

Електронне видання

2012 - №1

ПРАВО І ГРОМАДЯНСЬКЕ СУСПІЛЬСТВО

науковий журнал

Рекомендовано Вченою радою Київського національного університету імені Тараса Шевченка до поширення через мережу Інтернет (Протокол № 9 від 7 травня 2012 р.)

Вихідні дані

Рік заснування: 2012

Засновник: Київський національний університет імені Тараса Шевченка

Видавець: юридичний факультет Київського національного університету імені Тараса Шевченка

Тематика згідно з галуззю науки «12.00.00 – Юридичні науки» відповідно до чинного переліку галузей наук

ISSN: 2227-6238

УДК: 34+35

Періодичність: 4 рази на рік

Висвітлюються сучасні тенденції та актуальні питання розвитку науки конституційного, цивільного, господарського, земельного, кримінального, адміністративного, фінансового права, а також теорії держави і права. Здійснюється аналіз чинного законодавства.

Редакційна колегія

Головний редактор

Заступник головного редактора

Заступник головного редактора

Відповідальний секретар

ГРИЦЕНКО Іван Сергійович

БЕРЗІН Павло Сергійович

МІРОШНИЧЕНКО Анатолій Миколайович

МОСКАЛЮК Олександр Володимирович

АНДРУШКО Петро Петрович

ЗАЙЧУК Олег Володимирович

ІНШИН Микола Іванович

КОПИЛЕНКО Олександр Любимович

КОТЮК Іван Ілліч

КРАСНОВА Марія Василівна

МАЙДАНИК Роман Андрійович

МАЛИШЕВ Борис Володимирович

ПОГОРЕЦЬКИЙ Микола Анатолійович

ПОГРЕБНЯК Станіслав Петрович

ПОРТНОВ Андрій Володимирович

ПРИШВА Надія Юріївна

ФУРСА Світлана Ярославівна

ЩЕРБИНА Валентин Степанович

СУМСКОЙ Дмитро Олександрович (РФ)

ВИННИЧЕНКО Олег Юрійович (РФ)

КЕЛЛІ Крістофер (США)

ПОЛЛІНЗ Марк (США)

ЗАЛІЗНЯК Павло Мар'янович

д-р юрид. наук

д-р юрид. наук, проф.

д-р юрид. наук, проф.

канд. юрид. наук

канд. юрид. наук, проф.

д-р юрид. наук, проф.

д-р юрид. наук, проф.

д-р юрид. наук, проф.

д-р юрид. наук, проф.

д-р юрид. наук, проф.

д-р юрид. наук, проф.

канд. юрид. наук, доц.

д-р юрид. наук, проф.

д-р юрид. наук, доц.

д-р юрид. наук, проф.

д-р юрид. наук, проф.

д-р юрид. наук, проф.

д-р юрид. наук, проф.

д-р юрид. наук, проф.

д-р юрид. наук, проф.

д-р юрид. наук, проф.

Комп'ютерна верстка

Мінімальні системні вимоги: операційна система MS Windows 98/2000/XP/2003, браузер MS Internet Explorer версії 5 та вище, Adobe Acrobat (Adobe Reader).

Адреса редколегії журналу

01601, Київ, вул. Володимирська, 64

Київський національний університет

імені Тараса Шевченка

юридичний факультет

редакція наукового журналу «ПРАВО І ГРОМАДЯНСЬКЕ СУСПІЛЬСТВО»

тел. (044) 235-4327

E-mail: lcs_knu@meta.ua

Редакція залишає за собою право редагувати матеріали. Опубліковані статті відображають думку авторів і можуть не збігатися з позицією редакції. При використанні матеріалів посилання на видання є обов'язковим.

ЗМІСТ

Передмова.....	4
----------------	---

АКТУАЛЬНО

Підведення підсумків наукового семінару «Проблеми реформування кримінально-процесуального законодавства України в контексті європейських стандартів».....	5
---	---

НАУКА

<i>Берзін П.С.</i> Деякі особливості визначення розміру покарання у виді штрафу за новою редакцією ст. 53 Кримінального кодексу України від 15 листопада 2011 року	8
<i>Вінник О.М.</i> Корпоратизація як модель інституційного державно-приватного партнерства.....	15
<i>Дубов Г.О.</i> Спортивна теорія виникнення держави Х. Ортеги-і-Гассета: зміст та особливості інтерпретацій	22
<i>Задоя К.П.</i> Окремі зауваження щодо проекту Закону України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінально-процесуального кодексів України щодо вдосконалення процедури здійснення конфіскації».....	30
<i>Марусенко Р.І.</i> Формулювання дефініцій у правовій доктрині та практиці законотворення.....	35
<i>Машков А.Д., Руденко Б.Б., Балащенко М.И.</i> Критика Ф. Достоевским нигилистических взглядов на право (на примере образа Раскольникова в романе «Преступление и наказание»).....	46
<i>Мірошниченко А.М.</i> Статичне та динамічне тлумачення права	59
<i>Pushkar P.V.</i> The role of international and regional instruments of human rights protection in the domestic human rights protection: are international instruments truly subsidiary?	67
<i>Третьак Т.О.</i> Правові питання доступу до правосуддя громадськості з питань що стосуються охорони навколишнього середовища	75
<i>Шевчук Л.А.</i> Особливості дотримання формальних вимог при зверненні до Європейського Суду з прав людини, гарантованих Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод	82

Шановні колеги!



Вашій увазі пропонується нове електронне видання юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка науковий журнал «Право і громадянське суспільство».

Назва видання вибрана нами невипадково. Без громадянського суспільства існування права як «науки добра і справедливості», поза всяким сумнівом, неможливе; неможлива й побудова правової держави. Ми докладемо усіх зусиль, щоб нове видання не було місцем для сліпого тиражування букви закону, а натомість, стало засобом, який дозволить громадянському суспільству впливати на законотворчість та правозастосування і досягати прийняття справді правових законів та їх застосування на благо кожної людини.

Не випадковим є і вибір форми видання. Будучи однією із найстаріших правничих шкіл Східної Європи, юридичний факультет Київського національного університету імені Тараса Шевченка водночас намагається йти в ногу з часом. Можливості, які надають наукові інтернет-видання, важко переоцінити: оприлюднення публікацій таких видання забезпечує можливість ознайомлення з інформацією значно більшої аудиторії, шукати такі публікації набагато простіше. Застосування електронної форми видання дозволяє відмовитися від такого ганебного явища, як встановлення лімітів на обсяг статей та обмеження кількості посилань. Зрештою, застосування електронної форми видання в порівняно з паперовою дає відчутний позитивний екологічний ефект. Попри певний скептицизм, з яким академічна громадськість поки що сприймає електронні видання, можна впевнено стверджувати, що за ними – майбутнє.

Сподіваємося, що журнал, перший номер якого перед Вами, стане нашим гідним внеском у справу розбудови в Україні громадянського суспільства та правової держави.

*З повагою,
головний редактор
декан юридичного факультету
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка*

І.С. Грищенко

**Підведення підсумків наукового семінару
«Проблеми реформування кримінально-процесуального законодавства України
в контексті європейських стандартів»**

Дискусія з приводу доцільності нового Кримінального процесуального кодексу, який відповідав би існуючим європейським стандартам захисту прав людини, точиться не одне десятиліття. Втім реальна можливість прийняття такого нормативно-правового акту з'явилася лише сьогодні.

Безумовно, що будь-які зміни законодавчого регулювання суспільних відносин потребують комплексного аналізу та обговорення в як в науковому середовищі, так і серед практикуючих юристів, професійною справою яких є щоденне застосування норм законодавства до реальних життєвих ситуацій.

Саме з метою залучення науковців до обговорення проекту Кримінального процесуального кодексу 13 березня 2012 року на юридичному факультеті Київського національного університету імені Тараса Шевченка відбувся науковий семінар «Проблеми реформування кримінально-процесуального законодавства України в контексті європейських стандартів», ініціатором якого виступили кафедра конституційного права та кафедра кримінального права та кримінології.



Зліва направо: Портнов А.В., Грищенко І.С., Погорєцький М.А., Андрушко П.П. (Фото Ю. Тивончук)

Відкрив семінар декан юридичного факультету доктор юридичних наук, І.С. Грищенко, наголосивши на тому що нині кримінально-процесуальні відносини врегульовані законом, прийнятим більш ніж 50 років тому. Безперечно, що КПК 1960 р. відповідав реаліям того періоду, однак сьогодні правове регулювання відносин з приводу кримінального переслідування особи державою потребують оновлення, яке не може бути здійснене шляхом самого лише внесення змін до чинного кримінального процесуального законодавства.

Наступним з доповіддю виступив Радник Президента України - Керівник Головного управління з питань судоустрою Адміністрації Президента України, доктор юридичних наук, професор, в.о. завідувача кафедри конституційного права Київського національного університету імені Тараса Шевченка, Заслужений юрист України А.В. Портнов. Він зупинився на новелах, що, на його думку, повинні докорінно змінити правове регулювання кримінально-процесуальних відносин на користь обвинуваченої особи.

Зокрема, чинний КПК передбачає можливість неодноразового повернення кримінальної справи на додаткове розслідування, внаслідок чого порушуються права підозрюваного та значним чином затягується розгляд справ. Згідно із проектом КПК інститут додаткового розслідування відсутній. Кожне кримінальне провадження після надходження до суду закінчується або обвинувальним, або виправдувальним вироком.

Ще однією принциповою новелою, спрямованою на захист особи в кримінальному переслідуванні, повинно стати обмеження застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою. КПК 1960 р. передбачає широкі можливості для надмірного та невинновданого застосування до підозрюваного запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою, що може тримати тривати до 18 місяців. Станом на 2010 рік у слідчих ізоляторах перебувало близько 40 тисяч осіб, щодо яких було обрано цей запобіжний захід. У проекті КПК, внесеному Президентом України 12 січня 2012 р. на розгляд до Верховної Ради України, процедура обрання запобіжного заходу оптимізована. Тримання під вартою як запобіжний захід має винятком характер. Його застосування передбачено лише за умови доведення в суді стороною обвинувачення, що жодний інший запобіжний захід не достатній для забезпечення належної поведінки підозрюваного, Крім того, проектом КПК скорочено строк максимального тримання особи під вартою до 12 місяців.



Доповідь А.В. Портнова (Фото Ю. Тивончук)

А.В. Портнов звернув також увагу на необхідності обмеження зловживання повноваження держави в сфері кримінального судочинства. Приміром, чинний КПК передбачає широкі можливості суду апеляційної інстанції, скасувавши вирок суду першої інстанції, повернути справу на новий розгляд, що призводить до необґрунтованого затягування розгляду справи, а отже, як наслідок, і до порушення прав обвинуваченого. З метою виправлення цієї ганебної практики в проекті КПК встановлено виключний перелік випадків, коли суд апеляційної інстанції може призначити новий розгляд у суді першої інстанції. Відтак у переважній більшості випадків апеляційний суд буде зобов'язаний постановляти свій вирок, а не повертати справу на новий розгляд. Ця новела спрямована на припинення ситуацій багаторазового перегляду справи, а значить, і на покращення фактичного становища обвинуваченого.

Учасники конференції мали змогу також задати питання А.В. Портнову з найбільш дискусійних питань нового КПК.

Після цього виступив доктор юридичних наук, завідувач кафедри правосуддя Київського національного університету імені Тараса Шевченка, професор М.А. Погорецький, який висловився за необхідність вдосконалення системи оперативно-розшукових заходів відповідно до європейських стандартів. Вказавши на неоднозначність окремих положень проекту КПК, він, тим не менше, відзначив існуючу об'єктивну необхідність докорінного реформування всієї системи кримінального процесуального законодавства.

Наступним доповідачем виступив кандидат юридичних наук, професор, завідувач кафедри кримінального права та кримінології Київського національного університету імені Тараса Шевченка П.П. Андрушко, який висловив низку критичних зауважень щодо доцільності впровадження інституту кримінальних проступків у правову систему України, що передбачено проектом КПК. Втім, П.П. Андрушко наголосив, що в цілому реформування кримінального та кримінального процесуального законодавства має важливе значення для становлення в Україні правової держави та громадянського суспільства, в якому людина не просто проголошувалася б найвищою соціальною цінністю, але її особиста безпека та недоторканність дійсно забезпечувалася б державою.

Підсумки наукового семінару підвів декан юридичного факультету І. С. Гриценко, який подякував всім присутнім за плідну дискусію і висловив сподівання, що проведення подібних заходів сприятиме діалогу законотворця з науковими колами та практикуючими юристами, що стане вагомим фактором на шляху до реформування всією правової системи України відповідно до існуючих європейських стандартів.

**Берзін Павло Сергійович**

доктор юридичних наук, професор
кафедри кримінального права та кримінології
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

**Деякі особливості визначення розміру покарання у виді
штрафу за новою редакцією ст. 53 Кримінального
кодексу України від 15 листопада 2011 року**

17 січня 2012 року набув чинності Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо гуманізації відповідальності за правопорушення у сфері господарської діяльності» від 15 листопада 2011 року, яким ст. 53 («Штраф») Кримінального кодексу України (далі – КК) була викладена у новій редакції. У зв'язку з цим виникає потреба з'ясування змісту окремих положень цієї статті КК, які пов'язані з визначенням судом розміру штрафу як виду покарання. Це, відповідно, і становить мету даного дослідження.

Частина 2 нової редакції ст. 53 КК містить положення, згідно з яким суд при визначенні конкретного розміру штрафу має виходити із тяжкості вчиненого злочину та зобов'язаний врахувати майновий стан винного. Таке положення безпосередньо впливає на зміст інституту призначення покарання, який визначений у статтях розділу XI Загальної частини КК, а також у ч. 3 ст. 43, ч. 2 ст. 59, ч. 3 ст. 65, ч. 5 ст. 72, ч. 2 ст. 98 КК та ін.

Таким чином, суд при призначенні покарання у виді штрафу та визначенні його розміру має керуватися загальними засадами призначення покарання, викладеними у ст.ст. 65-67 КК. При цьому правові орієнтири, що визначені у п. 3 ч. 1 ст. 65 як «ступінь тяжкості вчиненого злочину» і «особа винного» та включені у зміст відповідного (третього) загального правила призначення покарання, конкретизовані у ч. 2 ст. 53 КК як «тяжкість вчиненого злочину» та «майновий стан винного». Тобто закріплені у ч. 2 ст. 53 «тяжкість вчиненого злочину» та «майновий стан винного» фактично є конкретними (конкретизованими) показниками ступеня тяжкості вчиненого злочину та особи винного, які бере до уваги суд при визначенні розміру штрафу як виду покарання.

У ч. 2 ст. 53 закріплені два **винятки** із загального правила (першого правила) призначення покарання, що визначене, зокрема, у п. 1 ч. 1 ст. 65 КК. Згідно з цим загальним правилом суд призначає покарання у межах, установлених у санкції статті (санкції частини статті) Особливої частини КК, що передбачає відповідальність за вчинений злочин, за винятком випадків, передбачених ч. 2 ст. 53 цього Кодексу.

Перший (зокрема, із двох визначених частиною 2 ст. 53 КК) виняток із закріпленого у п. 1 ч. 1 ст. 65 КК загального правила призначення покарання стосується випадку, коли суд при призначенні основного покарання у виді штрафу, розмір якого визначений санкцією статті (санкцією частини статті) Особливої частини КК у сумі понад три тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, не може визначити його меншим за розмір майнової шкоди, завданої злочином, або отриманого внаслідок вчинення злочину доходу, незалежно від граничного розміру

штрафу, передбаченого санкцією статті (санкцією частини статті) Особливої частини КК.

Передбачаючи такий виняток у ч. 2 ст. 53 КК, законодавець закріплює конкретні правові орієнтири, що мають братись до уваги судом при визначенні мінімальної межі штрафу як основного покарання. Такими орієнтирами, зокрема, є: а) розмір заподіяної злочином майнової шкоди; б) розмір отриманого внаслідок вчинення злочину доходу; в) граничний розмір штрафу, передбаченого санкцією статті (санкцією частини статті) Особливої частини КК.

При визначенні змісту поняття **майнової шкоди** та отриманого внаслідок вчинення злочину **доходу** слід враховувати те, що у ч. 2 ст. 53 КК він (зміст) характеризує лише суспільну небезпечність конкретного злочину та враховується при визначенні покарання у виді штрафу. У контексті ч. 2 ст. 53 КК зміст понять «розмір майнової шкоди, завданої злочином» та «отриманий внаслідок вчинення злочину дохід» не слід розуміти як такий, що позначає відповідний елемент (ознаку) складу злочину певного виду чи його окремого різновиду. У ч. 2 ст. 53 КК поняття майнової шкоди позначає утворені в об'єкті злочину негативні зміни, що «уражають» майновий стан потерпілого і не набувають значення злочинних (суспільно небезпечних) наслідків як елемента складу конкретного злочину. Тобто поняття майнової шкоди є в даному разі показником суспільної небезпечності вчиненого винним злочину певного виду чи його окремого різновиду. Тому розуміння використаного у ч. 2 ст. 53 КК поняття майнової шкоди не повинне здійснюватися суто в межах змісту відповідного елемента складу злочину, оскільки відтворює узагальнену характеристику результату такого суспільно небезпечного діяння, що законом визнається як злочин певного виду чи його окремого різновиду (такий само підхід застосовується також при з'ясуванні позначеної формулюванням «тяжкі наслідки, завдані злочином» (п. 5 ч. 1 ст. 67) обставини, яка обтяжує покарання).

Поняття отриманого внаслідок вчинення злочину доходу також використовується в ч. 2 ст. 53 КК як узагальнена характеристика суспільної небезпечності вчиненого винним діяння (злочину певного виду чи його окремого різновиду) і також не позначає зміст відповідного елемента (ознаки) складу злочину.

Значення заподіяної злочином майнової шкоди та отриманого внаслідок його вчинення доходу як орієнтирів визначення судом розміру штрафу як виду покарання полягає в тому, що ці орієнтири позначають (характеризують) мінімальний розмір штрафу, який може бути призначений судом за вчинений винним злочин. Саме ці орієнтири має враховувати у зазначеному випадку (винятку із загального правила призначення покарання) суд при призначенні даного виду покарання та визначенні його мінімального розміру, зокрема у разі, якщо за вчинений злочин санкцією статті (санкцією частини статті) Особливої частини КК передбачене основне покарання у виді штрафу на суму понад три тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян. Тому в даному випадку суд при призначенні такого покарання як штраф не може визначити його розмір на суму, меншу за розмір майнової шкоди, заподіяної вчиненням злочину, та/або розмір отриманого внаслідок його вчинення доходу.

Крім поняття заподіяної злочином майнової шкоди та отриманого внаслідок його вчинення доходу при закріпленні в ч. 2 ст. 53 КК першого винятку із передбаченого у п. 1 ч. 1 ст. 65 КК загального правила призначення покарання наводиться ще один правовий орієнтир. Зміст цього орієнтиру відтворюється у ч. 2

ст. 53 шляхом використання формулювання «**незалежно від граничного розміру штрафу, передбаченого санкцією статті (санкцією частини статті) Особливої частини**» і також стосується випадків, коли суд має визначити розмір штрафу як основного покарання за вчинений злочин на суму, не меншу за розмір заподіяної злочином майнової шкоди та/або розмір отриманого внаслідок його вчинення доходу. Йдеться, зокрема, про випадки, коли визначення розміру штрафу, який призначається судом, не залежить від мінімальної та максимальної меж його (штрафу) розмірів, передбачених санкцією статті (санкцією частини статті) Особливої частини КК. Тобто такий розмір штрафу, що призначається судом, може бути як більшим, так і меншим за максимальну межу, передбачену санкцією статті (санкцією частини статті) Особливої частини КК (але не менше за найнижчу (мінімальну) межу цього виду покарання, визначену санкцією статті (частини статті) Особливої частини КК). У цьому випадку така максимальна межа розміру штрафу не впливає на його визначення судом як основного покарання за вчинений винним злочин. У зв'язку з цим суд, призначаючи за злочин покарання (основне покарання) у виді штрафу, розмір якого визначений у санкції статті (санкції частини статті) Особливої частини КК в сумі понад три тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, може вийти за максимальну межу, установлену в санкції такої статті (частини статті) Особливої частини КК для даного виду покарання. Але в будь-якому випадку, відповідно до вимог ч. 2 ст. 53 КК, розмір такого покарання не може бути меншим за розмір заподіяної злочином майнової шкоди та/або отриманого внаслідок вчинення злочину доходу, а також найнижчу (мінімальну) межу, передбачену для даного виду покарання санкцією статті (частини статті) Особливої частини КК. Наприклад, при визначенні штрафу як покарання за умисне ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів), що призвело до фактичного ненадходження до бюджетів чи державних цільових фондів коштів в особливо великих розмірах, мінімальна межа штрафу визначена у санкції ч. 3 ст. 212 КК як п'ятнадцять тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, а максимальна – двадцять п'ять тисяч неоподатковуваних мінімумів. Враховуючи, що при призначенні штрафу як виду покарання сума одного неоподатковуваного мінімуму становить 17 грн., то, відповідно, вказані у санкції ч. 3 ст. 212 КК суми кількостей неоподатковуваного мінімуму доходів громадян при визначенні мінімальної та максимальної між розмірів штрафу як основного покарання за цей злочин дорівнюють 255 тисячам грн. (для мінімальної межі) та 425 тисячам грн. (для максимальної межі). З огляду на це в разі вчинення зазначеного ухилення від оподаткування впродовж першого кварталу 2012 року, яке потягло фактичне ненадходження до бюджетів чи державних цільових фондів коштів на суму 3,5 млн. грн. (відповідає змісту ознаки «особливо великі розміри», передбаченої у ч. 3 ст. 212 КК), покарання у виді штрафу не може бути меншим за 3,5 млн. грн. В іншому випадку санкцією ч. 3 ст. 206 КК за протидію законній господарській діяльності передбачається покарання у виді штрафу в розмірі від десяти до двадцяти п'яти тисяч неоподатковуваних мінімумів (тобто мінімальна межа цього виду покарання згідно з санкцією цієї частини ст. 206 КК дорівнюється 170 тисячам грн., а максимальна – 425 тисячам грн.). З огляду на це, якщо такими діями була заподіяна майнова шкода на суму 270 тис. грн. (відповідає змісту «великої шкоди», передбаченої в ч. 3 ст. 206), то розмір штрафу за цей злочин може бути меншим за його максимальну межу, передбачену санкцією ч. 3 ст. 206, але в будь-

якому разі – не бути меншим за 270 тис. грн., що більше ніж у півтора рази перевищує мінімальну межу розміру штрафу, передбаченого санкцією ч. 3 ст. 206.

У ч. 2 ст. 53 КК також передбачене положення, згідно з яким суд, встановивши, що злочин, за який санкцією статті (частини статті) Особливої частини КК передбачене основне покарання у виді штрафу понад три тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, вчинено у співучасті і роль виконавця (співвиконавця), підбурювача або пособника у його вчиненні є незначною, може призначити таким особам покарання у виді штрафу в розмірі, передбаченому санкцією статті (частини статті) Особливої частини КК, без урахування розміру майнової шкоди, завданої злочином, або отриманого внаслідок вчинення злочину доходу.

Тлумачення змісту цього положення ч. 2 ст. 53 та співставлення його із змістом інших положень цієї частини ст. 53 дозволяє виділити дві кримінально-правові ситуації, які передбачають призначення виконавцю (співвиконавцю), підбурювачу та пособнику покарання у виді штрафу в разі, якщо роль такого співучасника у вчиненні вказаного у ч. 2 ст. 53 злочину була незначною. При визначенні підстави виділення цих кримінально-правових ситуацій слід враховувати те, що у наведеному вище положенні (зміст якого позначається в тому числі словами «суд ... може призначити таким особам ...») закріплене право, а не обов'язок суду призначити виконавцю (співвиконавцю), підбурювачу та пособнику покарання у виді штрафу в розмірі, передбаченому санкцією статті (частини статті) Особливої частини КК, без урахування розміру заподіяної злочином майнової шкоди або отриманого внаслідок його вчинення доходу.

У цих ситуаціях суд, встановивши, що вказаний у ч. 2 ст. 53 КК злочин вчинено таким співучасником і його роль при цьому була незначною, призначає йому покарання у виді штрафу: а) в межах, передбачених санкцією статті (частини статті) Особливої частини КК, *без урахування розміру заподіяної злочином майнової шкоди та/або отриманого внаслідок вчинення злочину доходу*; б) в розмірі, *що не є меншим за розмір заподіяної злочином майнової шкоди або отриманого внаслідок вчинення злочину доходу* (тобто з урахуванням розмірів такої шкоди та/або отриманого винним доходу), незалежно від граничного розміру штрафу, передбаченого санкцією статті (частини статті) Особливої частини КК. Тобто в разі встановлення судом незначної ролі такого співучасника при вчиненні вказаного у ч. 2 ст. 53 злочину він може призначити йому покарання у виді штрафу: а) лише в межах розміру цього виду покарання, передбачених санкцією статті (частини статті) Особливої частини КК, не враховуючи при цьому розмір заподіяної цим злочином майнової шкоди або отриманого в результаті його вчинення розміру доходу; б) в розмірі, який не є меншим за розмір заподіяної злочином майнової шкоди та/або отриманого внаслідок вчинення злочину доходу, вийшовши за максимальну межу, установлену в санкції такої статті (частини статті) Особливої частини КК для даного виду покарання. Саме з другою кримінально-правовою ситуацією пов'язується ще один (другий) виняток із загального правила призначення покарання, закріпленого у п. 1 ч. 1 ст. 65 КК.

Аналіз положень ст.ст. 26-28, 65-68 КК дозволяє визначити особливості виділених кримінально-правових ситуацій наступним чином:

1) на підставі ч. 2 ст. 53 КК суд може призначити винному покарання у виді штрафу в розмірі, визначеному санкцією статті (санкцією частини статті) Особливої частини КК, без урахування розміру заподіяної злочином майнової шкоди та/або

отриманого внаслідок вчинення злочину доходу, за наявності вказаних у ч. 2 ст. 53 обставин, а саме: а) коли такий злочин вчинявся винним у співучасті і б) його роль виконавця (співвиконавця), підбурювача або пособника була при цьому незначною;

2) при призначенні покарання у зазначених ситуаціях суд має керуватися загальними засадами призначення покарання, передбаченими ст.ст. 65-67 КК, а в окремих випадках – також положеннями ст. 68 КК, які стосуються особливостей призначення покарання за незакінчений злочин та за злочин, вчинений у співучасті. При цьому вказані у ч. 4 ст. 68 «характер участі кожного із співучасників у вчиненні злочину» та «ступінь участі кожного із них у вчиненні злочину» визнаються додатковими (до загальних засад призначення покарання) правовими орієнтирами при призначенні покарання за злочин, вчинений у співучасті. У ч. 2 ст. 53 такі додаткові правові орієнтири при визначенні розміру штрафу як покарання зазначеним співучасникам злочину конкретизовані у вигляді наступного положення: роль виконавця (співвиконавця), підбурювача або пособника у вчиненні злочину, за який передбачене основне покарання у виді штрафу понад три тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, є незначною. Тобто «незначна роль» виконавця (співвиконавця), підбурювача або пособника у вчиненні зазначеного злочину в даному разі є конкретним показником характеру та ступеню участі кожного із таких співучасників у вчиненні цього злочину, який (показник) *може* взяти до уваги суд при визначенні розміру штрафу як виду покарання за конкретно вчинений названим співучасником (співучасниками) злочин певного виду чи його окремого різновиду.

Таким чином, при визначенні окреслених вище кримінально-правових ситуацій у ч. 2 ст. 53 вказуються обставини (окремі з них набувають значення додаткових до загальних засад призначення покарання правових орієнтирів), встановлення яких дає суду підстави (право) призначити виконавцю (співвиконавцю), підбурювачу та пособнику покарання у виді штрафу в розмірі: а) меншому за розмір завданої злочином майнової шкоди та/або отриманого внаслідок його вчинення доходу або б) в розмірі, який не є меншим за розмір заподіяної злочином майнової шкоди та/або отриманого внаслідок його вчинення доходу. Ці обставини «представлені» у ч. 2 ст. 53 КК як: а) вчинення винним злочину, за який передбачене основне покарання у виді штрафу понад три тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян; б) такий злочин винним вчинено у співучасті; в) наявність розподілу ролей, відповідно до якого винний вчиняє зазначений злочин як виконавець (співвиконавець), підбурювач або пособник; г) роль такого співучасника у вчиненні зазначеного злочину є незначною. Встановлення таких обставин дозволяє суду призначити названим співучасникам покарання у виді штрафу за одним із двох варіантів: а) без урахування розміру заподіяної таким злочином майнової шкоди та/або отриманого внаслідок вчинення злочину доходу, не виходячи при цьому за межі його (штрафу) розміру (розмірів), який передбачений санкцією статті (частини статті) Особливої частини КК; б) з урахуванням розміру заподіяної таким злочином майнової шкоди та/або отриманого внаслідок вчинення злочину доходу, коли розмір визначеного судом штрафу виходить за межі, встановлені санкцією статті (частини статті) Особливої частини КК як покарання за відповідний злочин.

Передбачена ч. 2 ст. 53 КК «незначна роль» вказаних співучасників у вчиненні злочину виступає (може виступати) конкретним показником закріпленого ч. 1 ст. 68

КК ступеню здійснення злочинного наміру та причин, внаслідок яких злочин не було доведено до кінця, а також передбаченого ч. 4 ст. 68 КК характеру і ступеню участі кожного із названих співучасників у вчиненні злочину.

Разом з цим слід враховувати, що зазначені кримінально-правові ситуації охоплюють випадки вчинення виконавцем, співвиконавцем, підбурювачем та пособником злочину, за який передбачене основне покарання у виді штрафу понад три тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян. Тому при відповіді на питання про те, при вчиненні якого саме злочину (невеликої тяжкості, середньої тяжкості, тяжкого чи особливо тяжкого) роль названого у ч. 2 ст. 53 КК співучасника може визнаватись незначною, слід враховувати таке. При визначенні у ч. 2 ст. 12 КК поняття злочину невеликої тяжкості передбачено, що ним не може визнаватись злочин, за вчинення якого встановлено основне покарання у виді штрафу в розмірі понад три тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян. Оскільки в ч. 2 ст. 53 КК передбачено, що у співучасті вчиняється злочин, за який передбачене основне покарання у виді штрафу понад три тисячі неоподатковуваних мінімумів, то вказані кримінально-правові ситуації не повинні поширюватись на випадки (охоплювати випадки) вчинення такими співучасниками злочину невеликої тяжкості. З огляду на це вказаний у ч. 2 ст. 53 КК злочин, що вчиняється у співучасті, і щодо якого судом вирішується питання незначної ролі зазначених співучасників, може бути лише злочином середньої тяжкості, тяжким чи особливо тяжким.

У ст.ст. 26-31 розділу VI («Співучасть у злочині») Загальної частини КК безпосередньо не визначено, за яких саме підстав (умов) роль виконавця (співвиконавця), підбурювача та пособника, як співучасників злочину, може характеризуватися як значна або незначна. Водночас у ч. 4 ст. 68 КК додатковими до загальних засад призначення покарання правовими орієнтирами (зокрема, при призначенні покарання співучасникам злочину) називається характер та ступень участі кожного із них у вчиненні злочину. Тому при тлумаченні змісту використаного у ч. 2 ст. 53 КК звороту «роль ... є незначною» слід виходити насамперед із характеристики змістовних ознак об'єктивної сторони співучасті у злочині, а також особливостей характеру і ступеню участі кожного із вказаних у ч. 2 ст. 53 КК співучасників у вчиненні злочину (в тому числі незакінченого). У результаті такої характеристики виявляється, що залежно від конкретних обставин вчиненого **незначною** може визнаватись **роль** виконавця, співвиконавця, підбурювача та пособника: 1) який бере участь у вчиненні лише одного злочину, а не кількох злочинів (при цьому передбачення у ч.ч. 3-5 ст. 12 КК відповідних видів злочинів залежно від ступеня їх тяжкості свідчить, що при вчиненні кожного наступного злочину (більш тяжкого) роль такого співучасника є більш небезпечною порівняно з участю у злочині попереднього виду); 2) який не виконує при вчиненні вказаного у ч. 2 ст. 53 КК злочину більш суспільно небезпечних функцій його організатора; 3) у поведінці якого не поєднуються ознаки кількох видів співучасників, передбачених ч.ч. 1-5 ст. 27 КК; 4) який виконує у співучасті діяння, зміст яких є різним (якісно іншим) порівняно з діяннями інших співучасників (наприклад, головний бухгалтер лише надає керівнику підприємства частину первинних бухгалтерських документів для подальшого виготовлення на їх основі завідомо неправдивих зведених документів і ухилення від оподаткування в особливо великих розмірах, не вчиняючи при цьому особисто складання завідомо неправдивих

офіційних документів, використання яких призводить до ненадходження до бюджету коштів у зазначених розмірах); 5) виконує діяння в обсязі, значно меншому порівняно з діяннями інших співучасників (наприклад, невеликим буде обсяг виконаних при незаконному виготовленні горілчаних виробів у підпільному цеху діянь пособника, який лише допомагає доставити дистильовану воду для виготовлення горілчаних виробів, надавши свій транспортний засіб, або забезпечує монтаж пакувального обладнання, у той час як інші співучасники брали участь у технологічному забезпеченні процесу незаконного виробництва таких напоїв); 6) який не мав наміру вчинити всі діяння, що передбачались (охоплювались) умислом інших співучасників, у зв'язку з чим вказаний у ч. 2 ст. 53 КК злочин не було доведено до кінця, а в разі, якщо доведено до кінця, то обставини, які призвели до цього, мали для такого співучасника випадковий характер; 7) вчинив діяння, які хоча і були обов'язкові для заподіяння іншими співучасниками (будь-ким із них) шкоди об'єкту кримінально-правової охорони, але: а) які лише опосередковано сприяли заподіяння такої шкоди іншими співучасниками (наприклад, особа погодилась передати іншому пособнику деталі обладнання для підробки засобів доступу до банківських рахунків (платіжних карток) і не забезпечувала його безпосереднє використання при незаконному знятті певної суми коштів з такого рахунку); б) від яких не в повному обсязі залежало вчинення відповідних діянь іншими співучасниками, що мали безпосередньо вплинути (вплинули) на заподіяння такої шкоди.

У статті розглядаються особливості визначення розміру штрафу як виду покарання. Конкретизується зміст правових орієнтирів визначення його максимальної та мінімальної межі відповідно до нової редакції статті 53 Кримінального кодексу України.

Ключові слова: покарання, штраф, злочин, розмір.

В статье рассматриваются особенности определения размера штрафа как вида наказания. Конкретизируется содержание правовых ориентиров определения его максимального и минимального пределов в соответствии с новой редакцией статьи 53 Уголовного кодекса Украины.

Ключевые слова: наказание, штраф, преступление, размер.

The article features determining the amount of fines as a form of punishment. Content specified legal guidelines to determine its maximum and minimum limits under the new wording of Article 53 of the Criminal Code of Ukraine.

Key words: punishment, penalty, crime, size.

**Вінник Оксана Мар'янівна**

доктор юридичних наук,
професор кафедри господарського права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
член-кореспондент НАПрН України

Корпоратизація як модель інституційного державно-приватного партнерства

Проблема вдосконалення правового регулювання відносин державно-приватного партнерства (далі – ДПП) в Україні постала з прийняттям Закону «Про державно-приватне партнерство» [1]. Аналіз зарубіжного правового регулювання відносин ДПП [2; 3; 4; 5; 6; 7; 8] та практики його застосування дозволили дійти висновку про доцільність запровадження в нашій державі не лише договірної, а й інституційної (чи корпоративної) форми ДПП, яка забезпечує реалізацію проектів такого партнерства через створення та/або спільну участь державного та приватного партнера в господарській організації корпоративного типу (зазвичай акціонерному товаристві) зі спрямуванням діяльності останнього саме на виконання зобов'язань за угодами ДПП [9, с. 139-144; 10; 11].

Разом з тим, в англomовних джерелах [12; 13; 14] можна знайти згадку про таку модель ДПП, як *корпоратизація*, що викликало нашу зацікавленість та прагнення з'ясувати особливості цієї моделі з правової точки зору та її зв'язок з інституційним/корпоративним ДПП.

В зазначених джерелах згадується про досвід постсоціалістичних країн щодо реформування економіки шляхом проведення приватизації та корпоратизації (акціонування державних підприємств) на прикладі портів. Якщо приватизація передбачає перехід права власності на майно державного підприємства до нових (приватних) власників, то за корпоратизації (акціонування) підприємств можливості набагато ширші: це може бути: (а) комерціалізація такого підприємства з наданням йому більших прав щодо використання закріпленого за ним майна і відповідно – здійснення на його базі підприємницької діяльності, але із збереженням 100-відсоткової участі держави в капіталі такого підприємства; (б) відчуження частини акцій (часток) такого підприємства із збереженням у державній власності контрольного пакету акцій (відповідної частки в статутному капіталі), що дозволяє водночас і зберегти державний контроль за таким підприємством-товариством, і створити можливість його приватного фінансування за рахунок коштів приватних інвесторів-акціонерів; (в) забезпечення контролю держави за прийняттям таким підприємством стратегічних рішень, що потребують кваліфікованої більшості голосів (понад 75%), із відповідним збереженням у державній власності блокуючого (понад 25%) пакету акцій (відповідної частки в статутному капіталі) підприємства-товариства, яке отримує значний рівень свободи щодо визначення напрямів своєї діяльності та використання майна відповідно до умов ринку; (г) відчуження всього

пакету акцій і втрату державного контролю за таким підприємством, хоча із покладенням на нього інвестиційних зобов'язань протягом постприватизаційного періоду (за українським законодавством він становить 5 років [16, абз.17 ч. 2 ст. 27]), а щодо підприємств агропромислового комплексу – 10 років [17, ст. 18]).

Проте жоден з цих варіантів не створює необхідних умов для співпраці держави з приватними інвесторами-акціонерами із закріпленням її основних засад на рівні договору, хоча і забезпечує комерціалізацію діяльності підприємства публічної сфери економіки, можливість залучення приватних інвестицій, корпоративність управління тощо.

Досвід Уряду Мальдівських островів, що обговорювався на одному з форумів у березні 2009 р. [14], свідчить про доцільність використання акціонування державних підприємств, створення спільних підприємств за участю держави та приватного бізнесу (як форми ДПП) для реалізації суспільно значущих інвестиційних проектів, в т.ч. за участю іноземних інвесторів, у таких пріоритетних сферах, як транспорт (включно з портами), житлове будівництво, надання комунальних послуг, освіта, теле- та радіомовлення.

Показовим щодо використання корпоратизації як моделі інституційної форми ДПП є канадський досвід [18], аналіз якого свідчить про такі основні риси подібної моделі партнерства:

- реалізація проектів ДПП спільним підприємством за участю державного та приватного партнерів, шляхом об'єднання їх досвіду, ресурсів, розподілу ризиків з метою досягнення позитивного ефекту (вигод);
- опосередкування відносин між партнерами-акціонерами за допомогою акціонерної угоди;
- паритетність участі партнерів в спільному підприємстві;
- нормативно-правове регулювання відносин ДПП: Муніципальний закон (визначає повноваження муніципальних органів щодо використання муніципального майна та участі в локальних/територіальних ДПП); інші акти законодавства, що регулюють певні аспекти відносин ДПП (в тому числі правове становище компаній); Керівництво для місцевих органів влади щодо ДПП [19] (в цьому документі, крім вступу, містяться положення щодо основних ознак ДПП (розділ II), правового регулювання відносин ДПП (розділ III), підготовки до започаткування ДПП (р. IV), критеріїв для запровадження ДПП (р. V), порядку встановлення відносин ДПП (р. VI), вибору приватного партнера (р. VII), переговорів партнерів (р. VIII), підписання угоди ДПП (р. IX), роботи з приватним партнером в процесі виконання угоди ДПП (р. X); правових документів, що приймаються/укладаються для започаткування ДПП та виконання проектів партнерства;
- існування низки моделей ДПП залежно від способу фінансування, виду проектів, комплексу обов'язків їх виконавців та різних варіантів їх співвідношення (фінансування, проектування, будівництва, експлуатації і тимчасове володіння активами), регулювання відносин власності в межах ДПП, що позначається на змісті угоди ДПП, зобов'язаннях її сторін, визначенні долі об'єкта ДПП після припинення відносин партнерства;

• виділення як окремої моделі ДПП «корпоратизації», що полягає в перетворенні державного підприємства в акціонерну компанію та залучення до участі в ній приватного інвестора. Прикладом є низка ДПП, як *локального рівня* (в штаті Онтаріо, наприклад, **проекти** (а) **Enwave** [20] : партнери – штат Онтаріо/Municipal Employees Retirement System/OMERS та Enwave Energy Corporation, кожен з партнерів володіє половиною – 50% акцій; сфера – навколишня середовище: вода та стічні води, водозбереження; модель – корпоратизація; рівень – муніципальний – штат Онтаріо, м.Торонто; та (б) **Teranet** [21]: партнери – Міністерство публічних послуг штату Онтаріо та корпорація Real Data Ontario, кожен з яких володіє половиною акцій корпорація Teranet, що спеціалізується на наданні фінансових послуг, забезпеченні доступу до інформації, яка дозволяє клієнтам уникнути шахрайства, наданні автоматизованих інструментів оцінки майна та інших продуктів для управління ризиками канадським фінансовим установам, іпотечним кредиторам, іпотечним страховикам тощо), так і федерального рівня: **проект Міжнародний аеропорт Ванкуверу**, штат Британська Колумбія; сфера – транспорт; строк – 60 років з можливістю продовження на наступні 20 років; мета ДПП – забезпечення зазначеному аеропорту першокласного рівня щодо надання транспортних послуг[22];

Загалом для ДПП в країнах розвинених ринкових відносин притаманний значний рівень так званого рекомендаційного регулювання, що допомагає заінтересованим особам (насамперед, територіальним/муніципальним органам) обрати потрібну форму та модель ДПП, приватного партнера, дотриматися встановлених законом процедур започаткування ДПП та забезпечити його ефективність. Таке регулювання здійснюється як на національному рівні (вищезгаданий приклад Канади [19]), так і на транснаціональному (за участю організацій/органів різних країн, що опікуються ДПП [23]), зокрема, в межах ЄС (Керівництва Європейської комісії для успішного ДПП [24] .

Корпоратизація як модель інституційного ДПП в основному відповідає основним ознакам цієї форми партнерства [25], а саме:

- використання для реалізації проектів ДПП змішаної компанії (за участю державного та приватного партнерів), на яку покладається відповідальність за реалізацію проектів ДПП;
- відносини між партнерами регулюються статутом компанії та акціонерною угодою;
- спільно затверджений партнерами статут компанії дозволяє встановити загальні правила для управління проектами ДПП за участю партнерів (їх представників);
- акціонерна угода регулює відносини між партнерами (державним та приватним), встановлюючи розміри фінансової участі партнерів, розподіляючи між ними ризики, визначаючи порядок розгляду між партнерами спорів/конфліктів, включно з так званими тупиковими ситуаціями;
- більш активна участь державного партнера в управлінні проектами ДПП, ніж в договірному партнерстві, завдяки тіснішому контакту з приватним партнером і досить значним можливостям контролювати процес виконання угод ДПП. Разом з

тим, тісний контакт партнерів створює підґрунтя для ототожнення інституційного ДПП з приватним партнером, що може зашкодити публічним інтересам, а, отже, зумовлює необхідність контролю за дотриманням інституційним ДПП публічних інтересів, в тому числі з точки зору захисту інтересів економічної конкуренції, прав споживачів тощо.

Таким чином, корпоратизація як модель інституційного ДПП може стати альтернативою приватизації державного майна, забезпечивши і комерціалізацію державних підприємств, і врахування публічних інтересів у процесі їх діяльності, і залучення приватних інвестицій, і спільне (за участю державного та приватного партнерів) управління проектами ДПП. Зазначена обставина свідчить на користь запровадження такої форми та моделі ДПП в Україні з внесенням відповідних змін та доповнень до низки законів:

- «Про державно-приватне партнерство» [1] щодо: основних засад застосування інституційного ДПП (підстав використання, моделей та вимог до договору такого партнерства, статуту товариства, що його опосередковує) та особливостей: 1) загальної та спеціальних процедур визначення приватного партнера залежно від спрямованості проектів партнерства (концесія, угоди про розподіл продукції, державні закупівлі тощо); 2) порядку вирішення питань реалізації проектів ДПП та відповідно — порядку прийняття пов'язаних з ними рішень, внутрішнього управління партнерством; 3) правового становища акціонерів-партнерів, акціонерів-інвесторів, співвиконавців проектів ДПП; 4) припинення товариства, що опосередковує інституційне ДПП; 5) відповідальності за невиконання партнерами інституційного ДПП своїх обов'язків за угодами ДПП; 6) порядку розв'язання конфліктних ситуацій між партнерами, наслідків для їх посадових осіб за використання можливостей партнерства у власних інтересах чи інтересах пов'язаних з ними осіб; 7) зовнішнього управління інституційним ДПП (з боку уповноважених органів, в т.ч. з визначенням системи останніх);

- «Про акціонерні товариства» [26], в якому слід закріпити можливість використання засновницького договору та акціонерної угоди як договору інституційного ДПП, особливості обсягу корпоративних прав акціонерів-партнерів та акціонерів-інвесторів, порядку їх реалізації;

- «Про цінні папери та фондовий ринок» [27] щодо особливостей правового режиму акцій товариства за участю державного та приватного партнерів (акції партнерів ДПП) і акціонерів-інвесторів – у разі їх залучення до такого товариства (акції інвесторів ДПП), а також вимог до емісії зазначених видів акцій;

- «Про захист економічної конкуренції» [28] щодо обов'язковості отримання попереднього дозволу антимонопольних органів на укладення угоди державно-приватного партнерства та погодження положень статуту акціонерного товариства, що опосередковує інституційне ДПП;

- «Про управління об'єктами державної власності» [29], «Про місцеве самоврядування» [30], «Про Фонд державного майна» [31] – щодо порядку управління корпоративними правами державного партнера;

- «Про приватизацію державного майна» [16] – щодо особливостей (а) продажу акцій державного АТ приватному партнерові та (б) угоди купівлі-продажу таких акцій; та інших актів законодавства [9, с. 142-143; 11, с. 12-15].

Використані джерела:

1. Закон України від 01.07.2010 р. «Про державно-приватне партнерство» // Голос України від 30.07.2010 - № 140.
2. Закон Республіки Словенія «Про публічно-приватне партнерство» від 23.11.2006 р. (PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIP ACT (ZJZP) [Electronic resource] — Way of access : // www.mf.gov.si/slov/javnar/53646-ZJZP_EN.pdf.
3. Latvia. Normative acts [Electronic resource] — Way of access : // http://www.ppp.gov.lv/en/view_1277.html
4. Закон Латвії від 09.07.2009 р. «Про публічно-приватне партнерство» / Public–Private Partnerships Law, 9 July 2009 [Electronic resource] — Way of access : // http://www.ppp.lv/fetch_6625.html
5. Закон Хорватії від 24 жовтня 2008 р. «Про публічно-приватне партнерство»: Act on Public Private Partnerships adopted by the Croatian Parliament at its session of 24 October 2008 [Electronic resource] — Way of access : // <http://www.antikorupcija.hr/Default.aspx?sec=161>.
6. PPP Services in Poland [Electronic resource] — Way of access : // http://www.publicprivatepartnership.pl/ppp_services.htm.
7. STATE AUTHORITIES (PUBLIC PRIVATE PARTNERSHIP ARRANGEMENTS) ACT, 2002 [Electronic resource] — Way of access : // <http://www.acts.ie/en.act.2002.0001.1.html#sec7>.
8. FIJI ISLANDS PUBLIC PRIVATE PARTNERSHIPS ACT 2006 [Electronic resource] — Way of access : // http://www.paclii.org/fj/legis/num_act/pppa2006313/.
9. Вінник О.М. Корпоративні і партнерські відносини: проблеми правового регулювання: монографія. – К., 2010. – 166 с.
10. Вінник О.М. Акціонерна форма державно-приватного партнерства: проблеми правового регулювання // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки. – 2010. - № 83. – С. 7-9.
11. Вінник О.М. Інституційна форма державно-приватного партнерства: проблеми правового регулювання // Актуальні питання інноваційного розвитку. – 2011. - № 1. - С. 6-19.
12. Alternative Port Management Structures and Ownership Models [Electronic resource] — Way of access : // http://www.ppiaf.org/ppiaf/sites/ppiaf.org/files/documents/toolkits/Portoolkit/Toolkit/module3/port_reform.html.
13. Modeling SOE's to Support Corporatization & Commercialization in Emerging Economies [Electronic resource] — Way of access : // <http://www.ip3.org/modeling-soe-s-to-support-corporatization-commercialization-in-emerging-economies.html>;
14. Corporatization through Public-Private Partnerships [Electronic resource] — Way of access :

<http://www.maldivespartnershipforum.gov.mv/pdf/Corporatization%20through%20PPP.pdf>

15. PPP in South Africa. Introducing Public Private Partnerships in South Africa [Electronic resource] — Way of access : // <http://www.ppp.gov.za/Documents/News/Final%20PPP%20Introduction%20Guide%2024.01.08.pdf>.

16. Закон України від 04.03.1992 р. «Про приватизацію державного майна» // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1992, № 24, ст. 348.

17. Закон України від 10.07.1996 р. «Про особливості приватизації майна в агропромисловому комплексі» // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1996, № 41, ст. 188.

18. Canadian Council for Public-Private Partnerships [Electronic resource] — Way of access : // <http://www.pppcouncil.ca/resources/about-ppp/definitions.html>.

19. Public Private Partnership. *A Guide for Local Government*. May 1999. Ministry of Municipal Affairs. British Columbia Partnerships [Electronic resource] — Way of access : // http://www.cscd.gov.bc.ca/lgd/policy_research/library/public_private_partnerships.pdf.

20.. Canadian Council for Public-Private Partnerships: Project details: Enwave [Electronic resource] — Way of access : // http://projects.pppcouncil.ca/ccppp/src/public/project?project_id=2&scope=view×tamp=cfdc208495d565ef66e7dff9f98764da&pageid=3d067bedfe2f4677470dd6ccf64d05ed

21. Canadian Council for Public-Private Partnerships: Project details: Terant [Electronic resource] — Way of access : // http://projects.pppcouncil.ca/ccppp/src/public/project?project_id=32&scope=view×tamp=a3f390d88e4c41f2747bfa2f1b5f87db&pageid=3d067bedfe2f4677470dd6ccf64d05ed.

22. Canadian Council for Public-Private Partnerships: Project details: Vancouver International Airport [Electronic resource] — Way of access : // http://projects.pppcouncil.ca/ccppp/src/public/project?project_id=36&scope=view×tamp=98dce83da57b0395e163467c9dae521b&pageid=3d067bedfe2f4677470dd6ccf64d05ed

23. Public-Private Partnership Handbook [Electronic resource] — Way of access : // <http://www2.adb.org/Documents/Handbooks/Public-private-Partnership/Chapter10.pdf>.

24. THE EUROPEAN COMMISSION'S *GUIDE TO SUCCESSFUL PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIPS* [Electronic resource] — Way of access : // <http://www.epsu.org/IMG/pdf/EC-PPPs-crit-final.pdf>.

25. *Private-Public Partnerships: Contracts and Risks* [Electronic resource] — Way of access : // <http://www.regulationbodyofknowledge.org/faq/pppTypes/>^{New}.

26. Закон України від 17.09.2008 р. «Про акціонерні товариства» // Відомості Верховної Ради України, 2008, N 50-51, ст.384.

27. Закон України від 23.02.2006 р. «Про цінні папери та фондовий ринок» // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2006, N 31, ст.268.

28. Закон України від 11.01.2001 р. «Про захист економічної конкуренції» // Відомості Верховної Ради України, 2001, № 12, ст. 64.

29. Закон України від 21.09.2006 р. «Про управління об'єктами державної власності» // ВВР України. – 2006. – № 46. – Ст.456.

30. Закон України від 21.05.1997 р. «Про місцеве самоврядування в Україні» // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1997, N 24, ст.170.

31. Закон України від 09.12.2011 р. «Про Фонд державного майна України» // Офіційний вісник України від 16.01.2012 р., № 2, стаття 50.

Стаття присвячена проблемам правового регулювання відносин державно-приватного партнерства в Україні. Особлива увага приділена інституційній формі державно-приватного партнерства, яка дозволяє посилити його ефективність та є альтернативою приватизації державного майна. З урахуванням зарубіжного досвіду пропонується запровадити в Україні цю форму державно-приватного партнерства, що потребує внесення низки змін в акти законодавства, які регулюють відносини такого партнерства, визначають правовий статус акціонерних товариств та правовий режим цінних паперів, а також забезпечують захист економічної конкуренції.

Ключові слова: державно-приватне партнерство; інституційна форма державно-приватного партнерства; корпоратизація; акціонерне товариство.

Статья посвящена проблемам правового регулирования отношений государственно-частного партнерства в Украине. Особое внимание уделяется институциональной форме государственно-частного партнерства, которая позволяет повысить его эффективность и является альтернативой приватизации государственного имущества. С учетом зарубежного опыта предлагается внести изменения в ряд актов законодательства, регулирующих отношения такого партнерства и определяющих правовое положение акционерных обществ и правовой режим ценных бумаг, а также обеспечивающих защиту экономической конкуренции.

Ключевые слова: государственно-частное партнерство; институциональная форма государственно-частного партнерства; корпоратизация; акционерное общество.

The article covers the problems of legal regulation of public-private partnership relationships in Ukraine. Particular attention is given to the institutional form of PPP that allows to enhance its efficiency and constitutes an alternative to privatization of state property. Considering the foreign experience it is recommended to implement in Ukraine this PPP form which requires making a number of changes in the legislation that governs the relationships of such a partnership, determines the legal status of joint-stock companies and securities legal regime, as well as provides protection of economic competition.

Keywords: public-private partnership; the institutional form of public-private partnership; corporatization; joint-stock company.

**Дубов Геннадій Олексійович**

асистент кафедри теорії держави і права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

Спортивна теорія виникнення держави Х. Ортеги-і-Гассета: зміст та особливості інтерпретацій

Закономірністю розвитку державно-правової науки є те, що будь-яке вчення про державу, право, політику розробляється з урахуванням сучасної йому політико-правової дійсності, котра обов'язково відображається в ньому самому, здавалось би абстрактному теоретичному конструкті. Кожна велика епоха мала свої, властиві їй політико-правові установи, поняття та способи їх теоретичного пояснення. Тому в центрі уваги теоретиків держави та права різних історичних епох були різні політико-правові проблеми, пов'язані з особливостями державних установ та принципів права відповідного історичного типу і виду. Проте не можна заперечувати існування «універсальних» теоретичних проблем, інтерес до яких був характерним для будь-якого періоду існування політико-правової думки. Однією з них можна без вагань називати проблему виникнення держави, спроби прояснити яку здійснювалися починаючи з сивої давнини та продовжуються й по сьогоднішній день.

Слід погодитися із думкою сучасних дослідників, відповідно до якої, походження держави – «проблема із категорії вічних», і як така вона одночасно невичерпна та тривіальна. Специфіка цієї проблеми в тому, що протягом всієї історії вивчення вона була дискусійною[4; с.2].

Як уявляється, така виняткова увага продиктована не звичайною цікавістю, а реально існуючою науковою потребою. Не випадково, з'ясування походження держави та права називається однією з кардинальних проблем юриспруденції [див. 5; с.5].

Варто погодитися з науковцями, які звертають увагу на те, що: «вивчення процесу походження держави та права має не виключно пізнавальний, академічний, але й політико-практичний характер. Воно дозволяє глибше зрозуміти соціальну природу держави, її особливості та риси. Дає можливість проаналізувати причини та умови їх виникнення та розвитку. Дозволяє чіткіше визначити всі властиві їм функції, точніше встановити їх роль в житті суспільства та політичної системи»[8; с.28].

Розгляд питання походження держави та права має особливе значення в пізнанні цього явища, без чого не можна зрозуміти сутність державно-правових явищ, їх роль в житті суспільства та логіку їх функціонування. Практичне значення даної проблеми пов'язано з визначенням історичних рамок існування держави та права[7; с.19].

Значення розглядуваного питання для української науки теорії держави та права визначається також і тим, що довгий час його трактування здійснювалося у вузьких

рамках певної теорії, що визнавалася в роки радянської влади (повністю обумовленої змістом знаменитої роботи Ф. Енгельса «Походження сім'ї, приватної власності та держави»), що, безумовно, доволі сильно збіднювало її.

Зміни, що мали місце в соціально-економічному та суспільно-політичному ладі, криза ряду положень марксистко-ленінської доктрини державності, у відповідності до якої домінувало перебільшення значення класового підходу, створили необхідність переосмислення основних понять та категорій, які відносяться до походження, ознак, сутності та функцій держави і права[3; с.23].

Проте навіть після того, як були скасовані ідеологічні заборони, вчені не поспішали просунутися у вивченні проблеми походження держави. Деякі спеціалісти зараз бачать пояснення цьому в тому, що розробка даного питання юристами може вестися тільки на основі даних історії, етнографії, політології, філософії, котрі між іншим, і самі в радянський період були обмежені тими ж марксистко-ленінськими догмами[див.6; с.9].

Наукам був необхідний час, щоб отямитися. І саме тепер, через роки, для сучасної теорії держави та права особливе значення одержує глибоке просування у дослідженні процесів походження держави та права на базі одержаних гуманітарними науками нових знань, за активного використання досвіду зарубіжних вчених, котрий категорично відкидався раніше. Поступово починає використовуватися конструктивно-критичний підхід до оцінки минулих та сучасних вчень.

Однак, незважаючи очевидну значущість адекватного вирішення проблеми пояснення походження держави та права та відсутності для цього будь-яких ідеологічних перепон, на сьогоднішній день дослідження в цій сфері просуваються не надто жваво. Хоча питанням виникнення держави приділяється увага майже у всіх без винятку сучасних підручниках з теорії держави та права, науковий рівень викладеного матеріалу не може не викликати занепокоєння. Про наявність цілісних фундаментальних робіт мова, на жаль, майже не йде.

Як уявляється, одним із перших кроків, який необхідно зробити на шляху до активізації вивчення питання виникнення держави є аналіз та систематизація вже існуючих проте не достатньо відомих досліджень цієї проблематики.

Однією із новітніх теорій виникнення держави, яка одночасно відповідає наведеним вище ознакам, є спортивна теорія видатного іспанського філософа ХХ століття Хосе Ортеги-і-Гассета. Саме цю теорію виникнення держави ми вважаємо за доцільне розглянути в межах даної статті.

Метою роботи є формування уявлення про зміст спортивної теорії виникнення держави, її співвідношення із іншими теоріями, особливості її інтерпретації в сучасній юридичній науці.

Проаналізувавши сучасну юридичну літературу, можна прийти до висновку про те, що спортивна теорія виникнення Ортеги-і-Гассета стала відома широкому загалу вчених-юристів завдяки роботі російського науковця Т.В. Кашаніної [5], перше видання якого побачило світло у 1999 році.

Зазначена праця стала основою для формування уявлення про спортивну теорію серед юристів та її популяризації. Підтвердженням наведеної тези може слугувати те, що з усіх проаналізованих джерел, авторами яких є українські та російські вчені-юристи, в яких згадується спортивна теорія виникнення держави, повністю відсутні прямі посилання на першоджерела – цитування здійснюється виключно за роботою Т.В. Кашаніної [1; с.17].

Хоча згадана монографія відомого російського науковця для сучасної юридичної літератури, є фактично єдиним доступним комплексним дослідженням проблеми виникнення держави, такий стан справ не може не викликати занепокоєння. Як уявляється, тільки ознайомлення з першоджерелами є єдиновірним способом пізнання особливостей будь-якої авторської концепції, тим більше, що такі першоджерела є доступними завдяки українській філософській періодиці.

Окрім цієї, суто формальної сторони, занепокоєння підсилюється й стороною змістовною. Адже, на нашу думку, спортивна теорія Х. Ортеги-і-Гассета в інтерпретації Т.В. Кашаніної та спортивна теорія Х. Ортеги-і-Гассета за першоджерелом не є тотожними. Більше того, різниця є настільки суттєвою, що уявляється за можливе говорити про цілком самостійні теорії. Саме в зв'язку з цим їх аналіз доцільно здійснити окремо.

На думку Т.В. Кашаніної, виникнення держави в спортивній теорії Х. Ортеги-і-Гассета напряму пов'язується походженням ігор та фізичних вправ, а також спорту в цілому[5; с.63].

Вихідним положенням розглядуваної інтерпретації спортивної теорії є те, що розвиток свідомості первісної людини призвів до усвідомлення важливості своєї фізичної сили та необхідності її тренування. З виникненням релігійних вірувань елементи фізичних вправ пов'язувалися з релігійними обрядами. Так з'явилися культові танці, пляски, ігри.

В подальшому поліпшення продуктивних сил та розширення трудового досвіду призвели до ускладнення виховання людей взагалі та виникнення фізичного виховання. Це полегшувало первісним людям ведення важкої боротьби за своє існування. Поряд з землеробством та скотарством в цих умовах все більшу роль виконує військова організація племен. Фізичне виховання в цих умовах виконує функцію підготовки не тільки до трудової діяльності, але й до військової справи.

Як зазначає Т.В. Кашаніна, у багатьох первісних народів існував своєрідний обряд з педагогічною спрямованістю – ініціації, котрий використовувався при переході з однієї вікової групи в іншу, при прийомі в рід чи плем'я і т.д. До ініціацій молодь готували спеціально виділені старші члени роду, котрі мали більшу фізичну силу та досвід проведення таких випробувань. Так створювалася організація, в котру входили: організатори ініціацій, люди, що мали досвід їх проведення, люди, що навчали молодь, а також почесні члени роду, котрі слідували за правильністю проведення ініціацій. Можливо, що існували спеціальні органи, котрі застосовували санкції до тих, хто не витримав випробування. Виникла спеціальна організація зі своєю структурою, де кожен її член мав свої функції, в наступному розширила свою компетенцію та стала попередницею держави[5; с.64].

Таким чином виникнення держави у спортивній теорії за Т.В. Кашаніною пов'язується із появою особливих соціальних організацій первісною функцією яких було проведення обрядів ініціації – посвячення молодих членів первісних суспільств. Саме такі організації, поступово перебравши на себе додаткові функції, в кінцевому підсумку трансформувалися у державу.

Окрім механізму, пов'язаного з проведенням ініціацій, на думку Т.В. Кашаніною, спортивна теорія Х. Ортеги-і-Гассета пропонує ще один шлях політогенезу. Його зміст полягає в наступному.

Через часті стихійні лиха, війни між сусідніми племенами, а також примітивної форми полювання, на якій гинули найкращі чоловіки, рід ніс втрати в чоловічій частині населення. Траплялося, що племена втрачали більшу частину чоловіків, що загрожувало їм вимиранням. Для того, щоб цього не траплялося, старійшини запрошували інших чоловіків з інших племен і між ними влаштовували змагання. Переможців залишали та робили повноправними членами роду. Так відтворювався потрібний баланс між чоловіками та жінками в роді. І знову для проведення таких змагань створювалися спеціальні органи, функції яких схожі з функціями держави. В подальшому ці органи стали брати на себе виконання і інших суспільних функцій [5; с.64-65].

Таким чином, в інтерпретації спортивної теорії даній Т.В. Кашаніною, процес виникнення держави пов'язується із розвитком соціальних структур, які організовували чи контролювали різноманітні суспільні заходи так чи інакше, пов'язані зі спортивними змаганнями чи зайняттям фізичною культурою, які обумовлювалися відповідними потребами соціуму.

Дещо іншу інтерпретацію можна знайти у джерелах автором яких є безпосередньо Х.Ортега-і-Гассет[9;10].

На думку видатного іспанського мислителя сучасності, розглядаючи питання первинного виникнення держави необхідно виходити не з утилітаристських позицій, що пропонують вважати єдиною причиною нових пристосувань об'єктивно існуючу потребу; а з протилежних позицій, які відстоюють можливість раптового виникнення властивостей, що лише потім використовуватимуться як адаптивний засіб.

Обґрунтовуючи цей методологічний принцип, філософ зазначає, що утилітаристська інтерпретація життєвого феномену, яка зародилася в ХІХ столітті вважає, що первинна життєдіяльність полягає у відповідній реакції на життєву потребу, в задоволенні теперішніх запитів. Однак новітні дослідження запропонували інше уявлення про життя. Відповідно до такого уявлення, будь-який прояв корисної чи адаптаційної діяльності, все, що є відповіддю на теперішні запити, являє собою вторинну життєдіяльність. Справжня, первинна життєдіяльність завжди стихійна, непередбачувана, хаотична. Її сенсом є вільна випадковість, непередбачуваний рух[9; с.42].

Таким чином автор спортивної теорії фактично стверджує про вирішальну роль випадковостей у соціальному розвитку та стає на позицію, що кардинальним чином відрізняється від позицій більшості інших широко відомих теорій виникнення

держави, які, як правило, вважають цей процес закономірним, неминучим та обумовленим об'єктивно.

Підсилюючи висловлену думку, Х.Ортега-і-Гассет, у якості ілюстрації, приводить особливості існування адаптивного механізму у біологічних організмів, стверджуючи, що у живих організмів очі з'являються не тому, що в них виникає потреба; навпаки, поява очей сприяє їх корисному застосуванню[9; с.43]. На думку дослідника, найбільш важливим у будь-якому розвитку є те, що безцільно, оскільки те, що заспокоюється, задовольнивши необхідність, що виникла раптово, буде нею ж розтоптане; життя перемогло на планеті не тому, що сперлось на необхідність, а тому, що втопило, розчинило її в надлишку можливостей, дозволивши будь-якій з них у випадку краху стати містком до перемоги іншої[9; с.43].

Автор спортивної теорії вважає, що людська історія рухається у відповідності до подвійного ритму: вікового та статевого. В одні періоди спостерігається перевага юнацького впливу, в інші - головує зрілий чоловік. В будь-якому випадку, якщо проаналізувати яке суспільне утворення проявляється безпосередньо після того неоформленого утворення, котре дослідник називає «ордою» (*еквівалентом терміну «орда» в даному контексті може виступати термін «людське стадо» - прим. Г.Д.*), можна товариство, що вже має зародки організації. В основі цієї організації лежить звичайний вік. **Збільшивши кількість індивідумів** (*тут і далі виділено мною – Г.Д.*), і із орди сформувалося плем'я. Первісні племена поділяються на три соціальні групи: групу зрілих чоловіків, молодих людей та стариків. Таким чином виявляється, що перша суспільна організація поділяється не на сімейні утворення, а на те, що було названо «віковими класами»[9; с.46].

Що ж трапилося за час переходу від неформальної орди до організованого племені? Яким чином спортивна теорія інтерпретує ці події?

Як зазначає Х.Ортега-і-Гассет, роки й роки орди кочували, не пересікаючись одна з одною. Кількість людських істот на всій планеті залишалася незначною. Але, очевидно, мав місце період значного **демографічного зростання**, що значно ущільнив населення. Орди межують одна з одною. Таке збільшення населення - симптом підвищеної життєдіяльності роду, розвитку та вдосконалення його здібностей.

Самі не розуміючи чого, всі відчувають незрозуміле та **загадкове неприйняття до єдинокровних родичів**, з якими вони співіснують в орді, до своїх жінок – та нездоланне прагнення до інших жінок, що не знайомі їм.

І тоді, як вважає Х. Ортега-і-Гасет, виникає надзвичайна подія в людській історії, що мала не передбачувані наслідки: вони вирішують викрасти жінок з чужої орди. Проте цей захід не для слабких: орди не дозволяють красти своїх жінок. Щоб здійснити це потрібно битися; тоді й народжується на світ війна, як підручне знаряддя кохання. Однак на війні необхідним є вождь та дисципліна: і ось разом з війною, виникає авторитет, закон та соціальна структура, натхненні любовним прагненням. Однак одноособове управління та дисципліна приносять з собою (і в той же час укріплюють) єдність духу, загальну турботу про всі ключову проблеми. В

сутності в хлоп'ячих об'єднаннях починають поклонятися потойбічним силам, здійснювати церемонії та ритуали.

Спільне існування надихає на будівництво міцного та постійного житла, а не якогось-небудь тимчасового притулку чи звичайного укриття від вітру. Виходить так, що перший зведений людиною будинок був не приміщенням для ще не існуючого сімейства, а молодіжним казино. Там готуються експедиції, виконуються ритуали[9; с.46].

В зв'язку з наведеним, на думку автора спортивної теорії, саме юнацькі клуби обумовлюють появу на історичній сцені таких явищ як екзогамія, війна авторитарна організація, спортивна чи аскетична дисципліна, закон, культурне суспільство, таємні товариства.

Все це разом і нерозривно, в спортивній теорії - історична ірраціональна причина появи держави.

Окрім цього Х. Оргега-і-Гасет вважає за необхідне звернути увагу на іншу сторону описаних вище процесів. На його думку, час, коли безроздільно та безперешкодно панувало юнацьке весілля, був суворим та жорстоким. Решта суспільної маси була змушена шукати захисту від військових та політичних співтовариств молодих людей. Тоді в протигагу йому виникає спільнота стариків: Сенат. Старики живуть разом з жінками та дітьми, у котрих або немає чоловіків та батьків, або вони невідомі. Жінка шукає захисту у свої братів та братів своєї матері, перетворюючись на центральну фігуру соціальної групи, що протистоїть «клубу» молодих чоловіків; так виникає перша сім'я, сім'я матріархальна, котра за своїм походженням, в сутності реакційна, захисна та протилежна державі[9; с.47-48].

Таким чином, згідно до спортивної теорії, великий політичний процес був розпочатий не робітником, не інтелігентом, не священнослужителем в точному сенсі цього слова та не торговцем; він був розпочатий збентеженими юнаками, які були готовими битися; він був розпочатий закоханим, воїном та спортсменом.

Остаточний висновок спортивної теорії формулюється її автором наступним чином: «Ми бачимо, що виникнення людського суспільства як такого є дещо протилежне пристосуванню до необхідності та потреби. Перше суспільство – це союз юнаків, організований з ціллю викрадення жінок та здійснення інших варварських вилазок. І набагато більше ніж на парламент чи на суворий бюрократичний уряд він походить на спортивний клуб! Саме це я й мав на увазі, коли заявив, що у витоків держави корениться спорт[10; с.145]».

Підсумовуючи викладене варто зазначити, що спортивна теорія Х. Оргеги-і-Гассета є «спортивною» скоріше метафорично, аніж сутнісно. Фізичне виховання, спортивні ігри чи «міжплеменні турніри» взагалі не фігурують в оригінальній авторській інтерпретації. Натомість наявний весь «набір» класичного матеріалу, з яким працюють сучасні дослідники проблеми виникнення держави: проблема демографічного зросту, інцестного фактору, фактору насильства, первинної державоутворюючої структури.

Так, зокрема, В. Маклед, спираючись на матеріали дослідження суспільств північноамериканських індіанців вказав на суто ендогенний розвиток певних

соціальних ієрархій і зумовленої ним політичної влади. Але з-поміж перших критиків-антропологів найвлучніше заперечення сформулював Р.Лаві. Він зазначає, що внутрішніх умов цілком достатньо «для утворення класів які є спадковими чи подібними до них», а, крім того, і первісної держави, і звертає увагу на те, що два головні фактори - диференціація на засадах нерівності та завоювання – «не є за необхідністю не сумісними». Прагнучи виявити внутрішні характеристики, сприятливі для формування державної влади, він, однак, доходить до крайнощів і визнає існування потенційного стану цієї влади в більшості суспільств. Він стверджує: «У найдавніші часи й у вельми примітивно організованому середовищі для заснування політичної держави не було необхідним розвивати зв'язки спорідненості. Насправді одночасно з сім'єю і кланом у продовж незліченних століть існували асоціації, як-от чоловічі «клуби», вікові класи або таємні організації, незалежні від стосунків спорідненості, які еволюціонували, так би мовити у напрямку утворення сфери, цілком відмінної від тієї, що утворювалася групою спорідненості, і були здатні легко набути політичного характеру, коли не уособлювали його вже від самого свого виникнення»[2; с.150].

Недоліком спортивної теорії є значна ступінь умоглядності її суджень, проте і тут наявні намагання використати реальний емпіричний матеріал. Так, підсилюючи свою позицію, Х. Ортега-і-Гассет стверджує що: «Історики Греції та Риму не уявляють звідки взявся більш архаїчний шар інституцій, що зустрічаються в грецьких та римських містах. Що стосується Греції, там ці інституції називаються «філіація», «фратрія», «гетерія». Елліністи, розуміючи зміст цих слів, до недавнього часу, не могли зрозуміти що ж позначалося ними. «Філіація» означає плем'я однак, не спільноту родичів по крові, а організовану спільноту воїнів. «Фратрія» означає братство, а «гетерія» - військо. Ще до виникнення полісу, міста зі своєю власною конституцією, грецьке місто будувалося на таких принципах»[9; с.48].

Виключною заслугою Х. Ортеги-і-Гассета є те, що, без використання будь-яких етнографічних чи археологічних джерел, фактично умоглядно, сформульована цілісна концепція, що одержала принаймні часткове підтвердження емпіричним матеріалом *post factum*. Ідеї спортивної теорії, як це було зазначено вище, майже повністю кореспондують деяким сучасним політантропологічним інтерпретаціям.

Надзвичайно важко зрозуміти причини «роздвоєння» спортивної теорії, що сталася в юридичній літературі, проте очевидним є те, що її оригінальна інтерпретація є на порядок складнішою, обгрунтованішою, і, якщо можливо застосувати цей термін до наукової абстракції, красивішою. Ознайомлення з її справжнім змістом є надзвичайно важливим для формування наближеного до цілісного бачення процесу державоутворення.

Використані джерела:

1. Багдасарян Л.А. Теория возникновения государства // История государства и права. -2004. - № 5. - С. 17 – 19.
2. Баландье Жорж. Політична антропологія. - К.: Альтерпрес, 2002.-252 с.

3. Гранат Н.Л. Современный подход к происхождению, понятию, сущности и функциям государства // Исследования теоретических проблем правового государства. Труды Академии. - М.: Изд-во Акад. МВД России, 1996. - С. 23-30.
4. Зарицкий А.В. Адекватность отражения теорией насилия процесса государственного строительства // История государства и права, 2003. - №4. - С. 2-4.
5. Кашанина Т.В. Происхождение государства и права. Учеб. пособие. - М., Высшая школа., 2004.-325 с.
6. Кашанина Т.В. Происхождение государства и права. Современные трактовки и новые подходы: Учеб. пособие. — М. : Юрист, 1999. — 334 с.
7. Комаров С.А. Общая теория государства и права: Курс лекций/Издание 2-е, исправленное и дополненное.-М.: Манускрипт.1996.-312 с.
8. Общая теория государства и права. Академический курс в 3-х томах. Изд. 2-е, перераб. и доп. Отв. ред. проф. М.Н. Марченко.-Том 1.-М.: ИКД «Зерцало-М», 2001. - 528 с.
9. Ортега Х. Гассет. Спортивное происхождение государства // Философская и социологическая мысль. - 1990. -№6.- С. 41-50.
10. Ортега-И-Гассет Х. О спортивно-праздничном чувстве жизни // Философские науки – 1991. - №12.

В статті проаналізований зміст спортивної теорії виникнення держави Х.Ортеги-і-Гассета та особливості її інтерпретації в сучасних дослідженнях. Зроблено висновок про необхідність врахування положень теорії при дослідженні проблеми виникнення держави на сучасному етапі розвитку науки.

Ключові слова: виникнення держави, спортивна теорія, Х. Ортега-і-Гассет.

В статье проанализировано содержание спортивной теории возникновения государства Х. Ортеги-и-Гассета и особенности ее интерпретации в современных исследованиях. Сделан вывод о необходимости учета положений теории при исследовании проблемы происхождения государства на современном этапе развития науки.

Ключевые слова: происхождение государства, спортивная теория Х.Ортега-и-Гассет.

In the article have been analyzed theory of state according to the conception by Spanish scientist H. Ortega-i-Gasset. Author concluded that the theory of state according to the conception by Spanish scientist H. Ortega-i-Gasset should be considered in current researches.

Key words: state, sports theory, H.Ortega-i-Gasset.

**Задоя Костянтин Петрович**

кандидат юридичних наук,
доцент кафедри кримінального права та кримінології
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

**Окремі зауваження щодо проекту Закону України
„Про внесення змін до Кримінального та Кримінально-
процесуального кодексів України щодо вдосконалення
процедури здійснення конфіскації”**

Проект Закону України (реєстраційний № 9208 від 22.09.2011) „Про внесення змін до Кримінального та Кримінально-процесуального кодексів України щодо вдосконалення процедури здійснення конфіскації” (далі – законопроект) [1] передбачає внесення ряду змін та доповнень до Кримінального (далі – КК) та Кримінально-процесуального (далі – КПК) кодексів України з метою, як зазначено у пояснювальній записці до нього (проекту), „удосконалення процедури конфіскації майна, яке використовувалося з метою вчинення злочину або під час вчинення злочину, а також майна, отриманого внаслідок вчинення злочину” [2].

В цілому, сама спроба повноцінного нормативного врегулювання питань так званої спеціальної конфіскації видається виправданою та своєчасною. Однак її конкретне втілення в положеннях законопроекту викликає цілий ряд критичних зауважень.

1. Неузгодженість положень законопроекту з положеннями Цивільного кодексу України.

Ч. 6 ст. 41 Конституції України передбачає, що конфіскація може бути застосована виключно за рішенням суду у випадках, обсязі та порядку, встановлених законом. При цьому зміст цього правового заходу Основний Закон не розкриває. Очевидно, базовим орієнтиром в цьому питанні є положення Цивільного Кодексу України (далі – ЦК), п. 10 ч. 1 ст. 346 якого визначає конфіскацію майна як одну з підстав припинення права власності, а ч. 1 ст. 354 – „розшифровує” юридичний зміст даного правового заходу. Зокрема, в цьому положенні цивільного закону зазначається: „До особи може бути застосовано позбавлення права власності на майно за рішенням суду як санкція за вчинення правопорушення (конфіскація) у випадках, встановлених законом. Конфісковане майно переходить у власність держави безоплатно”. Таким чином, для конфіскації як для особливої підстави припинення права власності на майно характерно наступне: а) вона є реакцією держави на вчинене суб’єктом правопорушення; б) застосовується виключно за рішенням суду; в) майно, щодо якого припиняється право власності фізичної чи юридичної особи, водночас переходить у власність держави.

У таке розуміння юридичної природи конфіскації майна цілком „вписується”, зокрема, ч. 1 ст. 59 КК України. Однак, на жаль, подібного не можна сказати про положення аналізованого законопроекту.

По-перше, вони допускають, що спеціальна конфіскація може застосовуватись й тоді, коли власник майна жодного правопорушення не вчиняв. Зокрема, пропонована редакція п. 4 ч. 1 ст. 96-2 КК передбачає, що спеціальна конфіскація може застосовуватись щодо грошей, цінностей та іншого майна, які використовувалися як засоби чи знаряддя вчинення злочину, крім тих, що повертаються власнику або законному володільцю, який не знав і не міг знати про їх незаконне використання. Таким чином, це положення допускає припинення права власності на майно особи, яка знала, свідомо припускала або не знала, але могла і повинна була знати, що воно використовувалось як знаряддя або засіб вчинення злочину. Очевидно, що подібне психічне ставлення (навіть, знання про використання майна як знаряддя чи засобу вчинення злочину) саме по собі не є показником того, що власник вчинив яке-небудь правопорушення. Отже, редакція п. 4 ч. 1 ст. 96-2 КК, яка пропонується суб'єктом законодавчої ініціативи, по суті, допускає застосування конфіскації майна щодо особи, яка не вчиняла злочину чи будь-якого іншого правопорушення.

По-друге, аналогічне зауваження можна зробити й щодо пропонованої редакції п. 4 ч. 1 ст. 81 КПК, яка передбачає, що гроші, цінності та інше майно, які були предметом злочину, конфіскуються, крім тих, що були об'єктом злочинних дій і повертаються власнику або законному володільцю, а якщо їх не встановлено, переходять у власність держави. Отже, дане положення також допускає можливість припинення права власності на майно особи, яка також не вчиняла жодного правопорушення. По суті, власник позбавляється права власності на майно (на користь держави) лише тому, що державні органи не змогли його встановити у ході розслідування та судового розгляду кримінальної справи, хоча це, власне кажучи, є їх прямим обов'язком.

По-третє, як впливає з ч. 1 ст. 354 ЦК, конфіскація застосовується у разі вчинення власником правопорушення. Разом з тим, пропонована редакція ч. 3 ст. 96-2 КК передбачає, що спеціальна конфіскація може застосовуватись й у разі, коли особа не підлягає кримінальній відповідальності у зв'язку з недосягненням віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність. Очевидно, суспільно небезпечні діяння осіб, що не досягли віку кримінальної відповідальності, та суспільно небезпечна активність (пасивність) неосудних осіб не є правопорушеннями у традиційному для сучасної теорії права розумінні цього явища.

По-четверте, пропонована редакція п. 6 ч. 1 ст. 81 КПК передбачає, що в ході вирішення питання про спеціальну конфіскацію майно, яке не має ніякої цінності і не може бути використане, знищується або може бути передано заінтересованим особам на їх прохання. Оскільки в тексті законопроекту неодноразово згадується формулювання „власник або законний володільець”, можна зробити висновок, що під „заінтересованими особами” в даному випадку розуміються не лише власник або законний володільець майна, а відтак, автори законопроекту фактично допускають можливість „конфіскації” майна однієї фізичної чи юридичної особи на користь іншої, що, очевидно, також не відповідає ч. 1 ст. 354 ЦК.

Таким чином, слід констатувати, що правовий захід, який змодельований авторами законопроекту та названий „спеціальною конфіскацією”, насправді не є різновидом конфіскації майна в силу його невідповідності положенням ЦК.

2. У законопроекті повноцінно не вирішено питання про юридичну природу „спеціальної конфіскації”.

Перед розробкою конкретних положень законопроекту його авторам було б доцільно визначитись із тим, яким заходом за своєю юридичною природою є „спеціальна конфіскація” – кримінально-правовим чи кримінально-процесуальним. Як вбачається з положень законопроекту, автори дійшли висновку, що природа змодельованого ними правового заходу є подвійною – і кримінально-правовою, і кримінально-процесуальною. На це вказує, те що ряд пропонованих у законопроекті положень КПК фактично сформульовані як матеріально-правові. Зокрема, пропонована редакція ч. 1 ст. 81 КПК багато в чому дублює пропоновану редакцію ч. 1 ст. 96-2 КК, а в двох випадках містить „нові” положення матеріально-правового характеру – зокрема, п.п. 4 (в частині переходу майна у власність держави в разі невстановлення його власника) та 5 ст. 81 КПК. Такий підхід видається невдалим не лише з теоретичної точки зору, а й з суто практичної – виникає небезпека колізій між положеннями КК та КПК, можуть неоднозначно вирішуватись питання про дію цих положень в часі тощо.

3. Цілий ряд положень законопроекту відзначається спеціально-юридичними недоліками.

По-перше, важко встановити межу між такими „випадками” спеціальної конфіскації, як „конфіскація” грошей, цінностей та іншого майна, одержаних внаслідок вчинення злочину та (або) таких, що є доходами від такого майна (пропонована редакція п. 1 ч. 1 ст. 96-2 КК), та „конфіскація” грошей, цінностей та іншого майна, які були предметом злочину, крім тих, що були об’єктом злочинних дій і повертаються власнику або законному володільцю (пропонована редакція п. 3 ч. 1 ст. 96-2 КК). Наприклад, чуже майно, здобуте суб’єктом в результаті вчинення крадіжки, буквально може розцінюватись і як майно, одержане внаслідок вчинення злочину, і як майно, що було предметом злочину. Очевидно, пріоритет має надаватись другому тлумаченню лише через те, що пропонована редакція п. 3 ч. 1 ст. 96-2 КК допускає можливість повернення такого майна власнику або законному володільцю.

По-друге, неоднозначно сприймається формулювання „є доходами від такого майна” в пропонованій редакції п. 1 ч. 1 ст. 96-2 КК. Мова йде про доходи від реалізації майна, „одержаного внаслідок вчинення злочину”, чи від його використання, чи про обидва варіанти?

По-третє, редакція п. 2 ч. 2 ст. 96-2 КК сформульована таким чином, що не дає можливості дійти однозначного висновку щодо того, про які гроші, цінності та майно йдеться – те, за допомогою якого реально фінансувався та матеріально забезпечувався злочин, те, яке лише призначалося для цього, чи про обидва варіанти?

По-четверте, вжита в пропонованій редакції п. 4 ч. 2 ст. 96-2 КК формула „не знав і не міг знати про їх незаконне використання” (яка є фрагментом законодавчої

характеристики злочинної недбалості – див. ч. 2 ст. 25 КК) фактично не є універсальною, оскільки непридатна для вирішення ситуацій, коли власником чи законним володільцем майна є юридична особа.

По-п'яте, має місце колізія між пропонованою редакцією п. 3 ч. 1 ст. 96-2 КК та пропонованою редакцією п. 4 ч. ст. 81 КПК. Перше положення сформульоване таким чином, що не передбачає можливості конфіскації майна, яке було „об'єктом злочинних дій” і підлягає поверненню власнику або законному володільцю, а друге – таку можливість допускає, якщо власник або законний володільць не встановлені.

4. Положення законопроекту не повною мірою узгоджуються з нормами Протоколу № 1 до Конвенції про захист прав і основоположних свобод людини та практикою Європейського Суду з прав людини (далі – ЄСПЛ).

У справі „Ісмаїлов проти Російської Федерації” предметом увагу ЄСПЛ була кримінально-правова ситуація, яка спрощено полягала в наступному: а) заявник ввів на територію Російської Федерації (далі – РФ) значну суму іноземної валюти, яку він не відобразив у митній декларації; б) заявник був визнаний винним у вчиненні злочину, передбаченого ч. 1 ст. 188 КК РФ („Контрабанда”) та засуджений до шести місяців позбавлення волі й був звільнений від відбування покарання з випробуванням; в) на підставі ч. 3 ст. 81 КПК РФ суд конфіскував у дохід держави незадекларовану заявником валюту, яку він визнав знаряддям злочину (зауважимо, що правозастосовча практика РФ у 1990-их виходила з того, що поняття „знаряддя злочину” у ст. 81 КПК РФ охоплює й предмети злочину). Розглянувши справу на предмет порушення ст. 1 („Захист власності”) Протоколу № 1 до Конвенції про захист прав і основоположних свобод людини від 20 березня 1952 року, ЄСПЛ дійшов висновку: „...що для визнання втручання відповідним воно повинне відповідати тяжкості правопорушення, а саме невиконанню вимоги про декларування, а не тяжкості якого-небудь передбачуваного порушення, яке, проте, не було насправді встановлено, такого як відмивання незаконних доходів або ухилення від податків. Конфіскована сума, поза сумнівом, була значною для заявника, оскільки була всім доходом від продажу будинку в м. Баку, що належало його покійній матері. З іншого боку, шкода, яку заявник міг заподіяти державі, була незначна: він не ухилявся від сплати митних зборів або інших зборів, а також не завдав інших майнових збитків державі. Якби грошові кошти не були виявлені, російські власті лише не отримали б інформацію про те, що вони були ввезені в Російську Федерацію. Таким чином, конфіскація була не компенсаційним, а стримуючим і каральним заходом, оскільки держава не зазнала яких-небудь збитків в результаті недекларування заявником грошових коштів (див. для порівняння Постанову Європейського Суду від 24 лютого 1994 р. у справі "Банденун проти Франції" (Bendenoun v. France), Series A, N 284 §47). Проте в даній справі заявник вже був покараний за контрабанду умовним позбавленням волі з випробувальним терміном. Владою Російської Федерації не було переконливо доведено і навіть не стверджувалось, що лише одного цього заходу не було достатньо для досягнення бажаного стримуючого та карального впливу й запобігання порушенням вимоги про декларування. За таких обставин конфіскація, застосована як додаткове покарання,

була, на думку Європейського Суду, невідповідною, оскільки покладала на заявника „індивідуальний надмірний тягар” [3].

У свою чергу, положення законопроекту № 9208 сформульовані таким чином, що покладають на суд обов'язок застосовувати „спеціальну конфіскацію” „автоматично”, без урахування конкретних обставин справи, що, очевидно, не відповідає ст. 1 Протоколу № 1 до Конвенції про захист прав і основоположних свобод людини та прецедентній практиці ЄСПЛ.

Таким чином, виходячи з вищезазначених недоліків, законопроект потребує суттєвого доопрацювання.

Використані джерела:

1. Проект Закону України „Про внесення змін до Кримінального та Кримінально-процесуального кодексів України щодо вдосконалення процедури здійснення конфіскації” [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?id=&pf3511=41239. – Назва з екрана.

2. Пояснювальна записка до проекту Закону України „Про внесення змін до Кримінального та Кримінально-процесуального кодексів України щодо вдосконалення процедури здійснення конфіскації” [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?id=&pf3511=41239. – Назва з екрана.

3. Case of Ismayilov vs. Russia [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbk&action=html&highlight=Ismayilov&sessionid=65971221&skin=hudoc-en>. – Назва з екрана.

У статті аналізуються положення законопроекту про вдосконалення процедури здійснення спеціальної конфіскації.

Ключові слова: конфіскація, спеціальна конфіскація.

В статье анализируются положения законопроекта о совершенствовании процедуры осуществления специальной конфискации.

Ключевые слова: конфискации, специальная конфискации.

In the article are analysed positions of bill about perfection of procedure of realization of the special confiscation.

Keywords: confiscation, special confiscation.

**Марусенко Роман Ігорович**

кандидат юридичних наук,
доцент кафедри земельного та аграрного права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

**Формулювання дефініцій
у правовій доктрині та практиці законотворення**

Потребу у чіткому та однозначному викладенні знань засобами письмової мови, а також у правильному розумінні лексичного значення термінів [1] та письмових мовних конструкцій у юридичній науці важко переоцінити. Формалізованість юридичної мови зумовлює до ретельного аналізу змісту кожної мовної одиниці при її використанні у законотворенні, формулюванні положень договору, застосуванні норм права для досягнення поставленої мети тощо.

Правова визначеність законодавства як гарантія його якості зумовлює законодавця до використання у текстах нормативних актів дефініцій з метою надання вжитим термінам та поняттям однозначності. І помилка у такій діяльності може коштувати дуже дорого. У даній публікації ми спробуємо дослідити мету вживання дефініцій у актах законодавства та доктринальних джерелах і відслідкувати наявні тенденції.

Варто відзначити, що загалом проблематика вживання понять та дефініцій у законодавстві не є новою. Проблематиці вживання термінів та понять, легальному дефініціюванню останніх були присвячені праці таких дослідників, як Апт Л.Ф.[2], Вопленко М.М.[3], Давидова М.Л.[4], Кузнєцова О.А.[5], Пчолкін О.В.[6], Ушакова Л.Н.[7], Чиннова М.В.[8] та деяких інших.

Разом із тим, сучасна практика вітчизняного законотворення, а так само зміст численних наукових доробків дають підстави вважати наявні напрацювання із зазначеного питання не надто вживаними. Відтак дослідження причин ситуації, що склалася, вважаємо актуальним.

Розпочнемо аналіз з оцінки стану чинного законодавства, яке, з одного боку, має визначальний вплив на суспільні відносини, а з іншого – формулює нові завдання для юридичної науки.

Кожне спеціальне поняття може мати одне або кілька значень. В першому випадку завдання особи, яка тлумачить норму закону, формулює положення договору, здійснює правозастосування тощо, полягає у з'ясуванні змісту такого значення з урахуванням наміру та цілей вживання поняття. У другому – з'ясуванню змісту поняття передуює вибір значення слова, котре впливає із контексту вживання останнього.

В юриспруденції пояснення змісту термінів досить часто формуються не еволюційним шляхом за допомогою практики вживання та напрацювань науки, а за допомогою формулювання того чи іншого розуміння поняття в актах нормативного характеру. І не завжди такі дефініції несутерміново розкривають зміст

загальновживаних слів. Нерідко вони самі по собі посилюють ступінь невизначеності змісту терміна. Разом із тим, будь-які формулювання закону, навіть невдалі, зобов'язують усіх, на кого поширюється дія такого акта, розуміти і тлумачити поняття саме у спосіб, зазначений у законі.

Законодавчі дефініції, на відміну від доктринальних, не тільки і не стільки виконують функцію пояснення термінів та розкриття багатоманітності його змісту, скільки вказують на конкретний зміст певної мовної одиниці, який вкладався в неї законодавцем. Це має допомагати вірно розуміти волю законодавця при застосуванні норм права, в яких даний термін наявний, і яких стосується дефініція.

Формалізація термінів у законодавчих дефініціях має як позитивні, так і негативні риси. З одного боку, ними повинна усуватись багатозначність у розумінні поняття, що має сприяти одноманітному застосуванню норм права в конкретній ситуації і дозволяє з високою долею ймовірності спрогнозувати результат застосування такої норми. В цілому система дефініцій усього законодавчого масиву покликана забезпечувати його одноманітне розуміння, виконує системоутворюючу функцію, оскільки саме однозначність і стабільність розуміння термінів та понять є метою їх дефініціювання в законодавстві.

З іншого боку, довільне формулювання законодавцем змісту термінів та понять без врахування їх усталеного семантичного змісту, а так само практики вживання, призводить до неузгодженості між змістом окремих нормативних актів [9], до спотворення нормативного змісту понять в принципі порівняно із усталеним у відповідній сфері [10], до вміщення в текст закону дефініцій, які не несуть коректного змістовного навантаження, а так само не розкривають зміст поняття взагалі [11], до формулювання дефініцій понять, які відсутні в тексті акта, або вжиті один-два рази [12], до вміщення в текст акта дефініції, наявності-відсутності якої взагалі не впливає на регулювання суспільних відносин [13] та інших наслідків. Це здатне породжувати складнощі у правозастосуванні та численні спори. Крім того, нерідко невизначеність змісту невдало роз'яснених термінів тільки посилюється.

Легальне дефініціювання термінів та понять, як правило, знаходиться на межі двох протилежних тенденцій: „кожне визначення є небезпечним” та „право може і повинно бути визначеним” [14]. Знаходження балансу є досить складним і, як свідчить практика, має місце не завжди. В контексті досліджуваного питання нас цікавитиме тенденція саме до збільшення питомої ваги дефініцій в нормативних актах та доробках наукового характеру.

Формулювання тексту нормативних актів є прерогативою посадових осіб та органів, до повноважень яких входить розробка та затвердження відповідного документа. Тому можливість впливу на цю діяльність ззовні є мінімальною і здебільшого обмежується поданням пропозицій до оприлюднених для обговорення проектів нормативних актів.

Корегування помилок у формулюванні в тексті нормативного акта змісту тих чи інших понять здійснюється Конституційним Судом України, до повноважень якого належить право офіційного тлумачення законодавчих актів [15]. Але й діяльність цього судового органу не є панацеєю. Як обґрунтовано стверджують фахівці,

помилки може припускатись і Конституційний суд [16]. І за відсутності механізму їх виправлення ситуація складається не дуже приємна. Відтак, маємо висновок – найбільш ефективним у даному разі має бути просте й зрозуміле формулювання норми закону без зайвих ускладнень та необхідності тлумачення в подальшому.

Для більш повного розуміння ролі нормативних дефініцій необхідно проаналізувати й інші цілі, які можуть зумовлювати до формулювання дефініцій в текстах нормативних актів, а так само в роботах науковців.

Перш за все можна припустити такі цілі формулювання законодавчих дефініцій: освітню ціль, а також пояснення змісту спеціально-юридичного терміна, що мало відомий неспеціалістам; тлумачення змісту спеціальних (специфічних) для певної сфери суспільних відносин термінів, неологізмів тощо; закріплення особливого значення слова для вживання у чітко окресленій сфері, а так само звуження чи розширення обсягу значення поняття; необхідність дотримання формальних вимог нормопроектної техніки тощо.

Науковці відмічають, що роль легальних дефініцій може також полягати у забезпеченні єдності розуміння норм законодавства; формуванні понятійного апарату системи права, підвищенні формалізованості законодавства тощо [17, с. 71].

Освітня мета, як правило, пов'язується з процесом навчання. Так, мислення будь-якої людини, на якому здебільшого базуються її вольові вчинки, є вербалізованим, здійснюється за допомогою мови – другої сигнальної системи. За допомогою мови особа може оперувати поняттями про оточуюче середовище, уявляти будь-який предмет, ситуацію у формі абстрактних моделей, не маючи в цей час з ними безпосереднього контакту. Мова дозволяє не тільки кодувати повідомлення про предмети та ситуації дійсності, а й декодувати і зберігати в часі смисловий зміст таких повідомлень [18, с. 618].

Таким чином, мова є основою для розуміння однією людиною повідомлення, сформованого за допомогою мови іншою людиною за відсутності безпосередньої їх взаємодії в одному місці в один і той самий проміжок часу. Звісно, що така функція мови може бути реалізована тільки при однаковому змістовному навантаженні повідомлення для усіх суб'єктів взаємодії. Іншими словами, поняття, терміни для позначення явищ та предметів дійсності повинні розумітись однаково за змістом, про який попередньо домовились суб'єкти інформаційної взаємодії.

Здатність будь-якої людини сприймати, розуміти мовні знаки і відповідним чином скеровувати свою поведінку формується поступово за допомогою навчання. Не в останню чергу цим обумовлюється те, що дієздатність (здатність своїми діями породжувати та здійснювати права та створювати для себе обов'язки і, як наслідок, нести відповідальність за їх невиконання) чинним законодавством пов'язується з досягненням певного віку та здатністю усвідомлювати значення своїх дій та керувати ними [19]. Передбачається, що по досягненню 18 років (вік, з якого особа за загальним правилом є повністю дієздатною) завершується формування навичок, необхідних для чіткого усвідомлення змісту мовних знаків. Це підтверджується і ст. 68 Конституції України (незнання законів не звільняє від відповідальності), так само

як і відсутністю в законодавстві положень про звільнення від неї через нерозуміння дієздатною особою змісту закону.

На підставі викладеного вище освітню ціль як мету формулювання нормативних дефініцій можна відкинути, оскільки призначенням норм права є регулювання відносин між суб'єктами, які мають вже сформовані навички усвідомлення змісту нормативних приписів, шляхом впливу на їх поведінку. Презюмується, що дані суб'єкти повинні розуміти значення норм права, які поширюють на них свою дію (підтвердженням чому і є законодавчий критерій наявності дієздатності у таких осіб).

Що ж стосується пояснення змісту спеціально-юридичного терміна, маловідомого особам, які не займаються юридичною діяльністю, як мети формулювання в законі дефініції, то дана обставина, на нашу думку, не повинна бути підставою формулювання дефініцій (хоча науковці розглядають цю підставу як можливу і закономірну[20]). Натомість вважаємо, що оптимальне формулювання норм закону для їх сприйняття усіма суб'єктами, на яких вони поширюють свою дію, повинно передбачати по можливості спрощення тексту законодавчих положень, а не його ускладнення дефінітивними конструкціями. Звісно, дане правило не слід вважати абсолютним, проте воно видається бажаним.

Щодо мети тлумачення спеціальних термінів слід зазначити таке. Далеко не кожне поняття потребує нормативного пояснення. Така необхідність має місце виключно при виникненні сумнівів у здатності суб'єктів правореалізації до правильного розуміння змісту поняття чи контексту його вживання. В той же час статус таких суб'єктів, як вказувалося вище, у більшості випадків ставить під сумнів доцільність подання у законі дефініцій загальноновживаних понять.

Головне призначення норм права полягає не в описі певного явища, а у регулюванні поведінки суб'єктів. Тому легальні дефініції, на відміну від наукових, повинні містити не усі, а лише найважливіші ознаки, критичні для формулювання роз'яснюваного терміна. Науковці метою запровадження легальних дефініцій вважають забезпечення єдності у праворозумінні, підвищення формалізації законодавства, запровадження в чинне законодавство нових результатів розвитку науки, поновлення теоретичної бази законодавства тощо[21, с. 9].

Зміст певного поняття у законі розкривається саме для потреб юридичної практики, а тому усі інші ознаки, які можуть мати відношення до пояснюваного терміна, але не важливі для потреб правового регулювання, мають бути відкинуті. В ідеалі це повинно відрізнити законодавчі формулювання від наукових, доктринальних, чого у практиці законотворення, нажаль, нерідко бракує [22, с. 103].

Оскільки дефініція міститься у тексті нормативного акта, вона є техніко-юридичним засобом правової регламентації відносин, хоча й нетиповим - є владним велінням загальнообов'язкового характеру, формально визначена, є цілісною та логічно коректною [23, с. 6]. Відтак, помилки у формулюванні дефініцій рівнозначні помилкам у формулюванні звичайних приписів права. Разом із тим, значна різниця полягає у тому, що звичайна норма права застосовується лише в межах своєї гіпотези, а відтак торкається досить вузького кола відносин, а невдала дефініція

терміна буде справляти негативний вплив на усі норми, у яких такий термін зустрічається [24].

Що стосується тлумачення вузькоспеціальних термінів, які вперше запроваджуються відповідним законом, а так само тих, що є результатом розвитку науки чи нових технологій, і зміст яких не є усталеним у термінології відповідної галузі знань, то така мета розкриття змісту терміна у тексті нормативного акта є, безумовно, виправданою. Але і у цьому разі необхідно дотримуватись вимог доцільності формулювання поняття в нормах закону, точності формулювання та надання йому уніфікованого значення, відсутності в законодавстві інших дефініцій даного поняття. Викладені умови потребують формування чітких прив'язок (відсилок) до дефініції в актах, в яких спеціальний термін буде використовуватись.

В розрізі викладеного слід відзначити поширену останнім часом практику надмірного перевантаження тексту нормативних актів чинного законодавства визначеннями понять [25, с. 7]. При цьому здебільшого йдеться про загальновживані категорії та їх звичайне літературне та юридичне значення [26]. Коли така практика стає самоціллю, формальною вимогою, або своєрідною традицією нормопроекування, це не тільки надмірно збільшує обсяг нормативного матеріалу за рахунок зайвих положень, а й здатне породжувати колізії у регулюванні відповідних відносин. Відтак вважаємо цілком слушною необхідність відмови від перетворення нормативних актів на своєрідні словники [22, с. 103], оскільки інакше спотворюється роль писаного права як регулятора суспільних відносин. Натомість зміст загальновживаного поняття завжди може бути з'ясований за допомогою довідкової літератури (словників, енциклопедій тощо), оскільки юриспруденція використовує той самий мовний апарат, що й інші галузі знань. Поряд із цим впорядкування наявної в нормативних актах термінології необхідно провадити на понятійному, дефінітивному та лінгвістичному рівнях [25, с. 8].

Справедливості заради зауважимо, що категоричності та однозначності викладеного висновку позбавляє та обставина, що дефініції можуть виконувати не тільки пояснювальну функцію (про що йшлося вище), а й подекуди виступають системоутворюючим чинником формування системи законодавства (створюючи у разі якісного процесу нормотворення системні правові зв'язки між іншими юридично значимими категоріями із можливістю наскрізного використання термінів та понять у певній галузі законодавства).

З іншого боку, право повинно залишатись гнучким інструментом регулювання суспільних відносин, і сама можливість його тлумачення – риса, що дозволяє оперативно пристосовувати норми права у їх незмінному вигляді до умов конкретної ситуації, у тому числі до змін у суспільстві [27].

Досягненню викладеної вище мети сприяє й спеціально призначений для цього інститут тлумачення змісту правових норм учасниками відповідних відносин. Окрім тлумачення змісту норм права Конституційним Судом України, казуального - іншими судами, автентичного тощо (офіційний різновид) можливе також неофіційне тлумачення. Воно може здійснюватись сторонами відповідних правовідносин,

адвокатами, державними органами і може виступати у формах побутового, професійного, доктринального [28].

Як правило, саме доктринальне тлумачення як різновид неофіційного має вагомий вплив на регулювання відносин. На рівні конкретних правовідносин це може бути надання фахівцями правових експертних висновків для судових органів та інших суб'єктів правозастосування і т.п. Вплив на ширше коло відносин притаманний доктринальному тлумаченню, яке здійснюється по-перше, за дорученням Конституційного Суду та деяких інших органів і в подальшому враховується в рішеннях цих органів. По-друге, - це наукові доробки фахівців-юристів, які спрямовані на розв'язання завдань, що постають перед юридичною наукою.

З цього приводу переконливою вбачається позиція, відповідно до якої сфера дії закону вважається сферою волі, а не інтелекту. Відтак, наводячи дефініцію у тексті нормативного акта, законодавець втручається в наукову діяльність. Більше того, якщо такі дефініції є спірними за змістом чи неоднозначними, вони не повинні застосовуватись [29, с. 14]. Це ще раз підкреслює значення дефініцій, що наводяться в працях науковців.

Юридична наука розвивається паралельно розвитку нормативної бази. І саме науково обґрунтовані та емпірично доведені результати є підґрунтям, основою для формування змісту перспективного законодавства і подальшого випробування практикою.

З огляду на це, маємо проаналізувати і результати наукового пошуку в частині формулювання науковцями-юристами дефініцій понять, котрі в подальшому гіпотетично можуть бути зафіксовані у нормах чинного законодавства.

Наукові доробки для мети нашого дослідження за критерієм новизни умовно можна поділити на звичайні публікації (монографічні дослідження, статті), які не обов'язково мають містити нові положення, та праці, що іманентно містять нові наукові результати (дисертаційні дослідження, автореферати тощо).

Автори монографічних досліджень, статей, описуючи ту чи іншу проблематику, нерідко пропонують власне бачення окремих термінів, категорій, наводять власні визначення, формулюють ознаки та дефініції. Загалом це сприяє науковому пошуку та знаходженню найбільш оптимальної „формули” розуміння відповідної категорії. Крім того, в дискусії з приводу різних тлумачень тієї чи іншої категорії нерідко, як каже приказка, народжується істина.

Зовсім інша картина спостерігається при аналізі дисертаційних досліджень та авторефератів. Велика кількість авторів намагаються у своїх роботах сформулювати власне оригінальне поняття того чи іншого явища, розуміння якого наявне, а поняття вже існує, та винести його на захист в якості новаційного. На перший погляд, в цьому немає нічого дивного, адже таким чином автор пропонує власне розуміння значення слова.

З іншого боку, слід пригадати значення дисертаційних досліджень та їх результатів. Так, дисертація на здобуття наукового ступеня є „...кваліфікаційною науковою працею ... **повинна** містити висунуті здобувачем науково обґрунтовані

теоретичні або експериментальні результати, наукові положення, а також характеризуватися єдністю змісту і свідчити про особистий внесок здобувача в науку. [30]”

При цьому докторська дисертація повинна містити наукові положення та науково обґрунтовані результати у певній галузі науки, *що розв’язують важливу наукову або науково-прикладну проблему*, а кандидатська - *нові науково обґрунтовані результати* проведених здобувачем досліджень, *які розв’язують конкретне наукове завдання, що має істотне значення для певної галузі науки [31].*

Якщо поглянути на дисертаційні роботи під кутом зору процитованого Порядку, то напрашується висновок – усі дефініції, які вміщуються у положеннях дисертацій, що виносяться авторами на захист, повинні відповідати названим критеріям. З огляду на це, постає питання: яке конкретне наукове завдання, *що має істотне значення для певної галузі науки*, розв’язує автор, який пропонує „нове, оригінальне” пояснення загальновідомого явища? Напевне можна стверджувати лише те, що наступним дослідникам відповідної проблеми доведеться збирати більший перелік прізвищ науковців, які вже виводили свої розуміння того чи іншого поняття, і перераховувати їх у власних публікаціях, а, відповідно, і у дисертаційному дослідженні, як того вимагають вимоги до написання дисертаційних робіт [32].

Разом із тим, новизна будь-якого дисертаційного дослідження передбачає отримання *нового* результату. Це може бути: а) більш-менш коректне відтворення змісту вже наявного поняття автором у іншому формулюванні. Але відразу постає питання: яку функцію виконує таке нове положення, котре захищає автор? б) це може бути корегування чи навіть зміна усталеного змісту певного поняття. В такому разі мета, з якою така зміна пропонується, має бути обґрунтованою. Обидва випадки є виправданими, у разі, якщо нова дефініція зменшує наявний ступінь багатозначності поняття. Нажаль, цей критерій сьогодні дотримується нечасто.

Не слід відкидати також позицію про те, що й самі дефініції можуть бути об’єктом тлумачення, оскільки неоднозначність останніх може ускладнювати використання інтерпретаційної функції самих дефініцій [33, с. 10]. В такому разі тлумачення виразу, який в свою чергу тлумачить термін, є зайвим ускладненням на шляху з’ясування змісту відповідної мовної одиниці.

Залишимо відкритим риторичне питання про значення новизни великої кількості подібних дефініцій і спробуємо підсумувати викладене вище.

Видається, що для роз’яснення змісту *загальноживаних* понять цілком достатньо напрацювань лінгвістики, як частини семіотики і спеціальної для зазначеної мети галузі знань. Тому слід зводити кількість дефініцій таких понять до обґрунтованого мінімуму. В той же час для дефініціювання *спеціальних* понять є необхідним використання напрацювань термінознавчої науки, чого в пересічних дисертаційних роботах з правових наук здебільшого не прослідковується.

Що ж до легальних дефініцій, то вважаємо, прогресивним і вартим вивчення досвід таких країн як, наприклад, Німеччина, Канада, де поряд із правознавцями над формулюванням тексту нормативних актів працюють лінгвісти, котрі здатні запобігти наведеним у даній публікації помилкам [34]. З огляду на це видається

хибною практика викладення тексту багатьох нормативних актів за вже усталеним шаблоном, який структурно включає „визначення термінів, що вживаються в даному акті” навіть за відсутності у цьому потреби.

Виведення нових дефініцій як самоціль є негативним явищем у сучасній юридичній науці та практиці законотворення. Дефініціювання якомога більшої кількості понять і термінів має негативні наслідки. Для кожного конкретного випадку вживання слова неможливо вивести визначення, а відсутність можливості застосовувати абстрактні, загальні положення законодавства призводить і в майбутньому швидше за все буде призводити до неврахування особливостей кожного випадку, відхилень від належної реалізації принципу справедливості права, використання його як гнучкого інструмента регулювання суспільних відносин тощо.

Загальновизнаним є той факт, що гнучкість правової норми правових систем романо-германської правової сім'ї традиційно є однією з найважливіших особливостей такого нормативного положення, яке має поширювати дію на невизначене коло однорідних, але нетотожних випадків [35, с. 70]. Норма формулюється настільки загальним чином, наскільки це можливо без втрати нею функціональності, на відміну від казуїстичного підходу сім'ї загального права. Відтак тенденція до надмірного захоплення науковцями та на підставі їх доробків законодавцем дефініціюванням понять має бути приведена у відповідність до актуальних вимог юридичної науки, практики законотворення та повинна враховувати вже наявні напрацювання інших наук, таких як логіки, лінгвістики тощо.

Використані джерела:

1. Під „терміном” в тексті даної публікації розуміється слово чи словосполучення, яке точно позначає певне поняття (Словарь иностранных слов. – 8-е изд., стереотип. – М.: Русский язык, 1981. – С. 503); під „поняттям” - категорія, що визначає суттєві властивості, взаємозв'язки явищ та предметів, виражає змістовну сторону правових явищ та предметів, якщо спеціально не означено інше.

2. Апт Л.Ф. Дефиниции и право / Апт Л.Ф. – М: Академия, 2008.

3. Вопленко Н.Н. Официальное толкование норм права / Вопленко Н.Н. – М., 1975.

4. Давыдова М.Л. Юридическая техника: проблемы теории и методологии. Монография / Давыдова М.Л. / Гл. ред. Шестакова А.В. – Волгоград: Изд-во ВолГУ, 2009.

5. Кузнецова О.А. Специализированные нормы российского гражданского права: теоретические проблемы: диссертация... доктора юридических наук: 12.00.03 / Кузнецова О.А.. – Екатеринбург, 2007.

6. Пчелкин А.В. Техничко-юридические нормы в современной России (проблемы теории и практики): дисс. на соиск. уч. степени канд. юрид. наук: спец 12.00.01 / Пчелкин А.В. – Н.Новгород, 2004.

7. Ушакова Л.Н. Дефиниция как нетипичное правовое средство законодательной техники: дисс. на соиск. уч. степени канд. юрид. наук.: спец

12.00.01 „Теория и история права и государства; история учений о праве и государстве” / Ушакова Л.Н. – Тамбов, 2009.

8. Чиннова М.В. Дефиниции в нормативных правовых актах. / Чиннова М.В. – Киров: Изд-во нт-та МГЮА, 2010.

9. Наприклад, некоректне формулювання терміна „самовільне зайняття земельної ділянки” у ЗУ „Про державний контроль за використання та охороною земель” потенційно здатне вплинути на ефективне застосування ст. 212 ЗК України, ст 53-1 КУпАП, ст. 197-1КК України.

10. Наприклад, ст. 2 Земельного кодексу України визначає земельні відносини як відносини щодо володіння, користування та розпорядження землею. Разом із тим, зі змісту ЗК України та інших актів чинного законодавства (ЗУ „Про охорону земель” та ін.) недвозначно випливає, що до земельних також належать відносини щодо охорони земель, врегулювання яких є досить важливим.

11. Наприклад, поняття „рибогосподарського водного об’єкта” (ст. 1 ВК України), під яким розуміється водний об’єкт, що використовується для рибогосподарських цілей, взагалі не розкриває специфіки словосполучення, котре тлумачиться..

12. Наприклад у ЗУ „Про землеустрій” наявні дефініції понять: „стале землекористування” - вжите в тексті 1 раз, „межування земель” – без афіксів не вживається в тексті закону взагалі. Ситуація поглиблюється вказівкою ст. 1 закону на те, що наведені терміни вживаються у поданому значенні *саме в цьому законі*.

13. Наприклад, поняття „озеро”, вжите у тексті Водного кодексу України, визначається як „природна западина суші, заповнена прісними або солоними водами” (ст.1). На наше переконання, дане слово є загальновживаним, а запропонована дефініція не містить специфіки порівняно із усталеним змістом слова, тому тільки переобтяжує текст нормативного акта.

14. Хворостянкіна А. В. Дефініції в законодавчих текстах: питання теорії [електронний ресурс] / Хворостянкіна А. В. // Міністерство Юстиції України. – Режим доступу: <http://212.90.181.100/0/6669>.

15. Ст. 13 Закону України „Про Конституційний Суд України” від 16.10.1996 № 422/96-ВР // Урядовий кур’єр від 22.10.1996.

16. Попов Ю.Ю. О вредности официального „обязательного” толкования [електронний ресурс] / Попов Ю.Ю. // Режим доступу: http://porov-yuyu.narod.ru/0_spisok_statej.htm.

17. Вопленко Н.Н. Правовые дефиниции в современном российском законодательстве / Вопленко Н.Н. // Вестник Нижегородского ун-та им. Н.И. Лобачевского. – 2001. - № 1. - С. 64-71.

18. Физиология человека: Учебник / [Покровский В.М., Коротько Г.Ф. и др.]; под ред. В.М. Покровского, Г.Ф. Коротько. - 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Медицина, 2007. - 656с. – ISBN 5-225-04729-7.

19. Ст.ст. 30, 36 Цивільного кодексу України // Відомості Верховної Ради України. – 2003. - №40-44. - Ст. 356.

20. Апт Л.Ф., Дорофеева Т.А. Методические рекомендации по формированию понятийного аппарата законопроекта / [Электронный ресурс] / Апт Л.Ф. // Режим доступа: <http://council.gov.ru/files/journals/item/20090914162604.pdf>

21. Див.: Давыдова М.Л. Нормативно-правовые предписания в российском законодательстве: автореф. дисс. на соиск. уч. степени канд. юрид. наук: спец 12.00.01 „Теория и история права и государства; история правовых учений”. – Саратов, 2002.

22. Мірошніченко А.М. Структура закону з точки зору „вимог нормопроектної техніки” (на прикладі законів – джерел земельного права” / Мірошніченко А.М. // Юридична Україна. – 2008. - № 12. – С. 101-105.

23. Ушакова Л.Н. Дефиниция как нетипичное правовое средство законодательной техники: автореф. дисс. на соиск. уч. степени канд. юрид. наук.: спец 12.00.01 „Теория и история права и государства; история учений о праве и государстве” / Ушакова Л.Н. – Тамбов, 2009. – 22с..

24. На відсутність належної уніфікації юридичної термінології, єдиної семіотичної форми неодноразово звертали увагу науковці. Див., наприклад: Балтаджи П.М. Юридична мова правозастосовних актів: автореф. дис. на здоб. наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.01. „Теорія та історія держави і права; історія політичних та правових учень” / Балтаджи П.М. – К., 2008. – С. 3.

25. Подорожна Т.С. Законодавчі дефініції: поняття, структура, функції: автореф. дис. на здоб. наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.01. „Теорія та історія держави і права; історія політичних та правових учень” / Подорожна Т.С. – К., 2009. – 20с.

26. Так, Міністерство юстиції України закріплення визначень таких термінів у законі вважає нормальним явищем. Див. п. 12 Методичних рекомендацій щодо розроблення проектів законів та дотримання вимог нормо проектної техніки, схвалених постановою колегії Міністерства юстиції України від 21.11.2000 № 41[електронний ресурс] // Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua>

27. Мірошніченко А. М., Попов Ю. Ю. Чи потрібний Закон України „Про нормативно-правові акти?” [Електронний ресурс] / Мірошніченко А. М. // Форум права. – 2009. - № 1. – С. 365. Режим доступу: http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2009_1/09mamnpa.pdf

28. Юридична енциклопедія: в 6 т. / Редкол.: Ю.С. Шемшученко та ін. – К.: „Укр. енцикл.”, 1998. – Т. 6. - С. 82.

29. Хворостянкіна А.В. Законодавчі дефініції в правових системах континентального та загального права: порівняння методологічного підходу / Хворостянкіна А.В. // Наукові записки. – Т. 90: Юридичні науки. – К., 2009. - С. 13 - 16.

30. П. 11 Порядку присудження наукових ступенів і присвоєння вченого звання старшого наукового співробітника, затв. Постановою КМУ від 7.03.2007 р. № 423 // Офіційний вісник України від 23.03.2007. - 2007. - № 18. - Ст. 731.

31. П.п. 12, 13 Порядку присудження наукових ступенів і присвоєння вченого звання старшого наукового співробітника, затв. Постановою КМУ від 7.03.2007 р. № 423 // Офіційний вісник України від 23.03.2007. - 2007. - № 18. - Ст. 731.

32. Див. наприклад, п. 3 Постанови Президії ВАК України від 15.01.2003 № 7-05/1 „Про підвищення вимог до фахових видань, внесених до переліків ВАК України” // Бюлетень Вищої атестаційної комісії України. – 2003. - №1.

33. Хворостянкіна А.В. Визначеність законодавчих дефініцій як умова ефективного дотримання духу та букви закону / Хворостянкіна А.В. // Наукові записки. – Т. 77: Юридичні науки. – К., 2008. - С. 8 - 12.

34. Аналогічного висновку доходять і дослідники даного питання. Див: Балтаджи П.М. Юридична мова правозастосовних актів: автореф. дис. на здоб. наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.01. „Теорія та історія держави і права; історія політичних та правових учень” / Балтаджи П.М. – К., 2008. – С. 3, 15.

35. Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности: пер. с фр. В.А. Туманова. – М.: Междунар. отношения, 1999. – 400с.

Досліджені окремі аспекти призначення дефініцій у нормотворенні. Проаналізовані критерії доцільності формулювання легальних дефініцій. Сформульовані пропозиції щодо виведення нових дефініцій у науковій юридичній літературі, дисертаційних дослідженнях.

Ключові слова: дефініція, нормотворення, положення на захист.

Исследованы отдельные аспекты назначения дефиниций в нормотворчестве. Проанализированы критерии целесообразности формулирования легальных дефиниций. Сформулированы предложения относительно введения новых дефиниций в научной юридической литературе, диссертационных исследованиях.

Ключевые слова: дефиниция, нормотворчество, положения на защиту.

Some aspects of definitions' formulation in lawmaking process have been examined. The advisability criteria of legal definitions' formulation were analyzed. Proposals of new definitions' establishment in legal scientific works, such as dissertations were formulated.

Keywords: definition, lawmaking process, new scientific results.



Машков
Андрей Дмитриевич

кандидат юридических наук,
доцент кафедры теории
государства и права Киевского
национального университета
имени Тараса Шевченко



Руденко
Богдан Борисович

аспирант философского
факультета Киевского
национального университета
имени Тараса Шевченко

Балащенко
Максим Игоревич

студент юридического
факультета Киевского
национального университета
имени Тараса Шевченко

Критика Ф. Достоевским нигилистических взглядов на право (на примере образа Раскольникова в романе «Преступление и наказание»)

Постановка проблемы и ее связь с важнейшими научными и практическими задачами. Вопросы, связанные с правопониманием, являются одними из важнейших и актуальнейших для современной юридической науки.

Мы исходим из убеждения, в соответствии с которым правопонимание представляет собой взгляды и оценки социальных субъектов относительно того, что есть право, какова его социальная сущность, социальное назначение, социальная ценность и формы его проявления, определяющие поведение (пассивное или активное) этих субъектов в общественных отношениях [1, с. 443].

Такое понимание данного термина дает возможность утверждать, что каждому социальному субъекту присуща та или иная форма правопонимания. В свою очередь, это позволяет анализировать в указанном ключе взгляды любого социального субъекта, а это, в то же время, дает возможность адекватно воспринимать, анализировать и прогнозировать правовое/неправовое поведение этого субъекта, а при необходимости формировать (корректировать) последнее.

При этом следует учитывать, что приведенный выше взгляд на правопонимание противостоит в каком-то смысле наиболее распространенной точке зрения, в соответствии с которой правопонимание трактуется как научная категория, отражающая процесс и результат целенаправленной мыслительной деятельности

человека, включающей в себя познание права, его восприятие (оценку) и отношение к нему как к целостному социальному явлению [2, с. 222; 3, с. 207 и другие].

Правопонимание представляет собой интерпретацию того, что, собственно, отображает понятие, названное словом «право», явлений, непосредственно с ним связанных. К таким явлениям чаще всего относили и относят определенные возможности (свободы) людей, их групп; общественные отношения с определенными свойствами (например, таким, как их систематическая повторяемость); человеческие интересы (нужды); действия, направленные на удовлетворение человеческих интересов, нужд; а также сами по себе отражения этих явлений в психике людей (понятия, правила поведения, идеи и т.д.) [4, с.27].

С нашей точки зрения правовопонимание формируется в результате сложного, очень противоречивого процесса, включающего в себя целенаправленное осмысление правовой действительности (рационально-логический фактор формирования правовопонимания), личный опыт (эмпирический фактор формирования правовопонимания), подсознательное отношение субъекта, в том числе стереотипы, навязанные субъекту обществом (эмоционально-интуитивный фактор формирования правовопонимания) [1, с. 445].

Очевидно, что в этом случае при формировании правовопонимания заметную роль играет и культура, и образование, и воспитание, и интересы (в том числе литературные вкусы) субъекта правовопонимания.

В связи с этим вполне возможно вести речь о том, что художественная литература в целом, а тем более та, которая затрагивает правовые проблемы, непосредственно влияет на формирование правовопонимания социальных субъектов, а, следовательно, и их поведения.

Проблема же, необходимостью рассмотрения которой обусловлено написание настоящей статьи, заключается в следующем.

На вопросы правовопонимания обращали и обращают внимание многие ученые, среди которых можно назвать П. М. Рабиновича, В. С. Нерсисянца, Н. И. Козюбру, М. И. Байтина, С. С. Алексеева и других. При этом следует отметить, что многие аспекты правовопонимания не исследованы должным образом, в особенности это относится к вопросу о влиянии правовопонимания на социальные формы поведения. Также нельзя сказать, что в должной мере изучены и разработаны аспекты, связанные с формированием правовопонимания у социальных субъектов. Практически не рассмотрен вопрос взаимовлияния художественной литературы на формирование той или иной концепции правовопонимания, не исследовано, какие типы правовопонимания нашли свое отражение в мировой литературе и т.д.

В связи с этим представляется интересным и актуальным рассмотреть те подходы к правовопониманию, которые отражены во всемирно известных и наиболее читаемых литературных произведениях, те типы правовопонимания, которыми наделяли своих героев те или иные авторы, и те правовые идеи, которые они обосновывали, критиковали, развивали и пытались донести до читателей.

Формулирование целей статьи. Одним из писателей, чье творчество может заинтересовать нас в контексте анализа социально-политических и государственно-

правовых явлений, является Ф. М. Достоевский, а его роман «Преступление и наказание» — один из самых ярких примеров в этом отношении. Уже само название упомянутого произведения наводит на мысль о том, что основная идея последнего связана неким образом с анализом государственно-правовых явлений, а, соответственно, имеет отношение к юридической науке.

На это обратил свое внимание и А. Ф. Кони в речи о Ф. М. Достоевском, прочитанной им в Юридическом обществе при Петроградском университете 2 февраля 1881 г., когда подчеркивал связь Достоевского с юридической профессией: «Я не опасаюсь, что меня спросят: «Какое отношение может иметь Федор Михайлович Достоевский к собранию юристов?» — и не думаю, поэтому, что слово мое будет сочтено неуместным... Слово о великом художнике, который умел властно и глубоко затрагивать затаенные и нередко подолгу молчаливые струны сердца, не может быть неуместным в среде деятелей, посвятивших себя изучению норм, отражающих на себе душевную потребность людей в справедливости и искание наилучшего ее осуществления. ... И когда за стенами нашего собрания происходит явление, возбуждающее общее внимание и скорбь, когда после обильной трудом и душевными тревогами жизни закрывает глаза человек, подходивший к вопросам, составляющим нашу специальность, со своей собственной, особой, оригинальной художественно-психологической стороны, — мы имеем право — нет! более, чем право, — мы обязаны помянуть его и хоть в немногих словах вспомнить, как относился он к этим вопросам» [5].

Также в данном выступлении А.Ф. Кони осуществил анализ романа «Преступление и наказание» с точки зрения уголовного права — как важный источник понимания акта преступления, психологического состояния преступника и пр.

Творчество Ф. Достоевского активно исследовалось и продолжает активно исследоваться в разных гуманитарных науках. Вместе с тем правоведы практически не уделяют внимания литературному наследию Ф. Достоевского как объекту юридического исследования. Специальных исследований творчества Ф. Достоевского в целом, и романа «Преступление и наказание», его отдельных аспектов в частности, в юридической науке практически нет. Вышеупомянутое выступление А. Кони — одна из немногочисленных попыток рассмотреть произведения Ф. Достоевского сквозь призму правовой науки, и, как уже отмечалось выше, оно имело место в конце XIX века. Да и, честно говоря, вряд ли можно рассматривать выступление А. Кони как истинно научную работу (исследование).

Учитывая вышеизложенное, целями настоящей статьи является анализ взглядов Родиона Раскольникова — главного героя романа «Преступление и наказание», и попытка определить тип правопонимания, носителем которого он являлся, а также выяснить отношение Ф. Достоевского к этой стороне взглядов его основного персонажа — ищущего справедливости и кающегося убийцы.

Изложение основного материала исследования с обоснованием полученных научных результатов. Роман «Преступление и наказание», шедевр Ф. Достоевского, по праву входящий в золотой фонд мировой литературы, на наш взгляд, как объект исследования ценен не только с позиций науки уголовного права. Он также может

быть рассмотрен как источник для исследования многих теоретических проблем, в том числе связанных с формированием и проявлением отдельных типов правопонимания. Это утверждение обусловлено тем, что у действующих лиц романа «Преступление и наказание» существуют свои теории, идеи и взгляды, так или иначе связанные с тем или иным правопониманием.

Здесь важно подчеркнуть, что эти теории, взгляды, идеи и т.п. не выдуманы Ф. Достоевским, а взяты из реальной действительности, и при этом они существовали не только в XIX веке, но и присутствовали в XX веке, существуют сегодня и, скорее всего, будут иметь место в будущем.

Сказанное подтверждается, в частности, тем, что образ главного героя романа – Родиона Раскольникова – собирательный, основанный на историях действительно живших людей. По мнению литературоведов, у него существовало три прототипа. Реальный прообраз Раскольникова — приказчик Герасим Чистов, раскольник 27-ми лет, убивший топором в январе 1865 г. в Москве двух старух (кухарку и прачку) с целью ограбления их хозяйки, мещанки Дубровиной. Другой прототип — А.Т. Неофитов, московский профессор всеобщей истории, проходил по делу подделывателей билетов 5%-ного внутреннего займа (в части мотива мгновенного обогащения в сознании Раскольникова). Третий прототип — французский преступник Пьер Франсуа Ласенер, для которого убить человека было то же, что «выпить стакан вина»; оправдывая свои преступления, Ласенер писал стихи и мемуары, доказывая в них, будто он «жертва общества», мститель, борец с общественной несправедливостью во имя революционной идеи, якобы подсказанной ему социалистами-утопистами [6].

Именно поэтому анализ правопонимания героев произведений Ф. Достоевского, в т.ч. героев романа «Преступление и наказание», создает дополнительные возможности для понимания оснований, фундаментальных начал механизма поведения носителя того или иного типа правопонимания, и оценить последствия, к которым может привести то или иное правопонимание в ходе исторического развития общественных отношений.

Соответствующая форма правопонимания, учитывая приведенное в начале данной статьи определение последнего, в романе Ф. Достоевского присуща не только людям, связанным с юриспруденцией – Лужину, Порфирию Петровичу и Родиону Раскольникову, но и всем остальным персонажам.

К сожалению, восстановить и четко определить, носителем какого типа правопонимания является тот или иной персонаж романа достаточно проблематично, поскольку произведение Ф. Достоевского, естественно, не является государственно-правовым исследованием. Но это вовсе не означает, что мы, исходя из высказываний, идей, переживаний и пр., имеющих место в романе, не можем с большой долей вероятности высказывать предположения и с достаточной степенью достоверности относить того или иного героя романа к носителям конкретных типов правопонимания.

Как известно, роман «Преступление и наказание» прошел несколько этапов при написании. Ф. Достоевский задумал его еще на каторге, где он находился около

четырёх лет. За такой большой промежуток времени он сблизился с настоящими преступниками: грабителями, убийцами, ворами, и познал их жизнь. Он увидел людей, которые переступили через нравственные принципы и/или нарушили закон. Изначально планировалась повесть, рассказывающая в основном о переживаниях убийцы после совершения преступления, «психологический отчет одного преступления» (определение самого Достоевского). Не предусматривались такие персонажи, как Свидригайлов, Порфирий Петрович, Лужин, мать Раскольникова и Дунечка, семейство Мармеладовых, без которых представить окончательную версию романа очень сложно [7, с.12].

Затем, в сентябре 1865 года, сформировалась окончательная идея романа на базе вышеупомянутой повести и ненаписанного романа «Пьяненькие» – истории о семействе Мармеладовых. Оформилась окончательная структура произведения, в котором нас в рамках настоящей статьи прежде всего интересует главный герой – Родион Романович Раскольников, и его теория.

По-видимому, именно для того, чтобы показать Раскольникова, его характер и взгляды во всей полноте, Ф. Достоевский как раз и ввел в структуру романа персонажей, на первый взгляд кардинально отличающихся от главного героя. Но при внимательном прочтении оказывается, что все они тесно, практически неразрывно связаны с Раскольниковым. Лужин, Свидригайлов, Лебезятников — все они так же, как и Раскольников, своего рода нигилисты, но являются носителями других типов правопонимания. Центральной фигурой среди этих нигилистов является Раскольников; остальные же персонажи как бы «оттеняют» его теорию, отображают ее с разных сторон, и, как правило, показывают ее негативные моменты. Таким образом, Ф. Достоевский наиболее полно демонстрирует недостатки идеи Раскольникова, в том числе правовые.

Родион Романович Раскольников - главный герой романа – нищенствующий бывший студент. Он мечтал быть честным и полезным деятелем в обществе, он очень любил мать и сестру, переносящих бедность в далеком провинциальном углу, и надеялся, покончив свое образование в университете, изменить свою судьбу. Он так верил в себя, в свое будущее, в силу своего образования, что все это явно демонстрирует определенную эгоистичность его взглядов на жизнь, а также желание действовать: «...мне жизнь однажды дается, и никогда ее больше не будет: я не хочу дожидаться «всеобщего счастья». Я и сам хочу жить, а то лучше уж и не жить. Что ж? Я только не захотел проходить мимо голодной матери, зажимая в кармане свой рубль, в ожидании «всеобщего счастья»...» [8, с. 239]. Недаром же он допускал, чтобы его мать и сестра лишали себя последнего, чтобы помочь ему окончить курс в университете. Он уверен был, что сумеет скоро и сторицею вознаградить их. Но вот он на ногах – и нуждается все так же, нуждается еще более; мать и сестра по-прежнему жертвуют всем, и он по-прежнему вынужден принимать их жертвы [9].

Очевидно, что Раскольников – не пассивный субъект общественных отношений, который ждет чего-то – он готов действовать, но в силу определенных социальных обстоятельств, личностных качеств, жизнь его идет совсем другим путем, нежели ему хотелось. Вся жизнь Раскольникова подталкивает его к определенному типу

правопонимания, к обоснованию жизненной философии, приведшей его к преступлению.

Учитывая то обстоятельство, что в основе любой правовой теории и сопровождающей ее юридической практики лежит то или иное правопонимание, следует согласиться с тем, что при обосновании своего поведения, модели жизни Раскольникова определяющее значение играло его правопонимание. Именно поэтому и возможно утверждать, что анализ правопонимания Раскольникова должен занимать значительное место в анализе романа.

При этом необходимо также учитывать, что при прочтении романа «Преступление и наказание» происходит своего рода двойное взаимовлияние правопониманий. С одной стороны — критический (а он является именно критическим) взгляд Ф. Достоевского на социально-правовые разглагольствования Раскольникова влияет на формирование правопонимания у читающего, но, с другой стороны, это влияние на читателя во многом предопределяется тем правопониманием, носителем которого является сам читатель. В зависимости от того, какой подход к правопониманию присущ читателю, происходит оценка социально-правовых идей Раскольникова — одни, например, однозначно осуждают их, другие — относятся с пониманием, третьи — воспринимают их как свои.

Раскольников, как и любой другой человек, в своих философских построениях, в поиске идеи — правды жизни, пытается найти опору-оправдание своим поступкам. Неслучайно Б. Тихомиров пишет, что ««Идея» героя — это поиск выхода из безвыходного положения, это отчаянная и обреченная попытка «философски» преодолеть трагедийную ситуацию. Но именно поэтому — и великий соблазн, чреватый порчей человеческого духа, духовной смертью» [7, с. 22]. Дошел Раскольников до преступления именно на пути поиска идеала справедливости, пытаясь решить клубок проблем, возникших вокруг извечных вопросов: «что дозволено человеку?» и «какому человеку что именно дозволено?». В этом поиске значительное место отводится анализу права, его сущности, принципов и т.д. — поэтому можно утверждать, что «идея» Раскольникова тесно связана с правом, если и вовсе не рассматривать ее в качестве правовой.

Исходя из текста романа, сначала Раскольников написал статью о преступлении, где изложил свою теорию, интересующую нас в рамках настоящего исследования, — теорию деления общества на страты и наличие у одной из них права на несоблюдение закона, отступления от норм морали. Он разделяет человечество на два разряда: (а) на низший (обыкновенных), то есть на материал, служащий только для зарождения себе подобных, и (б) собственно на людей, то есть тех, кто имеет дар или талант, особое призвание. Второй разряд — «особые» люди, имеющие, кроме прочего, право на преступление.

Взгляды Раскольникова — не результат случайности, они есть выражение всей его сущности, его глубинных, самых сокровенных мыслей, чаяний и желаний. Вот как выразился по поводу статьи Раскольникова Порфирий Петрович: «Что вы смелы, заносчивы, серьезны и ... чувствовали, много уж чувствовали, все это я давно уж знал-с. Мне все эти ощущения знакомы, и статейку вашу я прочел как знакомую. В

бессонные ночи и в исступлении она замышлялась, с подыманием и стуканьем сердца, с энтузиазмом подавленным. А опасен этот подавленный, гордый энтузиазм в молодежи!» [8, с. 394].

Эта основная социальная и правовая идея Раскольникова, являющаяся основанием, движущим началом его поведения, в окончательном виде оформилась в его сознании, следуя тексту романа, после услышанного в трактире разговора между студентом и солдатом, речь в котором шла о старухе-процентщице: «...За одну жизнь – тысячи жизней, спасенных от гниения и разложения. Одна смерть и сто жизней взамен – да ведь тут арифметика! Да и что значит на общих весах жизнь этой чахоточной, глупой и злой старушонки? Не более как жизнь вши, таракана, да и того не стоит, потому что старушонка вредна» [8, с. 59]. Поэтому допустимо предположить, что это не идея одного маргинала – это подход к правопониманию, присущий определенной социальной группе.

Эта система взглядов на общество, право, мораль и пр. привела Раскольникова к оправданию права на убийство старухи в частности и «арифметической теории» в целом. Себя он посчитал человеком из второго разряда – «...я хотел Наполеоном сделаться, оттого и убил..» [8, с. 362], а потому, согласно своей «идее», он имеет право убить кого угодно, в том числе и старуху, для достижения своих целей.

Не составляет труда осознать, что за такой постановкой вопроса просматриваются контуры небезызвестной психологической концепции права с элементами элитарной теории социальной организации.

Согласно идеям элитаризма функцию управления обществом должны исполнять избранные, лучшие из лучших. У Раскольникова это звучит таким образом: «...я теперь знаю, Соня, что кто крепок и силен умом и духом, тот над ними и властелин! Кто много посмеет, тот у них и прав. Кто на большее может плюнуть, тот у них и законодатель, а кто больше всех может посметь, тот и всех правее!» [8, с. 364] Элита, согласно концепции Парето, наделена особыми качествами: психологическими (врожденными) и социальными (приобретенными вследствие воспитания и образования) [10]. Люди «особенные», из второго разряда, должны иметь психологическое восприятие себя именно как элиты, наделенной особыми правами – правами абсолютными, причем эта элитарность присутствует у них с рождения. Это схоже с Аристотелевским разделением людей на свободных и рабов, предопределенным природой: «...властвование и подчинение не только необходимы, но и полезны, и прямо от рождения некоторые существа различаются [в том отношении, что одни из них как бы предназначены] к подчинению, другие – к властвованию. .. Все те, кто в такой сильной степени отличается от других людей, в какой душа отличается от тела, а человек от животного (это бывает со всеми, чья деятельность заключается в применении физических сил, и это наилучшее, что они могут дать), те люди по своей природе – рабы; для них, как и для вышеуказанных существ, лучший удел – быть в подчинении у такой власти. Ведь раб по природе – тот, кто может принадлежать другому (потому он и принадлежит другому) и кто причастен к рассудку в такой мере, что способен понимать его приказания, но сам рассудком не обладает» [11].

Раскольников замечает: «Первый разряд всегда – господин настоящего, второй разряд – господин будущего. Первые сохраняют мир и приумножают его численно; вторые двигают мир и ведут его к цели. И те и другие имеют совершенно одинаковое право существовать. Одним словом, у меня все равносильное право имеют, и – *vive la guerre eternelle* («да здравствует вековая война», фр.), – до Нового Иерусалима, разумеется!» [8, с. 227]. То есть, с одной стороны у Раскольникова просматривается равное право на существование обоих разрядов, но, с другой стороны, как мы уже упоминали, «особенные» имеют особое право на преступление в отличие от «обычных». Согласно такой постановке проблемы мы можем сказать, что в правопонимании Раскольникова присутствует также элементы естественно-правовой доктрины, но не в том виде, к которому мы сегодня привыкли (то есть равенство всех без исключения людей во всех правах и обязанностях), а в ее элитарной трактовке, а именно – разный объем естественных прав у разных разрядов. Причем, принадлежность к одному из этих разрядов, по раскольниковской теории, определяется законом природы, который, правда, неизвестен, но «определенный закон непременно есть и должен быть; тут не может быть случая» [8, с. 229].

Идеи, которые исповедовал Раскольников, связанные с разделением человечества на два разряда («особенных» и «обычных»), не новы, как отмечал и сам Раскольников, и это верно – схожие теории присутствовали у Платона, Конфуция, Макиавелли и др. Взгляды этих мыслителей в дальнейшем стали основой для создания современных элитарных теорий, в том числе теорий Г. Моски, В. Парето, и Р. Михельса [10]. Но, по словам Разумихина: «... что действительно оригинально во всем этом, – и действительно принадлежит одному тебе, к моему ужасу, – это то, что все-таки кровь по совести разрешаешь, и, извини меня, с таким фанатизмом даже... В этом, стало быть, и главная мысль твоей статьи заключается» [8, с. 229].

Из сказанного выше можно увидеть, что для Раскольникова право – не только и не столько закон. А отсюда, поскольку право для Раскольникова является чем-то иным, нежели закон, то у него возникает разграничение «официального» (законного) и действительного, существующего вне закона права. При этом Раскольников прямо противопоставляет право и закон с одной стороны, и мораль — с другой. Право и закон, с точки зрения Раскольникова, допускают нарушение моральных принципов, однако если закон – это допущение и разрешение, которое дается государством в официальной норме, то право (право «особенных») – это разрешение, которое порождается особым статусом носителя этого права.

Существенным моментом в правовых взглядах Раскольникова является проблема соотношения права и морали, в частности вопрос о возможности пренебречь предписаниями норм закона и морали, если того требует право «особенного». Раскольников предусматривает возможность отступления от требований совести для людей «особенных», но только в случае целесообразности: «Я просто-запросто намекнул, что необыкновенный человек имеет право... то есть не официальное право, а сам имеет право разрешить своей совести перешагнуть... через иные препятствия, и единственно в том только случае, если исполнение его идеи (иногда спасительной, может быть, для всего человечества) того потребует» [8, с.

224-227]. Можно сказать, что по раскольниковской теории «цель оправдывает средства» (в чем теория Раскольникова перекликается со взглядами того же Макиавелли). Допущение возможности (необходимости) пренебречь законом и моралью, предполагает возникновение в определенных ситуациях права на преступление и иных аномальных «вещей». Более того, если цель очень важна, то Раскольников готов обосновать даже обязанность совершить преступление: «По-моему, если бы Кеплеровы и Ньютоновы открытия вследствие каких-нибудь комбинаций никоим образом не могли бы стать известными людям иначе как с пожертвованием жизни одного, десяти, ста и так далее человек, мешавших бы этому открытию или ставших бы на пути как препятствие, то Ньютон имел бы право, и даже был бы обязан... устранить этих десять или сто человек, чтобы сделать известными свои открытия всему человечеству» [8, с. 226].

Все сказанное в нескольких последних абзацах данной статьи дает основание утверждать, что в правопонимании Раскольникова присутствуют наряду с элементами психологического и естество-правового правопонимания отдельные идеи и принципы социологического подхода к праву.

«Смогу ли я переступить или не смогу! Осмелюсь ли нагнуться и взять или нет? Тварь ли я дрожащая или право имею...» [8, с. 366] – вот основные правовые вопросы, которые он решает, переступив через государственный закон, через религию, мораль, самого себя. Поиск ответов на эти вопросы и то их решение, которое находит Раскольников, ведет его к совершенно определенным действиям. То есть, правопонимание определило не только теоретические построения Раскольникова, но и форму его реального поведения, решения жизненно важных конфликтов. Реализовав свое право на отступление от требований совести, Раскольников же, по его собственным словам, «принцип убил», но это не правовой принцип в системе координат Раскольникова, а моральный принцип, то есть, он разрушил в своих теоретических построениях мораль, которую он воспринимал в религиозно-нравственном ключе. Совершив аморальный поступок, он не только пришел к убеждению относительности моральных норм, но и к пониманию морали как «зла» (ибо неукоснительное соблюдение моральных запретов превращало его в его собственных глазах в «подлеца») [7, с. 35]. И для того, чтобы остаться личностью, человеком, ему надо соблюдать правовые требования, а не мораль и/или закон. Личность соблюдает и выполняет требования права, а тварь дрожащая – т.е. человек «обычный», должен придерживаться морального и законного предписания, и это может служить одним из определяющих признаков разграничения разрядов, предложенных Раскольниковым.

Такое правопонимание и формирующееся на его базе поведение позволяет Раскольникову не чувствовать вины за свои деяния: «Что значит слово «злодеяние»? Совесть моя спокойна. Конечно, сделано уголовное преступление; конечно, нарушена буква закона и пролита кровь, ну и возьмите за букву закона мою голову... и довольно! Конечно, в таком случае даже многие благодетели человечества, не наследовавшие власти, а сами ее захватившие, должны бы были быть казнены при

самых первых своих шагах. Но те люди вынесли свои шаги, и потому они правы, а я не вынес и, стало быть, я не имел права разрешить себе этот шаг» [8, с. 474].

Если задаться вопросом о том, как к этим взглядам своего героя относится Ф. Достоевский, следует отметить, что он предлагает рассматривать суждения Раскольникова (и всех остальных нигилистов явных и/или латентных) как в корне неверные, ошибочные, что обусловлено, по-видимому, теми моральными и правовыми принципами, которых придерживался Ф.М. Достоевский. Отсюда, думается, и необходимость введения в роман линии, связанной с нравственными переживаниями, муками Раскольникова, конфликта между свойственным ему правопониманием с его религиозными убеждениями, с его верой в Бога, которая, по идее, должна бы была привести его к узкому пониманию права или к естественно-правовой доктрине в ее теологической интерпретации, а привела к некому эклектизму правопонимания, который язык не поворачивается назвать интегративным.

Позиция Ф. Достоевского в отношении правопонимания Раскольникова, фактически определяющая поведение последнего, скорее всего, выражена устами Разумихина (и поддержана Порфирием Петровичем): «...это разрешение крови по совести, это... это, по-моему, страшнее, чем бы официальное разрешение проливать кровь, законное...» [8, с. 229]. Таким образом Ф. Достоевский отрицает всякую возможность существования «права на преступление» в какой бы то ни было форме.

Данная точка зрения широко представлена в отечественной мысли, в первую очередь, она характерна для мысли ориентированной на православие. Например, Н. Бердяев пишет по этому поводу: «Своевольное убийство даже самого последнего из людей, самого зловредного из людей не разрешается духовной природой человека. Когда человек в своеволии своем истребляет другого человека, он истребляет и самого себя, он перестает быть человеком, теряет свой человеческий образ, его личность начинает разлагаться. Никакая «идея», никакие «возвышенные» цели не могут оправдать преступного отношения к самому последнему из близких. «Ближний» дороже «дальнего», всякая человеческая жизнь, всякая человеческая душа больше стоит, чем благодетельствование грядущего человечества, чем отвлеченные «идеи»» [12].

Можно предположить, что сама идея написания романа «Преступление и наказание» Ф. Достоевским вызвана, прежде всего, именно желанием показать несостоятельность указанного аспекта нигилизма, а соответственно и свойственных ему типов правопонимания.

При этом следует обратить внимание, что Ф. Достоевский представил нам нигилизм не как жалкое и дикое явление, а сумел показать весь его трагизм, как на индивидуальном уровне, уровне семьи, так и на уровне общества в целом. Этот трагизм связан с искажением внутреннего мира личности (в религиозном смысле - смерти души), он сопровождается жестокими моральными и физическими страданиями. По своему всегдашнему обычаю, он представил нам человека в самом убийце, как умел отыскать людей и во всех блудницах, пьяницах и других жалких лицах, которыми обставил своего героя [13].

Раскасянием Раскольникова, описанным Ф. Достоевским в конце произведения, автор романа подчеркнул свою позицию, в соответствии с которой правопонимание Раскольникова является, как мы уже отмечали выше, ошибочным. Весь сюжет «Преступления и наказания» дает основание утверждать, что Ф. Достоевский, скорее всего, является сторонником одного из вариантов теологической интерпретации естественно-правовой доктрины. Ф. Достоевский изначально признает абсолютность человеческого «я», духовную свободу и достоинство всякого, даже самого забитого и ничтожного человека, что несопоставимо с теорией, предложенной Раскольниковым.

Выводы и перспективы дальнейших исследований в данном направлении.

На основании всего вышеизложенного можно сделать несколько выводов, а именно:

1. Поскольку Ф. Достоевский является одним из самых читаемых и популярных авторов в истории литературы, а его роман «Преступление и наказание», ввиду своей художественной силы, глубокой правды жизни, приобрел колоссальную известность во всем мире, то очевидно, что основные его идеи оказали заметное влияние на формирование социально-политических и государственно-правовых (правопонимание в этом плане – не исключение) взглядов не одного поколения читателей в разных странах.

2. Для адекватного восприятия, анализа, понимания механизмов формирования и т.п. правопонимания отдельно взятого индивида и, особенно, коллективных социальных субъектов необходимо обратить внимание на исследование правовых взглядов Ф. Достоевского. Это достаточно актуальная задача современной юридической науки, и не только отечественной.

3. В своем романе «Преступление и наказание» Ф. Достоевский четко показал, прежде всего, на образе Раскольникова – главного героя романа, взаимосвязь между правопониманием и социальным поведением индивида, причем сакцентировал наше внимание на определяющем значении первого для второго, т.е. правопонимания для социального поведения.

4. В романе «Преступление и наказания» Ф. Достоевский показал несостоятельность и дал критическую оценку нигилистическим взглядам на право. Особенно для Ф. Достоевского неприемлемы мотивы социологического подхода к праву, звучащие в рассуждениях Раскольникова. Но и тезисы нигилистического понимания права, которые можно охарактеризовать, как психологические и естественно-правовые (в светских формах интерпретации), не радуют его. Он отрицательно относится ко всему тому, что может породить нигилизм, любые формы последнего.

5. На «идеях» Раскольникова, на примерах «воплощения» этих идей в жизнь Ф. Достоевский показал, куда и к каким последствиям может привести негативное отношение к закону, признание возможности отступления от него. Особенно эти моменты в романе актуальны для обществ, в которых в наличии значительное социальное и имущественное расслоение, происходит деградация религиозно-моральных оснований поведения.

6. Теологически–моральный взгляд на право, и его природу, судя по всему, – это «идеальное» правопонимание для Ф. Достоевского.

7. Правопонимание Ф. Достоевского можно отнести к широкому пониманию права, что и отразилось в тех смысловых нагрузках, идеях, нашедших свое отражение в произведении. Однако следует признать, что этот вопрос требует своего отдельного изучения.

Использованные источники:

1. Машков А. Проблемы теорії держави і права. Основи : курс лекцій / А. Машков. – Київ : Четверта хвиля, 2008. – 464с. – ISBN 978-966-529-164-0

2. Нерсисянц В.С. Общая теория права и государства. : Учебник для вузов / В.С. Нерсисянц; Ин-т государства и права РАН. Академический правовой институт. – Москва : Норма, 2000. – 552с. – ISBN 5-89123-381-9

3. Теория государства и права. Учебник для юридических вузов и факультетов. Под ред. В. М. Корельского и В. Д. Перевалова - М.: Издательская группа НОРМА-ИНФРА М, 1998. - 570 с.

4. Рабінович П.М. Праворозуміння: сутність, класифікації, нездоланність плюралізму // Бюлетень Міністерства юстиції України: Офіційне видання / Міністерство юстиції України. – Київ, 2007. – № 5. – С. 25-36.

5. Кони А.Ф. Федор Михайлович Достоевский// Lib.Ru: Библиотека Максима Мошкова [Электронный ресурс] - Электрон. дан. - Режим доступа: http://az.lib.ru/k/koni_a_f/text_0220.shtml, свободный. — Яз. рус.

6. Раскольников // Словари и энциклопедии на Академике [Электронный ресурс] - Электрон. дан. - Режим доступа: <http://dic.academic.ru/dic.nsf/litheroes/407>, свободный. — Яз. рус.

7. Тихомиров Б. «Лазарь! Гряди вон». Роман Ф.М. Достоевского «Преступление и наказание» в современном прочтении: Книга-комментарий. – Монография. СПб: Издательство "Серебряный век", 2005. – 472 с. ISBN: 5-902238-20-X

8. Достоевский Ф.М. Преступление и наказание: Роман в 6-ти ч. с эпилогом. – Харьков: Вища школа, 1984. – 480 с.

9. Марков Е.Л. О романе «Преступление и наказание» // Издательский дом ПЕРВОЕ СЕНТЯБРЯ [Электронный ресурс] - Электрон. дан. - Режим доступа: <http://lit.1september.ru/articlef.php?ID=200403008>, свободный. — Яз. рус.

10. В.П. Пугачев, А.И. Соловьев Введение в политологию / Vuzlib Экономико-правовая библиотека [Электронный ресурс] — Электрон. дан. — Режим доступа: <http://www.vuzlib.net/beta3/html/1/25993/26027/>, свободный. — Загл. с экрана. — Яз. рус.

11. Аристотель Политика // philosophy.ru Философский портал [Электронный ресурс] - Электрон. дан. - Режим доступа: <http://www.philosophy.ru/library/aristotle/polit/polit1-2.htm>, свободный. — Яз. рус.

12. Бердяев Н.А. Миросозерцание Достоевского // Библиотека русской религиозно-философской и художественно «Вѣхи» [Электронный ресурс] -

Електрон. дан. - Режим доступа: <http://www.vehi.net/berdyaev/dostoevsky/04.html>, свободный. — Яз. рус.

13. Страхов Н. Н. Преступление и наказание. // Lib.Ru: Библиотека Максима Мошкова [Электронный ресурс] - Электрон. дан. - Режим доступа: http://az.lib.ru/s/strahow_n_n/text_0080.shtml, свободный. — Яз. рус

У статті аналізується праворозуміння героя роману Ф.М. Достоевського «Злочин і кара» Родіона Раскольнікова на основі його теорії обґрунтування «права на злочин». Розглядається відношення автора роману до нігілізму в цілому й до теорії Раскольнікова зокрема. Окреслюються контури проблеми впливу на формування праворозуміння творів світової літератури.

Ключові слова: праворозуміння, вплив літератури, соціальна поведінка, нігілізм, право на злочин.

В статье анализируется правопонимание героя романа Ф.М. Достоевского «Преступление и наказание» Родиона Раскольникова на основе его теории обоснования «права на преступление». Рассматривается отношение автора романа к нигилизму в целом и к теории Раскольникова в частности. Обозначаются контуры проблемы влияния на формирование правопонимания произведений мировой литературы.

Ключевые слова: правопонимание, влияние литературы, социальное поведение, нигилизм, право на преступление.

In article legal comprehension of character from F. Dostoyevskiy's novel "Crime and Punishment" Rodion Raskol'nikov is being analyzed on the basis of his theory about "right for crime". The relation of the novel's author to nihilism in general and to the theory of Raskolnikov in particular is being considered. The contours of the problem of influence on the legal comprehension by works of world literature are being denoted.

Key words: legal comprehension, influence of literature, social behavior, nihilism, right for crime.

**Мірошніченко Анатолій Миколайович**

*доктор юридичних наук, професор,
завідувач кафедри земельного та аграрного права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

Статичне та динамічне тлумачення права

Можна підмітити дві основні взаємовиключні тенденції, якими на даний час характеризується тлумачення писаного права: одна полягає у тому, що має існувати одне, єдино вірне і незмінне розуміння «букви закону» протягом усього часу її існування («статичне», або «текстуалістське» розуміння писаного права); інша допускає різне тлумачення положень писаного права в залежності від конкретних історичних умов («динамічний», «еволюційний» підхід). Очевидно, що обрання того чи іншого підходу має вирішальне значення для правозастосування. З огляду на це, важливо проаналізувати аргументи за і проти кожного підходу і зробити вибір на користь одного із них.

Хоча проблеми юридичної герменевтики в цілому є добре розробленими у вітчизняній правовій доктрині (див., зокрема, праці таких науковців, як А. Булгаа [1], В.І. Євінтова [3], В.Є. Мармазова [5], Д.М. Михайловича [7], П.В. Пушкара [6], О. Трагнюк [10], С.Є. Федика [11], Л.І. Чулінди [12] та ін.), співвідношення статичного та динамічного підходів до розуміння писаного права в рамках національної правової системи не були предметом спеціального комплексного аналізу. Фактично, до проблематики співвідношення статичного та динамічного тлумачення зверталися лише дослідники, праці яких так чи інакше стосувалися тлумачення і застосування міжнародних договорів.

Завданням даної статті є розгляд динамічного та статичного підходів до тлумачення писаного права і викладення власної позиції щодо того, який із них слід визнати більш продуктивним.

«Статичний» підхід: писане право має розумітися незмінно. Як видається, в українській правовій доктрині сьогодні переважає саме такий підхід. Під час самих різноманітних дискусій з питань тлумачення положень законодавства питання зазвичай ставиться так: який із варіантів тлумачення (якщо їх кілька) є «правильним»? З такої постановки питання випливає, що всі інші варіанти є «неправильними». Якщо у правозастосовчій практиці відбуваються зміни у розумінні певних положень законодавства, у правовій літературі це зазвичай пояснюється тим, що неправильну практику «виправили», замість «неправильного» розуміння положень закону почали застосовувати «правильне». Або навпаки: практика відступила від «правильного» тлумачення.

Наслідком «статичного» підходу до розуміння писаного права є численні спроби «декретування» юридичної мови шляхом нормативного закріплення вимог викладати зміст нормативно-правових актів «чітко і ясно». Так, порівняно нещодавно, 01.10.2008, Верховною Радою України було ухвалено Закон України «Про

нормативно-правові акти», який у п. 6 ч. 2 ст. 9 вимагав, що проект нормативно-правового акта повинен бути ясним, чітким, зрозумілим. Президент застосував до Закону своє право вето, висловивши до нього цілу низку серйозних зауважень. Між тим, вони не стосувалися вимоги «ясного та чіткого» викладення тексту нормативно-правових актів; навпаки, однією із підстав для відхилення Закону вказувалося якраз те, що він не відповідає критеріям «ясності та чіткості» (детальніше див. [8]).

Прагнення «декретування» юридичної мови зараз відображається у значній кількості правових досліджень: так, у переважній більшості дисертаційних робіт у галузі права серед положень, що виносяться на захист, присутня ціла серія визначень. Причому значна кількість дослідників, як мінімум, веде мову про те, що вони «довели» істинність (правильність) цього визначення, а як максимум – ще й пропонують закріпити своє визначення законодавчо.

«Динамічний» підхід: писане право повинно розглядатися як «живий інструмент». Даний підхід фактично виходить із того, що багатозначність (т.зв. «полісемія») є характерною, більш того, невід’ємною ознакою мови [4], у т.ч. мови юридичної, якою викладається текст джерел писаного права.

Невідворотними є і зміни у праворозумінні. Якщо можливі кілька варіантів тлумачення, дуже часто трапляється, що спершу практика обирає один варіант, а згодом – якийсь інший, часто прямо протилежний. «В настоящее время немного найдется спорных вопросов, по которым сенат в разное время не высказал бы диаметрально противоположных взглядов», - писав Є.В. Васьковський у кінці 19 сторіччя [2]. Напевно, це можна сказати про більшість судових інстанцій з тривалим досвідом існування, і вітчизняна судова система не є виключенням.

За динамічного підходу вважається, що положення писаного права слід застосовувати у конкретних історичних умовах. Тому обрання різних варіантів тлумачення одного й того самого положення в різні періоди за динамічного тлумачення є явищем нормальним і не передбачає оголошення попереднього тлумачення «неправильним». Таким чином, в одного положення закону може бути кілька «правильних» тлумачень, що використовуються в різні періоди.

Динамічний підхід до тлумачення писаного права активно використовується Європейським судом з прав людини при застосуванні Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (ратифікована Законом України від 17.07.1997). При цьому судом послідовно використовується доктрина застосування Конвенції як «живого інструменту» («*a living instrument*»), враховуючи умови сьогодення (див., наприклад, [16]). Це дозволяє Суду радикально змінювати свою практику. Так, в початковий період застосування Конвенції її положення розумілися як такі, що жодним чином не передбачають заборони застосування смертної кари (адже ст. 2 Конвенції, що гарантує право на життя, прямо допускає виняток для «*виконання смертного вироку суду, винесеного після визнання його винним у вчиненні злочину, за який закон передбачає таке покарання*»). Проте з часом ст. 3 Конвенції (заборона катування або нелюдське чи таке, що принижує гідність, поводження або покарання), почала розглядатися як така, що у певних випадках забороняє смертну кару (див., зокрема, §§ 102-104 [14]).

Варто відзначити, що окремі прояви застосування динамічного підходу до тлумачення права можна віднайти і в діяльності Конституційного Суду України. Наприклад, рішенням Суду від 22.09.2005 № 5-рп/2005 у справі про постійне користування земельними ділянками були, зокрема, визнані неконституційними положення п. 6 розділу Х «Перехідні положення» Земельного кодексу України *«щодо зобов'язання переоформити право постійного користування земельною ділянкою на право власності або право оренди без відповідного законодавчого, організаційного та фінансового забезпечення»* (виділення наше – А.М.). Таким чином, Суд фактично вказав, що за наявності «відповідного законодавчого, організаційного та фінансового забезпечення», тобто в інших умовах те саме положення закону розглядалося б як таке, що відповідає Конституції України (у тій самій редакції).

Разом із тим, у вітчизняній правовій доктрині динамічний підхід поки що не знаходить значної кількості прибічників і, тим більше, комплексного теоретичного обґрунтування.

Розглянувши обидва підходи, необхідно визначитися із тим, якому із них слід віддати перевагу.

Як вже зазначалося вище, багатозначність писаного права є явищем об'єктивним. Раз так, невідворотним є те, що в різні проміжки часу розуміння права може бути різним. Справа лише в тому, як ставитися до цього явища, чи слід йому запобігати і чи потрібно у зв'язку зі зміною праворозуміння переглядати правозастосовчі акти, які виходять із іншого, попереднього розуміння.

Почнемо з останнього питання – щодо можливості перегляду правозастосовчих актів у разі зміни праворозуміння. На наше переконання, принцип правової визначеності, що є невід'ємною складовою принципу верховенства права, вимагає, щоб остаточне рішення суду з певного питання визнавалося і поважалося, незалежно від того, що згодом, можливо, тим самим або вищим судом буде обрано інший підхід у праворозумінні. Серед іншого, неможливість перегляду остаточного судового рішення сьогодні є вимогою ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, як вона розуміється Європейським судом з прав людини, і ця вимога видається нам повністю обґрунтованою.

Той самий принцип правової визначеності вимагає, щоб рішення інших органів (крім суду) не знаходилися під постійною загрозою їх перегляду або скасування у зв'язку зі зміною праворозуміння. Механізм, який забезпечує дію принципу правової визначеності – це, насамперед, інститут позовної давності (див., наприклад, главу 19 Цивільного кодексу України), різноманітні процесуальні строки для оскарження судових рішень тощо. Звичайно, нормативні акти (але не індивідуально-правові акти після їх виконання – див. [9]) більшості суб'єктів правозастосування можуть бути скасовані цими самими суб'єктами або вищими органами, але наголосимо, що мова йде саме про скасування, що тягне правові наслідки у вигляді втрати чинності лише на майбутнє, і не має зворотної дії (на відміну від визнання акту недійсним або т.зв. «анулювання»).

Таким чином, зміна у праворозумінні має лише дуже обмежений вплив на попередню правозастосовчу практику. У будь-якому випадку не можуть бути переглянуті остаточні судові рішення.

Друге питання полягає у тому, чи потрібно запобігати змінам у праворозумінні.

Як вже було зазначено, наявність різних розумінь писаного права, у тому числі сприйнятих правозастосовчою практикою, у різні періоди є невідворотною, оскільки це право завжди буде багатозначним, як багатозначною є мова, за допомогою якої право формулюється. Між тим, мовні конструкції можуть бути більш чи менш багатозначними. То ж чи треба прагнути максимальної однозначності закону?

На перший погляд, користь від максимальної однозначності законодавства очевидна – при більш однозначному законодавстві більше шансів на його одноманітне застосування, менша ймовірність спорів. Крім того, неодмінною вимогою «правового закону» є його передбачуваність у застосуванні (такою є цілком вірна, на наш погляд, позиція Європейського суду з прав людини – див., наприклад, [13]), яка досягається, зокрема, тим, що закон викладається достатньо однозначно.

Проте при більш детальному розгляді виявляється, що в однозначності законодавства (знов-таки, наголосимо, що вона відносна; повної однозначності законодавства досягти неможливо) є й інша сторона. Що більш однозначним є закон, тим менш він гнучкий. Прагнення досягти максимальної однозначності при формулюванні закону часто призводить до того, що зі зміною обставин він стає просто непридатним для застосування і або перестає застосовуватися взагалі, або починає застосовуватися всупереч його «букві» й навіть первісному наміру суб'єкта правотворення.

Прикладом може бути встановлена у ст.49 Цивільного кодексу УРСР норма про недійсність угоди, що укладена *«з метою, завідомо суперечною інтересам соціалістичної держави і суспільства»*. Зайве слово «соціалістичної», спрямоване начебто на надання нормі чіткості, при буквальному застосуванні норми призвело б до неможливості застосування норми в умовах незалежної України. Втім, цього не сталося, норма активно застосовувалася на відступ від «букви» закону аж до набрання чинності Цивільним кодексом України у 2004 році.

Таким чином, **прагнення до того, щоб закон був однозначним, повинно урівноважуватися прагненням зробити його гнучким**. Отже, однозначність не може бути самоціллю. Закон, який можна застосовувати в умовах, що змінилися, саме завдяки тому, що його положення не є надто однозначними – це хороший, «якісний» закон.

Так, хорошим, якісним законом є Конституція Сполучених Штатів Америки, до якої протягом часу її існування (тобто з 1787 року) було внесено лише 27 поправок. Причина, на наш погляд, у тому, що положення цього документу були викладені достатньо загально.

Відповідь на друге питання фактично обумовлює відповідь на третє: **здатність писаного права з плином часу розумітися по-різному надає йому необхідної гнучкості, робить правове регулювання більш ефективним**.

Але гнучкість, яка досягається, насамперед, шляхом використання оціночних понять, відкритих переліків та інших техніко-юридичних прийомів, слід відрізняти від помилок у нормопроектуванні, коли зміст правового акту є незрозумілим, або коли закон взагалі не встановлює меж для правозастосовчого суб'єкта, коли він стає непередбачуваним у застосуванні. За таких умов положення закону ризикує залишитися мертвим і не знайти практичного застосування. Ще давня латинська максима влучно фіксує спостереження: *ubi jus incertum, ibi nullum* (якщо закон незрозумілий, закону немає).

На наш погляд, допускаючи застосування писаного права як «живого інструмента», слід обов'язково виробити загальні критерії, якими слід керуватися, наповнюючи зміст «букви закону» новим духом. Очевидно, є межа, яку правозастосовчий суб'єкт (насамперед, суд) не може перейти, не посягнувши на функції законодавця (правотворця).

У правовій доктрині існують різні погляди на те, як має визначатися ця межа, де вона має проходити. Не вдаючись в їх детальний аналіз, зазначимо, що, на наш погляд, правими є ті, хто пропонує виходити із уявного наміру абстрактного «ідеального» законодавця [15]. Це означає, що при тлумаченні права слід задаватися не питанням про те, що мали на увазі, наприклад, 226 народних депутатів, натискаючи на кнопки у сесійній залі (відповісти на дане питання практично неможливо), а питанням про те, що мав би на увазі при формулюванні відповідного припису «ідеальний» законодавець. Як видається, такий підхід буде найбільш правильним і призведе до найкращих результатів.

Так, за ч.5 ст.137 Земельного кодексу України, «земельні торги проводяться у порядку, встановленому законом». Первісно таке положення переважно розумілося як таке, що вимагає наявності спеціального закону, що спеціально визначив би порядок проведення земельних торгів (переважає думка, за якою таким законом має стати ЗУ «Про ринок земель»). Відповідно, проведення торгів за відсутності такого закону суперечитиме ст.137 Земельного кодексу України.

Втім, починаючи з 2002 року (!) спеціального закону, що врегулював би порядок проведення земельних торгів, так і не було прийнято. За таких умов, як видається, є усі підстави для ліберального тлумачення ч.5 ст.137 Земельного кодексу України. Не міг «ідеальний законодавець», конструюючи ч.5 ст.137 кодексу, переслідувати мету заблокувати майже на десятиріччя відчуження земельних ділянок на торгах.

Звісно, торги необхідно проводити відповідно до законодавства України («відповідно до закону»). Але ж законодавство, яке тією чи іншою мірою визначає порядок проведення торгів (аукціонів), де можуть продаватися, серед іншого, і земельні ділянки та права на них, сьогодні існує, і масив його досить значний. Насамперед, це сам Земельний кодекс України, який визначає форму торгів (ч.1 ст.135) – аукціон. Враховуючи, що термін «аукціон» є усталеним і передбачає продаж предмету аукціону особі, що запропонувала найвищу ціну, ч.1 ст.135 ЗКУ фактично визначає порядок проведення земельних торгів. Іншим законом, що визначає порядок проведення земельних торгів, є Цивільний кодекс України, який містить загальні положення про порядок укладення договорів (глава 53).

Цим правове регулювання порядку проведення аукціонів не вичерпується. Зокрема, існує спеціальне і достатньо детальне регулювання проведення аукціонів («прилюдних торгів») із продажу предмету іпотеки (ст.ст.41-50 Закону України «Про іпотеку»), продажу на прилюдних торгах нерухомого майна у процедурі виконавчого провадження (Закон України «Про виконавче провадження»), продажу на публічних торгах майна, що перебуває у податковій заставі (ст.95 Податкового кодексу України) тощо.

Як видається, описане вище змінене розуміння ч.5 ст.137 Земельного кодексу України сьогодні починає переважати. Підтвердження цьому – факти проведення земельних торгів у багатьох населених пунктах.

Отже, динамічне тлумачення не може бути проявом свавілля. Будь-яка зміна у праворозумінні, та і, власне, будь-який вибір варіантів праворозуміння із кількох можливих має бути обґрунтований ретельним аналізом уявної волі ідеального законодавця (правотворця).

Зазначене стосується не лише випадків застосування писаного права як «живого інструмента», а, загалом, будь-якого тлумачення неоднозначних за самою своєю природою положень писаного права, у тому числі випадків вирішення т.зв. змістовних та темпоральних колізій між різними правовими приписами.

Викладене вище спонукає зробити і деякі рекомендації щодо розуміння чинного законодавства про діяльність Конституційного Суду України. Зокрема, на наш погляд, положення Закону України «Про Конституційний Суд України» повинні розумітися таким чином, що наявність рішення Конституційного Суду України щодо тлумачення певного положення не повинна перешкоджати повторному його тлумаченню.

Висновки:

1. Писане право є «живим інструментом», яке слід застосовувати у конкретних історичних умовах, обираючи таке його розуміння, що відповідає уявній волі ідеального законодавця (правотворця) на даний момент.

2. При формулюванні тексту правових актів для забезпечення їх гнучкості у багатьох випадках буває необхідним свідомо використовувати такі конструкції, які дозволять розуміти їх по-різному у різних історичних умовах. Текст акту повинен бути результатом компромісу між бажанням забезпечити його одноманітне розуміння і передбачуване застосування та бажанням забезпечити його гнучкість і можливість застосування в різних умовах.

3. Зміни у праворозумінні є явищем об'єктивним і невідворотнім. З цієї точки зору видається, що, серед іншого, положення Закону України «Про Конституційний Суд України» повинні розумітися таким чином, що наявність рішення Конституційного Суду України щодо тлумачення певного положення сама по собі не повинна перешкоджати повторному тлумаченню цих самих положень.

Використані джерела:

1. Булгаа А. Международно-правовая практика толкования норм международных договоров. - Дисс. ... к.ю.н. ... 12.00.11. - К.: Институт международных отношений Киевского национального университета им. Тараса Шевченко, 2002. - 185 с.
2. Васьяковский Е.В. Учебник гражданского права // КонсультантПлюс: Классика Российского Права. - [Электронный ресурс]. - Режим доступа: http://civil.consultant.ru/elib/books/24/page_9.html
3. Евинтов В.И. Многоязычные договоры в современном международном праве. - К., 1981. - 134 с.
4. Ивин А.А. Искусство правильно мыслить. Изд. 2-е. - М.: Просвещение, 1990 // [Электронный ресурс]. - Режим доступа: http://www.koob.ru/ivin_a_a/iskusstvo_pravilno_mislit
5. Мармазов В.Є. Принцип *stare decisis* та динамічність практики Європейського суду з прав людини // Право України. - 2003. - № 2. - С. 140-141.
6. Мармазов В.Є., Пушкар П.В. Захист прав та майнових інтересів в Європейському суді з прав людини: Навч.-практ. Посіб. / М.В. Оніщук (ред.). - К.: Видавничий Дім «Юридична книга», 2001. - 156 с.
7. Михайлович Д.М. Офіційне тлумачення закону. - Дис. ... к.ю.н. ... 12.00.01. - Харків, Національний університет внутрішніх справ, 2003. - 203 с.
8. Пропозиції Президента України до Закону «Про нормативно-правові акти» // Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. - [Електронний ресурс]. - Режим доступа: http://gska2.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?id=&pf3511=31416
9. Рішення Конституційного Суду України від 16.04.2009 № 7-рп/2009 у праві про скасування актів органів місцевого самоврядування // [Електронний ресурс]. - Режим доступа: <http://www.ccu.gov.ua/uk/doccatalog/list?currDir=50463>
10. Трагнюк О.Я. Тлумачення міжнародних договорів: теорія і досвід європейських міжнародних судових органів. - Дис. ... к.ю.н. ... 12.00.11. - Харків: Національна юридична академія імені Ярослава Мудрого, 2003. - 205 с.
11. Федик С.Є. Особливості тлумачення юридичних норм щодо прав людини (за матеріалами практики Європейського суду з прав людини та Конституційного Суду України). - Дис. ... к.ю.н. ... 12.00.01. - К.: Інститут міжнародних відносин Київського національного університету імені Тараса Шевченка, 2002. - 215 с.
12. Чулінда Л.І. Юридико-лінгвістичне тлумачення текстів нормативно-правових актів. - Дис. ... к.ю.н. ... 12.00.01. - К.: Національна академія внутрішніх справ України, 2003. - 191 с.
13. *Beyeler v. Italy* [GC]. - No. 33202/96. - § 109-110 // ECHR 2000-I.
14. *Case of Soering v. the United Kingdom*, no. 14038/88, 7 July 1989.
15. Çiçekli B. Introduction to Turkish Law and Legal System (Lecture Notes). - Bilkent, Bilkent University, 2004. - 145 p.
16. *Tyrer v. the United Kingdom*, 25 April 1978, § 31, Series A no. 26.

У статті розглядаються статичне та динамічне тлумачення права. Обґрунтовується невідворотність потреби у застосування динамічного тлумачення та його перевага над статичним тлумаченням з точки зору досягнення завдань, що ставляться перед правом. Вказується на помилковість поширеної думки, за якою закон завжди повинен викладатися «чітко», а також на потребу у можливості перегляду рішень Конституційного Суду зі зміною історичної ситуації тощо.

Ключові слова: тлумачення права, статичне тлумачення, динамічне тлумачення, чіткість закону, абстрактність закону.

В статье рассматриваются статическое и динамическое толкование права. Обосновывается неминучесть потребности в динамическом толковании права и его преимущество перед статическим толкованием с точки зрения достижения целей, поставленных перед правом. Указывается на ошибочность распространенного подхода, согласно которому закон всегда должен излагаться «четко», а также на потребность в возможности пересмотра решения Конституционного Суда с изменением исторической ситуации.

Ключевые слова: толкование права, статическое толкование, динамическое толкование, четкость закона, абстрактность закона.

The article is devoted to static and dynamic interpretation of law. The author substantiates the necessity of applying the dynamic interpretation as it is better equipped to serve the fulfillment of the purpose of law. Common approach which requires from the wording of law to be always “clear” is declared as a mistake. The author argues in favor of the necessity to create the possibility of the Constitutional Court decisions review as the historical situation changes.

Key words: interpretation of law; static interpretation, dynamic interpretation, clarity of law, abstract nature of law.

**Pushkar Pavlo Valentynovych**

BA in Law and MA in law (Taras Shevchenko National University of Kyiv),
LLM in International Law (Nottingham University Law School), PhD in
Criminal Justice (Academy of Advocacy of Ukraine /
Taras Shevchenko National University of Kyiv),
senior legal secretary at the European Court of Human Rights (Strasbourg)

The role of international and regional instruments of human rights protection in the domestic human rights protection: are international instruments truly subsidiary?¹

Introduction. There is a frequent discussion as to the place of the international human rights norms in the international system of human rights protection, whereas these norms are generally regarded by their nature as norms belonging exclusively to the international legal order. However, more recently they appear to be finding their right place within the domestic systems of human rights protection, being directly applicable by the domestic judicial institutions, bodies of executive power and the legislative bodies. Such instances of direct application of the international human rights norms appear to be wholly justified in situations, where the domestic system of human rights protection does not fully satisfy or does not fully comply with the international standards of human rights protection. Application of international human rights norms also appears to be justified in situations where there is a need to give meaning to a particular human rights guarantee or standard, not yet interpreted within the domestic legal system or in situations where the standard has not been applied yet. Thus, the practice of application of an international human rights standard would be useful in situations, where there is a need to find exact content of the standard as interpreted by an international human rights protection institution.

However, there are also instances, where the domestic human rights protection system does not operate properly, is not effective or lacks requisite trust of the people at the domestic level. Then, in essence, the international system of human rights protection replaces the domestic system, as a system of trusted reference in human rights protection domestically and in some instances as a system giving direct protection for breached human rights, once again, when the domestic system is not capable of giving redress for human rights breaches by the national authorities.

Thus, a question remains open whether the international human rights standard remain to be instruments of exclusively subsidiary nature to the domestic systems of human rights protection or whether they become a part of the domestic human rights protection system in situations described above. This would be a subject of discussion in the present publication. However, first we would look into the system of universal and regional human rights treaties, their scope and institutions established by them.

¹ All the opinions provided in the article are that of the author. The material is based on the lectures given to international relations students at the Syracuse University (Strasbourg branch).

Defining international human rights norms. Human rights treaties are often criticised for establishing unclear standards. However, they have their specific substantive meaning as universal or regional legal guarantees or standards protecting individuals and groups of persons against the public authorities' acts, actions and omissions, which breach these guarantees or standards. They gain their specific meaning and are being explored by means of interpretation by international or regional supervisory mechanisms, such as international or regional human rights commissions or human rights courts.

Human rights standards in essence have two essential functions – they oblige the states to behave in a certain way, which complies with these standards and makes the states accountable for a breach of a standard, which they have themselves to redress. They also prohibit the states from acting in a way that would breach the human rights guarantees. Thus, in brief, they establish positive and negative obligations for the states.

The international human rights norms establish that human rights are universal, inalienable, indivisible and interrelated. The international human rights norms do not exclusively relate to civil and political rights, but also encompass economic, social and cultural rights. International human rights are traditionally seen as having developed within time, the first modern-time international human rights standard being the Universal Declaration of Human Rights, based on the Charter of the United Nations. They can be divided into several (three) generations of human rights: civil and political rights (first generation rights), economic, social and cultural rights (second generation rights) and group and collective rights, rights related to cultural heritage and economic well-being of a nation, bioethical rights, etc.

More recent developments in the area of human rights protection have seen international human right standards as norms of customary international law, with some norms having a status of norms of *jus cogens* or an important status of norms of peremptory international law, i.e. international human rights standards from which no derogations are possible. Examples of such norms are prohibition of torture, slavery, racial discrimination, etc.

One of the main features of human rights obligations that the states undertake is to ensure that human rights guarantees and standards should be enforceable and that they are subject to judicial protection, ensuring that independent judicial institutions supervise compliance and adherence to human rights by means of judicial review of administrative acts and acts of bodies of state power. The enforceability of human rights by means of judicial supervision requires from the domestic judiciary that in cases where limitations on fundamental rights and freedoms are imposed that these limitations are imposed on the basis of the law, in the public interest, and thus having a legitimate aim, and are proportionate to the legitimate aim pursued.

International Bill of Rights and UN human rights treaties. The Preamble to the United Nations Charter states that the “Peoples of the United Nations” are determined “to reaffirm faith in fundamental human rights, in the dignity and worth of the human person, in the equal rights of men and women and of nations large and small.” In 1948, the UN

General Assembly adopted the Universal Declaration of Human Rights² an international instrument of protection of human rights, in essence of declaratory nature, but now increasingly seen as a standard of customary international law. This standard, like many international human rights standards in our days, is generally applicable to all the states at universal level, being applicable not only to relations between the states (horizontal relations), but also to relations between the state and individual (vertical relations).³ The Declaration enumerates civil, political, economic, social, and cultural rights. Later in 1966, the General Assembly adopted the Covenant on Civil and Political Rights (and its First Optional Protocol) and the Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, which, jointly with the Universal Declaration on Human Rights, are known as the International Bill of Human Rights [1]. For instance, the International Covenant on Civil and Political Rights prohibits torture, slavery, discrimination and limits the capital punishment, for states in which it exists, to the gravest criminal acts. It also prohibits arbitrary arrest or detention, protects freedom of movement and residence, protects the right to trial, presumption of innocence, right to a lawyer, right to an appeal, freedom from self-incrimination, and freedom from double jeopardy, protects freedom of opinion and expression, protects freedom of association and assembly, etc. On the other hand, the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights guarantees such rights as the right to work and make a “decent living for themselves and their families”, right to safe and healthy working conditions, right to form trade unions with the right to strike, right of everyone to Social Security, including social insurance, right to adequate food, clothing and housing and to the continuous improvement of living conditions, rights to education and healthcare, etc. In addition to the International Bill of Human Rights, the United Nations has drafted and promulgated a number of other universally applicable specialist international human rights instruments, including international treaties against torture, genocide, racial discrimination, discrimination against women and treaties dealing with refugee protection, the rights of disabled persons and rights of children. Each of the UN treaties has a monitoring mechanism of its implementation by the state parties to it, which largely can be defined as a system of state periodic reporting or system of collective or individual complaints. It is with the help of the monitoring instruments that the scope of application of particular rights could be defined.

Regional human rights protection mechanisms. The European Convention on Human Rights, signed on 4 November 1951 in Rome, is probably one of the most known regional instruments of the international human rights protection [2]. Such a conclusion can be made in comparing the Convention with the 1969 Inter-American Convention on Human Rights and the 1981 African Charter on Human and Peoples' Rights. A comparison is

². One of the prominent collaborators in drafting of the Universal Declaration on Human Rights was Mr Oleksandr Bogomolov, acting on behalf of the USSR. After adoption of the Universal Declaration of Human Rights, Professor Petro Nedbaylo, of Kyiv Taras Shevchenko University, and then a permanent representative of Ukraine to the UN Human Rights Committee took an active part in its activities from 1958 to 1971. In 1968 he was awarded the Prize in the Field of Human Rights with the presentation of the UN Gold Medal.

³. In some cases it is argued that the international human rights standards have a *drittwirkung* effect (horizontal effect) on the relations between individuals, whereas they can refer to human rights norms in defending their rights against other individuals.

frequently drawn between them on the basis of how successful the other regional human rights protection mechanisms are in comparison with it. This argument is drawn largely from the results of work of the monitoring mechanisms for these two international legal instruments – Inter-American Court of Human Rights (and commission) and the African Court of Human Rights (and commission), the first one not supported by Canada and the United States in its activities and the second one having dealt with a little number of cases since the moment of its establishment in 2004, both criticised for being rather weak on enforcement of their own decisions [3].

A separate discussion can arise from review of the system of international criminal courts from a point of view of considering them a system of final resort for grave violations of human rights, which already took place and which were not remedied by the states domestically in good time by means of domestic human rights supervision. Such a system is designed to prohibit certain types of conduct under the international criminal law (such as for instance, war crimes, crimes against humanity, genocide and aggression) and to make persons who engage in internationally prohibited conduct criminally liable in situations where the states themselves cannot prosecute and enforce criminal law prohibitions arising from the norms of customary international law. The classical international criminal law tribunals - Nuremberg and Tokyo tribunals, best known for its activities in the aftermath of massive human rights violations, which occurred during the World War II - are currently, with the evolution of the procedural and substantive international criminal law and creation of International Criminal Tribunals for Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone, being succeeded by a permanently functioning International Criminal Court, based in Hague and acting on the basis of the international multilateral treaty (so-called Rome Treaty) [4]. It is quite unfortunate that the International Criminal Court has no power to deal with international crimes, recognised as prohibited under the international customary law, as piracy, terrorism, trafficking in arms, drugs and human beings [5].

Domestic system of human rights protection and the doctrine of “subsidiarity”. Both the international system of human rights protection (the system established by the UN) and the regional systems of human rights protection are operating on the premise that it in the first place for the national authorities to establish an efficient system of human rights protection at the domestic level. The same applies for the post-factum system of criminal prosecution by the international criminal courts for gravest human rights violations, as it is only in situations when the state is unable or unwilling to prosecute that the international criminal jurisdiction is triggered. Thus, the domestic authorities have not only to declare the same rights, as enshrined in the international and regional human rights instruments, but they also have to make sure that these rights are enforceable and that there is a system of judicial review of actions of the state, which is both effective and efficient to prevent or to redress human rights violations at the domestic level. The doctrine of “subsidiarity”, in its simplest interpretation, presupposes that it in the first place the police officer, the domestic court, the local prosecutor, a judge or any other competent public official, who are to enforce human rights guarantees and standards. As an example, in context of any European system of human rights protection we are speaking first of all of

an independent judiciary, whose primary responsibility is to ensure that human rights are complied with.

Three levels of “rule of law” protection of human rights. Thus, we have seen that there are several levels of ensuring compliance with international human rights standards, but the domestic system of human rights protection is of primary importance. The task of the domestic system of human rights protection, which is rightly stated in the Preamble of the Universal Declaration of Human Rights, is to ensure “that man is not to be compelled to have recourse, as a last resort, to rebellion against tyranny and oppression, that human rights should be protected by the rule of law”. This from our point of view encompasses human rights protection at a universal level, regional level and level of domestic human rights system, with the last level of protection being the most important and the regional and universal level protection being of subsidiary or complementary nature.

But what happens if the national human rights protection level does not operate properly? What if the domestic remedies do not offer proper redress, are not available in practice, are inefficient and insufficient, i.e. not giving required result within reasonable time? Can then the regional and universal level protection replace the domestic system of protection of human rights? Can the person or persons seeking protection claim that the domestic system of human rights protection is generally faulty and thus there is no need to seek redress within it and therefore there is a need to seek redress at the regional or international level directly?

These issues have been partly examined from the point of view of the need to exhaust domestic remedies, which from the claimants’ point of view were seen as inadequate or not giving sufficient and timely redress. The *Interhandel* case before the International Court of Justice mentions in that respect that “the respondent State must first have an opportunity to redress by its own means within the framework of its own domestic legal system the wrong alleged to have been done to the individual”[6]. The case-law of the European Convention on Human Rights has a similar approach stating that:

« ... As the text of Article 35 itself indicates, this requirement is based on the generally recognised rules of international law. The obligation to exhaust domestic remedies forms part of customary international law, recognised as such in the case law of the International Court of Justice. It is also to be found in other international human rights treaties: the International Covenant on Civil and Political Rights and the Optional Protocol thereto, the American Convention on Human Rights, the African Charter on Human and Peoples’ Rights... »[7].

Moreover, a requirement of exhaustion of domestic remedies, coupled with an obligation imposed on the states by the International Bill of Rights and regional human rights instruments to secure that rights and freedoms enshrined in the international human rights instruments are real and effective, show that the international human rights treaties themselves place an emphasis on the need to ensure that human rights are protected domestically in first place and only when a domestic system is not capable or not willing to perform its task can a universal or regional body be engaged. This statement is supported by the case-law of the European Court of Human Rights in the case of *Selmouni v. France*, whereas: “... states are dispensed from answering for their acts before an international body

before they have had an opportunity to put matters right through their own legal system. That rule is based on the assumption, reflected in Article 13 of the Convention – with which it has close affinity – that there is an effective remedy available in respect of the alleged breach in the domestic system. In this way, it is an important aspect of the principle that the machinery of protection established by the Convention is subsidiary to the national systems safeguarding human rights.” [8]. Thus, one of the answers to the questions posed above is that the domestic system of human rights protection must ensure that it provides proper protection at the domestic level and it does not appear from extensive international jurisprudence on the matter of local remedies that derogation from the rule on exhaustion of domestic remedies would be possible. Also, from our point of view international law, as set of rules created by the states for the states in first place, have a great emphasis on the doctrine of state sovereignty and the multilateral state obligations arising from the international human rights treaties, which are to be respected with states complying with their obligations in good faith. One of the primary obligations for the state is to respect human rights and to ensure that the human being is truly the highest social value in the society, which is a principle generally accepted by all civilised nations and thus can arguably be said to be a principle of customary international law. This is another source of doubts that the international or regional human rights protection system can really replace the dysfunctional domestic human rights system. Furthermore, international human right guarantees and standards are frequently reflected in domestic constitutional laws and domestic regulations, which are not rarely directly referred to by the domestic courts and courts of constitutional jurisdiction using them as recognised standards that nevertheless require additional mechanisms for their domestic enforcement. Moreover, last, but not least, among the arguments in examining the issue of interaction of the international, regional and domestic human rights systems is the argument relating to existence of a more powerful and more capable enforcement machinery within the domestic system of a state, which the universal or regional systems of human rights protection are not permitted to have, frequently operating within the limits of allowed by the states authority.

Concluding remarks. Thus, as we have seen from the rhetoric above the international and regional systems of human rights protection remain to be instruments of subsidiary nature to the domestic systems of protecting human rights. This is a true statement for a number of reasons, one of which is the primary role of the domestic system in ensuring that human rights are enforced and complied with within the state. Even though the international human rights standards might be referred to or applied directly by the domestic actors, they still require domestic machinery for their enforcement. Therefore, a brief conclusion can be reached that the domestic human rights protection system remain primary actors in enforcing international human rights standards, with the subsidiary and complementing role of the international and regional human rights bodies, who enforce these standards on the states that are not willing or not able to comply with them. Thus, the important role of the domestic systems in enforcing these standards remains unchanged, even in situations where the state does not comply in sufficient and proper manner with its obligations arising from regional or international human rights treaties. On the contrary, in such situations, regional or international human rights supervisory mechanisms have to

come into force to ensure that the state gets back into track in complying with its obligations arising under international human rights law and performs such obligations in good faith.

Bibliography:

1. Office of the UN High Commissioner for Human Rights: International Human Rights Law - <http://www.ohchr.org/en/professionalinterest/Pages/InternationalLaw.aspx>.
2. A competing instrument is the EU Charter of Fundamental Rights, which repeats many of the provisions of the European Convention of Human Rights, but covers only 27 states parties to the European Union. The rights in the charter are divided into six sections: dignity, freedoms, equality, solidarity, citizens' rights and justice. http://www.europarl.europa.eu/charter/default_en.htm.
3. For more information on the activities of the Inter-American Court of Human Rights and the African Court of Human Rights see the following web-sites: <http://www.corteidh.or.cr/index.cfm> and <http://www.african-court.org/en/court/about-the-court/institutional-background/>. The possibilities for creating a single Asian regional human rights protection system are still being explored and it appears that there is no strong momentum for creation of that system (for more details see Vitit Muntarbhorn's summary of the lecture on the issue « Towards a Human Rights System in the Asian Region? » ; http://www.waseda-giari.jp/sysimg/imgs/200908_si_munterbhorn_summary.pdf).
4. See, web-site of the International Criminal Court: <http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC>.
5. It is also interesting to see that the Rome Treaty on establishing the International Criminal Court was not ratified by Ukraine, its preamble being declared unconstitutional by the Constitutional Court of Ukraine on 11 July 2001 in part relating to subsidiary nature of the system of the international criminal court. <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v003v710-01>.
6. *Interhandel Case (Switzerland v. U.S.)*, Judgment of Mar. 21, 1959, 1959 ICJ Rep. 5, 27.
7. Key case-law issues under the European Convention on Human Rights. http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/E3FC0C7E-BD11-479F-B069-C300449B7ECF/0/COURT_n1295989_v2_Key_caselaw_issues__Art_35_para_1_Exhaustion_of_domestic_remedies2.pdf
8. See *Selmouni v. France*, judgment of the European Court of Human Rights of 28 August 1999. par. 74. <http://sim.law.uu.nl/sim/caselaw/Hof.nsf/1d4d0dd240bfee7ec12568490035df05/880d4a61efe04915c12567d3003356bf?OpenDocument>

Залишається відкритим питання про те, чи є міжнародні стандарти виключно субсидіарними механізмами по відношенню до національної системи захисту прав людини. При відповіді на це питання автор обґрунтовує, що національна система захисту прав людини залишається основною у забезпеченні дотримання

міжнародних стандартів захисту прав людини, а роль міжнародних та регіональних організацій із захисту прав людини залишається субсидіарною і допоміжною.

Ключові слова: права людини; міжнародний захист прав людини; національний захист прав людини; субсидіарний механізм.

Остается открытым вопрос о том, являются ли международные стандарты исключительно субсидиарными механизмами по отношению к национальной системе защиты прав человека. Отвечая на этот вопрос, автор обосновывает вывод, согласно которому национальная система защиты прав человека остается основной в обеспечении соблюдения прав человека, а роль международных и региональных организаций остается субсидиарной и вспомогательной.

Ключевые слова: права человека; международная защита прав человека; национальная защита прав человека; субсидиарный механизм.

A question remains open whether the international human rights standards remain to be instruments of purely subsidiary nature to the domestic systems of human rights protection. Answering this question the author argues that the domestic human rights protection system remains the primary actor in enforcing international human rights standards, with the subsidiary and complementing role of the international and regional human rights bodies.

Key words: human rights; international human rights protection; national rights protection, subsidiary mechanism.

**Третяк Тарас Олексійович**

кандидат юридичних наук,
асистент кафедри земельного і аграрного права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

**Правові питання доступу до правосуддя громадськості
з питань що стосуються
охорони навколишнього середовища**

1. Дієвість екологічних прав та охоронюваних законом інтересів залежать від ефективності їх захисту. Одними із заходів захисту цих прав та інтересів є заходи судового впливу на правопорушників. Реалізація цього способу захисту на практиці пов'язана з питанням про підстави втручання суду в діяльність тих чи інших суб'єктів за позовами громадськості про захист їх екологічних прав та охоронюваних законом інтересів.

Питання про підстави судового втручання в діяльність суб'єктів вирішуються у ч. 1 ст. 3 Цивільного процесуального кодексу України від 18.03.2004 (далі – ЦПК) та ч. 1 ст. 6 Кодексу адміністративного судочинства від 06.07.2005 (далі – КАС), які надають право звернутися до суду лише особам, які вважають що їх права, свободи чи законні інтереси порушено, не визнано чи оспорено.

В позовах у сфері охорони навколишнього природного середовища чи забезпечення екологічної безпеки іноді неможливо довести порушення права позивача. Наприклад, у випадку подання позову громадською організацією про оскарження незаконного дозволу на відстріл тварин, занесених до Червоної книги, чи про звільнення сторонніми особами самовільно зайятих земельних ділянок, на яких створено парк, дуже складно довести порушення права громадської організації, проте позитивний наслідок для суспільства і довкілля такого позову сумнівів не викликає. У зв'язку з цим, виникає потреба у встановленні спеціального режиму для таких позовів.

Саме на встановлення такого режиму і була спрямована ч. 3 ст. 9 Конвенції про доступ до інформації, участь громадськості в процесі прийняття рішень та доступ до правосуддя з питань, що стосуються довкілля (далі – Орхуська конвенція), яка надає право громадськості оскаржувати рішення, дії чи бездіяльність державних органів і приватних осіб, якими порушуються норми чинного законодавства, що стосуються навколишнього середовища. У зв'язку з існуванням такої специфічної процедури розгляду справ в суді виникає низка питань, серед яких одним із найважливіших є питання про те, чи порушення будь-якої норми з боку державного органу чи приватної особи даватиме право громадськості звертатися до суду з метою їх оскарження? З метою пошуку відповіді на це питання звернемося до аналізу юридичної літератури.

2. В юридичній літературі питання доступу до правосуддя з питань екології були досліджені як вченими-фахівцями в галузі цивільного-процесуального права, так і екологічного права. Зокрема, в науковій літературі з цивільного процесу право на

доступ до правосуддя з питань охорони довкілля досліджувалося в частині, в якій воно входить до групи позовів про захист прав невизначеного кола осіб [6 с. 59-60; 9 с. 258 – 259; 10].

Досліджувалося право на звернення до суду за захистом порушених екологічних прав також і в спеціальній еколого-правовій літературі [4; 5 с. 31; 3 с. 8-9; 1; 2 с. 154 та інші]. На думку авторів роботи Судовий захист екологічних прав громадян України «Конвенція (Орхуська конвенція – вставка наша – Т.Т.) містить певну новачію не тільки для українського, а й для національного законодавства більшості країн, оскільки дається широке тлумачення «заінтересованої громадськості», що має право на звернення до суду» [11 с. 34]. Широта цього тлумачення полягає у тому, що «для того, щоб мати право звернення до суду в розумінні Конвенції (Орхуської конвенції – вставка наша – Т.Т.), не обов'язково доводити, що порушеними є майнові або особисті права саме заявника; достатньо бути громадською організацією, створеною за Законом «Про об'єднання громадян», якщо серед напрямів діяльності в статуті такої організації записаний захист екологічних прав громадян» [11 с. 34].

Ці положення ми підтримуємо, проте необхідно зробити ряд застережень. Положення ч. 3 ст. 9 Орхуської конвенції зобов'язує сторони цієї конвенції забезпечувати «представникам **громадськості**, коли вони відповідають передбаченим законодавством критеріям, якщо такі існують, доступ до адміністративних або судових процедур для оскарження дій або бездіяльності приватних осіб і державних органів, котрі порушують положення національного законодавства, що стосуються навколишнього середовища». Термін «громадськість» на відміну від терміну «заінтересована громадськість» означає «одну або більше фізичну чи юридичну особу, їх об'єднання, організації або групи, які діють згідно з національним законодавством або практикою». Таким чином, оскаржити дії державних органів, які порушують норми законодавства що стосується охорони навколишнього середовища мають право будь-які особи, які складають собою громадськість, а не лише особи, право яких порушено та екологічні громадські організації.

Заінтересованість позивача як підстава доступу до правосуддя з екологічних питань було досліджено в роботі Д. Бонайна [13 с. 31-37]. Незважаючи на цінність висновків вченого, питання про те, порушення яких саме норм може служити підставою для звернення громадськості з відповідним позовом до суду в роботі цього автора вирішення не знайшло.

Істотних висновків у частині доступу до правосуддя з екологічних питань було зроблено проф. Ніколасом де Саделером, Герхардом Роллером та Мріам Дрос. Ними були досліджені умови доступу громадськості до правосуддя у Франції, Нідерландах, Німеччині, Швейцарії, Португалії. Серед умов доступу громадських організацій до правосуддя з екологічних питань вказаними вченими виділяються наступні ознаки: це повинна бути юридична особа; неприбутковість; зв'язок між предметом справи та цілями діяльності громадської організації; мінімум часу існування організації до моменту подання позову; територіальне поширення та облік в державних органах [14 с. 30-31]. Особливе значення має висновок авторів про те, що такий критерій доступу

громадських організацій до правосуддя як зв'язок між предметом справи та цілями діяльності громадської організації «є виправданим для забезпечення того, щоб лише діяльність з метою захисту публічного інтересу в справжньому розумінні цього слова допускалася» [14 с. 27].

Дослідження питання про те, що становить собою законодавство, що стосується охорони навколишнього середовища дозволить визначити предмет позову, поданого на підставі ч. 3 ст. 9 Орхуської конвенції. У зв'язку з тим, що зазначене питання в юридичній літературі не розв'язано, ми спробуємо запропонувати власне бачення шляхів його вирішення.

3. В судовій практиці іноді має місце досить широке розуміння підстав для судового втручання. Іноді суди вважають, наявність поведінки, яка відрізняється від моделі, яку містить стаття нормативно-правового акта, незалежно від її значення для забезпечення екологічної безпеки чи охорони навколишнього середовища, підставою для звернення до суду з позовом про усунення порушень правових норм. Наприклад, мають місце випадки оскарження висновків державної екологічної експертизи за наступних підстав: нечіткість виокремлення складових частин у висновку державної екологічної експертизи; відсутність в тексті такого висновку переліку експертів; відсутність у тексті вказівки на орган, який проводив екологічну експертизу; порушення низки вимог Примірної інструкції з діловодства у міністерствах, інших центральних органах виконавчої влади, Раді міністрів Автономної Республіки Крим, місцевих органах виконавчої влади, затвердженій постановою Кабінету Міністрів України від 17.10.97 № 1153, вжиття в тексті висновку державної екологічної експертизи інших слів, аніж “схвалення”, “повернення на доопрацювання”, “відхилення від подальшого еколого-експертного розгляду” тощо. [8]

Зважаючи на те, що ч. 3 ст. 9 Орхуської конвенції дає право громадянам звертатися до суду у разі порушення положень національного законодавства, що стосуються навколишнього середовища, необхідно встановити, що означає порушення положень законодавства, що стосується навколишнього середовища. Під порушенням відповідного законодавства в Орхуській конвенції мається на увазі порушення правової норми. Правова норма визначається в юридичній літературі як *«формально-обов'язкове правило фізичної поведінки, яке має загальний характер, встановлюється або санкціонується державою з метою регулювання суспільних відносин і забезпечується її організаційною, виховною та примусовою діяльністю»* [7].

Таким чином, порушення правила поведінки і буде означати порушення правової норми. Можливість застосування аналогії закону і аналогії права (ч. 7 ст. 9 КАС; ч. 8 ст. 9 ЦПК) свідчить про те, що порушення положень національного законодавства, що стосується навколишнього середовища, означає не будь-який відступ від тексту статей нормативно-правових актів, а порушення саме правила поведінки. Останнє утворюється у наступний спосіб: правило, зафіксоване у тексті статті + аналогія права чи аналогія закону, якщо текст статті не виключає її застосування (чи її застосування стає неможливим з інших причин).

Аналогія права дає можливість державним органам дещо виходити за межі правила, яке сформульовано без урахування аналогії. Однак, у випадку застосування аналогії права постає питання із межами її застосування у випадку оскарження порушення законодавства, що стосується довкілля.

4. Той факт, що положення ч. 3 ст. 9 Орхуської конвенції не розраховане на оскарження порушення будь-якої правової норми, свідчить надання можливості оскаржити за правилами цієї статі порушення *«законодавства, що стосується навколишнього середовища»*. Критерієм віднесення положень норм чинного законодавства, до того, яке стосується навколишнього середовища повинен бути результат, на досягнення якого ці норми спрямовані. Обрання саме такого способу тлумачення цього словосполучення обумовлюється метою Орхуської конвенції, якою є *«сприяння захисту права кожної людини нинішнього і майбутніх поколінь жити в навколишньому середовищі, сприятливому для її здоров'я та добробуту»*. Тобто, метою зазначеної конвенції є досягнення певного «екологічного» результату. У зв'язку з цим, оскарження рішення, дій чи бездіяльності державних органів та інших осіб, у порядку передбаченому ч. 3 ст. 9 Орхуської конвенції відповідатиме меті зазначеної конвенції лише у випадку оскарження порушення норми, яке призводить до негативного впливу на навколишнє природне середовища, або ж такого порушення, яке істотно знижує ефективність гарантій від негативного впливу на навколишнє природне середовище чи життя і здоров'я людини.

Окрім того, метою прийняття Орхуської конвенції було збереження оточуючого середовища та покращення його стану, а також забезпечення сталого та екологічно безпечного розвитку (див. абзац 6 преамбули цієї конвенції). Підписуючи Орхуську конвенцію сторони не ставили собі за мету створювати нічим не виправдані незручності чи перешкоди у діяльності державних органів та інших осіб.

5. Комітет з дотримання Орхуської конвенції також не стоїть на позиції, за якою слід надавати право на оскарження будь-яких положень законодавства будь-яким особами. В п. 35 Висновків та рекомендації Комітету з дотримання Орхуської конвенції від 16.06.2006 у справі про відповідність законодавства та практики Бельгії вимогам Орхуської конвенції в частині права громадських організацій на доступ до правосуддя (ECE/MP.RP/C.1/2006/4/Add.2) [12] Комітет з дотримання вказав на те, що сторони конвенції не зобов'язані створювати систему загальнонародних позовів (*“actio popularis”*) в їх національній системі права, яка б передбачала можливість оскаржити будь-яке рішення, дій чи бездіяльності, що стосуються навколишнього середовища. Тобто, Україна могла б створити такий порядок, і такий стан законодавства не суперечив би положенням Орхуської конвенції, однак безпосередньо з Орхуської конвенції він не витікає.

В Україні відсутній спеціальний порядок подання позовів про оскарження порушень національного законодавства, яке стосується охорони довкілля. Загальний порядок, передбачений ч. 1 ст. 3 ЦПК та ч. 1 ст. 6 КАС, дозволяє звернутися до суду лише у разі порушення, невизнання чи оспорювання прав чи охоронюваних законом інтересів. У зв'язку з цим положення ч. 3 ст. 9 Орхуської конвенції можуть діяти через застосування положень ч. 1 ст. 3 ЦПК та ч. 1 ст. 6 КАС, однак, не за допомогою

позовів про порушення прав, а за допомогою позовів про захист охоронюваного законом інтересу. Таким чином, оскаржуючи дії чи бездіяльність державних органів чи приватних осіб, у разі порушення ними чинного законодавства, громадськість повинна мати охоронюваний законом інтерес.

Положеннями ч. 3 ст. 9 Орхуської конвенції громадськості надано винятковий режим процесуальної заінтересованості, який полягає у наданні права оскаржувати будь-які порушення чинного законодавства, що стосується довкілля, навіть у разі коли вони не пов'язані з порушенням їх суб'єктивного права. Мотивами встановлення «виняткового» режиму є заохочення та встановлення гарантій для подання позовів про оскарження порушення законодавства, що стосується охорони навколишнього природного середовища, беручи до уваги велике суспільне значення таких позовів.

Також через положення ч. 3 ст. 9 Орхуської конвенції набуває певного закріплення і захисту право кожної людини жити в навколишньому середовищі, сприятливому для її здоров'я та добробуту, яке з необхідністю передбачає можливість захищатися проти дій, які загрожують такій безпеці, у т.ч. від порушень процедурних норм екологічного законодавства.

Беручи до уваги «цільовий» характер порядку доступу до правосуддя, передбаченого ч. 3 ст. 9 Орхуської конвенції, використання такого виняткового режиму процесуальної заінтересованості для захисту інших інтересів, аніж охорона довкілля чи забезпечення екологічної безпеки не відповідатиме «духу» і меті положень ч. 3 ст. 9 Орхуської конвенції. На підставі викладеного вище, можна прийти до висновку, згідно з яким, ч. 3 ст. 9 Орхуської конвенції надає представникам громадськості право оскаржити порушення положень національного законодавства, за умов недоведеності порушення їх права, лише у разі:

1. коли в результаті такого порушення має місце негативний вплив на довкілля;
2. коли порушення правових норм призводить до того, що дії державних органів чи приватних осіб, щодо забезпечення екологічної безпеки чи охорони навколишнього природного середовища стають явно менш ефективними, з точки зору забезпечення екологічної безпеки та/чи охорони довкілля.

Можливість оскарження порушень чинного законодавства при недоведеності порушення прав чи зазначених вище двох обставин лише призведе до встановлення нічим не виправданих перешкод у діяльності державних органів та інших осіб. Беручи до уваги положення преамбули Орхуської конвенції це не було і не могло бути метою ч. 3 ст. 9 останньої.

Використані джерела:

1. Гуржєєва Н. Захист невизначеного кола споживачів в ЄС та в Україні. – К.: Програма розвитку ООН, 2009. – 106 с.,
2. Ендроска Е., Бар М., Стоцькевич М., Швед Д. Часть III Сотрудничество между органами власти по окружающей среде и ЭКО в Польше // Органы власти по окружающей среде и экологические общественные организации (ЭКО): на пути к

сотрудничеству. Сравнительный обзор / [Е. Ендроска, Я. Ежмански, Е. Сроес, С. Кейси-Лефковиц и др.] ; под. ред. Е. Ендроски. – Вроцлав, 2001. – 215 с.

3. Кобецька Н.Р. Екологічні права громадян України: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.06 / Інститут держави і права імені В.М. Корецького. – К., 1998. – 17 с.

4. Козак З. Доступ до правосуддя з питань довкілля [посібник] / Козак З., Тустановська І. – Львів: Мета, 2002. – 200 с.

5. Краснова М. В. Проблеми імплементації в Україні положень Орхуської конвенції // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. – Юридичні науки. – 2000. - Випуск 40. – С. 30 – 35.

6. Мясиикова Н.К. Виды исков в гражданском судопроизводстве: Учебное пособие. — Саратов: Изд-во Саратов. гос. акад. права, 2002. – С. 59 – 60;

7. Рабінович П. М.: Основи загальної теорії права та держави. Видання 5-те, зі змінами. Навчальний посібник.— К.: Атіка.— 2001.— С. 123. [Електронний ресурс]. – Режим доступу. - <http://law.biz.ua/books/0008/0062.htm>.

8. Справа за позовом особа 1, особа 2 до Міністерства охорони навколишнього природного середовища України про визнання протиправною його бездіяльність // Архів Окружного адміністративного суду міста Києва. – 2009 рік. – реєстраційний номер. - № 10/23.

9. Степаненко Т.В. Відкриття провадження у справах за позовами про захист прав та інтересів невизначеного кола осіб // Форум права. -2007. -№ 3. –С.256-263 [Електронний ресурс]. –Режим доступу: <http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2007-3/07stvnko.pdf> - .;

10. Степаненко Т.В. Щодо процесуального положення осіб, які звертаються до суду з позовом про захист невизначеного кола осіб // Ученые записки Таврического национального университета им. В. И. Вернадского Серия «Юридические науки». Том 20 (59). – № 1. 2007. – С. 149 – 155.

11. Судовий захист екологічних прав громадян України : довідник для суддів / М. Краснова, Малишева Н., Шевчук П. [та ін.]. – Київ : КМ Академія, 2001. – С. 34.

12. Findings and recommendations with regard to compliance by Belgium with its obligations under the Aarhus Convention in relation to the rights of environmental organizations to have access to justice (Communication ACCC/C/2005/11 by Bond Beter Leefmilieu Vlaanderen VZW (Belgium)).

13. John E. Bonine Chapter 3 The public's right to enforce environmental law // Handbook on Access to Justice under Aarhus Conventin / [S. Stec, D. Skrylnikov, J. E. Bonine and others]. – SZENTENDRE: The Regional Environmental Center for Central and Eastern Europe, 2003. – P. 31 – 37.

14. Nicolas de Sadeler Access to Justice in Environmental Matters. Final Report [Nicolas de Sadeleer, Gerhard Roller, Mariam Dross]. – 44 p.

Статтю присвячено правовим аспектами доступу до правосуддя з питань, що стосуються навколишнього середовища. Запропоновано підхід до вирішення низки

проблемних питань оскарження заінтересованою громадськістю порушення вимог законодавства в сфері охорони навколишнього середовища.

Ключові слова: доступ до правосуддя; екологічні права; захист екологічних прав.

Стаття посвящена правовим аспектам доступа к правосудия по вопросам, касающимся окружающей среды. Предложен подход к решению ряда проблемных вопросов обжалования заинтересованной общественностью нарушений требований законодательства в сфере охраны окружающей среды.

Ключевые слова: доступ к правосудию; экологические права; защита экологических прав.

The article is devoted to the legal issues of access to justice in environmental matters. The author proposes the approach that could solve certain problematic issues that appear while appealing the breaches of the environmental protection law requirements.

Key words: access to justice; environmental rights; environmental rights protection.

**Шевчук Людмила Афанасіївна**

начальник відділу представництва держави в кримінальних справах
Секретаріату Урядового уповноваженого
у справах Європейського суду з прав людини,
Міністерство юстиції України

**Особливості дотримання формальних вимог при
зверненні до Європейського Суду з прав людини,
гарантованих Конвенцією про захист прав людини і
основоположних свобод**

Пункт 1 статті 35 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі по тексті – "Конвенція") передбачає, що заява про порушення гарантованих Конвенцією прав має бути подана до Європейського суду з прав людини (далі по тексті – "Європейський суд") впродовж шести місяців від дати постановлення остаточного рішення на національному рівні [1].

Як видно, дане положення закріплює дві умови прийнятності – "правило шестимісячного строку" та "вимогу вичерпання". Зазначені умови не є автономними. Навпаки, вони існують у тісному зв'язку одна з одною. При чому важливість розуміння саме другої умови превалює при вирішенні того, чи є подана до Європейського суду заява прийнятною до розгляду.

Існування вимоги вичерпання національних засобів юридичного захисту перед зверненням до Європейського суду продиктовано сутністю цієї міжнародної судової установи. Так, Європейський суд є контролюючим органом, природа якого є субсидіарною по відношенню до національних систем захисту прав і свобод. Своїми рішеннями він здатен захистити того, хто до нього звертається від порушення державою гарантованих Конвенцією прав та, у разі їх порушення, зобов'язати державу надати постраждалому заявнику відповідну до певної ситуації компенсацію. Однак, розгляду заяви про порушення прав у Європейському суді має передувати процес захисту прав на національному рівні. Лише після того, як національні механізми виявляться нездатними захистити права або ж буде встановлено, що такі механізми взагалі відсутні на національному рівні, суддею у спорі може виступити згадана міжнародна судова установа.

Саме для того, щоб не допускати виконання Європейським судом ролі суду "першої інстанції" стаття 13 Конвенції зобов'язує держави, які її ратифікували, організувати свою правову систему таким чином, щоб вона могла на національному рівні забезпечити вирішення справ про порушення Конвенції та надання відповідного відшкодування у разі виявлення порушень. Покладення на держави-учасниці Конвенції таких зобов'язань призводить до того, що Європейський суд одночасно з розглядом заяви про порушення прав, гарантованих Конвенцією, може досліджувати і сумніви заявників щодо існування на національному рівні засобів юридичного захисту або сумніви щодо ефективності існуючих засобів. Результатом такого

розгляду може бути констатація порушення державою взятих на себе зобов'язань, яких вона має дотримуватися згідно зі статтею 13 Конвенції.

Отже, при зверненні до Європейського суду із заявою про порушення конвенційних прав варто уважніше ставитися до другої умови прийнятності ("вимога вичерпання"), оскільки саме існування чи відсутність можливості домогтися констатації порушення та відповідного відшкодування на національному рівні вирішальною мірою впливає на визначення того моменту, від якого Європейським судом буде відраховуватися передбачений статтею 35 Конвенції шестимісячний строк, впродовж якого може бути подана заява.

Однак, очевидна простота розуміння вимоги вичерпання національних засобів юридичного захисту в деяких ситуаціях приховує ризик отримання заявником від Європейського суду відмови розглядати його скарги з причин порушення правила шестимісячного строку. Так, непрописаний у статті 35 Конвенції підхід Європейського суду до встановлення "точки відліку" для подачі заяви про порушення прав у нестандартних ситуаціях можливо зрозуміти лише через його практику.

Виходячи з викладеного, метою даної статті є доведення того, що закріплена у пункті 1 статті 35 вимога вичерпання національних засобів юридичного захисту не є шаблонною. Відповідно, важливим є наявність у потенційного заявника вміння виявити згадану вище "точки відліку". Це є однією із гарантій уникнення відхилення Європейським судом заяви про порушення прав з формальних підстав.

У зв'язку з цим далі дослідженню підлягатиме специфіка різних ситуацій, які розглядалися Європейським судом, та практика ухвалення ним рішень у цих ситуаціях.

Висновки Європейського суду за результатами розгляду скарг заявника на порушення державою його права на пенсію у справі "Мирошніченко проти України" [2] яскраво ілюструють необхідність наявності вміння зорієнтуватися в системі національних юридичних механізмів відновлення порушеного права для того, щоб не прогаяти встановлені Конвенцією строки звернення до Європейського суду.

Заявник у цій справі – пенсіонер за віком, який 12 липня 1998 року іммігрував до Федеративної Республіки Німеччина. До того, як заявник залишив країну, він 3 липня 1998 року отримав пенсію за шість наступних місяців, і у подальшому ці виплати з боку України не здійснювалися. Починаючи з жовтня 2003 року заявник вирішив вимагати в Конституційному Суді України визнання неконституційною статті 92 Закону України "Про пенсію" (цим положенням передбачається позбавлення пенсії громадян, які виїхали для постійного проживання за кордон і встановлюється, що така категорія осіб до моменту залишення України отримує пенсію за шість наступних місяців). Паралельно заявник звернувся із заявами про порушення його прав до Омбудсмана і до Верховного Суду України. Отримавши листи від Конституційного Суду та Верховного Суду України про те, що ними не можуть бути вирішені питання, які порушував заявник, він 13 березня 2004 року звернувся із заявою про порушення його прав до Європейського суду. Його скарги до Європейського суду були пов'язані з тим, що Україна припинила виплачувати йому пенсію, оскільки він виїхав до ФРН. Європейський суд почав оцінювати зроблені

заявником на національному рівні кроки щодо захисту своїх прав і дійшов висновку про те, що його заява є неприйнятною, оскільки національна правова система не мала таких засобів, які б могли вирішити спір заявника із державою і, у разі виявлення порушень, надати заявнику компенсацію. Отже, за висновками Європейського суду, перебіг шестимісячного строку у ситуації заявника почався з моменту порушення його прав. Європейський суд вирішив, що таким моментом був липень 1998 року, оскільки саме в цей час заявник дізнався, чи повинен був дізнатися, про те, що у подальшому йому пенсія виплачуватися не буде з огляду на правила, передбачені статтею 92 Закону України "Про пенсію". При цьому варто звернути увагу на те, що позиція Європейського суду стосовно відсутності національних засобів юридичного захисту була обґрунтованою. Так, посилаючись на свої висновки у інших справах щодо України, Європейський суд постановив, що, оскільки проблема заявника була пов'язана із законодавчо закріпленими правилами пенсійного забезпечення в Україні, його ситуація не могла бути вирішена Верховним Судом України, так як українські суди загальної юрисдикції не мають повноважень змінювати законодавство [3], і Конституційним Судом України, так як заявник не мав права на конституційне звернення [4].

Відтак, один із непрописаних у статті 35 Конвенції підходів Європейського суду до встановлення "точки відліку" шестимісячного строку для подачі заяви про порушення конвенційних прав стає зрозумілим з огляду на його практику: у випадках відсутності національних засобів юридичного захисту або у випадках, коли існуючі засоби юридичного захисту визнаються неефективними, перебіг шестимісячного строку починається з дня, коли відбулося порушення конвенційних прав [5].

З цього підходу випливає, що правило прийнятності вимагає вичерпання виключно "ефективних" засобів юридичного захисту. Ефективними визнаються такі засоби, які є доступними і достатніми для того, щоб визнати на національному рівні порушення гарантованих Конвенцією прав і забезпечити особі отримання відповідного відшкодування. Також ці засоби мають виявляти не лише свій теоретичний, а й практичний характер. При цьому слід пам'ятати, що контекст стверджуваних порушень обумовлює свій набір вимог для того, щоб засіб захисту вважався ефективним. Наприклад, якщо досліджувати засіб юридичного захисту у випадках екстрадиції (екстрадиція особи до країни, де вона може зазнати поведження, забороненого статтею 3 Конвенції), то ефективним він буде тоді, коли буде здатен не допустити здійснення заходів, які суперечать Конвенції і наслідки яких можуть бути необоротними [6]. У контексті скарг про порушення права на приватне життя при здійсненні таємного спостереження в ході розслідування кримінальної справи "ефективність" вимагає наявності гарантії повідомлення особи про вжиття щодо неї таких заходів після того, як зникнуть підстави для такого спостереження [7]. Питання про порушення справедливості провадження на національному рівні може розглядатися Європейським судом лише після ухвалення на національному рівні остаточного рішення у справі [8].

У своїх рішеннях Європейський суд неодноразово висловлював своє ставлення до ситуацій, коли заявниками на національному рівні використовувалися

неефективні засоби юридичного захисту. Так, за цих обставин перебіг шестимісячного строку не переривається, що може призвести до відхилення заяви на підставі прогаяння встановленого статтею 35 Конвенції часу [9].

Важливість використання саме "потрібних" за обставин кожної конкретної справи засобів юридичного захисту можна проілюструвати на прикладі справи "Ульянов проти України" [10]. Заявник в порядку статті 248-1 Цивільного процесуального кодексу України, чинного до 1 вересня 2005 р., подав до суду скаргу на дії працівників податкової міліції, які нібито незаконно у його офісі провели обшук та у подальшому нібито незаконно його затримали. Провівши аналіз національних правових норм Європейський суд дійшов висновку, що ініційована заявником процедура не могла призвести до встановлення незаконності дій працівників податкової міліції, оскільки дії органів досудового слідства, до яких вони вдалися при розслідуванні справи, підлягають оскарженню в порядку статті 110 Кримінально-процесуального кодексу України. Ініційована заявником в порядку цивільного провадження процедура також жодним чином не могла призвести до отримання заявником компенсації за стверджувану шкоду. В результаті Європейський суд констатував, що, з урахуванням специфіки скарг заявника, засіб юридичного захисту, до якого він вдався, не можна вважати ефективним у розумінні статті 35 Конвенції. Відтак, шестимісячний строк у даній справі почав спливати з дня стверджуваного порушення прав заявника, а використання ним неефективного засобу юридичного захисту перед зверненням до Європейського суду призвело до прогаяння ним часу. Його заяву в цій частині скарг було визнано неприйнятною. При цьому Європейський суд звернув увагу на те, що заявник був адвокатом, а тому розуміння ним неефективності цивільного провадження, враховуючи обставини його справи, було очікуваним для Європейського суду.

Варті також уваги і наступні підходи Європейського суду до встановлення "точки відліку" шестимісячного строку для подачі заяви про порушення конвенційних прав. Маються на увазі ситуації, в яких неефективність національних засобів юридичного захисту не видається одразу такою очевидною та однозначною, як у вищенаведеній справі. Так, за певних обставин, спочатку задіяні національні засоби юридичного захисту задовольняють заявника, а їх неефективність стає зрозумілою (чи має стати зрозумілою) лише пізніше. В таких випадках шестимісячний строк може обчислюватись з часу, коли заявник дізнався або мав би дізнатись про такі обставини [11]. У справі "Володимир Поліщук і Світлана Поліщук проти України" Європейський суд не дорікав заявниці за зроблені нею на національному рівні кроки (в порядку Цивільного кодексу України та Закону України "Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями органів дізнання, досудового слідства, прокуратури і суду") для отримання компенсації за порушене право на повагу до приватного життя до ухвалення в порушеній нею процедурі рішення судом апеляційної інстанції (який постановив, що виключно Закон України "Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями органів дізнання, досудового слідства, прокуратури і суду" має поширюватися на питання стосовно незаконності

проведення обшуку, а ситуація із заявницею не могла бути вирішеною за його допомогою, так як вона не була ні підозрюваною, ні обвинуваченою у справі), оскільки положення Цивільного кодексу України були навіть Урядом-відповідачем визнані як такі, що могли забезпечити досягнення заявницею успіху [12].

Отже, усе вищевикладене вказує на те, що питання існування на національному рівні засобів юридичного захисту, так само як і питання ефективності існуючих засобів юридичного захисту є першочерговим предметом спору між заявником та державою-відповідачем на етапі дослідження Європейським судом заяви про порушення Конвенції на предмет подачі її в межах шестимісячного строку, який вимагається статтею 35 Конвенції. Зазначений спір полягає у наступному. На державі, яка заявляє про невичерпання національних засобів юридичного захисту, лежить обов'язок доведення того, що ці засоби є достатніми і доступними як у теорії, так і на практиці [13]. У свою чергу на заявникові лежить обов'язок доведення використання ним наведених державою-відповідачем засобів юридичного захисту, а у разі їх ігнорування – обов'язок доведення того, що з якихось причин у конкретній справі ці засоби мають бути визнані неадекватними та неефективними, або ж наведення обґрунтованих пояснень щодо існування певних обставин справи, які б звільняли заявника від цих обов'язків [14]. При цьому одних лише сумнівів щодо досягнення успіху при використанні наведених державою-відповідачем засобів юридичного захисту не достатньо для того, щоб заявник був звільнений від ініціювання на національному рівні відповідних процедур [15].

У результаті можна зробити висновок про те, що варіативність ситуацій, у яких Європейський суд вирішує питання про існування національних засобів юридичного захисту, не дозволяє окреслити єдиний шаблон, яким має користуватися особа при подачі заяви до Європейського суду. Дослідження заяви на предмет подачі її в межах шестимісячного строку проводиться Європейським судом з урахуванням специфіки скарг про порушення Конвенції, про які йдеться у цій заяві, загального правового та політичного контексту, в якому функціонують засоби юридичного захисту, а також особливих обставин у справі заявника.

Використані джерела:

1. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод (Офіційний переклад) // [Електронний ресурс] - режим доступу: <http://zakon.nau.ua/doc/?uid=1014.5336.2&nobreak=1>

2. *Myroshnychenko v. Ukraine*, ухвала від 3 квітня 2007 р., заява № 10205/04 // [Електронний ресурс] - режим доступу: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=10205/04&sessionId=66672723&skin=hudoc-en>

3. Рішення у справі "Глова і Брегін проти України" (*Glova and Bregin v. Ukraine*) від 28 лютого 2006 р., заяви №№ 4292/04 та 4347/04, п. 14 // [Електронний ресурс] - режим доступу: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=4292/04&sessionId=66675903&skin=hudoc-en>

4. Рішення у справі "Проніна проти України" (*Pronina v. Ukraine*) від 18 липня 2006 р., заява № 63566/00, п. 24 // [Електронний ресурс] - режим доступу: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=63566/00&sessionid=66675952&skin=hudoc-en>

5. Ухвала Європейського суду в справі "Хазар та інші проти Туреччини" (*Hazar and Others v. Turkey*) від 10 січня 2002 р., заява № 62566/00 // [Електронний ресурс] - режим доступу: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=62566/00&sessionid=66676043&skin=hudoc-en>

6. Рішення у справі "Чонка проти Бельгії" (*Čonka v. Belgium*) від 5 лютого 2002 р., заява № 51564/99, п. 79 // [Електронний ресурс] - режим доступу: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=3&portal=hbkm&action=html&highlight=51564/99&sessionid=66676533&skin=hudoc-en>

7. Рішення у справі рішення у справі "Класс та інші проти Німеччини" (*Klass and Others v. Germany*), від 6 вересня 1978 року, заява № 5029/71, п.п. 68-70 // [Електронний ресурс] - режим доступу: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Klass&sessionid=66676114&skin=hudoc-en>

8. Рішення у справі "Зеба проти Польщі" (*Zięba v. Poland*) від 3 червня 2008 р., заява № 4959/04 // [Електронний ресурс] - режим доступу: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=4959/04&sessionid=66676282&skin=hudoc-en>

9. *Prystavka, Rezgui c. France*, ухвала від 7 листопада 2000 р., заява № 49859/99 // [Електронний ресурс] - режим доступу: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=2&portal=hbkm&action=html&highlight=49859/99&sessionid=66676533&skin=hudoc-en>

10. *Ulyanov v. Ukraine*, ухвала від 5 жовтня 2010 р., заява № 16472/04 // [Електронний ресурс] - режим доступу: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=16472/04&sessionid=66676533&skin=hudoc-en>

11. Ухвала у справі "Лашін проти Туреччини" (*Laçin v. Turkey*) від 15 травня 1995 року, заява № 23654/94 // [Електронний ресурс] - режим доступу: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=23654/94&sessionid=66676533&skin=hudoc-en>

12. *Vladimir Polishchuk and Svetlana Polishchuk v. Ukraine*, рішення від 30 вересня 2010 р., заява № 12451/04, п.п. 15,17,39 // [Електронний ресурс] - режим доступу: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=12451/04&sessionid=66676533&skin=hudoc-en>

13. Рішення у справі "Ментеш та інші проти Туреччини" (*Menteş and Others v. Turkey*) від 28 листопада 1997, заява № 23186/94, п.57 // [Електронний ресурс] - режим доступу: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Mente%u015F%20%7C%20Others&sessionid=66676533&skin=hudoc-en>

14. Рішення у справі "Селмуні проти Франції" (*Selmouni v. France*), від 28 липня 1999 р., заява № 25803/94, п.п.74-77 // [Електронний ресурс] - режим доступу: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=2&portal=hbkm&action=html&highlight=25803/94&sessionid=66676533&skin=hudoc-en>

15. Ухвала в справі "Пляцевий проти України" (*Plyatsevyu v. Ukraine*) від 25 листопада 2008 року, заява № 8783/04 // [Електронний ресурс] - режим доступу: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=8783/04&sessionid=66676533&skin=hudoc-en>

16. Рішення у справі "Аквідар та інші проти Туреччини" (*Akdivar v. Turkey*) від 16 вересня 1996, заява № , п.п. 68-69 // [Електронний ресурс] - режим доступу: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Akdivar&sessionid=66676533&skin=hudoc-en>

В статті проаналізовані формальні вимоги, дотримання яких є обов'язковим при зверненні до Європейського Суду з прав людини.

Ключові слова: звернення до Європейського Суду з прав людини, умови прийнятності, шестимісячний строк, вичерпання національних засобів юридичного захисту.

В статье проанализированы формальные требования, соблюдение которых является обязательным при обращении в Европейский Суд по правам человека

Ключевые слова: обращение в Европейский Суд по правам человека, условия приемлимости, шестимесячный срок, исчерпание национальных средств защиты.

The article provides the analyses of the formal requirement which must be satisfied by those who apply to the European Court of Human Rights.

Key words: lodging an application with the European Court of Human Rights, admissibility criteria, six-month period, exhaustion of domestic remedies

Над випуском працювали:

*Відповідальний секретар:
Олександр Москалюк*

*Комп'ютерна верстка:
Павло Залізник*

*Дизайн обкладинки:
Інна Бондаренко*

*На обкладинці використано фото Прес-центру
Київського національного університету імені Тараса Шевченка*