннікова А. П., доктор мистецтвознавства, професор кафедри теорії держави і права НУ ОЮА

Орзіх М. П., доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри конституційного права НУ ОЮА

Орловська Н. А., кандидат юридичних наук, доцент, докторант НУ ОЮА

Пережняк Б. А., кандидат юридичних наук, доцент, професор кафедри конституційного права, декан факультету заочного навчання № 2 НУ ОЮА

Подцерковний О. П., доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри господарського права і процесу НУ ОЮА, член-кореспондент НАПрН України.

Полянський Є. Ю., кандидат юридичних наук, доцент кафедри кримінального права НУ ОЮА

Романадзе Л. Д., кандидат юридичних наук, доцент кафедри права інтелектуальної власності і корпоративного права НУ ОЮА

Скакун О. Ф., доктор юридичних наук, академік НАПрН України, професор кафедри теорії і історії держави та права Харківського національного університету внутрішніх справ

Сумарокова Л. М., кандидат філософських наук, доцент кафедри філософії НУ ОЮА

Тіщенко В. В., доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри криміналістики НУ ОЮА, член-кореспондент НАПрН України

Харитонов Є. О., доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри цивільного права НУ ОЮА, член-кореспондент НАПрН України

Харитонова О. І., доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри права інтелектуальної власності та корпоративного права НУ ОЮА

Чанишева Г. І., доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри трудового права та права соціального забезпечення НУ ОЮА, член-кореспондент НАПрН України

Чугуников І. І., кандидат юридичних наук, доцент кафедри кримінального права НУ ОЮА

Яновська І. П., аспірант кафедри права Європейського Союзу і порівняльного правознавства НУ ОЮА

ЗМІСТ

С. В. Ківалов
Адміністративно-правова природа відносин у сфері проходження служби в органах прокуратури 5

М. П. Орзіх
Конституційна модернізація та реформування в Україні 21

О. Ф. Скакун
Правосознание — компонент правовой системы или ее предсистема? 32

В. В. Завальнюк
Антропологічний вимір глобалізаційних процесів у правовій сфері 46

Л. Н. Сумарокова
Юридическая логика: предмет и перспективы развития 54

А. А. Ивакин
О вкладе Фридриха Ницше в формирование современной онтологии (размышления над текстом лекций М. Хайдеггера о Ф. Ницше) 62

М. Р. Аракелян
Ставлення суспільної думки в Російській імперії до інституту адвокатури напередодні судової реформи 1864 р. 72

В. В. Дудченко
Плюралістична теорія джерел права: нові можливості в осягненні права 78

Ю. Н. Оборотов
Инфляция власти и права как индикаторы слабого государства 89

А. П. Овчинникова
Культурный кризис и интеллектуалы 98

В. Н. Дрёмин
Институциональный кризис и криминализация власти в транзитивном обществе: политико-криминологический анализ 105

К. М. Вітман
Конфліктність етнічності як загроза етнополітичній стабільності держави 121

Н. М. Крестовська
Ювенальна правова культура 129

Г. І. Чанишева
Реалізація прав людини у сфері праці та соціального забезпечення: проблеми теорії та практики 136

Є. В. Додін
Зміст правоохоронної функції митних органів України 148

Н. А. Зелинская
Пиратство как преступление jure gentium 155

В. В. Тищенко
Криминалистическая методика расследования: современное состояние и перспективы развития 170

О. І. Харитонова
Одеська школа права інтелектуальної власності: початок формування та напрямки дослідження 182

Є. О. Харитонов
Школа цивілістики в ОНЮА — НУ ОЮА: традиції та новації 192

Т. С. Ківалова
Діалектичний метод та системний підхід як методологічна основа наукових досліджень у галузі цивільного права (на прикладі деліктних зобов'язань) 204

О. П. Подцерковний
Про розбіжність економічного змісту та юридичної форми суспільних відносин 217

Р. М. Мінченко
Проблеми провадження щодо перегляду судових рішень Верховним Судом України 226

О. К. Вишняков, І. П. Яновська
Особливості правового статусу емітентів цінних паперів на внутрішньому ринку ЄС 232

Н. Ю. Голубєва
Система зобов'язань у цивільному праві України 241

Л. Д. Романадзе
Суб'єкти права інтелектуальної власності на торговельну марку та зміст та строк дії їх прав 248

Т. А. Латковська
Поняття та види джерел банківського права 257

І. І. Каракаш
Соціально-філософські аспекти відносин власності на природні об'єкти та їх ресурси 266

Бехруз Хашматулла
Сравнительное правоведение как учебная дисциплина: современное состояние, некоторые существующие проблемы и пути их решения 278

Б. А. Пережняк
Модернізація і реформування системи центральних органів управління соціально-культурною сферою в ході адміністративної реформи в Україні 287

М. В. Афанасьєва
Інженерно-технологічний підхід до законодавства про місцеві вибори 300

А. Р. Крусян
Сутність сучасного українського конституціоналізму 308

Н. В. Мішина
Формування моральних традицій сучасного українського конституціоналізму 318

В. А. Григорьев
Актуализация и правовая регламентация института индивидуальной конституционной жалобы в Украине 325

Т. О. Анцупова
Періодизація історії міжнародного процесуального права 338

Т. Р. Короткий
Демократизация международного права 347

Є. Є. Додіна
Питання повернення культового майна релігійним організаціям 360

Н. В. Аніщук
Система гендерного права: поняття та основні структурні елементи 370

М. А. Дамирли
Проблема классификации в сравнительном уголовном праве 382

І. І. Чугуников
Об'єкт злочину як підстава для побудови системи Особливої частини Кримінального кодексу України 389

Є. Ю. Полянський
Актуальні проблеми призначення покарань у кримінально-правовій доктрині та законодавстві США 407

Л. І. Аркуша
Значення тіньової економіки в процесі легалізації доходів, одержаних у результаті організованої злочинної діяльності 416

Н. А. Орловська
Засади та принципи побудови кримінально-правових санкцій: питання визначення методологічного підходу 424

Автори 434

Наукове видання

НАУКОВІ ПРАЦІ

Національного університету «Одеська юридична академія»

Том IX

Українською та російською мовами

Редактор-коректор *Н. І. Крилова*
Технічний редактор *Т. В. Іванова*

Підписано до друку 22.12.2010. Формат 70×100 $^{1}/_{16}$. Папір офсетний.
Гарнітура «Літературна». Друк офсетний. Ум. друк. арк. 35,75.
Тираж 300 прим. Зам. № 96.

Видавництво і друкарня «Юридична література»
65009, м. Одеса, вул. Піонерська, 2. Тел. 777-48-79
Свідоцтво суб'єкта видавничої справи
ДК № 1374 від 28.05.2003 р.

Наукові праці Національного університету «Одеська юридична
Н 34 академія». Т. IX / редкол.: С. В. Ківалов (голов. ред.) та ін. ; відп. за вип. В. М. Дрьомін. — Одеса : Юридична література, 2010. — 440 с.
Укр. та рос. мовами.
ISBN 978–966–419–112–5.

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

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

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