

Електронне видання

2013 - №3 (4)

ПРАВО І ГРОМАДЯНСЬКЕ СУСПІЛЬСТВО

науковий журнал

Рекомендовано Вченою радою Київського національного університету імені Тараса Шевченка до поширення через мережу Інтернет

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

Наказом Міністерства освіти і науки України від 10.10.2013 №1411 електронне періодичне видання "Право і громадянське суспільство" включено до Переліку наукових фахових видань України

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.

Рекомендовано Вченою радою юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка до поширення через мережу Інтернет (Протокол №5 від 24.03.2014 р.)

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, доц.

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.

д-р. 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

http://lcslaw.knu.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

Теорія та історія держави і права

<i>Малишев Б.В.</i> Чи є людина частиною правової системи?.....	4
<i>Дідич Т.О.</i> Поглиблення взаємодії держави та громадянського суспільства як передумова вдосконалення правотворчості в Україні.....	11
<i>Костенко О.Б.</i> Евристика права (загальний підхід).....	21
<i>Чаплук О.І.</i> Теоретико-правові проблеми доктринального визначення суб'єктів міжнародної правотворчості.....	30

Конституційне право

<i>Рабінович С.П.</i> Фактична конституція та неофіційні основи соціально-політичного порядку.....	38
<i>Васильченко О.П.</i> До питання про співвідношення категорій рівності та рівноправності.....	67

Цивільне та земельне право

<i>Бондарєва М.В.</i> Види і підстави спадкування: теорія і нотаріальна практика.....	74
<i>Діковська І.А.</i> Окремі прояви принципу добросовісності під час реалізації міжнародних приватних договірних зобов'язань.....	80
<i>Ripenko A.</i> Urban and land planning legislative reform.....	88

Інформаційне право

<i>Комзюк Л. Т.</i> Правові проблеми створення суспільного мовлення в Україні в контексті соціалізації авторського права і суміжних прав.....	92
---	----

Кримінальне право і процес

<i>Задоя К.П.</i> Процесуальні особливості реалізації кримінального закону, що скасовує злочинність діяння, за Кримінальним процесуальним кодексом 2012 року.....	108
<i>Виноградова А.І.</i> Початок досудового розслідування порушень законодавства про захист рослин.....	116

Філософія права

<i>Панькевич О.З.</i> Лібералізм і комунітаризм: до питання про дві парадигми сучасної політико-правової філософії.....	122
---	-----

**Малишев Борис Володимирович**

доктор юридичних наук,
доцент кафедри теорії права та держави
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

Чи є людина частиною правової системи?

У наших попередніх публікаціях з тематики правової системи у контексті розмежування правових сфер суцього та належного, було обґрунтовано дві важливі для юридичного знання тези: 1) правова система – це сукупність об'єктивних правових явищ зі сфери належного, тобто тих правових явищ, які беруть безпосередню участь у правовому регулюванні суспільних відносин (норми права та форми права як результат правотворчості; суспільна правова ідеологія; домінуючий тип право розуміння; правовідносини як модель зв'язку суб'єктивних прав та юридичних обов'язків; індивідуально-правові акти правозастосування; юридична практика як сукупність правоположень, що виникли в результаті реалізації норм права); 2) теорія правової системи є найважливішою для юридичної науки і практики теоретичною базою пізнання правових явищ.

Отже, реально існуючий поділ правових явищ на дві сфери обумовлює особливе значення тієї частини теоретичної юридичної науки, що являє собою теорію правової системи. Натомість ще з радянських часів як на рівні наукових праць, так і на рівні навчальної літератури превалює так званий «змішаний підхід», коли одночасно досліджуються принципово різні за своєю природою групи явищ: інструменти правового регулювання; об'єкти правового регулювання; результати правового регулювання; соціальні фактори, що впливають на правове регулювання як каузальна причина; соціальні фактори, що впливають на правове регулювання як цільова причина; об'єктивні правові явища; суб'єктивні правові явища.

Такий підхід апіорі не може бути продуктивним через повну відсутність адекватної методологічної бази для подібного дослідження та безпідставне намагання підвести єдину основу під всі (або більшість) правових явищ. Показово, що у навчальних посібниках, побудованих на вказаному змішаному підході, автори навіть не намагаються пояснити, чому принципово різні правові явища розглядаються ними в одному понятійному ряді.

Я. Магазінер ще у 1925р. вірно вказував, що внаслідок невиправданого змішування науки про ідею права, науки про соціальні причини та функції права, науки про позитивне право, в рамках загальної теорії права накопичується величезна кількість неюридичного матеріалу. Між тим загальна теорія права повинна являти собою

передусім юридичні начала для всіх галузевих юридичних наук, у ній повинні бути зосереджені всезагальні елементи права, винесені за межі загальних частин всіх галузей права. При цьому ми поділяємо точку зору автора на те, що вказані неюридичні фактори також підлягають вивченню з боку правознавців [4, с.17], однак лише в якості таких автономних груп явищ, що хоча і пов'язані з правом, але не є частиною його сутності.

Як видно з вищевказаного, ми поділяємо точку зору, що людина, суб'єкт права та його діяльність не входять до складу правової системи. На наш погляд, необхідно додатково зупинитися на обґрунтуванні вказаної тези. Питання суб'єкта права та структури правової системи є вельми актуальним, виходячи з важливого значення феномена людини у сучасному гуманітарному знанні, а також на тому, що багато хто з дослідників проблематики правової системи беззастережно (і, як правило, не наводячи відповідної аргументації) розглядає людину ледве не в якості центра правової системи.

В. Сагатовський відзначав, що одним із критеріїв відмежування внутрішнього від зовнішнього є критерій необхідності. Необхідне (без чого явище не може існувати), є внутрішнім, а випадкове (те, без чого явище може існувати), виступає як зовнішнє [6, с. 218]. Правова система не може існувати без елементів, які позбавляють її можливості здійснювати правове регулювання, адже лише за допомогою правового регулювання вона може досягнути мети, вирішити внутрішні протиріччя й еволюціонувати. Тому правові явища, які характеризують об'єкти та суб'єкти правового регулювання, є важливими для пізнання правової дійсності, правового життя, але не є необхідними для правового регулювання як сфери належного і тому не входять до складу правової системи. Перебування їх у складі правової системи призведе до неправильного виконання нею своїх функцій, внутрішньої дезінтеграції, а також до порушення цілісності через те, що вони за своєю природою належать до інших систем.

Отже, для відповіді на питання про склад правової системи визначальним є усвідомлення концептуальної тези про те, що і право як певна субстанція, і правове регулювання є сферою належного, а не сущого. Одночасно це є методологічним напрямом до розв'язання дискусійних і широко обговорюваних питань про те, чи входять до складу правової системи людина (суб'єкт права) та правові установи, а також до вирішення питання про зміст правовідносин як компонента правової системи.

Деякі вчені підтримують позицію, згідно з якою саме суб'єкт є центром правової системи. В цьому випадку ми поділяємо думку О. Зайчука та Н. Оніщенко, які вважають вказану позицію наслідком відсутності логічної стрункості в основних категоріях правової системи. До правової системи входять права, свободи, обов'язки, але не їх носії. Розгляд суб'єктів в якості частини правової системи перетворює її на беззмістовну, позбавлену здорового глузду абстракцію. У зв'язку з цим юридичній діяльності так само слід відмовити у статусі елемента правової системи через те, що її сутність полягає у дії,

що реалізовується, а це властиве лише людині, але не регулятивній системі, яка спрямовує діяльність людини [1, с.11].

Людина не може мати статус складової частини правової системи, оскільки: а) людина не є правовим явищем; б) буття людини не має суто юридичних вимірів, право завжди тут виступає у другорядній ролі; в) правова система, як і будь-яка інша регулююча деонтична система, об'єднує явища, які виражають належне, водночас людина є фактом дійсності, тобто сущим; г) поведінка людей, суспільні відносини є об'єктом регулювання правової системи.

Наведені аргументи цілком придатні для обґрунтування того, що правові установи також не є частиною правової системи. Такий різновид правових установ, як органи державної влади, є складовою політичної системи суспільства, а наукові (освітні) юридичні заклади є складовою духовно-інтелектуальної системи суспільства.

Цілокупна людина є найважливішою структурною частиною соціальної макросистеми. Протилежне твердження автоматично означатиме, що людина одночасно є елементом усіх систем суспільства, що є методологічно абсурдним. Наприклад, існує думка, що людина та її правова діяльність є системоутворюючим елементом правової системи, але при цьому не заперечується, що людина також є системоутворюючим елементом і для економічної системи, і для системи моральних норм. Проте один і той самий елемент може бути системоутворюючим лише відносно однієї системи. Оскільки у людини не може бути суто «юридичної» мети» [9, с. 8], то не може бути суто юридичної діяльності. Юридична діяльність завжди буде лише стороною, формою діяльності політичної, управлінської, економічної тощо.

На підтвердження нашої позиції зробимо посилання на Н. Лумана, одного з найвпливовіших дослідників соціальних систем, який вказував, що хоча соціальні системи і виникають завдяки взаємодії людей, але люди не є складовими цих систем [3, с. 8].

Отже, і людина, і правові установи є частинами інших систем. Тобто вони характеризують не правову систему, а середовище, в якому вона діє.

Розгляд людини в якості частини правової системи у певному сенсі є даниною поширеній нині тенденції антропологізації юридичної науки в цілому. У жодному разі не заперечуючи цінності й важливості антропологічного виміру правових явищ, зауважимо, що його не можна абсолютизувати і тим більше шукати його прояви у несумісних з ним наукових конструкціях.

Може скластися хибне уявлення, що теза про виключення людини зі складу правової системи спростовується тим, що людина є суб'єктом правовідносин, які, як було вказано вище, виступають одним із компонентів правової системи. В даному випадку наша позиція полягає у такому: правовідносини не можна ототожнювати ані з

реальними діями людей, ані з фактичними суспільними відносинами, ані з фактичними суб'єктами. Правовідносини є лише імперативною моделлю поведінки їх учасників, але не самою поведінкою.

Ю. Ткаченко, підсумовуючи плідну дискусію щодо проблем правовідносин, що тривала серед радянських учених з 1950-х років, вірно відзначає, що, називаючи відносини правовими, ми йдемо на серйозну умовність, про яку слід завжди пам'ятати, щоб не проголосити правове відношення самостійним видом суспільних відносин. У цьому випадку певним фактичним відносинам надається не змістовна, а лише функціональна характеристика. Вказівка на правовий характер таких відносин свідчить про те, що на ці відносини здійснено правовий вплив з метою їх зміцнення та розвитку або витиснення. Не існує правових у власному сенсі відносин, а є лише правовий спосіб регулювання суспільних відносин [7, с. 101-102].

Дещо раніше Б. Назаров також указував, що правовідносини не зливаються з фактичними суспільними відносинами, формою яких вони виступають, і які, набуваючи правову форму, зберігають свою якісну визначеність та автономність і самі по собі правовими не стають. Такого злиття не відбувається навіть у процесі реалізації правовідношення, коли права і обов'язки його учасників втілюються в їхній поведінці. Те чи інше суспільне відношення набуває форми правового відношення через те, що його учасники стають носіями кореспондуючих одне одному прав та обов'язків, передбачених нормами права. При цьому суб'єктивне право – це лише можливість здійснити певну поведінку або певним чином діяти, але не сама ця поведінка. Своєю чергою, юридичний обов'язок – це також не поведінка особи, а встановлена нормами необхідність здійснення певної поведінки. Людина може і не виконувати певний обов'язок, але він від цього не перестає існувати. Правовідносини існують незалежно від того, чи вчинені дії, які входять до кола можливої або належної поведінки, існують і тоді, коли обидва суб'єкта взагалі не діють [5, с. 41, 60-62, 64].

Останніми двома тезами спростовується думка тих учених, які вважають, що поведінка суб'єктів правовідносин є змістом цих правовідносин. Поведінка суб'єктів, як і самі суб'єкти, є змістом відповідних суспільних відносин, що регулюються правом.

Під правовідносинами не коректно розуміти реально існуючі вчинки конкретних суб'єктів і реальні суспільні відносини, оскільки право як вираз належного не може вміщувати в собі також і суще. Конкретні діяння людини у певній життєвій ситуації ніколи не є правовими явищами, вони (діяння) можуть виступати лише предметом правової оцінки з точки зору їх відповідності певній нормативно закріпленій моделі належної поведінки стосовно вказаної ситуації. У реальному житті не існує якогось окремого виду «правових» відносин, вони завжди є лише конкретизацією загального зразка поведінки, закріпленого у нормі права, до рівня прав і обов'язків суб'єктів

реально існуючих економічних, політичних, духовно-інтелектуальних, управлінських, інформаційних та інших суспільних відносин.

Іноді висловлюється думка про те, що є відносини, які існують лише у правовій формі. Але таке твердження слід визнати невірним. Так, скажімо, процесуальні відносини судового розгляду справи або відносини правотворчості не можуть бути прикладами суто правових відносин, тому що в цьому випадку йдеться про правове регулювання управлінських (організаційних) відносин.

Право є лише одним із суспільних регуляторів, тому конкретні відносини, як правило, одночасно перебувають під регулятивним впливом кількох систем соціальних норм. Візьмемо для прикладу економічні за змістом відносини з купівлі-продажу майна між певними суб'єктами. Ці відносини є предметом регулювання юридичних, моральних, звичаєвих норм. Кожен з видів норм тією чи іншою мірою одночасно діє на суб'єктів, нерідко висуваючи різні, конфліктуючі між собою вимоги до поведінки. Слідуючи логіці вчених, які підтримують ідею розгляду фактичної поведінки суб'єктів в якості змісту правовідносин, ми дійдемо висновку про те, що до сутності економічних відносин з купівлі-продажу входять юридичні, моральні та звичаєві елементи. Але тим самим заперечується субстанційна визначеність об'єкта впливу норм, який розчиняється у приписах, що регулюють його буття, крім того, еклектично поєднується сутність регулятивних приписів з результатом їх впливу та з природою об'єкта їх впливу.

Ще одним аргументом проти розгляду фактичних відносин як змісту правовідносин є можливість неправомірної поведінки відповідних суб'єктів, тобто вчинення ними правопорушення.

Правопорушення відноситься до результату правового регулювання й у багатьох аспектах є правовим явищем, отже, прихильники введення до складу правової системи явищ, що характеризують результат правового регулювання, повинні були б беззастережно підтримати тезу про те, що правопорушення є елементом правової системи. Проте вчені, що обстоюють вказану позицію, не йдуть на цей крок, зважаючи на його явну суперечність природі правової системи, до складу якої вони відносять «правові явища, що корисні для суспільства, які являють для нього цінність», а також «однотипні за своєю правовою сутністю правові приписи та процеси» [2, с. 11; 8, с. 124]. Правопорушення ж не є корисним для суспільства, а також не лише не є однотипним з більшістю інших правових явищ, а взагалі є їхньою протилежністю.

Отже, на прикладі правопорушення особливо чітко видно, що поширена у науковій і навчальній літературі стереотипна позиція щодо ототожнення складу правової системи із сукупністю всіх правових явищ не відповідає ознакам правової системи, які при цьому наводять самі ж прихильники широкого підходу до складу правової системи.

Правопорушення не може бути елементом правової системи, оскільки це призведе до припинення виконання нею регулятивного впливу на дійсність, що полягає у цілеспрямованому розвитку суцього відповідно до суспільних ідеалів, стосовно яких правопорушення виступає як повний антипод, як негативний (недостатній) результат її дії.

Фактичні суспільні відносини, реально існуючі результати правового регулювання (в тому числі правопорушення), види і форми людської діяльності, крім іншого, виявляють дефекти або дисфункції елементів правової системи, вказують на невідповідність чи недостатність правового регулювання і тим самим забезпечують зворотний корегуючий вплив на правову систему. Аналіз комплексу подібних зовнішніх зв'язків правової системи не відноситься до предмета цієї роботи.

Окремо варто зауважити, що до складу правової системи входять деякі негативні юридичні явища, які невід'ємно характеризують певний елемент правової системи як необхідну, функціональну одиницю системи і становлять її безпосередній зміст. До таких негативних явищ можна віднести прогалини у законодавстві, правовий нігілізм (але як елемент суспільної, а не індивідуальної правосвідомості), множинність форм права тощо.

Так само, як у змісті суспільних відносин, що регулюються певними нормами, відсутні сутнісні моменти таких норм, так і у сутності права відсутні елементи об'єктів його впливу (економіки, політики тощо). Економічна, політична сфери життя суспільства, які є суцим, безумовно, впливають на правову систему, виступають її матеріальним джерелом, формулюють ті суспільні потреби й інтереси, що підлягають задоволенню або обмеженню за допомогою юридичних норм. Утім такий вплив у жодному разі не дає підстав казати про структурне злиття суцього з правом або про їх повне взаємопроникнення та функціональну нероздільність.

Використані джерела:

1. Вступ до теорії правових систем : монографія / За ред. О. В. Зайчука, Н. М. Оніщенко. – К. : Юридична думка, 2006. – 432 с.
2. Кухарук Т. В. Правовая система и систематика законодательства : автореф. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Т. В. Кухарук / СПб. ГУ. – СПб., 1998. – 22 с.
3. Луман Н. Поняття цілі і системна раціональність: щодо функції цілей у соціальних системах / Н. Луман ; пер. з нім. М. Бойченко, В. Кебуладзе. – К. : Дух і літера, 2011. – 336 с.
4. Магазинер Я. М. Избранные труды по общей теории права / Я. М. Магазинер. – СПб. : Юридический центр Пресс, 2006. – 352 с.

5. Назаров Б. Л. Социалистическое право в системе социальных связей / Б. Л. Назаров. – М. : Юридическая литература, 1976. – 312 с.
6. Сагатовский В. Н. Основы систематизации всеобщих категорий / В. Н. Сагатовский. – Томск : Изд-во Томского ун-та, 1973. – 431 с.
7. Ткаченко Ю. Г. Методологические вопросы теории правоотношений / Ю. Г. Ткаченко. – М. : Юридическая литература, 1980. – 176 с.
8. Черненко А. К. Теоретико-методологические аспекты формирования правовой системы общества : дисс. ... доктора юрид. наук : 12.00.01 / А. К. Черненко / РАП. – М., 2006. – 382 с.
9. Чулюкин Л. Д. Природа и значение цели в советском праве / Л. Д. Чулюкин. – Казань : Изд-во Казан. ун-та, 1984. – 104 с.

У статті обґрунтовано, що людина, суб'єкт права та його діяльність не входять до складу правової системи.

Ключові слова: *правова система, людина, суб'єкт права, юридична діяльність.*

В статье обосновано, что человек, субъект права и его деятельность не входят в состав правовой системы.

Ключевые слова: *правовая система, человек, субъект права, юридическая деятельность.*

The article is justified that a human, subject of the law and his activities are not part of the legal system.

Key words: *legal system, a human, subject of the law, legal activities.*

*Дідич Тарас Олегович*

кандидат юридичних наук,
доцент кафедри теорії права та держави
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

**Поглиблення взаємодії держави
та громадянського суспільства як передумова
вдосконалення правотворчості в Україні**

Події суспільно-політичного характеру, що відбулись останнім часом в Україні та продовжують впливати на дестабілізацію державно-правового устрою держави, є свідченням того, що існуюча модель механізму формування і розвитку права є недосконалою, потребує свого наукового переосмислення та подальшого вдосконалення. Насамперед, це є свідченням недосконалості правотворчої діяльності, що полягає у незбалансованості повноважень суб'єктів в сфері правотворчості, неефективності здійснення правотворчих повноважень, відсутності дієвого механізму здійснення правотворчості як зі сторони суб'єктів державної влади, так і зі сторони суб'єктів громадянського суспільства. Існуючі ідеї щодо децентралізації державної влади в Україні, федералізації державного устрою в Україні, розширення повноважень органів місцевого самоврядування, перерозподілу повноважень між центральними та місцевими органами державної влади в бік розширення повноважень місцевих органів влади, насамперед, стосуються перерозподілу повноважень в правотворчій сфері. І це є не лише свідченням існуючої кризи в сфері правотворчості, але і свідченням необхідності наукового переосмислення ідеї перерозподілу правотворчих повноважень в контексті сучасних підходів до питання взаємодії держави та інститутів громадянського суспільства в Україні. В юридичній літературі абсолютно справедливо зазначається про те, що сьогодні гостро постає необхідність вироблення єдиної наукової концепції правотворчості, законотворчості, правового регулювання [1]. Цілком підтримуючу ідею концептуалізації наукових результатів, відзначимо необхідність наукового переосмислення проблем правотворчості в контексті удосконалення взаємодії держави та громадянського суспільства. Вченими абсолютно справедливо зазначається про те, що в умовах сучасного правотворення в Україні як в державі перехідного періоду, закон здебільшого являє собою не результат копіткої законотворчої роботи, а скоріше є результатом діяльності різноманітних інституцій громадянського суспільства і держави, що відображається у наявності або відсутності компромісу між різними суспільно-політичними силами [2, с. 228]. Право не може існувати і розвиватися як

абсолютно незалежне явище від політико-економічних процесів в державі, від функціонування громадянського суспільства. Будь-яке право містить в собі в абстрактній формі картину світу свого автора, і будь-яка історична картина світу містить в собі соціальну і політико-економічну тенденцію, яка залежить не від того, що думає в плані теорії та чи інша особа, а від того, що є реально необхідним у правовому регулюванні [3, с. 66]. Тому можливо переконливо говорити про те, що одним з основних завдань сучасної юридичної науки є знаходження певного компромісу в суспільно-політичних і економічних сферах впливу, в тому числі і що стосується компромісу у розподілі правотворчих повноважень і практиці їх здійснення, з огляду на засади взаємозв'язку держави і громадянського суспільства.

Вказаним вище обумовлюється потреба в науковому дослідженні правотворчості як складного багатоаспектного явища, і вирішення такого завдання знаходиться в площині взаємодії держави та громадянського суспільства. Тому в межах цього наукового дослідження вважаємо за доцільне виконати наступне завдання: проаналізувати наукові підходи до характеристики особливостей розвитку і вдосконалення правотворчості в сучасних умовах взаємодії держави та громадянського суспільства в Україні, на підставі чого встановити особливості і зміст паритетних основ участі державних та недержавних суб'єктів у здійсненні правотворчої діяльності.

Наукове дослідження питань правотворчості має тривалу історію і на сьогодні представлено досить широким колом наукових праць як вітчизняних, так і зарубіжних вчених. Проблематика правотворчості вченими досліджується переважно в декількох аспектах. Значна кількість вчених-правознавців вивчають правотворчість як особливий різновид юридичної діяльності по створенню правових норм, у вигляді відповідної форми зовнішнього виразу, тобто розкривають її як частину більш загального явища – юридичної діяльності. Такі наукові праці представлені роботами А. В. Міцкевича, С. В. Поленіної, Д. А. Ковачева, Д. А. Керімова та інших, в яких в цілому розкриваються питання теоретико-правового і практичного характеру правотворчості. Значна частина вчених розглядають правотворчість як самостійне правове явище, що має власні теоретико-правові характеристики (місце в понятійно-категоріальному апараті юридичної науки, функціональне призначення, принципи здійснення тощо), тим самим правотворчість визначається як самостійне юридичне явище, що становить самостійний предмет наукового вивчення зі сторони теорії держави і права. Зокрема, такі погляди представлені у працях В. М. Баранова, Ю. О. Тихомирова, О. І. Ющика та інших. Окрім того, значне коло робіт, що стосуються правотворчості, представлено вченими, які досліджують окремі аспекти правотворчості, зокрема питання суб'єктів, які здійснюють правотворчу діяльність

[4; 5]; процесу здійснення правотворчості [6]; правового статусу правотворчих актів [7; 8]; правотворчих повноважень [9] тощо. Окреме місце в системі наукових досліджень займають наукові роботи, в яких досліджуються теоретико-правові аспекти суміжних з правотворчістю явищ та процесів. Зокрема на дисертаційному і монографічному рівнях досліджено питання законотворчості [10]; окремих різновидів правотворчості [11]; юридичної техніки [12; 13; 14; 15]; правової експертизи [16; 17; 18; 19]; правотворчої політики [20; 21; 22] тощо. Такий стан наукового дослідження проблем правотворчості свідчить про певну розпорошеність наукових робіт, нечіткість змісту результатів таких досліджень, оскільки не вироблено єдиних підходів до розуміння сутності правотворчості, практики її здійснення, особливо тих питань, що стосуються сучасних особливостей розбудови вітчизняного законодавства. Однак, оскільки правотворча діяльність є явищем, що змінюється і залежить від особливостей розвитку суспільства, від ефективності законодавства і його відповідності об'єктивним потребам, правотворча діяльність потребує постійного наукового переосмислення. Перед вітчизняною наукою сьогодні постало непросте завдання – надати відповідь на питання щодо однозначного розуміння сутності і змісту правотворчої діяльності, її суб'єктів та вироблення єдиних концептуальних засад практики здійснення правотворчої діяльності.

На нашу думку, в сучасних умовах реформування державно-правових інституцій в Україні, що здійснюється в умовах посилення глобалізаційних та інтеграційних факторів розбудови державності і правової системи, проблема правотворчості набуває особливо актуального характеру в контексті належного розподілу правотворчих функцій між відповідними суб'єктами. Проте з наукової точки зору розмежування правотворчості та правотворчих функцій за ознакою належності суб'єктів правотворчості до державних інститутів або до інститутів громадянського суспільства не є виправданим. Це пояснюється тим, що правотворчість є комплексною діяльністю, до якої залучені як суб'єкти державної влади, так і населення держави, громадські організації, політичні партії тощо, тобто інститути громадянського суспільства. Не може бути правотворчості, що здійснюється закрито, без участі інститутів громадянського суспільства або без врахування офіційної правотворчої політики держави.

Однак в науковому плані сьогодні значно актуалізується питання розширення меж та форм взаємодії суб'єктів правотворчості, особливо на рівні державних і недержавних суб'єктів. Насамперед, необхідно визнати те, що правотворчість не може здійснюватись автономно. Це обумовлено її соціальним характером і націленістю на регулювання більшості сфер суспільних відносин, тобто стосується інтересів абсолютної більшості суб'єктів суспільства. Відповідно і здійснення

правотворчості відбувається за участю не окремого суб'єкта правотворчості, а всіх, хто впливає на здійснення правотворчої діяльності. Тому наголошуючи на наявності конкретного суб'єкта правотворчості, що виступає автором відповідного правотворчого акту, ми маємо усвідомлювати, що здійснення правотворчості фактично відбувалось за участю і інших суб'єктів правотворчості, що є так званими учасниками правотворчої діяльності.

З наукової точки зору актуальним постає питання взаємодії та взаємовпливу суб'єктів правотворчості, при чому це питання доцільно аналізувати з позиції такої взаємодії і взаємовпливу зі сторони державних суб'єктів правотворчої діяльності, які за своєю природою і призначенням насамперед втілюють у правових приписах інтереси і потреби публічного характеру, та зі сторони недержавних суб'єктів правотворчої діяльності, які є інститутами громадянського суспільства і, відповідно, функціонування яких націлене за реалізацію потреб громадянського суспільства, громадських утворень тощо. Така взаємодія і взаємовплив мають змінний характер, залежить від ролі держави і громадянського суспільства, рівня їх розбудови тощо, однак справедливо буде відзначити доцільність побудови такої взаємодії і взаємовпливу на паритетних засадах, що створюватиме основу для гармонійного розвитку законодавчої бази. Паритетність участі державних та недержавних суб'єктів у здійсненні правотворчості, на нашу думку, може бути узагальнено у двох аспектах: вплив інститутів громадянського суспільства на правотворчу діяльність, що здійснюється державними суб'єктами правотворчості, і вплив суб'єктів державної влади на правотворчу діяльність інститутів громадянського суспільства (народу держави, органів місцевого самоврядування, громадських організацій тощо). Вказані аспекти можливо уявити в межах наступних тез. Насамперед слід зазначити те, що державні та недержавні суб'єкти правотворчості реалізують повноваження в сфері правотворчої діяльності в межах загальної функції по управлінню суспільством шляхом встановлення, зміни або припинення дії правових положень. Тому діяльність вказаних суб'єктів є такою, що підпорядкована загальній потребі суспільства в управлінні, відповідно правотворча діяльність з їх сторони за своєю природою має цілісний, внутрішньо узгоджений характер, що обумовлений загальною метою – забезпечити управління суспільством. Таким чином і здійснення правотворчої діяльності державними і недержавними суб'єктами відбувається у відповідності до загальної мети, нею обумовлюється і визначається. Отже і паритетність їх діяльності є такою, що походить від природи самої правотворчості, від мети щодо здійснення управління суспільством, а також від стану взаємодії держави і громадянського суспільства на відповідному етапі їх розвитку. Окрім того, слід говорити і про те, що правотворча діяльність державних та недержавних суб'єктів є

такою, що має правовий характер, оскільки здійснюється відповідно до нормативно встановлених повноважень, а результати такої діяльності породжують відповідні правові наслідки. Таким чином правотворчість зазначених суб'єктів за правовою ознакою є такою, що заснована на паритетних засадах, оскільки повноваження, процедура здійснення та правовий статус результатів такої правотворчості є такими, що на правовому рівні розмежовані і збалансовані. Так само маємо говорити і про заснованість взаємодії держави і громадянського суспільства на правовій основі, що має становити передумову реалізації такої правової основи у відповідній правотворчій діяльності, яка за своєю сутністю має правовий характер.

Правотворча діяльність державних і недержавних суб'єктів здійснюється у чітко визначених сферах, при чому у певних сферах правотворча діяльність здійснюється або державними суб'єктами правотворчості, або недержавними суб'єктами, або спільно. Однак, необхідно відзначити, що така правотворча діяльність в тій або іншій сфері визначає автора відповідного правотворчого акта, однак не визначає можливості участі у правотворчій діяльності і інших суб'єктів (зокрема трудових колективів, представників громадських організацій, політичних партій тощо). Таким чином паритетність правотворчої діяльності зазначених суб'єктів виявляється у здатності здійснювати правотворчість у визначеній сфері та забезпечити доступ до участі у правотворчій діяльності зі сторони інших зацікавлених суб'єктів. Тим самим можливо простежити взаємодію держави та громадянського суспільства.

Взаємодія держави та громадянського суспільства також виявляється і у механізмі формування державних та недержавних суб'єктів правотворчості, що здійснюється, як правило, шляхом виборів, проте склад державних суб'єктів правотворчості може бути ще і призначений чи затверджений. Тому паритетність правотворчої діяльності зі сторони держави та зі сторони суб'єктів громадянського суспільства виявляється у можливості впливу на їх склад зі сторони населення шляхом визначення тих суб'єктів, які мають увійти до складу суб'єктів правотворчості, з можливістю впливу на їх діяльність, а також з можливістю їх відкликання із займаних посад.

І насамкінець, поглиблення взаємодії держави та громадянського суспільства має відбуватися в контексті поєднання публічних та приватних інтересів і потреб. В результаті ми можемо говорити про те, що правотворча діяльність державних та недержавних суб'єктів правотворчості пов'язана з реалізацією публічних і приватних інтересів у змісті правотворчої діяльності з метою їх відображення в подальшому у правовому регулюванні. Тому за своєю природою правотворча діяльність зазначених суб'єктів матиме паритетний характер, де має бути знайдено компроміс в процесі реалізації публічних і приватних інтересів.

З огляду на вищезазначене в сучасних умовах розвитку державності в Україні та розбудови українського суспільства як громадянського доцільним все ж таки поглиблювати взаємодію зазначених інститутів, що становитиме основу для подальшого розвитку правотворчої діяльності.

Сучасний трансформаційний характер розвитку суспільства в Україні безпосередньо визначає специфіку всіх соціальних і політичних явищ, які існують у суспільстві, в тому числі визначає особливості розбудови держави і громадянського суспільства. Становлення держави та громадянського суспільства в Україні насамперед пов'язується із становленням незалежності України, проведення системи реформ в правовій, соціальній, адміністративній та судовій сфері. Подолання будь-яких соціальних трансформацій у суспільстві визначається характером політики держави, що забезпечується шляхом оновлення та зміни законодавчої бази держави, реформування системи органів державної влади та місцевого самоврядування тощо.

Аналізуючи специфіку розвитку України за період незалежності можливо наступним чином узагальнити особливості розбудови держави та громадянського суспільства, що обумовило розвиток взаємодії суб'єктів правотворчості. Вказані особливості можливо узагальнити в межах наступних тез. Оскільки концепція правової держави та громадянського суспільства в юридичній науці знаходиться в стані переосмислення, що пов'язано із попереднім тривалим нівелюванням концепції, яка за часів СРСР сприймалась як буржуазна та така, що не має цінності для радянського будівництва, на сьогодні концепція правової держави та громадянського суспільства, з однієї сторони, відроджується вітчизняними вченими, а з іншої сторони, відбувається спроба її переосмислення в контексті реформування суспільного і державного устрою в Україні. Така розпорошеність доктринального розуміння взаємодії держави та громадянського суспільства обумовлює неоднозначність наукового бачення механізмів взаємодії державних та недержавних суб'єктів у правотворчій діяльності. Концепція правової держави та громадянського суспільства розглядається як така, що зумовлена потребами розвитку суспільства та націлена на формування і оновлення законодавчої бази й механізму держави. В результаті ми можемо говорити про те, що взаємодія державних та недержавних суб'єктів правотворчості є такою, що обумовлена потребами сучасного етапу розвитку українського суспільства та держави. Одночасно слід говорити і про те, що формування інститутів держави та громадянського суспільства в Україні має ряд позитивних зрушень, у тому числі і у правотворчій сфері. За роки незалежності в Україні сформована правова база для розбудови правової держави; на конституційному рівні закріплено повноваження у правотворчій сфері та механізм їх здійснення, результатом чого стало поступове оновлення законодавчої бази.

Активною є міжнародна діяльність в тому числі і у правотворчій сфері, що здійснюється як самою державою, так і інститутами громадянського суспільства.

Проте, залишається ряд недоліків практики взаємодії держави і громадянського суспільства в Україні, що відбивається і на проблемах взаємодії державних та недержавних суб'єктів у правотворчій сфері. Так, значною перепорою у розвитку народної правотворчості є низький рівень правової свідомості і правової культури населення України, суттєво гальмує правотворчу діяльність на відомчому та місцевому рівнях незавершеність більшості реформ в Україні, серед яких адміністративна, податкова. Окрім того, невизначеним залишається статус судової правотворчості та актів вищих органів судової влади України. Недосконалою є система органів державної влади, що потребує активізації конституційної реформи та реформи механізму держави, оскільки такий стан взаємодії центральних та місцевих органів влади негативно відбивається на результатах їх правотворчої діяльності у вигляді колізій, прогалин та неузгодженостей у змісті правових норм, що ними приймаються. Так само слід вказати і на необхідність зміцнення демократичних традицій формування та функціонування органів державної влади і місцевого самоврядування, які в подальшому у власних правотворчих актах мають відображати відповідні інтереси тих суб'єктів, що надали вотум довіри відповідним виборним суб'єктам влади.

В той же час розбудова правової держави та громадянського суспільства в Україні обумовлюється ускладненням факторів, що на них впливають, а саме: надмірна політизація життєдіяльності суспільства, глобалізаційні процеси розвитку державно-правових інституцій, інтеграційний характер розвитку держави, корпоратизація діяльності держави тощо. На сьогодні відчувається гостра потреба у переосмисленні концепцій правової держави та громадянського суспільства не лише як ідеального типу держави чи суспільства, але і як засобу розвитку трансформаційних процесів у суспільстві та протидії кризовим процесами у різноманітних сферах життєдіяльності суспільства.

На завершення слід ще раз підкреслити те, що розбудова держави та громадянського суспільства в Україні сьогодні потребує свого відповідного наукового переосмислення, при чому не в контексті конкурування між державними та недержавними формами владарювання, а в контексті їх взаємодії. При чому така взаємодія насамперед відображається у відповідній правотворчій діяльності, якості, злагодженості та ефективності якої є основою авторитетності права, його дієвості, здатності відобразити і збалансувати публічні і приватні інтереси й потреби в Україні.

Використані джерела:

1. Див.: Матузов Н. И. Общая концепция и основные приоритеты российской правовой политики / Н. И. Матузов // Правовая политика и правовая жизнь. – 2000. – № 4. – С. 35; Шемшученко Ю. С. Конституційний Суд України / Ю. С. Шемшученко, Г. О. Мурашин. – К.: Ін Юре, 1997. – С. 15; Ющик О. І. Правова політика як фактор удосконалення законодавчого процесу / О. І. Ющик // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2005. – № 5. – С. 24; Монастирський Д. А. Забезпечення стабільності закону у законотворчості / Д. А. Монастирський // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2006. – № 2. – С. 100-101 та ін.
2. Беяневич В. Е. Новітня кодифікація і судова практика // Вісник господарського судочинства. – К.: Юрінком Інтер. – 2004. – № 2. – С. 226 – 231.
3. Шпенглер О. Закат Европы. Очерки мифологии мировой истории. Всемирно-исторические перспективы [Пер. с нем. и примеч. И. И. Маханькова]. – М.: Мысль. 1998. – 606 с.
4. Правотворческая деятельность субъектов Российской Федерации. Теория, практика, методика / С. Л. Богданов, А. В. Гайда, Г. Глисон, М. Ф. Казанцева [и др.] – Екатеринбург: УрОРАН, 2001. – 441 с.
5. Проблемы правотворчества субъектов Российской Федерации [Научно-методическое пособие] / Отв. ред. проф. А. С. Пиголкин. – М.: Изд-во НОРМА, 1998. – 423 с.
6. Баландин В. Н. Принципы юридического процесса / В. Н. Баландин, А. А. Павлушина. – Тольятти: ВУиТ, 2001. – 150 с.
7. Бірченко Ю. І. Деякі критерії оцінки якості та ефективності нормативно-правових актів / Ю. І. Бірченко // Наукові записки. – 2004. – Том 26. – С. 9 – 15
8. Воронов М. Н. Правовые акты законодательной власти в Украине: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.02 / Воронов М. Н. – Х., 1997. – 192 с.
9. Василевич Г. А. Проблемы законотворческой деятельности Верховного Совета Республики Беларусь: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.02 / Г. А. Василевич. – Мн., 1993. – 46 с.
10. Надеев Р. К. Правовое обеспечение законопроектной деятельности Государственной Думы / Р. К. Надеев. – М.: Известия, 1997. – 193 с.
11. Арзамасов Ю. Г. Ведомственное нормотворчество как тип юридической деятельности / Ю. Г. Арзамасов // Государство и право. – 2006. – № 9. – С. 11–17.
12. Дзейко Ж. О. Законодавча техніка в Україні: історико-теоретичне дослідження: Монографія / Ж. О. Дзейко. – К.: Видавничо-поліграфічний центр “Київський університет”, 2007. – 360 с.
13. Кашанина Т. В. Юридическая техника: Учебник / Т. В. Кашанина. – М.: Норма-М, 2011. – 496 с.

14. Керимов Д. А. Законодательная техника. [Науч.-метод. и учеб. Пособие] / Д. А. Керимов. — М.: Норма – Инфра-М., 1998. — 127 с.
15. Красницька А. В. Юридичні документи: техніка складання, оформлення та редагування: Посібник. [2-ге вид., допов. і переробл] / А. В. Красницька. — К.: Парламентське вид-во, 2006. — 528 с.
16. Захарова В. И. Общественная экспертиза законопроектов (социологический анализ): дис ... канд. социол. наук: 22.00.04. / В. И. Захарова. — Москва: РАГС, 2005. — 210 с.
17. Калинина Н. А. Логическая экспертиза законопроектов в Государственной Думе / Калинина Н. А. [Электронный ресурс]. — Режим доступа: www.koroboff.spb.ru
18. Рагозин В. Ю. Правовая экспертиза законопроектов в Российской Федерации: дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.02 / В. Ю. Рагозин. — М.: Росс. Акад. государственной службы при Президенте РФ, 1998. — 166 с.
19. Ралдугин Н. В. Правовая экспертиза проектов федеральных законов. [2-е изд., доп.]. — М.: Изд. МГУ, 2001. — 80 с.
20. Золотухина Т. А. Правотворческая политика Российского государства / Т. А. Золотухина. — Ростов-на-Дону: Век, 2011. — 368 с.
21. Исаков Н. В. Правовая политика современной России: проблемы теории и практики: автореф. дисс. ... докт. юрид. наук: 12.00.01 / Н. В. Исаков. — Ростов-на-Дону, 2004. — 42 с.
22. Мазуренко А. П. Правотворческая политика в Российской Федерации: проблемы теории и практики: дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / А. П. Мазуренко. — Ростов-на-Дону, 2004. — 237 с.

В роботі автором здійснено аналіз підходів до розуміння правотворчості, розкрито потенційні напрямки наукового дослідження правотворчості. Обґрунтовано необхідність наукового переосмислення проблем взаємодії суб'єктів правотворчості. Визначено стан та обґрунтовано шляхи поглиблення взаємодії держави та громадянського суспільства як передумови вдосконалення правотворчості в Україні.

Ключові слова: правотворчість, формування права, правотворча діяльність, держава, громадянське суспільство.

В работе автором осуществлен анализ подходов к пониманию правотворчества, раскрыты потенциальные направления перспектив научного исследования правотворчества. Обоснована необходимость научного переосмысления проблем взаимодействия субъектов правотворчества. Определено состояние и обоснованы конкретные пути углубления взаимодействия государства

и гражданского общества как предпосылки совершенствования правотворчества в Украине.

Ключевые слова: *правотворчество, формирование права, правотворческая деятельность, государство, гражданское общество.*

In this paper, the author made an analysis of approaches to understanding lawmaking disclosed potential areas of scientific research lawmaking. The necessity of rethinking the scientific problems of interaction of subjects of law-making. Defined and substantiated ways of deepening interaction of the state and civil society as a prerequisite for improving the law-making in Ukraine.

Keywords: *law-making, formation law, law-making activities, the state, civil society.*

**Костенко Олександр Борисович**

кандидат юридичних наук,
доцент кафедри теорії права та держави
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

Евристика права (загальний підхід)

Питання актуальності. Евристика це філософія самої актуальності, це проблематика вічного переосмислення природи того, що було, є й буде або повинно стати новим. Тому питання евристики права це завжди спроба знайти відповідь щодо актуальності виникнення, створення та функціонування нового знання у правовій реальності. Евристика це методологія актуалізації нового у всесвіті. Вічна людська актуальність у середині власної природи шукає нормативний механізм або правове чудо виникнення нового як єдності діалектики пізнання й самого буття розкритого до правової модифікації та розвитку.

Стан розробки проблеми. На сьогодні проблематика евристики права репрезентовано в юридичній науці на рівні функціонального підходу, тобто в межах визначення евристичної функції правової або державно-правової теорії, що суттєво обмежує філософське пізнання природи права як безпосередньо евристичного феномену.

Чому саме евристика? У своїй розумній природі людина постійно виявляє себе, живе та діє у вже осмисленому до неї світі, але при цьому знову і знову усвідомлює його, відповідаючи на виклик необхідності постійного пізнання та осмислення як внутрішнього закону свого буття. У свою чергу й сам переосмислений, оновлений світ вимушений знову ідентифікувати себе, шукати критерії нової орієнтації та діяльності в незнайомості, першовідкритості своєї зміненої природи. Як наслідок, доля будь-якої людини незбагненно сполучається з цим світом, непередбачуваність якого вступає в конфлікт з тим, що було з цим світом раніше. Людина залишається між чимось новим та й тим, що зберігається в його нормативній пам'яті. Її нормативність є наслідком попередньої зачарованості у дзеркальності цього відображення. Але поки дзеркало норми відбивають його реальність, сама людина, а з нею й цілий світ знову встигає змінитися. Осмислення відображення світу правовим світом, реальності правовою реальністю завжди запізнюється. І розуміючи це, людина якусь мить шукає своє коріння не в собі самому, а у нормативному відображенні своєї природи. «Зупинись, мить! Ти прекрасна!»? Ось чому відображення завжди хоче бачити певну красу в нормативності. Завжди хоче в собі

самому знайти щось стійке, справжнє, природне. Тому світ права стає минулою, зупиненою у часі, «текстуальному» просторі долею у світі людини. Проте в той же час сама доля людини примушує правовий світ усвідомити: те, що пройшло, може стати мертвим. Ось чому людина очікує на той момент, коли зникає віра в істинність нормативного відображення всесвіту, момент, що пов'язаний із сумнівом щодо вічної природності та розумності цього відображення. Сумніви людини стають сумнівом світу права. Стають потенційним, але й неминучим виявленням у своїй власній нормативній долі зіткнення минулого, сьогодення та майбутнього. Так сумнів стає принципом як буденного, так й філософського розуму. Стає способом досягнути метафізичну різницю між реальною долею людини та її нормативним відображенням у правовій реальності. Сама правова реальність таким чином стає нормативним відображенням природної реальності. А ціна правди в цьому відображенні і є ціною людської долі. Розумною мірою тієї ціни може бути природа запитування, в якому наш розум розкриває своє призначення, свою парадоксальну природу.

Чому евристика права?

Пізнання права триває. Пізнання правом триває. А тому правопізнання й проявляється як проблема, що має вічний характер. Саме тому природа права іманентна пошуку нових ознак, зв'язків, відносин та можливостей, що формують та оновлюють правову реальність, формують уявлення про нові закономірності буття права. Діалектична природа цього шукаючого пізнання полягає у загальній, безперервній пізнавальній активності людства, постійної необхідності розуміння, досягнення, розкриття та прояснення людиною своєї власної правової природи, змісту та підстав свого нормативно-ціннісного статусу як суб'єкта правопізнання та правореалізації.

Всезагальність людського пізнання, його природна, соціальна та наукова форма, інструментальна, прогностична та евристична функціональність неможливі без врахування природи правопізнання, його внутрішніх закономірностей, проблемності та парадоксальності, суперечливої реалізації, що оновлює правову реальність або гальмує її розвиток. Тому природа нового правового знання, його феноменологічний та методологічний вимір, практична дієвість, призводять до постійного збагачення наукової картини світу, культурного та ціннісного континууму цивілізації. Звідси можна зробити висновок, що простір нового в його загально-філософському, універсальному розумінні також знаходить свою власну діалектичну залежність від правопізнання. Правопізнання стає сферою актуальної потенційності безлічі раціональних та позараціональних сил в єдності їх взаємодії та непередбаченості результату.

Пошук витоків, вихідних засад праворозуміння, напрямків та можливостей

розвитку права, спроби системної побудови усіх первинних правових аксіом, реконструкція як історично фіксованих так й гіпотетичних уявлень про природу права, осмислення внутрішнього взаємозв'язку старого та нового у правовій реальності є фундаментальним чинником правового розвитку суспільства. Оновлююча, а іноді й революційна сила права, спрямованість правової ідеології на обґрунтування творчої природи людини, забезпечення автономії її волі стають гарантією розуміння самої суті людської свободи. Свободи, формами реалізації якої є думка і слово, світогляд і віросповідання, певні можливості соціального вибору у системі загально визнаних людських цінностей та національних імперативів.

Правопізнання, завдяки своїй духовній природі, нормативної парадоксальності стає засобом оновлення і розвитку суб'єктів права, їх новаційних взаємовідносин. Новий рівень правопізнання відкриває перспективи інтегрованого і гармонізованого соціального руху суб'єктів права, трансформацію колективних структур, а також різноманітні можливості індивідуального розвитку людини. Ці можливості у свою чергу зворотно впливають на евристичний зміст методології праворозуміння, напрями, алгоритми та програми правопізнання. Зміст цих програм стає більш авторським, а пізнання різних форм нормативності стає більш інструментальним та дієвим.

Усе це визначає важливе значення евристики праворозуміння як частини евристики права у філософії права, а тому її особливе місце у системі як юридичних, так й інших наук та навчальних дисциплін, об'єктами пізнання і вивчення яких є природа права.

І безумовно це стає особливо актуальним в умовах складних й радикальних перетворень в Україні, у процесі становлення правових засад буття суспільства, зростання ролі філософсько-інструментального виміру правової реальності. Таким чином, евристична характеристика специфіки правового пізнання, методологія формування нового юридичного знання, його трансформація в основи нормативного регулювання суспільних відносин є найважливішим чинником входження України в правовий простір сучасної цивілізації.

Евристика праворозуміння, як концептуальна частина філософії права, є метатеоретичною основою нового напрямку юридичної науки - евристики права або правової евристики. При цьому праворозуміння визначається у своєму універсальному епістемологічному значенні, методологічному плюралізмі та ціннісній різноманітності. Онтологічні, гносеологічні, аксіологічні аспекти евристичного праворозуміння стають чинниками розвитку правничої науки, визначенням можливостей юридичних дисциплін творчо відповідати на нові виклики правової реальності. Навіть й позитивне праворозуміння, що спирається на

фундамент офіційної влади (з її авторитетним судженням про те, "що є право?" та "яким воно є?") необхідно детермінується евристичною генезою, творчим підходом до вирішення різноманітних соціальних проблем. Звідси й необхідність оцінки евристичного потенціалу діючого права, його методів та засобів, специфіки аналізу та способів роботи з нормативним матеріалом, логікою тлумачення, коментування, систематизації, класифікації та юридичної техніки. І, безумовно, й нормативний вимір буття суспільства, що залишається за межами позитивного права, також потребує «евристичної» ідентифікації та корекції. Таким чином, правова евристика стає засобом нормативного оновлення всього соціуму. Вирішуючи проблеми загальнотеоретичного та філософсько-правового профілю можна говорити про евристику інтеграційного праворозуміння, яка враховується методологією юридичного нормативизму в умовах суперечливого взаємовпливу антагоністичних закономірностей сучасної правової реальності. Навіть за наявності ідеальної, законослухняної "позитивної" правосвідомості (з її повсякденною довірою до влади)-джерела позитивного права не можуть не піддаватися критичному сприйняттю та оцінці скрізь призму таких критеріїв, як розумність та справедливість, ефективність та праксіологічність. Саме це є певною гарантією того, що нормативне використання права в його «позитивістському» значенні, зможе врахувати все різноманіття партикулярних цілей, потреб та цінностей українського суспільства. Саме це різноманіття стає складним, синергетичним об'єктом правового захисту та пов'язується із гарантіями прав та свобод людини, а також загальновизнаними можливостями соціальних спільнот. Евристичне випробування позитивного права сумнівом, парадоксом, етичним катарсисом на розумність, справедливість, істинність, достовірність, правильність відповідає фундаментальним засадам людського буття, з його новими потребами та проблемами.

В чому призначення евристики права?

В тому, що вона стає методом пізнання мінливої нормативної правди. В тому, що вона стає гарантією свободи розуму у правовому вимірі людської долі.

Евристика права діалектично поєднує мистецтво знаходження істини з науковим виміром творчості, створює методологію відкриття нового і культуру навчання новому у правовій реальності.

Евристика права здатна своєю власною методологією ефективно спрямовувати, а іноді й прискорювати процес вирішення правових проблем в різних сферах буття суспільства, а також будувати нові моделі їх розв'язання. При цьому концептуальним центром правової евристики стає саме евристика праворозуміння. Евристика праворозуміння постає проблемою рефлексії самого права, що є певною передумовою розв'язання інших проблем. Евристика праворозуміння постає

парадоксом свого власного інструментального призначення в конструюванні правового сумніву. Саме евристика праворозуміння робить сумнів - «ниттю Аріадни» в пошуку суті права в лабіринті різних підходів до праворозуміння. Ось чому погляд на природу права скрізь евристичну парадигму дозволяє відшукати особливий епістемологічний вимір правової реальності, реальності проблемної, а тому й потенційно творчої. Іманентний зв'язок праворозуміння та евристики з необхідністю розкриває зустріч минулого, нинішнього та майбутнього в бутті права. Зустріч драматичну, а іноді й трагічну.

Концептуальним центром евристики права є евристика праворозуміння, яка може бути розглянута як прикордонна сфера філософії та загальної теорії права, а також як методологічна засада юридичної науки в цілому. Якщо розглядати зв'язок правової евристики і філософії права, то певні традиції розуміння цього зв'язку сходять ще до витоків філософії та юриспруденції. І саме тривала історія їх розвитку, складна діалектика співбуття виокремлює особливе смислове та проблемне поле, певний концептуальний центр - евристику праворозуміння.

Евристика праворозуміння таким чином в її співвідношенні з іншими видами і способами розуміння права визначає особливий рівень пізнання права і є найважливішою частиною евристики права або правової (юридичної) евристики, як «методологічної» та метатеоретичної складової юриспруденції.

Евристика праворозуміння починається

- з розуміння процесу виникнення ідеї права;
- з осмислення "механізму" правового пізнання;
- з народження у природі права чогось нового;
- з розуміння ролі поняття права як творчої основи пізнання нормативної істини та її реалізації;
- з розуміння феноменів правди, справедливості у стосунках людини з Богом та природою.

Евристика праворозуміння:

- шукає відповіді на питання щодо діалектичного співвідношення права і істини, права і правди, права і справедливості;
- визначає зміст праворозуміння як у теоретичній, так і у «живій», життєвій формі;
- є методологічною основою трансформації соціального світогляду;
- є фактором об'єктивування нормативного світу, що долає небезпеку, вади, недосконалість офіційно-владного державного розсуду та свавілля;
- є фактором захисту ціннісного виміру права;
- фокусує у собі різні світоглядні, пізнавальні, ціннісні, інституційні, соціально-

регулятивні, системно-функціональні та прогностичні засади, що пов'язані з роллю, яку виконує право у соціумі на усіх рівнях його буття;

- виступає чинником цивілізаційних змін, фактором виникнення нового та розуміння його природи.

Як пов'язані гносеологічний аспект та власне евристична константа праворозуміння?

Гносеологічний (пізнавальний) аспект репрезентує праворозуміння як концептуальну частину гносеології права. Когнітивна риса праворозуміння пов'язана з пізнанням закономірностей суті та буття права в аспекті:

- пізнання «пізнання» як саме «правового» пізнання, його засад, специфіки, особливостей;

- розуміння права як «передзнання» в його «доправовій», первинній, апріорній формі;

- ідентифікації поняття права як ідеї, феномену, слова, терміну, конструкції, назви, його різноманітних концептуальних сенсів, що позначають та визначають «право» як самозмістовне явище. При цьому право сприймається в його парадоксальності, суперечності, антиномічності, діалектичній різноспрямованості, різнозначності, що впливають на соціально-інструментальну та матеріально-конструктивну форми відображення його змісту;

- знання явленої, реальної природи права, що розкривається на основі первинного правопізнання, що у своїй аксіоматичності визначає статус пізнаних явищ як власне «правових», «розумноправових», «апріорноправових», а тому й «апріорно-нормативних». Саме завдяки цьому «передпізаному» праву набуває власне правову форму та зміст нормативна реальність з її логічною обміркованістю, інституціональною раціональністю та юридизованою належністю. Таким чином, у своєму розумному становленні правова реальність стає раціонально-нормативною реальністю;

- пізнання закономірностей, пов'язаних із природою зворотної, трансформуючої дії соціуму на своє, власне, нормативно-правове відображення. Ця дія має загальносоціальний, моральний, економічний, культурний, психологічний, техногенний та інший характер;

- розробки теоретичних моделей і методології філософсько-правового пізнання, яке будується на фундаменті правопізнаних парадигм;

- історії виникнення, становлення і розвитку концепцій, підходів, шкіл праворозуміння, форм його історичного прояву та виявлення;

- логіки та раціональної організації самого правопізнавального процесу і діяльності. Цей процес має два аспекти:

а) внутрішній - розкриває становлення самої концепції праворозуміння, визначає її зміст, значення пізнавальних, системних, логічних, онтологічних і аксіологічних ознак та зв'язків;

б) зовнішній - має праксіологічне значення і дозволяє інструментально використовувати отримане знання для вирішення різних завдань;

- розуміння природи встановлення, пізнання, проголошення істинності права: наукова і позанаукова обґрунтованість, сама можливість та оптимальність вибору шляху до розуміння та пізнання істини права і правових істин;

- визначення меж і можливостей правового пізнання.

Евристична константа праворозуміння визначає:

- мистецтво знаходження істини права та істини у праві;

- пізнання права як проблеми, проблемність правопізнання як риса самого правопізнання;

- осягнення самої суті, змісту, природи змін, процесу становлення, розвитку правової «матерії», трансформації правових парадигм, що мають творчий, методологічний, революційний, інноваційний характер;

- пізнання власне «евристичної» природи права, систем, програм і методів, механізмів правового «відкриваючого» пізнання, теоретичних засад проведення загальнотеоретичних та прикладних юридичних досліджень;

- саму природу правового (юридичного) відкриття, виникнення нового правового знання, а тому розуміння самої природи нового правового знання, його цінності, інструментального та процесуального значення;

- методологію творчого пошуку, відкриття нового в сферах знань, що межують з юриспруденцією, а тому й орієнтацією на процес удосконалення буття правової реальності.

Евристика праворозуміння є юридичною теорією, згідно з якої праворозуміння:

- будується на основі творчої самореалізації суб'єкта праворозуміння, правопізнання, правоназивання;

- визначає закономірності, що є основою теоретичного моделювання природи права;

- визначає закономірності, що є основою філософії правотворчості;

- є складовою процесу функціонування правової реальності;

- є чинником створення юридичних, нормативно-правових продуктів, технологій, новацій як вже у врегульованих, так і в проектних сферах суспільних відносин, що вимагають певної юридизації;

- забезпечує розробку нових проблем історії, філософії, теорії і методології

правового пошуку, виявлення суті права, що впливає на сферу відносин громадянського суспільства та держави;

- визначає методологію та закономірності правового відкриття та винаходу, вивчення нового у правотворчій та правопізнавальній діяльності людини;
- визначає і удосконалює методики вирішення правових проблем;
- є чинником вдосконалення системи правого навчання, що сприяє умінню самостійно добувати знання, стимулює правопізнавальну активність та потребу в юридичних знаннях.

У статті визначається загальний підхід до евристики права, призначення якої діалектично поєднати мистецтво знаходження правової істини з науковим виміром творчості, створити методологію відкриття нового у праві, а також вдосконалити культуру навчання новому у правовій реальності.

Метафізичним центром евристика права є евристика праворозуміння, яка може бути розглянута як прикордонна сфера філософії та загальної теорії права, а також як онто-методологічна засада юридичної науки в цілому. Таким чином, евристична характеристика специфіки правового пізнання, методологія формування нового юридичного знання, його трансформація в основи нормативного регулювання суспільних відносин є найважливішим чинником входження України у правовий простір сучасної цивілізації.

Ключові слова: евристика права, евристика праворозуміння, евристична константа праворозуміння

В статье в рамках общего подхода рассматривается эвристика права (правовая эвристика), предназначение которой заключается в диалектическом соединении искусства обнаружения правовой истины с научным познанием творчества, в процессе которого создается методология открытия нового в природе правового, а также совершенствуется культура обучения новому в правовой реальности.

Метафізическим центром правової евристики становиться евристика правопонимання, которая может быть определена как пограничная сфера философии права и общей теории права, а также как онто-методологическая основа юридической науки в целом.

Ключевые слова: эвристика права, эвристика правопонимания, эвристическая константа правопонимания

In the article within the framework of general approach the heuristic of law (legal heuristic), destiny of that consists in dialectical unity of art of finding out legal truth with the scientific measuring of work, in the process of that methodology of opening new, and also culture of educating, is created new in legal reality, is examined. The heuristic of legal understanding becomes the metaphysical center of legal heuristic, that can be certain as a frontier sphere of philosophy of law and general theory of law , and also as methodological basis of legal science on the whole.

Key words: *heuristic of legal understanding, heuristic of law, legal heuristic, heuristic constant of legal understanding*

*Чаплюк Оксана Іванівна*

кандидат юридичних наук,
доцент кафедри теорії та історії держави і права
Київського університету права НАН України

Теоретико-правові проблеми доктринального визначення суб'єктів міжнародної правотворчості

Ефективність регулювання сучасних міжнародних відносин беззаперечно є залежною від наявної якісної системи міжнародних юридичних документів. Проте досягнення відповідного правового результату можливе ймовірно лише при належному процесуальному здійсненні міжнародної правотворчості. Беззаперечно, що це залежить від значної кількості факторів, серед яких, на нашу думку, принципового значення відіграє суб'єктне забезпечення міжнародно – правотворчого процесу. Зокрема, В. Шишко визначає правотворчість як один із видів людської діяльності, яка є глибоко інтелектуальною і відбувається під безпосереднім впливом духовної культури людини. Людина виступає одночасно адресатом і суб'єктом права, оскільки право твориться людиною і спрямоване також на її свідомість і поведінку [1, с.10]. Слід, зазначити, що динаміка суспільного життя на міжнародному рівні не лише потребує формування та зміни існуючих способів прийняття міжнародних документів, а й модернізації теоретичних і практичних підходів до процесуальних засад їх творення, особливо в контексті осіб (суб'єктів), які є безпосередньо творцями норм міжнародного права. Зокрема, досліджуючи особливості творення сучасних норм міжнародного права Н. Тазієв стверджує, що традиційні способи формування норм міжнародного права набувають якісно нового змісту, адже стали доповнюватися новими механізмами міжнародної нормотворчості [2, с. 4]. Аргументуючи це твердження, можна припустити, що значна трансформація процесуального характеру міжнародної правотворчості, в першу чергу, торкається суб'єктного забезпечення формування норм міжнародного права, як в контексті розуміння цієї категорії, так і в кількісному складі. Зокрема, традиційним в теорії міжнародного права є підхід, у відповідності до якого основним суб'єктом міжнародної правотворчості виступає держава, а інші суб'єкти міжнародного права виконують виключно факультативну роль в зазначеному процесу [3, с. 53 – 54]. Враховуючи існуючі наукові підходи до характеристики процесуальних засад формування норм міжнародного права в контексті дослідження суб'єктів міжнародної правотворчості, слід зазначити, що вони потребують не лише вдосконалення, а й ґрунтового наукового переосмислення щодо їх різновидів та

особливостей. Наукові роботи, які присвячені дослідженню міжнародної правотворчості, в основному торкаються з'ясування процесуальних засад формування норм міжнародного права, де виокремлюються суб'єкти міжнародної правотворчості як основний інститут, що забезпечує дієвість усіх процесуальних основ здійснення правотворчості на міжнародному рівні. Вказані погляди обґрунтовувались такими вченими як В. Буткевич, В. Василенко, О. Мережко, В. Моравецький, А. Соколова, Г. Тункін. Таким чином, вищезазначене не лише акцентує увагу на актуальності вивчення категоріальних теоретико – правових засад суб'єктів міжнародної правотворчості, а й визначає мету дослідження, що полягає в з'ясуванні їх значення та визначенні їх правового статусу.

Враховуючи недостатність наукових досліджень в теорії міжнародного права щодо розуміння значення суб'єктів міжнародної правотворчості, слід на нашу думку, охарактеризувати зазначений аспект з позицій поглядів в теорії права, які більш конкретизовано досліджували важливість цієї категорії в процесі формування норм права. Даний підхід, на нашу думку, є цілком адекватним, адже міжнародна правотворчість є особливим різновидом правотворчості, в цілому.

Досліджуючи правотворчу діяльність Європейського Союзу, О. Шпакович звертає увагу на те, що всі новації в праві створюються зусиллями людського розуму для досягнення певних цілей, з урахуванням можливих наслідків, на підставі суб'єктивного розуміння суспільних і природних закономірностей, тенденцій, спираючись на правову спадщину, в рамках суб'єктивно-правової реальності з подальшим перенесенням в об'єктивну реальність [4, с. 153]. Про залежність якості нормативно–правового акта від належного складу сформованої комісії зазначав ще А. С. Піголкін, стверджуючи, що продуманий підбір членів комісії – це одна з необхідних умов, яка передує високоякісному акту, який готується [5, с. 32]. С. Г. Дроб'язко акцентує увагу на важливості суб'єктного забезпечення правотворчості не лише на практичному, а й на теоретичному рівні. З'ясування природи правотворчого процесу в широкому його розумінні як процесу суб'єктивного, усвідомленого потребує правильного визначення кола учасників цієї діяльності [6, с. 18]. Інакше кажучи, ґрунтовне дослідження особливостей суб'єктного складу міжнародної правотворчості є запорукою широкого, достовірного пізнання її природи та сутнісного призначення як основного різновиду правотворчості, в цілому. Щодо практичного забезпечення здійснення правотворчості, то розвиваючи далі точку зору С. Г. Дроб'язка, А. С. Піголкін стверджує, що правотворчість як система складається, перш за все, із суб'єктів, що мають ключове значення, оскільки вони повинні правильно і своєчасно усвідомити всі правоутворюючі фактори, виявити правові потреби, а також їх негатив, позитив і

тенденції [5, с. 26]. Таким чином, вчений також є прихильником залежності якісної та дієвої правової бази від розумових, інтелектуальних здібностей та талантів суб'єктів правотворчості [7, с. 22]. Дещо схожою щодо значення суб'єктів правотворчості є думка Р. О. Халфіної, яка зазначає, що процес пізнання залежить від компетенції і порядку діяльності суб'єктів правотворчості, що забезпечують повноту пізнання об'єктивних факторів, об'єктивність оцінок, котрі являють собою прийняття рішення про створення юридичного документу [8, с. 55]. Таким чином, аналіз зазначених підходів підтверджує важливість суб'єктів міжнародної правотворчості в якості фактора, що забезпечує послідовність здійснення процесу формування норм міжнародного права, а також їх якісний зміст.

Виокремлюючи суб'єктів міжнародної правотворчості, доцільно, на нашу думку, виходити із характеристики суб'єктів міжнародного права. Зокрема, вони є учасники міжнародних відносин, що володіють міжнародними правами і обов'язками, здійснюючи їх на основі міжнародного права і в передбачених випадках несуть міжнародно–правову відповідальність. Суб'єктами міжнародного права є: держави, міжнародні організації, до повноважень яких, зокрема в сфері міжнародної правотворчості, належать: право на укладення міжнародних договорів, членство в міжнародних організаціях, участь в роботі міжнародних конференцій [9, с. 14]. Таким чином, це зумовлює можливість охарактеризувати правовий статус держави і міжнародних організацій як суб'єктів міжнародної правотворчості.

Процес творення норм міжнародного права неможливо уявити без участі держави. На думку В. Василенка, держава відіграє центральну роль у системі регулювання як національних, так і міжнародних відносин. Вона виступає творцем національного і міжнародного права і використовує їх норми в якості інструмента забезпечення своїх потреб [10, с. 195]. Це надає можливість характеризувати її в якості основного суб'єкта міжнародної правотворчості.

Разом з тим, пасивна наявність держави на карті світу не обумовлює активність процесу міжнародної правотворчості, оскільки для інтенсифікації цього необхідні відносини, тобто міжнародна співпраця. Саме відносини між державами, в теорії міжнародного права, є тією об'єктивною основою (базисом), що сприяє виникненню норм міжнародного права, на зміст яких впливають інтереси і воля взаємодіючих на міжнародній арені держав [11, с. 49 – 50]. Таким чином, міжнародна діяльність держав є одним із ключових факторів, що зумовлюють активізацію формування норм міжнародного права. Активна участь окремої держави в міжнародній правотворчості вивляється і в процесі формування міжнародного звичаю, укладення міжнародного договору. В першому випадку держава визнає правила поведінки, що є результатом багаторазового практичного використання і набули форми звичаю, або ж бере

безпосередню участь у формуванні норми міжнародного права шляхом укладення міжнародного договору спільно з іншими державами. В цьому випадку держава забезпечує власні інтереси, узгоджує позицію з іншими державами щодо об'єкта правового регулювання, змісту і форми моделі «майбутньої» норми права.

Зазначене вище є підставою для висновку про те, що норми міжнародного права є результатом виявлення волі держави на міжнародному рівні. Держави є особливими суб'єктами міжнародної правотворчості, оскільки є повноправними учасниками політичних, економічних, культурних, фінансових процесів, що відбуваються на міжнародному рівні, а тому і відіграють важливу роль у процесі творення норм міжнародного права.

На особливу наукову увагу в процесі формування норм міжнародного права заслуговують питання діяльності міжнародних організацій, як одного із основних суб'єктів міжнародного права. О. Шибаєва зазначає, що вони відіграють вагомую роль та значення в процесі здійснення міжнародної правотворчості [12, с. 78]. Все частіше формування норм міжнародного права здійснюється з їх безпосередньою участю, незважаючи на те, вони не володіють суверенітетом і є особливими суб'єктами міжнародного права, що значно відрізняються від держав. Однак це не применшує важливості їх ролі в міжнародній правотворчості. Укладення міжнародними організаціями договорів з державами і між собою свідчить про те, що міжнародні організації аналогічно державам є повноправними суб'єктами міжнародного права, роль яких починається від допоміжних функцій при формуванні норм міжнародного права і до розробки обов'язкових правил, в тому числі таких, що мають характер правових норм [13, с. 198]. Особливість міжнародних організацій як одного із основних суб'єктів міжнародної правотворчості полягає в тому, що саме вони є універсальними інституційними органами, завдяки яким забезпечується формування якісних норм міжнародного права, посилюється співпраця між державами, державами і міжнародними організаціями, а також між самими міжнародними організаціями. Міжнародні організації виконують подвійну роль в міжнародній правотворчості, що зумовлено спроможністю міжнародних організацій сприяти державам у формуванні норм міжнародного права, коли беруть участь у правотворчій діяльності держав та забезпечують їх взаємодію на міжнародній арені. Саме наявність такої можливості зумовлюється, за твердженням науковців, тим, що міжнародна організація краще зорієнтована щодо необхідності розробки тієї чи іншої конвенції, що є результатом постійного вивчення ситуації в сфері, що відноситься до її компетенції [14, с. 176]. В системі міжнародних відносин міжнародні організації діють практично в усіх сферах від політичної до вузькоспеціалізованої, зокрема міжнародні організації галузевого характеру. Їх діяльність в багатьох випадках

вийшла за межі традиційно–координаційної компетенції, набуваючи власні оперативні функції, охоплюючи нові сфери, що являють інтерес для багатьох, а здебільшого і для більшості держав і людства в цілому [15, с. 5]. В такому випадку, коли відбувається регулювання відносин між державами, то функціональне призначення міжнародної організації, за словами В. Моравецького, полягає в тому, що вона може бути: ініціатором пропозиції про укладення міжнародного договору; автором проекту міжнародного договору; ініціатором дипломатичної конференції держав; ініціатором проведення конференції, а тому здійснювати узгодження та затвердження тексту договору в своєму міжурядовому органі; користуватися відповідними повноваженнями в сфері інтерпретації або перегляду договору, що був укладений за її участі [14, с. 110].

Інша можливість міжнародних організацій передбачає їх здатність формувати норми міжнародного права в самостійному порядку. В цьому випадку міжнародна організація сама створює відповідні норми права, що знаходять своє відображення у прийнятих нею рішеннях, які можуть мати як обов'язковий, так і необов'язковий характер, оскільки здебільшого в основі формування норм міжнародного права знаходиться інститут «узгодженості» інтересів між державами та іншими суб'єктами міжнародного права. З'ясування юридичної природи відповідних міжнародних документів не є завданням даного дисертаційного дослідження, тому зупинимось лише на декількох існуючих в теорії держави і права точках зору науковців, які вважають, що нормативні резолюції створюють юридичні норми і відповідно можуть бути джерелами міжнародного права [16, с. 24]. На значенні обов'язкових нормативних резолюцій акцентує увагу О. Зайцева, вважаючи їх новими формами нормотворення і джерелами міжнародного права [17, с. 62]. Із зазначеного випливає самостійність міжнародних організацій як одних із основних суб'єктів в правотворчій міжнародній діяльності.

З'ясувавши важливість суб'єктів міжнародної правотворчості та певні особливості їх правового статусу, в цілому, можна стверджувати, що вони: мають офіційний характер, оскільки наділені відповідним правовим статусом; їх діяльність засновується на нормах міжнародного права; здійснюють діяльність у чітко визначених процедурних формах, які визначаються внутрішніми актами відповідних суб'єктів (міжнародні організації – статути), а також нормами національного права (держава); їх діяльність має чітко визначені сфери здійснення, що обумовлюється відповідними повноваженнями та впливає на форму міжнародних документів, котрі залежать від специфічного (особливого) статусу суб'єктів міжнародної правотворчості; мають цілеспрямований характер, оскільки їх діяльність направлена на розробку та створення ефективних і дієвих норм міжнародного права; переважно

мають колегіальний характер, оскільки прийняття рішення про підготовку проекту міжнародного документа приймається колегіально, основою чого є сукупність волевиявлення держав та узгодження позицій міжнародних організацій; володіють необхідною правоздатністю та дієздатністю, що проявляється в їх компетентності та здатності формувати норми міжнародного права; мають ініціативний характер, оскільки на основі виявлення необхідності забезпечення міжнародно-правовим регулюванням формується воля держав, яка і проявляється в процесі ініціювання творення норм міжнародного права.

Підбиваючи підсумки результату цього дослідження, слід звернути увагу на важливості суб'єктів міжнародної правотворчості в процесі формування норм міжнародного права, адже саме на них покладається основна роль у забезпеченні створення якісної системи міжнародних документів. Окрім того, ще раз доводиться ключова роль держави як одного із основних суб'єктів міжнародної правотворчості, яка своєю міжнародною діяльністю та співпрацею з іншими державами значно інтенсифікує здійснення міжнародної правотворчості. Визначається правовий статус міжнародних організацій, які за своєю природою покликані формувати норми міжнародного права в контексті як самостійного суб'єкта міжнародних відносин, так і в ролі певної міжнародно-координаційної інстанції між державами, а тому є поряд із державою одними із основних суб'єктів міжнародної правотворчості.

Використані джерела:

1. Шишко В. В. Культурологічні проблеми правотворчості : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.12 / В. В. Шишко . – К., 2004 – 18 с.
2. Тазиев Н.Д. Международное нормотворчество: современные способы создания правовых норм: автореф. дис... канд. юрид. наук : спец. 12.00.10 / Н. Д. Тазиев. – Казань, 2002. – 24 с.
3. Международное право. Под. ред. Ю. М. Колосова, Э. С. Кривчиковой. – М. : Международные отношения, 2006. – 836 с.
4. Шпакович О. Особливості правотворчих актів та правотворча діяльність Європейського Союзу / О. Шпакович // Законотворчість. Проблеми гармонізації законодавства України з міжнародним та європейським правом : зб. наук.-практ. матеріалів. – К. : Ін-т законодавства, 2005. – С. 67–73.
5. Пиголкин А.С. Подготовка проектов нормативных актов / Пиголкин А. С. – М. : Юридическая литература, 1968. – 166 с.

6. Дробязко С. Г. Правообразование, правотворчество, правоустановление, их субъекты и принципы / С. Г. Дробязко // Право и демократия : сб. науч. тр. – Минск, 2003. – Вып. 14. – С. 15–34.
7. Козловський А. А. Гносеологічна концепція права [Електронний ресурс] / А. А. Козловський // Наук. вісн. Чернів. держ. ун-ту. Право. – Чернівці : Рута, 2000. – Вип. 100. – С. 13–18. – Режим доступу : http://library.chnu.edu.ua/res//library/elib/visnyk_chnu/visnyk_chnu_2000_0100.pdf. – Назва з екрану.
8. Научные основы советского правотворчества : монография / отв. ред. д. ю. н., проф. Р.О. Халфина. – М. : Наука, 1981. – 316 с..
9. Каламкарян Р. А. Международное право : учебник / Р. А. Каламкарян, Ю. И. Мигачев. – М. : Эксмо, 2004. – 688 с.
10. Василенко В. А. Основы теории международного права / Василенко В. А.. – К. : Вища школа, 1998. – 288 с.
11. Рияд Таха Шамсон. Соотношение международного и внутригосударственного (национального) права: теоретические аспекты : дис. ... доктора юрид. наук : 12.00.01 / Рияд Таха Шамсон. – М. : РГБ, 2003. – 327 с.
12. Шибаева Е. А. Международные организации в системе международно-правового регулирования международных отношений / Е. А. Шибаева // Советский ежегодник международного права, 1978. – М. : Наука, 1980. – С. 214–223.
13. Skubiszewski, K. Enactment of Law by International Organizations K / Skubiszewski // The British yearbook of international Law, 1965–1966. – Oxford, 1968. – Vol. – 41. – P. 198–274.
14. Моравецкий В. Функции международной организации / В. Моравецкий ; пер. с пол. – М. : Прогресс, 1976. – 378 с.
15. Маргиев В. И. Международные организации (теоретические аспекты) / Маргиев В. И. – Майкоп : Адыгея, 2001. – 476 с.
16. Маргиев В. И. Внутреннее право международных организаций / Маргиев В. И.. – Владикавказ : Изд-во СОГУ, 1995. – 220 с.
17. Зайцева О. Г. Международные организации: принятие решений / Зайцева О. Г.; [отв. ред. Г. И. Морозов]. – М. : Наука, 1989. – 159 с.

Стаття присвячена дослідженню значення суб'єктів міжнародної правотворчості, які формують норми міжнародного права. Виокремлено та проаналізовано особливості і правовий статус суб'єктів міжнародної правотворчості.

Ключові слова: міжнародна правотворчість, норми міжнародного права, суб'єкти міжнародної правотворчості, правовий статус суб'єктів міжнародної правотворчості.

Статья посвящена исследованию значения субъектов международного правотворчества, которые формируют нормы международного права. Выделены и проанализированы особенности и правовой статус субъектов международного правотворчества.

Ключевые слова: международное правотворчество, нормы международного права, субъекты международного правотворчества, правовой статус субъектов международного правотворчества.

The article investigates the importance of the subjects of international law-making process that shape international law. Allocated and analyzed the characteristics and legal status of subjects of international law-making process.

Key words: international law-making process, international law, subjects of international law-making process, the legal status of subjects of international law-making process.

*Рабінович Сергій Петрович*

доктор юридичних наук,
професор кафедри конституційного права
Львівського національного університету імені Івана Франка

**Фактична конституція та неофіційні основи
соціально-політичного порядку**

«У реальності все не так, як насправді»

Ще з радянських часів і дотепер цей афоризм залишається слухним для України, так само як і для більшості пострадянських країн. У контексті нашої розвідки важливо, що він повною мірою стосується зокрема реальності конституційно-правової. Реальність, що постає з текстів конституційних актів, виданих органами публічної влади, а також з текстів, у яких ці акти, в сукупності з ідеями діячів європейського Просвітництва, стають об'єктами рефлексії, зазвичай має доволі незначний зв'язок із українською політичною дійсністю. Ця обставина легко усвідомлюється при зверненні до інформаційно-політичних тижневиків, мова яких подекуди є просто несумірною з професійною мовою «конституційно-правової реальності». Однак, як не дивно, побутове й жаргонно-метафоричне слововживання іноді здатне точніше відобразити сутнісні аспекти політичної дійсності, аніж термінологічний апарат юридичної догматики. У контексті політичних реалій «транзитивного суспільства» поняття народного суверенітету, конституціоналізму тощо сприймаються здебільшого як форми правової демагогії, яка, за слухним зауваженням В.М.Баранова, є значно більш небезпечним проявом тіньового права, аніж інвективна лексика [1; с. 116].

З іншого боку, в науці конституційного права віддавна побутує поняття, яке відображає ту дійсність, яка, з одного боку, існує відносно автономно від формально-юридичної конституційної реальності, а з іншого, перебуває з нею в тісному зв'язку. Це терміно-поняття фактичної конституції, що функціонує здебільшого як загальне уявлення, як позначення відмінності між писаними конституційними нормами і соціальною практикою.

У конституційно-правовій науці проблемам фактичної конституції зазвичай відводиться доволі незначне місце. Це зумовлюється складною, полісистемною й переважно неюридичною природою низки відображуваних цим поняттям феноменів, які належать до соціально-еміпричного виміру правової реальності. З іншого боку, самодостатність професійної рефлексії в усталених категоріальних формах, а

подекуди інерція наукового мислення виступають причинами недостатньої розробленості концептуального інструментарію, здатного створити цілісний образ політико-правової дійсності, в якому виявлялись би справжні рушійні сили державно-юридичної практики. Доводиться констатувати, що, попри декларовані прагнення вийти за межі догматичного й природно-правового осмислення конституціоналізму [2, с.238], панівна доктрина продовжує перебувати в поняттєвому полоні політико-правової метафізики.

Фактична конституція належить до основних об'єктів дослідження конституційної соціології (складової загальної соціології) і соціології конституційного права (складової правознавства) [3, с.110, 115; 4, с. 60, 61]. При цьому розробка поняттєво-категоріального апарату, необхідного для опису й пояснення механізмів дії фактичної конституції, вимагає об'єднання зусиль низки відносно самостійних суспільних наук: зокрема конституційного права та низки інших галузево-правових дисциплін, політології, соціології, антропології, культурології та ін., а також міждисциплінарних напрямів (соціології політики, політичної антропології, соціології моральності, економічної соціології, кратології та ін.) [пор.: 5, с.74], що вочевидь потребує багаторівневого інтернаукового синтезу.

Зупинимось на низці моментів, які видаються значущими для структурування предметної сфери соціолого-правових досліджень фактичної конституції та їх основних напрямків.

Проблемне поле поняття фактичної конституції. Уявлення про конституцію як реальний державний лад (*politeia*) хронологічно передують появі перших юридичних конституцій та поняття основного закону [6]. При цьому аж до XIX ст. не відбувається протиставлення дійсної (соціально-сутнісної) та формально-юридичної конституцій, вперше здійсненого у соціологічній концепції Ф.Лассалья [7; 8].

У науці конституційного права терміном «фактична конституція» (іноді – «матеріальна конституція») позначаються, зокрема: «система основоположних відносин, яка реально існує в суспільстві» [9, с.9-10]; «фактичні відносини, які виступають основою державного ладу»; «реальні відносини між людиною і суспільством, з одного боку, і державою, з іншого, а також основи організації і діяльності самої держави» [10, с.38-39]; «такі, що реально склалися, конституційно-правові відносини у сфері встановлення основ суспільно-політичного ладу, а також дійсного становища особи в тій чи іншій країні» [11]; «наявні у конкретній країні організація державної влади і відповідні взаємовідносини між державою та індивідом» [див.: 12, с.30]; «реальний державний лад (устрій)» [6]; «реальний порядок здійснення державної влади» [13, с.64; 14, с. 40-42; 12, с.30]. У політології як синонімічне використовується також поняття «політичної конституції» (Дж.Фінн,

Е.Корвін, Р.Нейджел), до складу якої віднесено «систему усталених поведінкових зразків, практик та стратегій з їх реалізації, вмотивованих певними інтересами і діями» [15, с.20; 16].

Огляд наведених позицій дозволяє зробити кілька узагальнень.

1. Спільним для усіх дефініцій є віднесення до фактичної конституції реальних суспільних відносин та визнання їх основоположного для суспільства і держави характеру. При цьому прикметно, що регулятивна сфера фактичної конституції окреслюється предметом регулювання основного закону. З огляду на це на трактуванні розглядуваного поняття позначаються розбіжності в розумінні предмета конституційного права, зокрема включення чи невключення до нього відносин, які утворюють основи суспільного ладу [17, с.9-28].

Як видається, необхідність поширення сфери дії фактичної конституції на весь суспільно-політичний, а не лише на державний лад має зумовлюватись не особливостями авторської позиції стосовно предмета конституційного права, а розумінням різнорідності, різнопорядковості юридичної і фактичної конституцій. Відповідні поняття не є видовими щодо категорії конституції, оскільки мають якісно відмінні значення (формалізований основний закон, який фіксує ідеально- й водночас формально-належне, з одного боку, і реальні соціонормативні основи суспільного життя, з іншого). За аналогією згадаємо влучне висловлювання Л. Й. Петражицького про поділ права на «на два види чи підкласи за ознакою існування чи не-існування, а лише можливості, бажаності тощо» [18, с. 380]. Такий поділ, на думку вченого, «являє собою таку ж класифікаційну недоречність, як, наприклад, поділ собак на дві породи: 1) існуючі собаки і 2) «майбутні» чи «ідеальні» собаки» [18, с. 380–381].

Окрім цього, незалежно від того, як розв'язується питання про сферу дії норм державного права, не викликає сумнівів існування системи соціальної саморегуляції (притаманні конкретному суспільству принципи побудови соціальної ієрархії, засади обміну й розподілу соціальних благ тощо) і вагомий вплив цих принципів на конституційну практику. Загальновизнаною є й залежність дієвості та ефективності приписів основного закону від їх несуперечності згаданим саморегулятивним засадам.

2. У конституційно-правовій доктрині поняттю фактичної конституції зазвичай надається службове значення. Воно слугує передовсім пізнавальним інструментом для виміру ступеня фіктивності юридичної конституції. За такого підходу фактичну конституцію утворюють наявні у політичній дійсності характеристики державного ладу, зафіксовані у писаних конституціях (форма правління, державний устрій, державний режим), порядок здійснення конституційних процедур тощо. Поняття

фактичної конституції відображає тут практичний вимір основного закону – особливості реалізації своїх повноважень носіями публічної влади, специфіку виконання і дотримання ними конституційних норм на практиці. Для цього конституціоналістами використовуються поняття «реальні повноваження», «реальний обсяг політичної влади», «фактичний та юридичний статус» тощо. Такий підхід дозволяє доповнити уявлення про формально-юридичний стан речей інформацією про конституційну практику, проте водночас він спонукає до того, аби розглядати «фактичне, наявне буття конституційних норм, інститутів, конструкцій, цінностей» [19, с. 69-70] насамперед як результат виконання чи невиконання, дотримання чи недотримання положень основного закону.

3. В інтерпретації поняття фактичної конституції виявляються особливості розуміння співвідношення державно-юридичного і загальносоціального регулювання: акцентування а) визначальної ролі соціальних взаємодій як реальних основ суспільного і державного ладу і функціональної автономії фактичної конституції щодо юридичної або ж б) визнання первинності державної влади, динамічним аспектом якої виступає фактична конституція як прийнятий у політичній практиці порядок її здійснення.

Відповідно, виокремлюються державоцентричний і соціоцентричний підходи до дослідження фактичної конституції.

Так, наприклад, В.М. Шаповал, виходячи із державоцентричних позицій, наголошує на нерозривності фактичної конституції й конституції у формально-юридичному сенсі та заперечує проти позаісторичного розуміння конституції поза її зв'язком із формою основного закону [12, с. 30]. Л.П.Юзьков, ототожнюючи фактичну конституцію і конституційний лад, розглядає її в сукупності з юридичною конституцією як конституційну систему держави, яка може бути реальною або фіктивною [9, с. 9]. Сумніваючись у доцільності наділення якістю реальності чи фіктивності системи, складовою якої за визначенням уже виступають *реальні* суспільні відносини, відзначимо, що в розглядуваній концепції визнається певна активна роль фактичної конституції. Остання впливає на зміст нормативно-правового вираження і забезпеченість чи незабезпеченість основного закону [9, с. 9-10].

З позицій державоцентризму нині висловлюються також і сумніви в допустимості використання самого поняття фактичної конституції як «абстракції, що суперечить основним засадам юридичної теорії та практиці застосування»: «фактична конституція – це власне суспільні відносини, які існують поза нормативним регулюванням, тому не може бути так званої фактичної конституції, доки вона не буде "одягнена" у відповідну правову форму» [20, с. 83-84]. В основу

таких тверджень покладені, вочевидь, засади юридичного монізму, який не допускає існування паралельних нормативних порядків.

Несприйняття поняття фактичної конституції може зумовлюватись також цілком зрозумілим критичним ставленням до амбівалентної соціальної практики, з одного боку, і прагненням надати державно-юридичної форми лише позитивно-оцінюваним суспільним відносинам, з іншого. Однак в обох випадках недооцінюється дійсна роль механізмів звичаєвого саморегулювання суспільних відносин, зокрема політичних. Існування ж спору про терміни ніяк не заперечує необхідності дослідження реального впливу на ефективність конституційно-правового регулювання відповідних явищ та процесів.

Соціоцентрична інтерпретація поняття фактичної конституції ґрунтується на визнанні впорядкованості, самоорганізації, системності в суспільному житті. Таку впорядкованість відображають поняття суспільного устрою, соціального порядку [2, с.238], суспільного ладу, державного ладу [21, с. 55-56, 200] й конституційного ладу [9], за умови соціологічного трактування останнього.

Практично всі терміни, використовувані на позначення поняття фактичної конституції («суспільні відносини», «суспільний устрій», «суспільний лад», «конституційний лад», «державний лад») можуть вказувати на функціонально відмінні, хоча й взаємопов'язані, явища: а) предмет конституційно-правового та іншого соціального (морально-політичного, релігійного тощо) регулювання — поведінку учасників суспільних відносин; б) засіб і форму такого регулювання, модель належних відносин, яка може міститись у нормах писаного конституційного права, у суспільних уявленнях і зразках політичної поведінки, в самій політичній практиці; в) результат такого регулювання, тобто певним чином впорядковані фактичні відносини. У наведених випадках йдеться про відносини, які відіграють відмінну, активну або пасивну, роль у механізмі соціальної регуляції: лише у другій із трьох функціональних іпостасей фактичної конституції вона має властивості нормативності (принцип «нормативної сили фактичного»).

За зауваженням Г.В.Мальцева, «соціальний порядок, або ж те, що ми сприймаємо за належний соціальний порядок, складається в результаті дії багатьох регулятивних процесів, не всі з яких доступні раціональному контролю, не всі піддаються навіть елементарному обліку» [22, с. 767]. Так чи інакше, соціальний порядок має характеризуватись станом певної одноманітності, повторюваності й регулярності [23, с. 116; див. також: 24], стабільності й рівноваги. Водночас, згідно із синергетичною парадигмою, такий стан періодично чергується із станами нестабільності, дезорганізації й хаосу [22, с. 92-93].

Нестабільність, хитка рівновага і невизначеність, характерні для політико-правових процесів у сучасних «перехідних» суспільствах, особливо в постреволюційному українському, з очевидністю засвідчують брак дієвості офіційно-формалізованих засобів упорядкування суспільного ладу. При цьому, однак зберігають своє універсальне конститутивне значення традиційні особистісно-орієнтовані практики та «модерні» безособово-ринкові практики соціальної взаємодії [див. напр., 25-28].

Ці практики, відтворюючись у діяльності пересічних громадян та носіїв публічної влади, унаочнюють існування реального консенсусу щодо соціальних цінностей і норм. Так, складовими більшості пострадянських фактичних конституцій виступають мовчазні угоди між державою і суспільством, які з радянських часів мають значення суспільного договору («вони роблять вигляд, що мені платять, а ми – що працюємо», «жити самим й давати жити іншим» тощо).

Виступаючи неписаним законом соціально неоднорідного, диференційованого суспільства, фактична конституція діє остільки і в тих відносинах, оскільки і в яких відносинах останнє характеризується певною узгодженістю ціннісно-нормативних уявлень і очікувань. В умовах соціонормативного плюралізму фактична конституція виступає як соціальний «порядок порядків», з огляду на що до неї належить також і визнаний де-факто розподіл сфер владно-регулятивного впливу між вищими посадовими особами, службовцями центрального державного апарату та окремими центрами політичної влади в суспільстві (регіональними фінансово-політичними структурами, етнічними, релігійними спільнотами тощо).

В пошуку пояснювальної моделі фактичної конституції. Слід погодитись із тим, що між соціолого-правовою концепцією суспільства і концепцією права має існувати належна смислова єдність, відсутність якої стала одним із теоретико-методологічних чинників, що стримував розвиток соціології права у радянський період [29, с. 14]. Гадаємо, що таку єдність може забезпечити, зокрема, поняття інституту, яке охоплює офіційні (формальні) і неофіційні (неформальні) засоби соціальної регуляції. На евристичний потенціал інституційного аналізу, який сьогодні починає цікавити соціологів конституційного права [30, с. 158-159], уже зверталась увага у загальнотеоретичному правознавстві. Зокрема, наголошувалось на необхідності забезпечення злагодженого функціонування ідеологічного, нормативного, організаційного та поведінкового аспектів інституту [22, с. 382].

З урахуванням цього вихідним для соціоцентричного осмислення фактичної конституції може виступати поняття системи базових інститутів, які слугують реальними основами суспільного й державного устрою. Йдеться про інститути, які виступають формами впорядкування, нормативними регуляторами владних відносин

у суспільстві й зокрема діяльності, пов'язаної з політичним володарюванням. Для характеристики фактичної конституції конкретного суспільства особливо значущим елементом є звичаєві практики, які діють у сфері здобуття й використання політичної влади.

При цьому діяльність, пов'язана з політичним володарюванням, може розглядатись як процес обміну і розподілу специфічних політично-значущих благ, основними з яких є владно-політичні ресурси (політична влада і політичний вплив). У процесі обміну останні конвертуються в ресурси іншого роду (матеріально-фінансові, адміністративні, символічні тощо) [31]. Обмінно-розподільча система може набувати ринкових, централізовано-ієрархічних або ж специфічних гібридних форм, які в соціологічній літературі позначаються, зокрема, термінами «адміністративний ринок» (С. Кордонський, В. Найшуль та ін.) і «бюрократичний ринок» (Дж. М. Б'юкенен, Дж.Таллок).

Соціолого-правовий аналіз системи обміну і розподілу політично-значущих благ вимагає розгляду трьох блоків взаємопов'язаних питань: «хто», «що» і «як».

Так, відповідь на питання «хто» потребує встановлення, в інтересах яких соціальних груп чи осіб здобувається і використовується політична влада, які особи, через які органи державної влади, через які об'єднання і організації здійснюють її. До суб'єктів фактичних конституційних відносин належать номінальні учасники відповідних правовідносин, а також особи та їх групи, які в законодавстві і доктрині називаються «близькими», «пов'язаними» (афілійованими) [32], «групами інтересів», «групами тиску» тощо, особи й організації, що представляють інтереси іноземних держав. Специфіка міжсуб'єктних зв'язків у політичних відносинах задається характером реальних залежностей між їх учасниками – офіційно-інституційним, неофіційно-особистісним чи неофіційно-безособовим (формально-юридичне підпорядкування; особистісна, сімейна, родинна залежність, свояцтво тощо; економічна, інформаційна чи інша безособова залежність або їх поєднання). Звичаєві норми тут здебільшого визначають зміст взаємних зобов'язань, які зумовлюються тим чи іншим видом залежності.

Відповідь на питання «що» вимагає якісної та кількісної оцінки владних ресурсів, які виступають об'єктами обміну і розподілу. Характер і обсяг таких ресурсів визначає реальні чи потенційні владні можливості учасників обмінно-розподільчої системи. Неоднорідність благ, задіяних в обмінних відносинах, зумовлює можливість виокремлення не тільки владно-політичних, але й інших (владно-економічних, владно-інформаційних тощо) видів взаємодій. Особливе значення мають форми конституційно-правової чи іншої формально-юридичної

фіксації виду й обсягу відповідних ресурсів, форм їх закріплення між певними особами, а також взаємозв'язок офіційних і неофіційних форм їх обігу.

З огляду на це ключовим для соціології конституційного права стає питання «як». Відповідь на нього передбачає аналіз реально діючих принципів, норм і практик використання владних ресурсів, механізмів і процедур соціальної регуляції (саморегуляції), передовсім у сфері політичного процесу. Тут же слід вести мову й про механізми і форми представництва політичних інтересів соціальних груп і окремих осіб.

Реальні політичні практики діють в рамках офіційних державно-юридичних інститутів (призначень, виборів, квотування тощо) та/або низки неофіційних звичаєвих форм (зокрема кумівства, клієнтелізму, фаворитизму, трайбалізму; особистих, особисто-політичних, майново-політичних та ін. видів зобов'язань). За механізмами впливу на поведінку їх учасників такі зобов'язання належать до юридичної та інших, суміжних із нею соціонормативних сфер: звичаєвого права, «інфраправа» (Ж.Карбоньє), політичної і загальної моральності. Інструментами легалізації політичних та пов'язаних із ними інтересів слугують політичні, зокрема й конституційно-правові (виборчі, парламентські, судові, адміністративні та ін.) технології. На наш погляд, вивчення способів включення публічно-правових актів у механізми політичних технологій нині слід визнати найбільш актуальним напрямком соціолого-правових досліджень.

Відтак, комплексний аналіз існуючої системи обміну і розподілу політично-значущих благ видається необхідною передумовою для розв'язання низки проблем, пов'язаних із триваючим процесом включення в соціонормативну систему України формально-інституційних елементів конституціоналізму.

Неофіційні практики в діяльності публічної влади: спроба класифікації

Сферу дії фактичної конституції може бути уточнено шляхом виокремлення соціальних інститутів, в рамках яких відбувається взаємодія учасників реальних політичних відносин, практик у сфері здобуття й використання політичної влади. Йдеться про два види інститутів, за посередництвом та в рамках яких здійснюється регулювання конституційних відносин: офіційні (формально-юридичні,) і неофіційні (неформальні, фактично-поведінкові). Якщо офіційні інститути цілеспрямовано створюються державою, то неофіційні – передовсім самим суспільством. Безпосереднім джерелом утворення інститутів другого виду і водночас формою їх функціонування є неофіційні соціорегулятивні практики (далі – НП) – *усталені форми фактичної взаємодії учасників суспільних відносин, яка відбувається поза законодавчим регулюванням або в межах сфери законодавчого регулювання, але з порушенням його приписів.*

Взаємодія учасників НП відбувається під вирішальним впливом їх власних *інтересів* або інтересів осіб та суспільних груп, яких вони представляють. Норми інститутів права відіграють тут роль лише одного з чинників, який певним чином враховується акторами відповідних практик. При цьому НП мають реальне соціонормативне значення і переважно звичаєвий або ж такий, що тяжіє до звичаєвого, характер.

Предметом розгляду пропонованої статті виступатимуть зокрема ті практики фактичної взаємодії органів публічної влади та їх посадових осіб між собою та з громадянами, що виникають з приводу відносин, які належать до предмету конституційно- або муніципально-правового регулювання. На наш погляд, саме такі практики виступають формою функціонування фактичної конституції. З огляду на це дослідження проблеми співвідношення останньої з конституцією юридичною неможливе без аналізу типологічних особливостей НП, механізмів їх дії, особливостей взаємодії з формальними політико-правовими інститутами. Слід зауважити, що розв'язання цього завдання потребує об'єднання зусиль фахівців низки різних галузей знань (загальнотеоретичної юриспруденції, соціології права та економічної соціології, теорії й соціології моральності, політології тощо), що, безперечно, ускладнює проведення наукових розвідок в означеній сфері.

З урахуванням недостатньої розробленості означених вище питань у сучасному правознавстві метою подальшого викладу буде виокремлення лише різновидів і типів практик, які використовуються в неофіційному регулюванні конституційних та муніципальних відносин.

За критерієм відповідності конституційно-правовим принципам і нормам НП можуть бути розподілені на *конституційні* та *неконституційні*.

Конституційні НП, з огляду на дію «нормативної сили фактичного» набувають форми звичаєвих правил як легітимних, де-факто або де-юре санкціонованих органами державної влади реальних джерел регулювання конституційних відносин. При цьому за предметною сферою згадані правила є політичними, а за використовуваними способами й формами регуляції – власне моральними, етикетними, або ж водночас і моральними, і державно-юридичними.

У конституційному праві звичаї регулюють деякі матеріальні і організаційно-процедурні відносини (окремі питання законодавчої процедури, порядок визначення складу уряду тощо; конституціоналістами РФ висловлюється також слушна думка про звичаєвий характер триваючої з радянського періоду практики висувати лише одну кандидатуру на низку державних посад, які заміщуються за рішенням колегіальних представницьких органів [33]). Прикладами конституційних та муніципальних звичаїв можуть бути також практики ритуально-символічного

характеру (порядок відкриття засідань новообраних представницьких органів влади, використання державних символів тощо).

На особливу увагу заслуговують *неконституційні* практики, серед яких, своєю чергою, можна виокремити *антиконституційні* і *параконституційні*. Антиконтитуційними можуть вважатись практики, що суперечать принципам і нормам конституції та інших законів, прийнятих відповідно до неї (блокування трибуни, підкуп членів виборчої комісії тощо).

Поняття «параконституційних» вперше було використано американським політологом Ф. Ріггсом (1988) щодо практик, які формально не порушують букву Конституції, але підривають сам дух конституціоналізму [34]. Їх прикладами можуть слугувати, зокрема, неформальні домовленості між посадовими особами та/або органами публічної влади, зміст яких суперечить тим чи іншим конституційним засадам. Це не означає, втім, що подібні практики здатні викликати виключно негативні суспільні наслідки. Так, наприклад, у низці випадків за їх допомогою вдається уникнути конституційних криз [див.: 35, с. 14]. Однак не можна не погодитись також із тим, що, згадані практики так чи інакше знижують рівень довіри громадян до держави [36, с. 121].

Складність однозначної кваліфікації деяких НП в аспекті їх конституційності може бути проілюстрована на прикладі лобістської діяльності. В окремих країнах (США, Великобританія, Франція, ФРН, Литва, Польща та ін.) лобіювання узаконене як таке і може здійснюватись як на основі норм конституційного законодавства, так і кодексів професійної етики. В інших країнах (Україна, Росія, Індія, Китай та ін.) порядок здійснення цієї діяльності законодавчо не врегульований, з огляду на що тіньове лобіювання може набувати ознаки параконституційної чи антиконституційної практики залежно від того, чи пов'язано воно з вчиненням протизаконних, зокрема корупційних діянь.

Наведені вище критерії класифікації НП мають ціннісно-нормативний характер. На противагу цьому ціннісно нейтральним є критерій сфери регулятивної дії, відповідно до якого всі НП можуть бути розподілені на *загальні* (використовуються різними органами публічної влади та їх посадовими особами) та *локальні* (використовуються тільки в окремих органах публічної влади або ж в їх окремих різновидах). До практик другого виду можна віднести, зокрема, практики голосування чужими картками, а також т. зв. логролінг («торгівля голосами»), яка використовується в діяльності законодавчих, а також інших представницьких органів.

За характером взаємодії їх учасників НП можуть бути розподілені на *конфліктні* (ініціювання кримінального переслідування супротивника, шантажування, вимагання

хабара тощо) та *коопераційні* (найчастіше набувають форми взаємного неофіційного надання послуг із тією чи іншою формою оплати їх вартості).

Відзначимо певну методологічну недостатність наведених класифікацій, яка полягає в тому, що вони приховують низку якісних відмінностей між окремими видами НП. Йдеться про відмінності, які зумовлені як різними джерелами їх виникнення, так і механізмами взаємодії їх учасників. Це свідчить про необхідність використання комплексних критеріїв, одержаних шляхом узагальнення емпіричних даних про неофіційні практики та інститути.

У цьому плані більш диференційованою є схема типологізації неформальних інститутів, запропонована американськими політологами Г.Хелмке і С.Левіцкі (2004) [37, р. 728], заснована на виокремленні функцій, виконуваних такими інститутами щодо інститутів формально-юридичних. Цими функціями виступають: а) доповнення, б) заповнення прогалин, в) пристосування чинних інститутів до інтересів їх «користувачів», г) створення альтернативних норм. Кожна з означених функцій виникає «на перетині» двох критеріїв: ефективності/неефективності формально-юридичних інститутів, з одного боку, й сумісності цілей формальних і неформальних інститутів, з іншого. Відповідно виокремлюються такі види неформальних інститутів: *доповнювальні, заміщувальні, пристосувальні й конкуруючі*.

Вказана типологія може бути поширена також і на НП. Неофіційні інститути і практики тут виступатимуть як явища, функціонально залежні від інститутів формальних. Зауважимо, що такі залежності, хоч і є вельми значущими, не охоплюють усіх існуючих співвідношень та взаємозв'язків між обома видами інститутів і практик. Не можна також не помітити зв'язків більшості виокремлених функцій неофіційних інститутів із відомими принципами *praeter legem*, *secundum legem*, *contra legem*, які відображають особливості взаємодії звичаєвих правил із писаним правом.

Видається методологічно важливим і поділ НП за значенням особистості їх учасників на *особистісно-орієнтовані* (фаворитизм, «знайомства» та ін.) і *безособові* (логіролінг, хабарництво та ін.). Попри те, що на практиці може відбуватись як поєднання обох типів НП, так і їх взаємне перетворення, такий поділ дозволяє здійснювати аналіз складного переплетіння моральнісних і юридичних відносин, якими оформлюються взаємодії учасників НП.

У цьому зв'язку НП можна також класифікувати залежно від специфіки використовуваних соціорегулятивних форм на *моральнісні* (моральнісно-політичні) *моральнісно-юридичні* та *юридизовані*. Так, наприклад, безособові практики хабарництва й «відкотів» належать до юридизованих з огляду на використання їх

учасниками форми правочину. Натомість практики клієнтелізму і непотизму можуть мати моральнісний, моральнісно-політичний. Це не виключає того, що видання органами та посадовими особами юридичних актів певного змісту може виступати тут предметом моральних зобов'язань (це дозволяє в назвати розглядувані відносини у специфічному сенсі «моральнісно-юридичними»).

Становить особливий інтерес класифікація особистісно-орієнтованих НП, запропонована російським дослідником Я.Ю. Старцевим (2009) [38]. В її основу покладено два критерії: а) співвідношення статусів і ресурсів учасників («вертикальні» відносини (нерівність, підпорядкування) або ж «горизонтальні» відносини (рівність, договір)) та б) стуктуруючий мотив взаємодії (раціональний інтерес, соціально-біографічно детерміновані зв'язки чи емоційна привабливість) [38, с. 40-41]. Ґрунтуючись на цих критеріях, автор виокремлює шість різновидів особистісно-орієнтованих НП, три з яких (клієнтелізм, непотизм, фаворитизм)¹ відповідають вертикальному, а інші («блат» [40], дозвільні компанії, приятелювання) – горизонтальному типу відносин. Безперечною перевагою наведеної класифікації є її емпірико-соціологічна орієнтованість, з огляду на що класифікаційні критерії тут поєднані на основі виявлення особливостей реально існуючих типів соціальних зв'язків.

Зауважимо, що наведена вище класифікація стосується взаємодій *коопераційного* типу. З урахуванням цього запропоновані вище критерії можуть бути використані також для характеристики коопераційних неофіційних відносин безособового характеру, основним різновидом яких є практики договірної типу (практики умовно еквівалентного обміну). До таких НП, поширених у відносинах органів публічної влади та їх посадових осіб із громадянами, належать передовсім різноманітні корупційні взаємодії.

Звісно, наведені вище класифікації не претендують на вичерпність. Різноманіття НП, їх гнучкість і висока адаптивність до соціальних змін вимагають постійного соціологічного моніторингу та уточнення типологічних характеристик окремих із них.

Відповідно до сформованих уже в радянський період основних напрямів соціолого-правових розвідок [4, с. 62], останні в аспекті проблематики фактичної конституції стосуються насамперед трьох груп взаємопов'язаних питань:

- соціальна зумовленість конституційно-правового регулювання (особливості соціальної структури і принципи соціальної ієрархії, культурно-цивілізаційна

¹ Зауважимо також, що в розробленому під егідою ООН «Антикорупційному наборі інструментів» (версія 4, 2002) фаворитизму, поряд із клієнтелізмом і непотизмом, надано морально-правове значення, оскільки названі практики розглядаються як різновиди зловживань владними повноваженнями [39].

ідентичність правової системи, проблеми існуючих у суспільстві ціннісно-нормативних орієнтацій, соціальної аномії, правового нігілізму та ін. як чинників впливу на конституційно-правове регулювання);

- соціальний механізм дії конституційного права, який розкривається, зокрема, у взаємодії офіційних і неофіційних джерел регулювання політичних відносин. Вивчення цих питань вимагає визначення функцій та дисфункцій конституційно-правових інститутів; ролі неформальних практик, звичаїв, традицій та інших неофіційних регуляторів; дослідження взаємодії суб'єктів політичної, економічної влади та духовної в суспільстві; процесів політичного впливу, співвідношення норм конституційного права і практик політичної моральності, взаємодії традиційних і «модерних» поведінкових елементів у функціонуванні конституційно-правових інститутів та ін. Зауважимо, що неофіційний вимір конституційно-правової реальності також є предметом настільки ж малодослідженим, наскільки й важливим для пізнання справжніх причин і механізмів функціонування процесів, які опосередковують дію основного закону;

- ефективність конституційно-правового регулювання. Ця група питань охоплює проблеми меж конституційно-правового регулювання; взаємодії державного регулювання й саморегулювання конституційних відносин; регулятивної ролі приватних і корпоративних інтересів; взаємозв'язку особистих та інституційних чинників при реалізації конституційних повноважень; проблеми зловживання публічною владою та ін.

Політичний клієнтелізм як соціальна основа механізму функціонування фактичної конституції

Клієнтарні відносини: поняття і види. До вельми поширених та водночас малодосліджених в українській науці неофіційних політичних практик належить клієнтелізм.

За визначенням французького політолога Ж.-Ф. Медара, «клієнтелістські відносини є однією з форм особистої залежності, яка не зумовлена кровною спорідненістю; вони є вираженням зв'язку двох осіб, наділених нерівними можливостями – патрона і клієнта – для надання взаємної підтримки, взаємного обміну послугами» [41, цит. за: 42, с. 123]. Функціональне призначення клієнтарних відносин зумовлює те, що ці відносини утворюють особливий союз осіб, які виступають в соціальних ролях патрона і клієнта – клієнтелу.

Терміно-поняття клієнтелізму, або ж патронату (синонімічними є англomовні терміни *patronage*, *clientelism*, *patron-client relationship*) [43, с. 271] використовується у політології та політичній соціології для позначення особливого типу владних відносин; типу культурно стандартизованої соціальної взаємодії індивідів й

сукупності похідних від нього соціальних і політичних феноменів; моделі політичного структурування суспільства; принципу устрою державного механізму; способу організації державного управління; режиму функціонування політичної системи [див., напр.: 25, с.12,75; 44, с.32; 45, с.8; 46; 47].

Патрон-клієнтні взаємодії перебувають поза полем уваги правознавців з огляду на те, що відбуваються переважно поза межами позитивного державно-юридичного регулювання і зазвичай розглядаються як юридично-байдужі (винятком є, однак, низка конституційних принципів функціонування держави, органів і посадових осіб публічної влади в Україні (зокрема ст. 1, 3, 6, 8, 19, 38 Основного Закону, норми законодавства про публічну службу тощо, яким прямо суперечить політичний клієнтелізм); або ж потрапляють у сферу дії спеціальних публічних заборон, набуваючи юридичного значення з огляду вже на свої негативні соціальні наслідки – у разі завдання «істотної шкоди» правоохоронюваним інтересам (використання патроном своїх владних повноважень в інтересах клієнта чи третьої особи кваліфікується як зловживання владою). Гадаємо, що такий підхід є явною недооцінкою реальної соціонормативної значущості механізмів неофіційного регулювання політичних відносин.

Феномен конституціоналізму, про який чимало говорять представники юриспруденції на пострадянському просторі, за визначенням являє собою своєрідну протилежність системам особистісного правління. Вважається, що панування безособових публічних норм, а не влада окремих осіб, належить до стрижневих компонентів верховенства права й верховенства конституції як складових конституціоналізму. На перший погляд, це нібито виключає необхідність дослідження особистісних аспектів функціонування конституційних та інших публічно-правових інститутів, проте знайомство з політичною практикою переконує радше в протилежному. Неувага до особистісного виміру регулювання політичних відносин, до вирішальних фактичних і нормативних чинників такого регулювання та їх взаємодії має своїм наслідком те, що дослідження проблем публічного права відбуваються немов би у безповітряному просторі, перетворюються на самодостатні схоластичні вправи.

Натомість не можна забувати, що будь-який носій владних повноважень уособлює в собі дві іпостасі: а) державно-нормативну, виражену в положеннях конституційного чи іншого публічного законодавства, які окреслюють його повноваження та принципи їх реалізації; у цьому випадку він виступає як суб'єкт права, та б) фактичну, виражену у реальній поведінці цієї особи щодо використання наданих їй владних повноважень та інших ресурсів, доступ до яких пов'язаний із її

перебуванням на посаді; тут носій владних повноважень є передовсім суб'єктом дії і суб'єктом морально-політичної практики.

В останньому випадку норми та інститути публічного законодавства виступають об'єктом використання, зорієнтованого на першочергове і переважне задоволення особистих (економічних та інших) інтересів. Соціальний ефект такого використання зумовлюється незбігом чи збігом (чого, відзначимо, теж не можна принципово виключати) особистих інтересів учасників патрон-клієнтських взаємодій з інтересами загальносуспільними, публічними.

Гадаємо, що розглядуване явище має становити значний інтерес для соціології конституційного права з огляду на структуроутворюючу роль клієнтелізму у політичній системі суспільства, у механізмах функціонування окремих органів публічної влади (адміністрації президента, парламенту та його органів, парламентських фракцій, системи органів виконавчої влади та місцевого самоврядування та ін.), діючих механізмах вираження інтересів окремих соціальних груп, розподілу публічно-значущих благ тощо.

За специфікою соціорегулятивного впливу на поведінку учасників відносин патронат належить до моральнісних (іноді – до морально-юридизованих) і звичаєвих¹ відносин. При цьому поняття моральності використовується у функціональному аспекті і позбавлене ціннісних конотацій [див.: 62, с. 52, 53]. Історично клієнтелізм виникає як інститут традиційної (доіндустріальної, докапіталістичної) моральності як «чинник розвитку соціальної нерівності й водночас як відповідь на неї» (М.М. Афанасьєв). Важливо, що цей тип відносин зберігається також і в суспільствах транзитивного типу, а також у модерних (Північна Америка, Канада, Іспанія, Італія, Японія та ін.).

Патронат парадоксально поєднує особисту залежність і міжособистісну солідарність, на що звертається увага провідним російським дослідником клієнтелізму М.М. Афанасьєвим. З огляду на це клієнтарні відносини визначаються як відносини «індивідуальних і колективних акторів, засновані на різниці потенціалів соціальної сили, які суперечливо поєднують в собі особисту залежність і солідарність, прагнення до встановлення довірчих, квазіродинних відносин з виконанням функцій обміну ресурсами влади і підтвердження соціального статусу» [25, с. 12]. Дослідник відрізняє клієнтелізм від більш широкого за обсягом поняття клієнтарності, в яке включає, окрім власне патрон-клієнтських відносин, типологічно

¹ У цьому контексті М.М.Афанасьєв звертає увагу на химерність такого, що склався у радянський час, «унікального розриву між офіційно декларованим всезагальним порядком, його ідеологією й нормами, й існуючими неофіційно загальними звичаями – парадоксальний феномен нелегального звичаєвого права». – [див. 48, с.123]. Попри не зовсім точне використання поняття права, тут чітко зафіксовано звичаєвий характер патронату.

подібні вертикальні відносини за участі організацій чи інших колективних суб'єктів [25, с. 75].

На синкретичному («змішаному»), невіддиференційованому характері патронату було зроблено наголос у праці Л.Ронігера і Ш. Ейзенштадта [49], яка нині вважається класичною з розглядуваного питання. Така невіддиференційованість походить, гадаємо, зі способів моральнісної регуляції, притаманних традиційним суспільствам. Важливими рисами цих відносин виступають: «...дуже характерна комбінація нерівності і владної асиметрії з видимою взаємною солідарністю, вираженою в особистій ідентифікації, особистому співчутті і зобов'язаннях; ...комбінація можливого примусу й експлуатації з добровільними відносинами і зобов'язаннями; ...комбінація підкресленої обопільності, солідарності та взаємодії патронів і клієнтів з деякою неофіційністю, напівзаконністю таких відносин» [49, р. 49].

У політичній науці є усталеним (Р. Лемаршан, К. Легг, Е. Вольф) розуміння патронату як відносин «переважно (1) особистісних і неофіційних, заснованих (2) на нерівності у володінні ресурсами влади й водночас на різниці соціальних статусів (3) на взаємних зобов'язаннях і зацікавленості» [цит. за: 25, с.40]. Суперечливе поєднання владної залежності з обопільною зацікавленістю знаходить свій вираз в тому, що до ознак клієнтелізму пропонується включити також «добровільно-примусовий характер вступу і відмови від цих відносин» [50].

Отже, базовими ознаками клієнтарних відносин можна вважати характер залежності між їх учасниками (особистісна, персоналізована); соціонормативну основу (опертя на неофіційні – моральнісні й моральнісно-політичні – механізми соціальної регуляції; взаємне фактичне становище учасників відносин, співвідношення їх соціальних статусів і ресурсів (нерівність, асиметрія); функціональне призначення відносин (обмін благами); соціальні передумови й підстави виникнення (позитивні – потреби й інтереси клієнта, які за конкретних соціально-історичних умов не можуть бути задоволені іншим способом, або задоволення яких пов'язане з надмірними витратами; інтереси патрона у збереженні й зміцненні свого становища в соціальній ієрархії; негативні – відсутність кровної спорідненості між учасниками клієнтели).

Щодо підпорядкованості як ознаки, яка впливає з нерівності ресурсів, слід зауважити, що фактичною нерівністю характеризуються практично будь-які відносини, які виникають між окремими особами. Проте в більшості випадків правомірні чи протиправні відносини обмінного типу обмежуються разовими, одноактними й випадковими взаємодіями й зазвичай вичерпуються виконанням своїх юридичних чи моральнісних обов'язків їх учасниками (покупець-продавець, хабародавець і хабароодержувач тощо). Факт виникнення залежності між

конкретними учасниками таких відносин загалом є випадковим і таким, що ґрунтується на відносно вільному виборі особи. Натомість, відносини патронату є відносно стійкими; залежність, в якій знаходяться клієнти від їх патронів, має триваючий характер; вони мають своєю передумовою економічні, владно-адміністративні та інші суттєві відмінності у соціальних статусах, диспозиціях (П. Бурдье) їх учасників.

Фактичний статус патрона визначається, зокрема, його місцем у владній ієрархії і зазвичай тісно пов'язаний з його формально-юридичним статусом або ж формально-юридичним статусом особи, доступ до якої забезпечує патрон, що діє як посередник («брокер»). Індивідуальний (зокрема юридично формалізований) статус патрона є однією з характеристик, які визначають можливості доступу до публічно-значущих ресурсів (владних повноважень, майна, інформації тощо).

Внутрішня суперечливість побудови клієнтели полягає у поєднанні ієрархічності (структурно-диспозиційна ознака) із обміном (функціональна ознака). Свого часу одним з провідних радянських теоретиків права Г.В.Мальцевим уже вказувалось на цю особливість політичних розподільчих відносин: «...якою би чіткою, категоричною не уявлялась нам вертикальна структура політичного відношення..., вона ніколи не виключає його горизонтальної побудови, для якої характерні взаємність, взаємна заінтересованість і співробітництво сторін, які взаємодіють» [53, с.82]. Це слушне зауваження можна віднести, зокрема, й до відносин політичної клієнтели, в якій взаємна заінтересованість і співробітництво сторін за визначенням мають особистісну спрямованість¹.

Іноді поняттю клієнтелізму і клієнтарних відносин надається широке значення, з огляду на що до них невинновдано відносять також «поширення етнічних, регіональних, конфесійних, сімейно-родинних і подібних до них зв'язків на політичну сферу» [27, с. 158-159]; клієнтарними вважають також відносини, що виникають з інших, ніж клієнтела, підстав (зокрема непотизм і фаворитизм) й навіть горизонтальні відносини (амікальні групи) [51, с. 24; 38]. На наш погляд, такий підхід позбавляє розглядуваний концепт операціональності, фактично ототожнюючи його з поняттям неофіційних міжособистісних взаємодій. Водночас слід вказати на клієнтелу як на вельми поширену в сучасних суспільствах *форму організації* сімейно-

¹ В.В.Дементьев виокремлює три основних форми влади за критерієм характеру взаємодії: владу як обмін (ринкову владу); ієрархічну владу, яка характеризується нерівним (асиметричним) розподілом ресурсів (ієрархічна влада може виникнути, зокрема, як результат обміну); арбітражна влада, за якої сторони взаємодії не мають права на безпосереднє застосування санкцій одна щодо другої, тоді як застосування сили монополізоване третьою стороною [54, с. 112-113]. Ієрархічна влада в клієнтелі виникає не тільки як результат обміну, однак передбачає саме обмін як форму взаємодії між патроном і клієнтом.

родинних, регіональних та інших «кланових» зв'язків в органах публічної влади та в політичній сфері загалом.

Ш. Ейзенштадт і Л. Ронігер запропонували декілька підстав для класифікації різних форм патрон-клієнтних відносин: 1) *конкретна організація зв'язків* та їх виходів у більш широке інституційне середовище; 2) *ступінь відкритості доступу* до патрон-клієнтних ролей, наявність або відсутність при цьому нормативних бар'єрів; 3) *закріплення ролей за акторами* – неформальне, за взаємною згодою, або ж санкціоноване церемоніалом та (або) договором (другий і третій критерії мають особливе значення для соціолого-правового аналізу – *С.Р.*); 4) *зміст обмінів*: які ресурси обмінюються, чи акцентується при цьому влада або солідарність, яка ступінь обов'язковості відносин, наскільки важливі моральні обмеження; 5) *стабільність* патрон-клієнтних зв'язків [52, с. 99].

До *політичного клієнтелізму* відносять «специфічну форму мережі вертикального типу, в рамках якої позиції привілейованих акторів (патронів) займають офіційні владні інститути та їх керівники (лідери), які монополізували доступ до політичних ресурсів» [44, с.32]. Позиції залежних акторів (клієнтів) тут одержують інші суб'єкти, які змушені вступати з владними інститутами різного рівня у відносини нерівноцінного обміну з метою досягти впливу на прийняття владою рішень та врахування власних інтересів у політиці, що формується владою [44, с.32]. У політологічному словнику-довіднику клієнтелізм визначається як модель політичного структурування суспільства, заснована на особливому типі взаємовідносин лідера (патрона) з його послідовниками (клієнтами) — відданими йому або залежними від нього прибічниками [46].

Для розуміння ролі патронату в політичній системі й у конституюванні політичного режиму необхідний розгляд не лише абстрагованого зв'язку між патроном і клієнтом, а й способів включення таких зв'язків у механізм здійснення політичної влади. У цьому аспекті важливим є розрізнення видів клієнтел: моноцентричних (наприклад, партійна вертикаль) та поліцентричних (регіональні галузеві і міжгалузеві клієнти) [44, с.33], а також індивідуальної і колективної клієнти [48, с.121]. Моноцентричний клієнтелізм виступає принципом функціонування вертикалі виконавчої влади й зовнішньою формою персоналістського режиму державного правління [47]. Натомість поліцентричний клієнтелізм може характеризувати механізм функціонування органів місцевого самоврядування, структурно-функціональну організацію політичних партій тощо.

У політичній системі суспільства окремі патрон-клієнтські відносини (клієнти) складаються в ієрархічні піраміди, в яких патрони одних ланок виступають клієнтами щодо інших ланок, виконуючи своєрідні посередницькі

функції. М.М. Афанасьєв, заперечуючи проти виокремлення «локальної міжперсональної діадичної форми» (Ш.Ейзенштадт, Л.Ронігер), наголошує на «принциповій несамодостатності патронату, неможливості підтвердити авторитет і впливовість [патрона] інакше ніж забезпечуючи-опосередковуючи доступ до більш широких ринків ресурсів» [52, с. 99]. Власне, проміжне становище патрона в ланцюжку соціальних взаємозв'язків, втілений у цих зв'язках його соціальний капітал виступає чи не основним джерелом його влади над клієнтом [цит. за: 42, с. 123].

Виокремлення колективної форми клієнтарної залежності (Ж.-Ф. Медар, Л. Граціано, М.М. Афанасьєв) привабливе тим, що дозволяє розглядати відносини за участі організаційно оформлених соціальних спільнот (держави, територіальної громади, інших соціальних груп). Проте у цьому випадку про міжособистісний, персоналізований характер залежності можна вести мову лише із певними застереженнями. І якщо, зокрема, можна вважати особистісно-орієнтованими відносини окремих прошарків суспільства чи колективів з главою авторитарної держави, то, натомість, міждержавні чи інші відносини між колективними суб'єктами такими бути визнані не можуть.

Отже, спробуємо коротко окреслити деякі **зв'язки між публічно-правовими інститутами й клієнтарними практиками**.

Як видається, між формально-юридичним та реальним статусом учасників клієнтели можуть існувати різні співвідношення:

а) збіг реальної та формально-юридичної залежності (наприклад у відносинах президента держави та глави адміністрації президента, глава місцевої державної адміністрації тощо); у цьому випадку другий вид залежності кумулятивно підсилює перший, задає офіційну основу для відносин патрона і клієнта й легітимізує взаємодії, які відбуваються у формально-встановлених межах;

б) зворотне співвідношення між формально-юридичною та реальною залежністю, коли остання виникає й існує всупереч першій (таке співвідношення трапляється відносно рідше; Я.Ю. Старцев наводить приклад, коли в розпорядженні підлеглого знаходяться матеріальні блага, унікальні контакти, компрометуючі матеріали чи інші ресурси, які можуть поставити його керівника у залежне становище) [38, с. 41];

І в першому, і в другому випадках формально-юридична влада посадової особи щодо іншого учасника взаємодії виступає особливим «адміністративним ресурсом», реальний обсяг та інтенсивність якого вимагають соціолого-економічної оцінки [див.: 54, с. 113-115]. Важливим чинником такої оцінки виступає реальність можливості надання чи ненадання певних істотних благ, реалізації контрольних

повноважень, можливості застосування юридичних санкцій. З іншого боку, вимірювані владні можливості суб'єкта владних повноважень мають бути зважені, співставлені із можливостями зустрічного впливу з боку формально-підлеглої особи у конкретній ситуації. Такий підхід дає змогу визначити загальний баланс сил (ресурсів) клієнта і патрона і встановити розподіл реальної влади в їх відносинах.

в) існування лише реальної залежності при формально-юридичній незалежності (відносини між підприємцем та депутатом місцевої ради; між лідером політичної партії та виборцями тощо). У цьому випадку залежність має прихований, латентний характер, що, однак, ніяк не свідчить про те, що фактичний вплив патрона на клієнта є меншим, ніж у попередньому випадку.

У будь-якому разі факт реальної пов'язаності (афілійованості) та фактичної ієрархічності у відносинах осіб вимагає встановлення за допомогою спеціальних емпірико-соціологічних методик і критеріїв.

У клієнтарному механізмі законодавчо встановлені владні повноваження патрона набувають власне функціональне навантаження. По-перше, вони виступають інструментом доступу до певних публічно-значущих ресурсів (звісно, реальні можливості такого доступу не обмежуються межами компетенції патрона). По-друге, окреслюють офіційний статус патрона у владній ієрархії, дозволяють загальним чином ідентифікувати його місце, диспозицію в ній. По-третє, слугують засобом, який забезпечує зовнішню, формальну легітимність рішень та дій патрона.

Практично усі види актів публічного права (нормативні, правозастосовні, правоінтерпретаційні) можуть бути об'єктом створення і використання в особистісних цілях для легітимації: а) можливостей доступу до публічних ресурсів та їх одержання; б) взаємодій патрона і клієнта; в) їх поведінки, пов'язаної з їх участю в обмінних інтеракціях; г) стану належності одержаних публічних ресурсів. Зокрема йдеться про використання таких актів в цілях, які можуть бути кваліфіковані як зловживання публічним правом [пор.: 63, с. 38; 64, с. 61].

Так, зокрема, існують підстави вважати, що укази Президента України від 4 лютого 2005 року про призначення голів обласних державних адміністрацій легітимізували неофіційні домовленості глави держави та низки інших політичних діячів з надання доступу до публічних ресурсів і сам майбутній доступ до цих ресурсів осіб, належних до їх клієнтел. Ці акти також формалізували стан підпорядкованості офіційному патрону осіб, призначених за квотою В.А. Ющенка [55, с. 64-65; 56]. Зв'язок призначень посадових осіб у період перебування на посаді Президента України В.Ф. Януковича як із «кланово-земляцькими» механізмами, так і з формуванням клієнтарно-патронажної мережі є безсумнівним [57; 58]. Зауважимо, що непрозорість процесу визначення кандидатур до складу сформованого за

парламентсько-президентською моделлю системою нового уряду України залишає підстави для припущень про подальше функціонування клієнтарних кадрово-номінаційних механізмів [59]. Сказане дозволяє стверджувати про зловживання нормами конституційного права, а також владними повноваженнями з боку суб'єктів згаданих призначень.

Слід вказати на поширення клієнтарних механізмів утворення політичних партій в Україні як на обставину, яка належить уже до загальних місць у юридичній та політологічній літературі. З огляду на це, зокрема, вітчизняна партійна система небезпідставно характеризується як квазіпартійна. Функціонування партій-особистих клієнтел ґрунтується на інструментальному використанні актів конституційного законодавства в особистих інтересах, що вочевидь суперечить публічному призначенню інституту політичних партій і призводить до дисфункції останнього й до руйнування механізмів народного представництва. У моноцентричній клієнтарній системі «...механізму реальної партійної влади... (...) ...фактично не існує: співвідношення партійних і державних інститутів тут виявляється «перевернутим». Не партії контролюють формування і функціонування уряду та інших державних органів, а, навпаки, державна влада спрямовує і контролює діяльність партій та інших громадських організацій, перетворюючи їх на придаток державного апарату...» [27, с. 170]; парламент за такої системи перетворюється на своєрідну «реєстраційну палату», яка не відіграє самостійної ролі в процесі прийняття рішень. Як відзначає О.А.Фісун, «фактично парламентські органи стають одним із способів інституціоналізації патронажно-клієнтарних відносин між «держателями влади»... (...) Політичні системи пострадянського типу відтворюють логіку неопатрімоніального політичного процесу: це не боротьба патрієтно-політичних альтернатив в рамках парламентського суперництва, а боротьба різних фракцій неопатрімоніальної бюрократії за монополізацію тих чи інших сегментів клієнтарно-патронажних мереж, їх зміну і перерозподіл» [27, с. 170-172].

Від політичного клієнтелізму – до конституціоналізму? Патронат виступає механізмом інституціоналізації типових індивідуальних інтересів, формою перетворення інтересу як регулятивного факту (Г.В.Мальцев) на звичаєву норму, засобом трансформації особистісного в неофіційно-інституційне. Будучи своєрідним ідеальним типом міжособистісних відносин, їх нормативною моделлю в конкретно-історичній системі моральності (традиційної чи «неотрадиційної», модернізованої), клієнтела являє собою загальну форму, яка може наповнюватись різним змістом і виконувати відмінні функції в державному й у соціальному порядках. Це дає підстави стверджувати про ціннісну амбівалентність клієнтелізму як засобу

соціальної регуляції, який може слугувати основою організації як сільських громад, корпорацій, політичних партій, так і мафіозних кланів.

Як зазначає М.М.Афанасьєв, констатація «вписуваності» патронату в різні соціальні контексти – «лише половина справи і не найголовніша: важливо зрозуміти, як реалізуються відносини патрон-клієнтного типу в певному інституційному середовищі, як взаємодіють клієнтарні зв'язки і соціальні інститути, як змінюються вони – і перші, і другі – в результаті такої взаємодії. Це завдання значно складніше, аніж тиражування етикеток, коли «патрон» і «клієнт» перетворюються на лицаря й зброєносця, які мандрують епохами й континентами» [52, с. 100]. Це вочевидь виключає коректність будь-якої апріорної оцінки клієнтарних відносин як таких й вимагає пильної уваги до історичного контексту їх функціонування, встановлення їх значення за конкретних соціальних умов. На різних історичних етапах клієнтарні зв'язки відігравали як конструктивну, так і деструктивну ролі у становленні форм державності в окремих суспільствах. Так, зокрема, у вже згаданій розвідці Ш.Ейзенштадта і Л.Ронігера наголошується на фундаментальному позитивному соціальному значенні інституту клієнтели – задоволенні потреби в міжособистісній довірі. Розвиваючи цю тезу, М.М. Афанасьєв небезпідставно веде мову про клієнтелізм як закономірну реакцію на соціальне відчуження, спробою подолання якого виступає розглядуваний інститут.

Водночас за сучасних пострадянських умов відтворення патронажно-клієнтарних відносин призводить до виникнення нової форми капіталізму, основою якого є конвертація політичної влади в економічну власність. Відповідно, формування економічного капіталу відбувається не через привласнення засобів в виробництва, а через привласнення адміністративних засобів управління [27, с. 163, 167]. В ситуації аномії та поширення феномену «аморальної більшості» (Є. Головаха) політичний патронат набуває значення не тільки поза- чи параконституційного, а й антиконституційного інструменту реалізації інтересів учасників політичних відносин, засобу зловживань владою та службовим становищем.

Домінування клієнтарних відносин як внутрішньої форми функціонування державно-юридичних механізмів є джерелом фіктивності положень Основного Закону. Виступаючи суб'єктами дії у клієнтарних та інших непублічних практиках, обмінюючи в них владні ресурси на економічні та інші особисті блага, патрони і клієнти своїми сукупними діями творять і відтворюють фактичну, конституцію держави. Суспільна небезпека політичного клієнтелізму полягає в тому, що в тенденції розглядувані відносини, перетворюючись на режим функціонування політичної системи, уможлиблюють інверсію суспільних і приватних інтересів у публічно-правовому регулюванні, приватизацію політичної влади і зрештою

«захоплення держави» (state capture) [60, с. 13]. Так, у період правління четвертого президента України моноцентрична клієнтела у державній владі стала одним із засобів криміналізації механізму персонального правління [61]¹.

Торкаючись питання про перспективи розв'язання проблем, пов'язаних з дією клієнтели як одного з базових конкуруючих та «підливних» (В.Я. Гельман) соціально-політичних інститутів, слід пам'ятати про необхідність особливої уваги до тих глибинних антропосоціальних потреб, відповіддю на які стає функціонування цього інституту в суспільстві. З урахуванням цього слід, вочевидь, вести мову не тільки і не стільки про знищення клієнтели засобами публічно-правового регулювання, скільки про пошук суспільно-прийнятних форм і сфер прояву клієнтарності, можливості непрямого обмеження й витіснення відносин патронату зі сфери публічної політики, шляхів поступової трансформації особистісно-орієнтованих звичаєвих практик у конструктивне культуротворче річище.

Використані джерела:

1. Баранов В. М. Теневое право / В. М. Баранов. – Нижний Новгород : Нижегород. акад. МВД России, 2002. – 165 с.
2. Савчин М. Конституціоналізм і природа конституції / М. Савчин. – Ужгород : Поліграфцентр «Ліра», 2009. – 372 с.
3. Андреева Г. Н. Социологическое измерение науки конституционного права / Г. Н. Андреева // Современная социология права : сб. науч. тр. / РАН ИНИОН ; Отв. ред. Е.В. Алферова. – М., 2013. – С.109-120.
4. Савчук С. В. Юридична соціологія: предмет та місце в системі юридичних наук / С. В. Савчук. – Чернівці : Рута, 2003. – 240 с.
5. Джунь В. В. Соціологія конституційного права (до постановки питання) / В. В. Джунь // Право України. – 2010. – № 11. – С. 66-75.
6. Гюлумян В. Г. Тенденции развития Российской Федеральной Конституции : дисс. ... канд. юрид. наук / В. Г. Гюлумян. – СПб., 2003 [Електронний ресурс] Режим доступу : <http://www.dissercat.com/content/tendentsii-razvitiya-rossiiskoi-federalnoi-konstitutsii>
7. Овсепян Ж. И. Развитие научных представлений о понятии и сущности конституции / Ж. И. Овсепян // Правоведение. – 2001. – № 5 [Електронний ресурс] Режим доступу : <http://www.law.edu.ru/article/article.asp?articleID=173412>
8. Лассаль Ф. Сущность конституции / Лассаль Ф. // Лассаль Ф. Сущность конституции. Что же дальше? – СПб. : Книгоизд-во "Молотъ", 1905. – С.3-34.

¹ Зокрема йдеться про запровадження в державі інституту наглядців (рос. «смотрящих»), який виконував (а подекуди продовжує виконувати дотепер) функції паралельної, тіньової системи організації влади.

9. Тихонова Е. А. Конституція юридична і фактична / Е. А. Тихонова, Л. П. Юзьков // Право України. – 1992. – № 1. – С.9-10, 31.
10. Конституционное (государственное право) зарубежных стран : В 4 т. – Тома 1–2. Часть общая : Учебник / Отв. ред. Б.А. Страшун. – М. : Изд-во БЕК, 2000. – 784 с.
11. Большой юридический словарь / под ред. А.В. Малько. – М. : Проспект, 2009 г. [Электронный ресурс] Режим доступа : <http://determiner.ru/dictionary/880/word/fakticheskaja-konstitucija>
12. Шаповал В. М. Конституційне право зарубіжних країн. Академічний курс : Підручн. / В. М. Шаповал. – К.: Юрінком Інтер, 2012. – 432 с.
13. Сравнительное конституционное право / Абросимова Е.Б., Васильева Т.А. [и др.]; Редкол.: Ковлер А.И., Чиркин В.Е., Юдин Ю.А. – М.: Манускрипт, 1996. – 730 с.
14. Хабриева Т. Я. Теория современной конституции / Т. Я. Хабриева, В. Е. Чиркин. – М. : Норма, 2005. – 320 с.
15. Проблеми конституційного транзиту в Україні / С. О. Янішевський, О. А. Фісун [та ін.] ; за ред. В. М. Яблонського, С. О. Янішевського. – К. : НІСД, 2011. – 52 с.
16. Кафарський В. Концепти конституції у правовій і політичній науці / В. Кафарський // Політичний менеджмент. – 2010. – № 4. – С.25-34.
17. Кутафин О. Е. Предмет конституционного права / О. Е.Кутафин. – М. : Юристъ, 2001. – 444 с.
18. Петражицкий Л. И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности / Л. И. Петражицкий. – СПб. : Лань, 2000. – 607 с.
19. Джунь В. В. Соціологія конституційного права: (до постановки питання) / В. В. Джунь // Право України. – 2010. – N 11. – С. 66-75.
20. Фрицький О.Ф. Конституційне право України : Підручн. / Фрицький О.Ф. – К. : Юрінком Інтер, 2003. – 536 с.
21. Наливайко Л. Р. Державний лад України : теоретико-правова модель /Л.Р. Наливайко. –Харків : Право, 2009. – 596 с.
22. Мальцев Г. В. Социальные основания права / Г. В. Мальцев. – М. : Норма, 2007. – 800 с.
23. Дженкинс К. Социальный порядок и границы закона / К. Дженкинс // Правовая мысль XX века : сб. обзоров и рефератов / РАН ; ИНИОН ; Отв. ред. Ю.С.Пивоваров. – М., 2002. – С. 115-125.
24. Цвік М. Праворозуміння (значення повторюваності суспільних відносин для його дослідження) / М. Цвік// Право України. – 2010. – № 4. – С. 22–27.
25. Афанасьев М. Н. Клиентелизм и российская государственность: Исследование клиентарных отношений, их роли в эволюции и упадке прошлых форм российской государственности, их влияние на политические институты и деятельность

властвующих групп в современной России / М. Н. Афанасьев. – 2-е изд., доп. – М. : Московский общественный научный фонд, 2000. – 318 с.

26. Барсукова С. Ю. Неформальная экономика: экономико-социологический анализ / С. Ю. Барсукова. – М. : Изд. дом ГУ – ВШЭ, 2004. – 448 с.

27. Фисун А.А. Демократия, неопатримониализм и глобальные трансформации : Монография / А.А. Фисун. – Харьков: Константа, 2006. – 352 с.

28. Институциональные проблемы эффективного государства /Ф.В. Абрамов [та ін.] ; под ред. Р.М. Нуреева, В.В. Дементьева. – Донецк : ГВУЗ "ДонНТУ", 2012. – 371 с.

29. Лапаева В. В. Социология права в современной России: основные направления исследований / В. В. Лапаева // Современная социология права : сб. науч. тр. / РАН ИНИОН ; Отв. ред. Е.В. Алферова. – М., 2013. – С.10-30.

30. Джунь В. Цивілізаційна парадигма соціології конституційного права / В. Джунь // Право України. – 2012. – № 7. – С.151-160.

31. Радаев В.В. Понятие капитала, формы капиталов и их конвертация / В.В. Радаев // Экономическая социология. – 2002. – Т. 3. – № 4. – С.20-33.

32/ Калинина А.В. Аффилированные лица как особый субъект право-отношений: вопросы теории и практики : автореф. дис... канд. юрид. наук / А.В.Калинина. – Саратов, 2010. – 25 с.

33. Анисимов А.П. Правовые обычаи / А.П. Анисимов // [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.blog.servitutis.ru/?p=128>

34. Riggs F. W. The Survival of Presidentialism in America: Para-constitutional Practices / Fred W. Riggs // International Political Science Review. – 1988. – Vol. 9. – № 4. – P. 247-278.

35. Гельман В.Я. Институциональное строительство и неформальные институты в современной российской политике / В.Я. Гельман // Полис. – 2003. – № 4. – С. 6-25.

36. Матвеев А.А. Место и роль неформальных практик в современном российском федерализме / А.А. Матвеев // Исторические, философские, политические и юридические науки, культурология и искусствоведение. Вопросы теории и практики. – 2011. – № 5. – Ч. 2. [Электронный ресурс]. – Режим доступа : www.gramota.net/articles/issn_1997-292X_2011_5-2_30.pdf

37. Helmke G., Levitsky S. Informal Institutions and Comparative Politics: A Research Agenda / G. Helmke, S. Levitsky // Perspectives on Politics. – 2004. – Vol. 2. – № 4. – P. 725-740; Informal Institutions and Democracy: Lessons from Latin America / ed. Gretchen Helmke, Steven Levitsky. – JHU Press, 2006. – 368 p.

38. Старцев Я.Ю. Личностно-ориентированные взаимодействия в государственном и муниципальном управлении / Я.Ю. Старцев // Органы власти в системе социальных

взаимодействий: социологический, политический и управленческий анализ/ А.А.Александров, Т.Е.Зерчанинова, К.Н.Самков, Я.Ю.Старцев. – Екатеринбург : УрАГС, 2009. – С. 31-59.

39. Anti-corruption Tool Kit. Version 4, last edited 11 of November 2002. CICP-15 / Centre for International Crime Prevention ; Office of Drug Control and Crime Prevention ; United Nations Office at Vienna. – Vienna, 2002. – Volume I. – 300 p.

40. Леденева А. В. Личные связи и неформальные сообщества: трансформация блага в постсоветском обществе / А. В. Леденева // Мир России. – 1992. – № 2. – С. 89-106.

41. Médard J.-F. Le rapport de clientèle: du phénomène social à l'analyse politique / J.-F. Médard // Revue Francaise de Science Politique – Vol. 26. – No. 1. – February 1976. – pp. 103-131.

42. Доган М. Политический клиентелизм – всеобщее явление // Сравнительная политическая социология / М. Доган , Д. Пеласси ; пер. с англ. – М. : Соц.-полит. журн., 1994. – С.123-134.

43. Леонов М.М. Современная историография неформальных связей и патроната / М.М. Леонов // Известия Самарского научного центра Российской академии наук. – Т. 11. – №6. 2009. – С.271-276.

44. Бирюков С. Всепроницающая клиента. О некоторых особенностях региональных политических режимов в современной России / С. Бирюков // Свободная мысль: Международный общественный журнал. – N. 7-8 (1634) /2012. – С.30-41.

45. Харитонов В. Н. Клиентелизм в государственной службе: причины и пути ограничения : автореф. дисс. ... канд. социол. наук / В. Н. Харитонов. – М., 2013. - 20 с.

46. Погорелый Е.Д. Политологический словарь-справочник / Е.Д. Погорелый, К.В. Филиппов, В.Ю. Фесенко. – [Электронный ресурс] Режим доступа : <http://politike.ru/dictionary/866/word/klientelizm>

47. Голев С.В. Политическая психология. Словарь-справочник, 2004 г. / С.В. Голев. – [Электронный ресурс] Режим доступа : <http://politike.ru/dictionary/866/word/klientelizm>

48. Афанасьев М. Н. Клиента в России вчера и сегодня / М. Н. Афанасьев // Полис. – 1994. – № 1. – С. 121-126.

49. Eisenstadt S.N. Patrons, clients and friends. Interpersonal relations and the structure of trust in society / / S.N. Eisenstadt and L. Roniger. – Cambridge [Cambridgeshire] ; New York : Cambridge University Press, 1984. – 343 p.

50. Рогожина К.А. Клиентелизм в рекрутировании политических элит в Российской Федерации и постсоветских государствах Центральной Азии : автореф. дисс. ... канд. полит. наук / К.А. Рогожина. – М., 2010. – [Электронный ресурс] Режим доступа : <http://cheloveknauka.com/klientelizm-v-rekrutirovaniipoliticheskikh-elit-v-rossiyskoy-federatsii-i-postsovetskih-gosudarstvah-tsentralnoy-azii>
51. Харитонов, В. Н. Виды клиентарных групп в государственной службе РФ / В. Н. Харитонов // Власть . – 2010. – № 12. – С. 22-25.
52. Афанасьев М.Н. Клиентелизм: историко-социологический очерк / М.Н. Афанасьев // Полис. – 1996. – № 6. – С.97-108.
53. Мальцев Г.В. Социальная справедливость и право / Г.В. Мальцев. – М.: Мысль, 1977. – 255 с.
54. Дементьев В.В. Власть: экономический анализ. Основы экономической теории власти : монография / В.В. Дементьев . – Донецк : Каштан, 2003 . – 200с.
55. Мозоль М.Л. Клієнтелістські мережі в період президентства В. Ющенко / М.Л. Мозоль // Студентські наукові записки : Серія “Політичні науки”. – Мат-ли конф. “Перспективи та загрози демократії у постпомаранчевий період в Україні”. – Острого : Вид-во Нац. ун-ту “Острозька академія”, 2010. – Вип. 4. – С.61-68.
56. Гоцуєнко Н. 27 президентських очей // Дзеркало тижня. – 18 лютого 2005 / Н. Гоцуєнко, Є. Гуцул, В. Фоменко та ін. – [Електронний ресурс] Режим доступа : http://gazeta.dt.ua/ARCHIVE/27_prezidentskih_ochey.html
57. Трегубов В. У донецькі б я пішов – хай мене научать / В. Трегубов // Дзеркало тижня. – 20 вересня 2013 року. – № 34. – С.1, 3.
58. Куфрик Б. Якась Донецька Україна – 2 / Б. Куфрик // Експрес. – № 91 – 22-29 серпня 2013 року. – С.9. Куфрик Б. Якась Донецька Україна // Експрес. – № 8 (6156) 26 січня – 2 лютого 2012 року. - [Електронний ресурс] Режим доступа : <http://www.volfoto.inf.ua/pagesi/istomist/statti/2012rik/dm120126/t120130/jakas/jakas.htm>
59. Лямець С. За що їх в уряд? Трохи про кандидатів у міністри / С. Лямець // Економічна правда. – 26 лютого 2014. – [Електронний ресурс] Режим доступа : <http://www.epravda.com.ua/columns/2014/02/26/422195/>
60. Воробьев, А. Н. Левиафан поневоле: захват государства как следствие режимных деформаций : препринт WP14/2012/07 [Текст] / А. Н. Воробьев ; Нац. исслед. ун-т «Высшая школа экономики». – М. : Изд. дом Высшей школы экономики, 2012. – 28 с.
61. Грицик Ю. Кто керує нами? Смотрящі!" / Ю. Грицик, Г. Москаль // Експрес. – 13 березня 2013 року. – [Електронний ресурс] Режим доступа : <http://expres.ua/main/2013/03/13/83742-hto-keruye-namy-smotryashchi>

62. Беляева Е. В. Метаморфозы нравственности: динамика исторических систем нравственности / Е. В. Беляева. – Минск : Экономпресс, 2007. – 464 с.

63. Полянський Т.Т. Феномен зловживання правом (загальнотеоретичне дослідження) / Т.Т. Полянський. – Львів : Галицький друкар, 2012. – 456 с.

64. Крусс В.М. Злоупотребление правом : Уч. пос. / В.М. Крусс. – М. : Норма, 2010. – 176 с.

У статті запропоновано розуміння фактичної конституції як системи інститутів, які слугують реальними основами суспільного й державного устрою. Центральним елементом таких інститутів є звичаєві практики, які діють у сфері здобуття й використання політичної влади у суспільстві. Розглядаються класифікації неофіційних соціорегулятивних практик.

Ключові слова: фактична конституція, соціологія конституційного права, звичаєві практики, неофіційні практики, клієнтелізм, патронат

В статье предложено понимание фактической конституции как системы институтов, служащих реальными основами общественного и государственного устройства. Центральным элементом таких институтов является обычные практики, действующие в сфере приобретения и использования политической власти в обществе. Рассматриваются классификации неофициальных социорегулятивных практик.

Ключевые слова: фактическая конституция, социология конституционного права, обычные практики, неофициальные практики, клиентелизм, патронат

This article presents an actual understanding of the constitution as a system of institutions that serve the real basis of social and political system. The central elements of such institutions are customary practices that act in winning and use of political power in society. Classifications of unofficial socioregulative practices are considered.

Keywords: actual constitution, sociology of constitutional law, customary practices, unofficial practices, clientelism, patronage

**Васильченко Оксана Петрівна**

кандидат юридичних наук
доцент кафедри конституційного права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

**До питання про співвідношення
категорій рівності та рівноправності**

Конституція України, міжнародно-правові акти, документи, ратифіковані Україною, та її внутрішнє законодавство свідчать про досягнення високого рівня у розробці і декларуванні принципу рівності.

Однак ми сумніваємося чи справді законодавча регламентація принципу рівності є досконалою, такою, що відповідає сучасному соціально-економічному становищу України; чи законодавчо закріплений принцип рівності та механізм його охорони здатні реально забезпечити декларовану рівність.

Ці сумніви у нас з'явилися після аналізу співвідношення положень Конституції УНР і Основного державного закону УНР та новітньої Конституції України. З'ясовано, що трактування принципу рівності у сучасній Конституції та Основних законах УНР 1918 і 1920 рр. в основному ідентичні. Виходить, що розуміння принципу юридичної рівності залишається незмінним вже близько 100 років. Тому виникає питання, чи свідчить це на користь сучасного українського законодавця, а чи необхідні певні зміни з метою вдосконалення чинної системи права.

У науці відсутнє єдине розуміння правової природи рівності й рівноправності. У Конституції України вжито обидва ці поняття. Наукові поняття – це змістовні уявлення про закономірне і суттєве в явищах і процесах оточуючого світу. Як зазначав А.М. Васильєв, під час оцінки юридичних понять на перший план виступає питання про те, наскільки правильно, адекватно і об'єктивно відображено в них пізнання дійсності [3]. Тож, як в теоретичному, так і в практичному аспектах важливо з'ясувати зміст понять рівності й рівноправності, їх взаємозв'язок.

В.О. Патюлін під рівністю розумів фактичну наявність у людей однакових (рівних) соціальних можливостей для задоволення потреб, реалізації інтересів, досягнення мети. А рівноправність, зазначав він, – є закріплений принцип рівності громадян перед законом, тобто юридично закріплена рівність можливостей, і відсутність у законах будь-яких обмежень (чи, навпаки, привілей) відносно тих чи інших категорій громадян, за тією чи іншою соціально значущою ознакою (стать, національність, віросповідання тощо) [17]. І.Є. Фарбер розглядав рівність прав і обов'язків у трьох аспектах: по-перше, як соціально-економічну категорію; по-друге,

як юридичний принцип усіх галузей права; по-третє, як окремі види права на рівність. Соціально-економічна рівність, на його думку, юридично закріплюється у рівноправності громадян, при цьому рівноправність виступає як загальний принцип для усіх галузей права. Юридична рівноправність, зазначав І.Є. Фарбер, включає рівність перед законом і судом, рівне право на звернення до суду за захистом своїх прав, а також рівні права і обов'язки за наявності однакових обставин (юридичних фактів) і юридичних умов (правосуб'єктності) [18]. М.П. Орзіх переконаний, що рівність людей у конституційному (правовому) розумінні – це насамперед рівноправність, рівність прав, рівність перед законом, незалежно не лише від раси, кольору шкіри, політичних, релігійних поглядів, статі, етнічного і соціального походження, майнового стану, місця проживання, мови, але й від будь-яких інших обставин [16].

М.С. Бондар розглядає рівноправність громадян більш широко, як свого роду режим взаємовідносин людини й громадянина з суспільством і державою, який характеризується й соціальними аспектами (досягнутим рівнем соціальної рівності), і нормативно-правовим змістом (досягнутим рівнем правової рівності), тобто режим рівноправності – категорія соціально-правова. На його думку соціально-правовий режим рівноправності можна визначити як особливий правовий режим взаємовідносин людини й громадянина з суспільством і державою, який діє на основі оптимального поєднання демократичних цінностей свободи і рівності з використанням юридичних стимулів (у вигляді пільг, компенсацій, заохочень, привілеїв, обмежень) і створює сприятливі умови для задоволення потреб у рівності громадян у всіх сферах життя [2].

В.Є. Чиркін підкреслює, що слід розрізняти поняття «рівність» і «рівноправність», оскільки люди нерівні за своїми фізичними і психічними можливостями, за рівнем життя, іншими характеристиками, і в цьому відношенні жодне право не в змозі їх урівняти [20].

М.В. Баглай ототожнює зазначені поняття. Він вважає, що обидва вони вживаються як синоніми для позначення однакової міри свободи кожної людини. Зміст рівності і рівноправності передбачає відсутність неузаконених привілеїв і заборону дискримінації за будь-якими підставами [1].

На думку П.М. Рабіновича, рівноправність – це однаковість, тобто рівність, прав людини і громадянина у всіх і кожного. Вона поділяється на загально-соціальну та юридичну. Загально-соціальна рівноправність – це однаковість основних прав і свобод кожної людини, тобто вона полягає у фактичній рівності прав і свобод людини. Юридична рівноправність – це однаковість, рівність юридичного статусу державно-правоздатних суб'єктів, насамперед, рівність їх основних (конституційних)

прав та юридичних обов'язків. Вона полягає у формальній рівності прав і свобод. Рівність людей – це фактична, реальна однаковість їхніх соціальних можливостей у використанні прав та свобод людини й у виконанні соціальних обов'язків [8].

Відповідно до тлумачного словника рівність – це рівне становище людей у суспільстві, що виражається в однаковому ставленні до засобів виробництва і в користуванні тими самими політичними і громадянськими правами. А рівноправність – користування однаковими, рівними з ким, чим-небудь правами [4].

Рівність, як вважає О.С. Мордовець, це не юридична категорія, а соціально-моральне, політичне явище. Рівність - це ідеал, загальнолюдська цінність, гарантія правового, політичного й соціального порядку, це оціночний критерій відповідності ідеалу й реальності його втілення в конкретній, соціально значимій сфері громадського життя. Рівноправність - це, насамперед, рівні можливості суб'єктів прав людини [15, с. 8].

Л.Д. Воеводін під час визначення поняття «рівність» виходить із наступного положення, висловленого Ф. Енгельсом: «рівність полягає скоріше в тім, що з тієї загальної властивості людей, що вони є людьми, з рівності людей як людей вона виводить право на рівне політичне й відповідно соціальне значення всіх людей або, принаймні, всіх громадян даної держави або всіх членів даного суспільства» [5, с. 68]. Тобто саме в рівному, однаковому значенні всіх людей у сфері політичного, правового, соціального й економічного життя суспільства й полягає головне розумінні рівності. Рівноправність же, саме по собі категорія багатоаспектна. Вона означає, що: кожному члену суспільства держава надає рівні з іншими його членами юридичні можливості; із закону випливають для нього рівні обов'язки; здійснення прав і обов'язків забезпечується йому на рівних підставах. Таким чином, ряд авторів поняття «рівність» представляє як певну теоретичну абстракцію, що конкретизується через поняття «рівноправність» [7, с. 64].

В той же час слід відзначити, що попри проголошення і гарантування рівноправності, не можна повністю звільнити суспільство від різниці в соціальному статусі, матеріальній нерівності. Це пов'язано з тим, що за своїми природними здібностями, освітою, родом занять, свідомістю, психологією люди не є нерівними. Тобто, фактичної рівності між людьми не існує і бути не може, оскільки всі відрізняються за своїми індивідуальними параметрами. Як зазначає Ф.А. Хайек, «цілковита рівність більшості людей може означати лише однакове підкорення широких мас наказам певної еліти, що може задовольнити тільки державна влада з тоталітарними повноваженнями» [19, с. 120].

В радянській науці, метою суспільства ставилося досягнення фактичної рівності. З погляду марксизму-ленінізму формальна рівність - це буржуазне право,

буржуазне «рівне право», а фактична рівність - задоволення споживчих потреб «по потребах». Розвиток нижчої фази комунізму, соціалізму, до його вищої фази, повного комунізму, означає рух «далі від формальної рівності до фактичного, тобто до здійснення правила «з кожного по здатностям, кожному по потребах». Звідси формальна рівність, розглянута як рівне стосовно рівних, протиставлялося фактичній рівності, що досягалося через нерівне відношення до нерівних людей. І хоча справедливість, наприклад, у соціалістичному суспільстві оцінювалося як діалектичне поєднання елементів рівності й нерівності, насамперед, зверталася увага на досягнення фактичної, соціальної рівності, соціальної однорідності суспільства. При такому підході категорія «формальна рівність» відсувалася на задній план. Політика загального зрівняння не сприяє реалізації прав і свобод особи. При цьому не слід забувати, що правосуб'єктність та суб'єктивні права будь-якої особи не є тотожними. Неповнолітній і божевільний не можуть користуватися усіма правами нарівні з іншими особами [6, с. 54]. Формальна рівність полягає насамперед в тому, що для всіх учасників суспільних відносин встановлюються й застосовуються єдині правові засоби, які становлять основу механізму правового регулювання, тобто норми права, юридичні факти, акти реалізації прав і обов'язків.

Рівноправність вимагає, щоб усі громадяни мали рівні права й обов'язки, а оскільки останні можуть бути зведені до поняття юридичних можливостей вільновольових дій людини і його індивідуального розвитку, то рівноправність означає реальну наявність у всіх громадян однакового об'єму таких можливостей [12]. Однак, незважаючи на гарантування рівноправності, в суспільстві неминуче буде зберігатися нерівність соціальних статусів населення, матеріальна нерівність, оскільки люди нерівні за своїми природними здібностями, освітою, родом занять, свідомістю, психологією тощо. Тобто, фактичної рівності між людьми не існує і бути не може, оскільки всі відрізняються за своїми індивідуальними параметрами. Цілковита рівність більшості людей може означати лише однакове підкорення широких мас наказам певної еліти, що може задовольнити тільки державна влада з тоталітарними повноваженнями [19]. Минуле нашої держави свідчить, що політика загального зрівняння не сприяє реалізації прав і свобод особи. Крім того, треба враховувати, що кожна особа має різну правосуб'єктність і тому суб'єктивні права, що реалізуються кожним суб'єктом, не є однаковими. Неповнолітній і божевільний не можуть користуватися усіма правами нарівні з іншими особами [6]. За словами Ф. Люшера, рівність не є природною, а повне викорінення нерівності означає повстання проти людської природи [11].

У зв'язку з вищевикладеним слід відзначити, що люди між собою є не рівними, а рівноправними. Конституція України не містить норм, які виключили б можливість

виникнення випадків нерівності. Насамперед, мова може йти про соціальне та матеріальне розшарування суспільства, яке є все більш помітним в нашій країні. Це пов'язано із закріпленням в Основному Законі права приватної власності та свободи підприємницької діяльності. В той же час не слід забувати, що в ч. 2 ст. 24 Конституції України встановлюється, що не може бути привілеїв чи обмежень залежно від майнового стану, люди незалежно від їх соціального походження визнаються рівними і повноправними учасниками суспільного життя, наділеними свободою волею і тому здатними відповідати за свої дії і їх правові наслідки [9, с. 32]. Основний Закон не допускає «імунітету» для соціальних груп і окремих осіб у частині несення ними встановлених обов'язків. Всі громадяни України і кожен з них окремо – незалежно від будь-яких ознак (походження, соціального та майнового стану, роду і характеру занять тощо) повинні поводитися відповідно до вимог, які містяться в Конституції. Винятки у несенні певних обов'язків повинні встановлюватися винятково законами і мають бути обґрунтованими [10, с. 170].

В теорії пропонується «правову абстракцію рівності» розкривати через поняття *рівноправності*. Однак сам по собі цей термін також не є досить певним в силу багатозначності самого терміна «право». Очевидно, що в цьому випадку мова не йде про об'єктивне право, тому що воно споконвічно «є рівним» для всіх учасників суспільних відносин. Рівноправність повинна припускати рівність суб'єктивних прав учасників суспільних відносин.

Не вдаючись до поглибленого дослідження теорії суб'єктивного права, вбачається доцільним навести визначення М.І. Матузова, яке, на наш погляд, є найбільш обґрунтованим. Він вважає, що суб'єктивне право виступає як право-поводження, право-вимога, право-користування, право-домагання [13, с. 100] або, якщо розкрити зміст цього поняття, містить у собі чотири можливості: а) можливість певної поведінки самого уповноваженого; б) можливість вимагати відповідної поведінки від інших осіб; в) можливість вдаватися в необхідних випадках до примусових заходів; г) можливість користуватися певним соціальним благом [13, с. 84].

На наш погляд, поняття «суб'єктивне право» необхідно тлумачити широко, включаючи до його змісту поняття «конституційних прав», як це роблять В.М. Ведяхін, Л.Д. Воєводін, М.І. Матузов, Т.Б. Шубіна та інші автори. Загальні й, насамперед, конституційні права належать не тільки всім, але й кожному. Конституційні права також існують в рамках правовідносин, лише особливих, загально регулятивних, виникаючих з дії норм Конституції й маючих первинний, основний характер [13, с. 85].

З огляду на викладене, визначити співвідношення суб'єктивних прав і конституційних прав можна в такий спосіб: всі конституційні права є суб'єктивними, але не всі суб'єктивні права є конституційними.

На нашу думку, «рівність» і «рівноправність» є нетотожними категоріями. Рівність – надзвичайно складне і багатоаспектне явище, яке можна розглядати в правовому, економічному, політичному, філософському, моральному та інших аспектах. А рівноправність розуміється як притаманна виключно юридичній сфері. Відповідно, рівність є більш ширшим поняттям стосовно рівноправності й включає останню.

Використані джерела:

1. Баглай М.В. Конституционное право Российской Федерации. Учебник: Учебник для вузов. – 3-е изд., изм. и доп. – М.: НОРМА-ИНФРА, 2002. – 800 с.
2. Бондарь Н.С. Гражданин и публичная власть: Конституционное обеспечение прав и свобод в местном самоуправлении: Учеб. пособие. – М.: Городец, 2004. – 352 с.
3. Васильев А.М. Правовые категории. Методологические аспекты разработки системы категорий теории права. – М.: Юрид. лит., 1976. – 264 с.
4. Великий тлумачний словник сучасної української мови / Уклад. і гол. ред. В.Т. Бусел. – К., Ірпінь: ВТФ «Перун», 2001. – 1440 с.
5. Воеводин Л.Д. Юридический статус личности в России / Л.Д. Воеводин. — М, 1997. — 304 с.
6. Дашковська О.Р. Жінка як суб'єкт права в аспекті гендерної рівності: Монографія. – Х.: Право, 2005. – 224 с.
7. Ефремов А.Ф. Принципы законности и проблемы их реализации /А.Ф. Ефремов. – Тольятти, 2000. – 142 с.
8. Конституція України: Науково-практичний коментар/ В.Б.Авер'янов, О.В. Батанов, Ю.В. Баулін та ін.; Ред. кол. В.Я. Тацій, Ю.П. Битяк, Ю.М. Грошевий та ін. – Х: Право; К.: Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. – С. 123.
9. Лейст О.Э. Гражданское общество и современное государство / О.Э. Лейст, И.Ф. Мачин // Вестник Моск. ун-та. Сер. 11, Право. – 1996. – № 4. – С. 28-36.
10. Летнянчин Л.І. Конституційні обов'язки людини і громадянина в Україні: проблеми теорії і практики: Монографія / Л.І. Летнянчин. – Х.: СПД ФО Вапнярчук Н.М., 2006. – 256 с.
11. Люшер Ф. Конституционная защита прав и свобод личности: Пер. с франц. – М.: Изд.гр. «Прогресс» – «Универс», 1993. – 393 с.

12. Мальцев Г.В. Иллюзии равноправия : (Правовое неравенство в мире капитала) – М.: Мысль, 1982. – 271 с.
13. Матузов Н.И. Личность. Право. Демократия / Н.И. Матузов. – Саратов, 1972. – 256 с.
14. Матузов Н.И. Правовая система и личность / Н.И. Матузов. – Саратов: изд-во Саратовского ун-та, 1987. – 295 с.
15. Мордовец А.С. Социально-юридический механизм обеспечения прав человека и гражданина / А.С. Мордовец. – Саратов: ВШ МВД РФ, 1996.– 288 с.
16. Орзих М. Конституционная свобода и равенство людей // Юридический вестник. – 1998. – №2.
17. Патюлин В.А. Государство и личность в СССР (правовые аспекты взаимоотношений). – М.: Наука, 1974. – 144 с.
18. Фарбер И.Е. Свобода и права человека в Советском государстве. – Саратов: Изд-во Саратов. ун-та, 1974. – 187 с.
19. Хайек Ф.А. Право, законодательство та свобода. Том 2. Міраж соціальної справедливості – К.: Сфера, 1999. – 200 с.
20. Чиркин В.Е. Конституционное право зарубежных стран: Учебник. – 3-е изд., перераб. и доп. – М.: Юрист, 2002. – 622 с.

У статті проаналізовано особливості конституційного закріплення принципу рівності. Розкрито зміст понять рівності та рівноправності. Визначено співвідношення рівності та рівноправності.

Ключові слова: конституційний принцип, рівність, рівноправність.

В статье проанализированы особенности конституционного закрепления принципа равенства. Раскрыто содержание понятий равенства и равноправия. Определено соотношение равенства и равноправия.

Ключевые слова: конституционный принцип, равенство, равноправие.

The article analyzes the features of the constitutional principle of equality. Discloses the content of concepts of equity and equality. The reference between equity and equality is defined.

Keywords: constitutional principle, equity, equality.

**Бондарєва Марія Володимирівна**

кандидат юридичних наук,
доцент кафедри нотаріального та виконавчого процесу і адвокатури
юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

**Види і підстави спадкування:
теорія і нотаріальна практика**

*«Вопрос о судьбе имущества после смерти его субъекта-хозяина
имеет огромное как личное, так и общественное значение»*
И.А. Покровский. Основные проблемы гражданского права.
Классика российской цивилистики. – М., 2003. – С. 294.

Постановка проблеми. Питання визначення видів спадкування залишається одним з найбільш дискусійних в науці. Авторами пропонуються різні підходи до розуміння термінологічних формулювань «вид спадкування», «порядок спадкування», «підстава спадкування» [1, с. 104], «порядок визначення спадкоємців» [2, с. 14] тощо. Не менш важливим видається це питання і для нотаріальної практики. Адже, «говорячи про спадкування законом і спадкування за заповітом, слід завжди пам'ятати, що цей поділ має значення тільки в площині закликання даної особи в якості спадкоємця» [3, с. 56].

Теоретичною базою даного дослідження стали праці таких вітчизняних і закордонних цивілістів та процесуалістів як Е.В.Васьковський, Д.І. Мейєр, К.П.Победоносцев, І.А.Покровський, В.И.Синайський, М.І.Брагінський, В.В.Вітрянський, П.С.Нікітюк, О.С.Йоффе, К.С.Юдельсон, В.В.Васильченко, Заїка Ю.О., С.Я.Фурса, Є.І.Фурса. Серед авторів робіт, пов'язаних з темою даного дослідження, слід відмітити С.Г.Пасічник, Л.К.Радзієвську, Р.А.Ханнанова та інших.

Виклад основного матеріалу. Статтею 1217 «Види спадкування» Цивільного кодексу України (далі – ЦК) формалізовані два **види** спадкування, яке «здійснюється за заповітом **або** за законом». З назви наведеної статті робимо висновок про наявність двох *видів, а іншими словами варіантів правової регламентації відносин спадкування, в основі яких наявність (відсутність, правомірність, зміст) акту волевиявлення спадкодавця, спрямованого на розпорядження власним майном на випадок смерті, – заповіту*. Обидва види (варіанти правової регламентації) переходу спадщини реалізуються в контексті загальної системи правил про спадкове наступництво, не суперечать один одному, проте конкурують між собою, з відданням

пріоритету спадкуванню за заповітом. Слід зазначити, що спадкування за законом в більшості правопорядків відноситься до найбільш розповсюджених підстав переходу майна спадкодавця до його правонаступників, і складає в різних країнах від 70 до 90 % всіх випадків спадкового наступництва [4, с. 8].

Вибір відповідної **підстави спадкування** визначається юридичним фактами, які існують ще до виникнення спадкового правовідношення. Існування заповіту створює попередню можливість виникнення правовідношення, заснованого на волевиявленні померлого (спадкування за заповітом). В свою чергу, виникнення правовідношення, заснованого на зв'язках, передбачених законом обумовлює спадкування за законом [5, с. 108]. Підстава спадкування формується і завершується як юридичний склад у відношенні кожного конкретного спадкодавця і кожного конкретного спадкоємця. Тому *підстава спадкування* розглядається нами як *сукупність юридичних фактів, що існують до виникнення спадкового правовідношення, виступають в якості передумов такого правовідношення, трансформуються у його елементи після виникнення спадкового правовідношення*. Спадкування за заповітом має місце тільки за умови наявності заповіту. Спадкування за законом – як в разі наявності заповіту (якщо заповітом не охоплюється все спадкове майно, заповіт визнано недійсним повністю або частково, відмова спадкоємців за заповітом від права на спадкування тощо), так і за умови, якщо заповіт взагалі не складався.

Підстава спадкування, в свою чергу, визначає **порядок спадкування**, тобто правила конкретизації кола спадкоємців, обсягу їх прав та обов'язків, особливості нотаріальної процедури оформлення спадкових прав.

Слід відмітити, що в цивілістичній літературі проблема співвідношення термінологічних формулювань «підстава», «вид», «порядок» спадкування досі остаточно не вирішена [6, с. 9]. В контексті загального визнання двох основних видів спадкування пропонується також виділяти «змішане спадкування» у випадках не охоплення заповітом всієї спадщини [7, с. 200]. Деякі автори пропонують вважати самостійними підставами спадкування наступництво відумерлої спадщини, спадкування обов'язковими спадкоємцями, спадкування внаслідок шлюбу, споріднення, утримання, спадкування внаслідок спрямованої відмови від прийняття спадщини на користь іншого спадкоємця; в порядку спадкової трансмісії, в результаті відкриття спадщини. Останні два варіанти знайшли закріплення, наприклад, в якості підстав спадкування поряд із традиційними «за законом» і «за заповітом» пунктом 2 статті 1152 ЦК Російської Федерації (далі – ЦК РФ) і пунктом 3 статті 1158 ЦК РФ.

Найбільш радикальним видається підхід авторів, що пропонують відійти від звичних спадкування за законом і за заповітом, замінивши їх на «спадкування за заповітом» і «спадкування без заповіту» [8, с. 15].

Якщо остання точка зору в цілому не викликає заперечень, то погодитися з безпідставним розширенням кола видів і підстав спадкування важко. Перш за все, автори допускають підміну понять «вид спадкування» як варіант правової регламентації, сукупність правових норм, і «підстава спадкування» як юридичний склад, сукупність юридичних фактів. Можна також зазначити, що і спадкування за правом на обов'язкову частку, і спадкування в порядку спадкової трансмісії, і спадкування за правом представлення є специфічними порядками спадкування, які реалізуються у зв'язку із наявністю певних юридичних фактів в контексті відповідного загального виду спадкування. Так, право на прийняття спадщини в порядку спадкової трансмісії є самостійним суб'єктивним цивільним правом, яке реалізується трансмісаром (спадкоємцем, до якого переходить право на спадкування) автономно, незалежно від процесу спадкування майна трансмітента (спадкоємця, який помер, не встигнувши прийняти спадщину), адже не входить до складу його спадщини. Подібним чином – негативно – можна розв'язати і проблему можливості переходу права на прийняття спадщини від трансмісара до його вже спадкоємців.

В світлі існуючого підходу до поділу спадкування на два види поступово сформувався і підхід до документального оформлення спадкових прав. Так, наказом Міністерства юстиції України від 22.12.2010 р. № 3253/5 «Про затвердження Правил ведення нотаріального діловодства» передбачено видачу *свідоцтв про право на спадщину за законом* за Формою № 9 «Свідоцтво про право на спадщину на обов'язкову частку щодо нерухомого майна, у разі якщо частка у спадщині спадкоємця за заповітом залишилась відкритою». Так само свідоцтвами про право на спадщину за законом оформлюються спадкові права осіб, що спадкують за правом представлення (Форма № 4) і в порядку спадкової трансмісії (Форма № 5). Іншими словами, кожний з названих специфічних *порядків* спадкування реалізується в контексті основної *виду* спадкування – за законом.

Аналіз статті 1217 ЦК, згідно з якою «спадкування здійснюється за заповітом **або** за законом», дозволяє звернути увагу ще на один момент. Альтернативність кожного з названих видів спадкування підкреслюється використанням сполучника «або». Наприклад, стаття 1111 ЦК РФ носить назву «Підстави спадкування» і визначає, що «спадкування здійснюється за заповітом **і** за законом». Не викликає сумнівів можливість одночасного спадкування особою за двома підставами спадкування одночасно (заповіт складено на частину майна, спадкоємець за заповітом є одночасно обов'язковим спадкоємцем, спадкодавцем було складено два

заповіти на різне майно на користь одного і того ж спадкоємця та ін.). Тому варіант викладення змісту статті 1217 ЦК з використанням сполучника «і» видається більш вдалим.

Закликання до спадкування, очевидно, може розглядатися як *завершення юридичного складу, внаслідок чого у особи виникає право на спадкування*. В деяких випадках закликання до спадкування здійснюється внаслідок самого факту смерті спадкодавця і, відповідно відкриття спадщини. В інших – за наявності ще і додаткових обставин, як то спадкова трансмісія, субституція, відпадиння від спадкування всіх спадкоємців поточної черги. Отже на практиці можуть реалізовуватися різні варіанти підстав і порядків спадкування, в зв'язку з чим привертають увагу наступні питання. Якщо спадкування здійснюється за декількома дійсними заповідями (в тому числі секретним, з умовою, спільним заповітом подружжя), що стосуються різного майна, проте складені на користь одного і того ж спадкоємця, порядок закликання такого спадкоємця до спадкування, порядок прийняття ним спадщини або відмови від неї може ускладнюватися за рахунок особливостей нотаріальної процедури. Так, в заявах про прийняття спадщини або про відмову від прийняття спадщини слід, очевидно, вказувати на факт прийняття/відмови саме за всіма заповідями.

Проблемними видаються і випадки спадкування особою, що має право на обов'язкову частку у спадщині, якщо вона одночасно є спадкоємцем за заповітом. Яким чином спадкує особа, що має право на обов'язкову частку у спадщині, якщо вона одночасно є спадкоємцем за законом? Чи може така особа відмовитися від прийняття права на обов'язкову частку і прийняти частку за законом?

Що ж стосується відповідей на поставлені вище питання, то слід, як думається, враховувати два моменти. По-перше, принцип універсальності спадкового наступництва: прийняття частини спадщини означає прийняття її в цілому, а відмова від прийняття частини спадщини рівноцінно відмові від прийняття всієї спадщини. По-друге, автономність обох видів спадкування. Вразі одночасного закликання до спадкування особи *за різними підставами* згідно з частиною 5 статті 1275 ЦК «відмова спадкоємця за заповітом від прийняття спадщини не позбавляє його права на спадкування за законом». Це означає, що зміст волевиявлення спадкоємця в заяві про розпорядження правом на прийняття спадщини має бути висловлений максимально чітко, ясно і повно. Думаємо, що виходячи із загального розуміння автономності обох видів спадкування, кожний з них може реалізовуватися самотійно, без зв'язку і взаємозалежності від іншого. Тому і відмова спадкоємця за законом не позбавляє цю особу можливості спадкувати за заповітом.

Пунктом 4.3. Методичних рекомендацій щодо вчинення нотаріальних дій, пов'язаних із вжиттям заходів щодо охорони спадкового майна, видачею свідоцтва про право на спадщину, свідоцтв про право власності на частку у спальному майні подружжя, схвалені рішенням Науково-методичної ради з питань нотаріату при Міністерстві юстиції України 29.01.2009 р. визначена можливість подання обов'язковим спадкоємцем *«заяви про те, що вимоги статті 1241 ЦК йому роз'яснено і на одержання свідоцтва про право на спадщину на обов'язкову частку він не претендує, так як його частка у спадщині забезпечена за рахунок іншого спадкового майна. У такому випадку спадкоємець має право одержати свідоцтво про право на спадщину за законом або за заповітом на заповідане йому майно і не одержувати свідоцтво про право на спадщину на обов'язкову частку»*. Сумнівним видається правове значення заяви подібного змісту: звернення за видачею свідоцтва є *правом* особи і не тягне за собою відмови від самого права на обов'язкову частку у спадщині. В свою чергу, обов'язковий спадкоємець не може бути позбавлений права на відмову від прийняття спадщини, оскільки, як було обґрунтоване вище, здійснює це право в межах спадкування за законом в порядку статті 1273 ЦК. Таким чином, відмова обов'язкового спадкоємця від прийняття обов'язкової частки означає, на нашу думку, відмову від прийняття спадщини за законом в цілому. А відмова спадкоємця за заповітом – залишення можливості для такого спадкоємця спадкувати за правом на обов'язкову частку і за законом.

Висновки з проведеного дослідження. Складність спадкових правовідносин, багатоетапність нотаріального провадження, що здійснюється у зв'язку з реалізацією цього комплексу правовідносин матеріального і процесуального характеру, великі складнощі у процедурі обчислення обов'язкової частки у тих випадках, коли одна і та ж особа мають право спадкувати за декількома підставами спадкування одночасно. Практична реалізація різних варіантів підстав і порядків спадкування залишаються дискусійними, неоднозначними і потребують визначеності на рівні нотаріальної і судової практики.

Використані джерела:

1. Васильченко В.В. Коментар та постатейні матеріали до законодавства України про спадкування.- Х.: «Одісей».- 2007.- 480 с.
2. Ю.О. Заїка, І.В. Спасибо-Фатеева. Коментар до статті 1217 ЦК України. Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар. - Т.12: Спадкове право/ За ред. проф. І.В.Спасибо-Фатеевої. - Серія «Коментарі та аналітика».- Х.: ФО-П Колісник А.А., 2009.- 544 с.
3. Серебровский В.И. Избранные труды по наследственному и страховому праву. Изд. 2-е, испр. М.: «Статут», 2003. - 558 с.

4. Шиловост О.Ю. Наследование по закону в российском гражданском праве.- М.: Норма, 2006.- 272 с.
5. Гонгало Ю.Б. Юридические факты в наследственном праве России и Франции: Сравнительно-правовое исследование.- М.: Статут, 2010.- 310 с.
6. Спадкування за законодавством України. Коментар. Судова практика. - К.: Юрінком інтер, 2008.- 336 с.
7. Спадкове право: Нотаріат. Адвокатура. Суд: Наук.- практ. посіб./ За заг. ред. С.Я. Фурси. - К.: Видавець Фурса С.Я.: КНТ, 2007.- 1216 с.
8. Колесникова Е.В. Проблемные вопросы, возникающие в нотариальной практике при определении оснований наследования // Нотариальный вестник.- 2010.- № 3.

Стаття присвячена аналізу проблемних питань оформлення спадкових прав, визначення виду і підстав спадкування

Ключові слова: *спадкування, види спадкування, підстава спадкування, свідоцтво про право на спадщину*

Статья посвящена анализу проблемных вопросов оформления наследственных прав, определения вида и порядка наследования.

Ключевые слова: *наследование, виды наследования, основания наследования, свидетельство о праве на наследство*

The article reveals the problematic aspects of some controversial issues related to registration of inheritance rights, definition of the type and order of inheritance.

Keywords: *inheritance, types of inheritance, inheritance patterns, certificate of inheritance*

*Діковська Ірина Андріївна*

кандидат юридичних наук, доцент кафедри цивільного права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

**Окремі прояви принципу добросовісності під час реалізації
міжнародних приватних договірних зобов'язань**

Постановка проблеми. Принцип добросовісності є одним із ключових принципів приватного права. У багатьох правових системах необхідність його дотримання під час реалізації договірних зобов'язань фіксується у загальних положеннях зобов'язального права. Водночас окремі прояви цього принципу зустрічаються у спеціальних нормах договірного права, які по-суті визначають певні склади добросовісної поведінки учасників договірних відносин.

Міжнародні приватні договірні зобов'язання можуть регулюватися на двох рівнях: міжнародному та національному. У зв'язку із цим важливим є дослідження норм, які закріплюють склади добросовісної поведінки у міжнародних уніфікованих документах та національному праві окремих держав.

Стан дослідження. Окремі аспекти принципу добросовісності у приватному праві досліджувалися вітчизняними вченими (Т.В. Бонднар, А.С. Довгертом, Н.С. Кузнецовою, Р.А. Майдаником, О.О. Мережком та ін.) та зарубіжними авторами (О. Ландо (O.Lando), У. Магнусом (U. Magnus), П. Шлехтрайном (P. Schlechtriem) та ін.).

Водночас, важливість принципу добросовісності для правового регулювання міжнародних приватних договірних зобов'язань обумовлює потребу у нових дослідженнях окремих його проявів на міжнародному та національному рівнях.

Відтак, **метою даної статті** є аналіз правового регулювання можливості зменшення суми, що виплачується постраждалій договірній стороні, а також вимог щодо вжиття заходів щодо зменшення шкоди потерпілою стороною як проявів принципу добросовісності у міжнародних уніфікованих документах та національному праві окремих держав.

Виклад основного матеріалу.

Принцип добросовісності є основою для багатьох правил, що стосуються реалізації міжнародних приватних договірних зобов'язань. У даній статті ми зупинимося на деяких із них.

1. Можливість зменшення суми, що виплачується постраждалій стороні.

Принцип добросовісності - в основі правил про те, що сума, яка сплачується за невиконання договірного зобов'язання постраждалій стороні може бути зменшена,

якщо вона надзвичайно перевищує витрати, понесені в результаті невиконання зобов'язання.

Мова йде про т. зв. «узгоджені суми, як сплачуються за невиконання зобов'язання». Так, відповідно до ст. 9:509 (1) Принципів Європейського договірної права (надалі – PECL) «У випадку, якщо в договорі передбачено, що сторона, яка не виконала зобов'язання, повинна виплатити певну суму постраждалій стороні за таке невиконання, постраждалій стороні виплачується така сума незалежно від фактично понесених втрат». Аналогічною є ст. 7.4.13 (1) Принципів міжнародних комерційних договорів (надалі – Принципи УНІДРУА) та ст. III.-3:712 Проекту Спільних Точок Зору (надалі – DCFR).

Як зазначає коментар до Принципів УНІДРУА під «узгодженими сумами» в даному випадку розуміються заздалегідь оцінені збитки, відомі у загальному праві, а також суми штрафів, неустойки [1; с. 284]. Коментар до DCFR вказує на те, що «немає нічого поганого у тому, що сторони погодили штраф за невиконання зобов'язань, за умови, що вони повною мірою усвідомлюють, що роблять і не вчиняють несправедливо» [2; с. 977].

Можливість стягнення неустойок, штрафів, передбачена й у багатьох національних правових системах. Так, наприклад, можливість стягнення неустойки передбачена пар. 339-345 Німецького цивільного уложення (надалі – НЦУ) [3], ст.ст. 6:91-6:94 Голландського цивільного кодексу (надалі – ГЦК) [4]; ст.ст. 549-552 ЦК України [5]. Стаття 1152 Французького цивільного кодексу (надалі – ФЦК), встановлює право на встановлення певної суми збитків у договорі, що підлягають оплаті у разі порушення зобов'язання [6].

При цьому національне законодавство встановлює певні обмеження щодо використання неустойки та інших способів захисту, а також сум неустойки.

Так, згідно з пар. 340 (1) НЦУ кредитор може вимагати сплати неустойки замість виконання, якщо боржник зобов'язаний сплатити неустойку у випадку невиконання зобов'язання. Однак, якщо кредитор заявляє вимогу про сплату неустойки, то вимога про виконання виключається. У випадку неналежного виконання кредитор може вимагати сплати неустойки на додаток до виконання (пар. 341 (1) НЦУ). Разом із тим, якщо кредитор прийняв виконання, він може вимагати сплати неустойки лише, якщо він «залишив за собою право зробити це після прийняття виконання» (пар. 341 (2) НЦУ).

Якщо кредитор має право вимагати відшкодування збитків за невиконання або неналежне виконання зобов'язання, він може вимагати сплати неустойки у розмірі мінімальної суми збитків. Вимога додаткових збитків не виключається (пар. 340 (2), пар. 341 (2) НЦУ) [3].

Однак, при цьому за німецьким правом у вимозі про стягнення неустойки може бути відмовлено на підставі загальної умови про добросовісність, передбаченої пар. 242 НЦУ або правил про несправедливі умови (пар. 307 НЦУ та наступні) [2; с. 980].

Стаття 6:92 ГЦК виключає одночасне виконання зобов'язання та сплату неустойки, а також відшкодування збитків, передбачене законом, та сплату неустойки. Так, згідно з ч.ч.1,2 згаданої ст. ГЦК кредитор не може вимагати виконання як неустойки, так і зобов'язання, якого неустойка стосується. Те, що підлягає виконанню внаслідок неустойки, заміняє відшкодування шкоди, передбаченої законом [4].

Цікаве рішення щодо співвідношення вимог виконання та сплати неустойки, запропоноване ст. 1153 ЦК Іспанії. Так, з одного боку ця норма передбачає те, що боржник не може бути звільнений від виконання зобов'язання у зв'язку із сплатою неустойки, якщо це право прямо не зазначено. З іншого боку кредитор не може вимагати одночасно виконання зобов'язання та сплати неустойки, якщо тільки таке повноваження не було йому явно надано [7].

За французьким правом, якщо угода встановлює, що особа, яка її не виконала, повинна сплатити певну суму у якості збитків, то сума, що призначається, не може бути не більше, ні менше суми понесених збитків (ст. 1152 (перше речення) ФЦК). У грошових зобов'язаннях, заходи із компенсації збитків, що виникають внаслідок прострочення у виконанні, завжди виражаються лише у присудженні до сплати відсотків, визначених законом, за виключенням особливих правил, що стосуються торгівлі та поруки (ст. 1153 ФЦК) [6].

За законодавством України боржник, який сплатив неустойку і відшкодував збитки не звільняється від обов'язку виконати зобов'язання в натурі, якщо інше не встановлено договором або законом (ст. 622 (1) ЦК України).

Крім того, за загальним правилом, якщо за порушення зобов'язання встановлено неустойку, вона підлягає стягненню у повному розмірі, незалежно від відшкодування збитків. Разом із тим, допускається встановлення у договорі іншого співвідношення збитків та неустойки (ст. 624 ЦК України).

Стаття 551 (3) ЦК України встановлює можливість зменшення розміру неустойки за рішенням суду, якщо він значно перевищує розмір збитків та за наявності інших обставин, що мають істотне значення. Крім того, ст. 18 (3) (5) Закону України «Про захист прав споживачів» встановлює несправедливість умови договору про сплату споживачем непропорційно великої суми компенсації (понад п'ятдесят відсотків вартості продукції) у разі невиконання ним зобов'язань за договором [8].

Дані норми використовуються у судовій практиці для зменшення суми неустойки (Див., наприклад [9]; [10]; [11]).

Цивільний кодекс Республіки Молдова (надалі - ЦК РМ) забороняє вимагати одночасно виконання зобов'язання і сплати неустойки у випадку неналежного виконання зобов'язання боржником (особливо у випадку невиконання зобов'язання у встановлений строк (ст. 626 (1)). Що стосується співвідношення збитків та неустойки, то за загальним правилом, кредитор може вимагати відшкодування збитків в частині, непокритій неустойкою. Однак, законом чи договором можуть встановлюватися альтернативна, штрафна або виключна неустойка (ст. 626 (2) ЦК РМ).

Разом із тим, ст. 630 ЦК РМ передбачає можливість винесення рішення про зменшення неспівмірно великої неустойки. При цьому повинні братися до уваги не лише майнові, але й інші охоронювані законом інтереси кредитора. Крім того, не допускається зменшення неустойки, якщо вона уже сплачена [12].

Можливість зміншення розміру неустойки, яка є явно неспівмірною наслідком порушення зобов'язання передбачена ст. 297 Цивільного кодексу Республіки Казахстан.

2. Вжиття заходів щодо зменшення шкоди потерпілою стороною

Принцип добросовісності вимагає від потерпілої сторони договору вживати заходів щодо зменшення шкоди, а також пов'язує відповідальність сторони, яка порушує договір із вжиттям таких заходів. З іншого боку цей принцип надає право потерпілій стороні вимагати відшкодування витрат, здійснених нею для зменшення витрат.

Так, наприклад, відповідно до ст. III. – 3:705 DCFR, ст. 9:505 PELC, ст. 7.4.8. Принципів УНІДРУА сторона, яка порушила зобов'язання, не відповідає за втрати, понесені потерпілою стороною, тією мірою, якою остання могла розумними заходами зменшити такі втрати. Однак потерпіла сторона має право вимагати відшкодування будь-яких розумних витрат, понесених під час спроби зменшити такі витрати.

Таким чином, характеристикою заходів, які повинна вжити інша сторона для зменшення шкоди, є їх «розумність». Вони можуть полягати як у вжитті певних дій, так і в утриманні від дій, що є необґрунтованими за даних обставин.¹ Даний принцип застосовується й у випадках, коли порушення є очікуваним, наприклад, якщо

¹ Ця думка ілюструється наступним прикладом: «D. купує товари у E. для того, щоб перепродати їх F. Товари, отримані від E. – неналежної якості. Не зважаючи на те, що за умовами договору з F., D. може вимагати від нього прийняття товару без зниження ціни, це буде нерозумно, зважаючи на тривалі ділові відносини між F. та D., тому останній пропонує товари за зниженою ціною. D. може вимагати від E. відшкодування збитків, заподіяних зниженням ціни» [2; с.954].

боржник оголосив, що зобов'язання не буде виконано у належний строк. Кредитор не повинен здійснювати подальші витрати і повинен вживати заходів, щоб зменшити збитки.

Для ілюстрації «розумних заходів», які вживаються для зменшення шкоди, коментар до DCFR наводить наступний приклад: «О. наймає будівельника В. виконати ремонтні роботи даху будинку, оскільки він протікає, що призводить до заподіяння шкоди. Сторони домовилися, що В. повинен виконати роботи у найближчі 24 години. В. не прийшов у цей строк, однак запевнив О., що роботу він виконає наступного дня. Для О. розумно буде почекати сплину наступного дня, перш ніж запросити іншого будівельника. О. може вимагати відшкодування збитків, заподіяних простроченням. Однак для О. нерозумно буде чекати більше, ніж один день. Якщо він вчинить так, він не зможе відшкодувати збитки, що є виразом додаткових втрат» [2; с. 953].

Іноді сторона, вживаючи розумних заходів для зменшення збитків, насправді їх збільшує. В такому випадку відшкодуванню підлягають усі витрати.

У зв'язку із цим DCFR наводить наступний приклад: «Г. уклав довгостроковий договір купівлі-продажу нафти з Н. Відповідно до умов договору поставка повинна була розпочатися через шість місяців з моменту укладення договору. Через три місяці після укладення договору ціни на нафту різко зросли через загрозу війни у Перській затоці. В цей момент Н. відмовляється від договору. Г. швидко укладає замінюючий договір з J. за ціною, що є вищою порівняно з ціною договору, укладеного з Н. На дату поставки, визначену у договорі між Г. та J., загроза війни зникає, ціни на нафту падають, так що Г. міг би придбати нафту за ціною, передбаченою у договорі з Н. Однак, Г. діяв розумно, уклавши замінюючий договір, та має право вимагати відшкодування збитків, заподіяних різницею між цінами за першим і другим договорами» [2; с. 954].

Необхідність вживати заходів щодо зменшення збитків лежить також в основі ст. III. -3:302 (5) DCFR, яка обмежує кредитора стягненні збитків або обумовленого платежу за невиконання, тією мірою, якою кредитор збільшив збитки або суму платежу нерозумно наполягаючи на виконанні в натурі в умовах, коли кредитор міг укласти розумні замінюючі правочини без значних зусиль або витрат.

Характеризуючи «розумні заходи», спрямовані на зменшення шкоди, коментар до Принципів УНІДРУА поділяє їх на дві групи: 1) ті, що спрямовані на зменшення існуючої шкоди (наприклад, укладення замінюючих правочинів); 2) ті, що запобігають збільшенню початкової шкоди [1; с.277].

При цьому укладення замінюючих правочинів має відбуватися з урахуванням вимог ст. 7.4.5 Принципів УНІДРУА, тобто, такий правочин має укладатися в

розумний строк і розумним способом. Дотримання цих вимог є підставою для отримання різниці між ціною договору та ціною замінюючого правочину, а також відшкодування «будь-якої наступної шкоди».

Обов'язок сторони, яка посилається на порушення договору, вжити розумних заходів для зменшення шкоди, включаючи упущену вигоду, передбачений також ст. 77 Віденської конвенції ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів від 11 квітня 1980 року. Невжиття таких заходів дає право стороні, яка порушила договір, вимагати зменшення відшкодування збитків на суму, на яку вони могли бути зменшені.

До розумних заходів, вжитих потерпілими покупцями, у судовій практиці були віднесені: продаж швидкопсувних продуктів; використання покупцем власних резервних запасів вугілля у разі прострочки поставки з боку продавця; звернення до державного органу за спеціальним дозволом; реекспорт у випадку невідповідності товару і пропозиція перевірити товар у зоні вільної торгівлі до ввезення в країну та ін. [13; с. 368]

Покупець визнавався таким, що не виконав обов'язків із зменшення шкоди, коли: не припинив використовувати товар після того, як віднайшов дефект; не шукав заміни товару на ринках за межами місцевого регіону; не відмовився від договору купівлі-продажу зі своїм субпокупцем і не уклав замінюючого правочину та ін. [13; с. 369]

Розумними заходами, вжитими продавцем для зменшення збитків визнавалися: оплата витрат на транспортування, зберігання і обслуговування непоставленого устаткування, перепродаж товару третій особі [13; с.368].

Необхідність вживати дій щодо запобігання чи зменшення збитків визнана також загальними та спеціальними нормами чинного законодавства України. Так, із ст. 616 (2) ЦК України випливає, що кредитор має обов'язок вживати заходів щодо зменшення збитків. Ст. 989 (1) (4) ЦК України покладає на страхувальника обов'язок вживати заходів щодо запобігання збиткам, завданим настанням страхового випадку.

Висновки.

Національне законодавство окремих держав та міжнародні уніфіковані документи передбачають можливість зменшення суми, що виплачується постраждалій стороні, якщо вона надзвичайно перевищує витрати, понесені в результаті невиконання зобов'язання.

Досліджені міжнародні уніфіковані акти покладають на потерпілу сторону обов'язок сприяти зменшенню збитків, що є одним із проявів принципу добросовісності під час реалізації прав та обов'язків сторін. Для зменшення збитків потерпіла сторона має вжити «розумних заходів». Відповідність заходів критерію

«розумності» здійснюється у кожному конкретному випадку з урахуванням усіх обставин справи. Однак, загалом можна зробити висновок, що такі заходи можуть полягати в укладенні замінюючих правочинів, вжиттю заходів із запобігання зіпсуття товару, припинення використання певного об'єкту після того, як у ньому були виявлені дефекти та ін. За певних умов розумними можуть визнаватися заходи, що мали на меті зменшення шкоди, але фактично призвели до її збільшення.

Використані джерела:

1. UNIDROIT Principles of International commercial Contracts, 2010. – Rome: UNIDROIT, 2010. – 454 p.
2. Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Edited by Study Group on a European Civil Code, Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group). – Munich: Sellier european law publishers, 2009. - 6563 p.
3. German Civil Code (BGB). The translation includes the amendment(s) to the Act by Article 1 of the Act of 27.7.2011. - [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb.
4. Dutch Civil Code (Civil Code of the Netherlands). – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodegeneral.htm>.
5. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року, зі змінами. - [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/435-15>.
6. Code civil. Version consolidée au 1 septembre 2013. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>.
7. Spanish Civil Code. – Ministerio de Justicia. – 2009. - – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.elra.eu/wp-content/uploads/file/Spanish_Civil_Code_\(C%C3%B3digo_Civil\)%5B1%5D.pdf](http://www.elra.eu/wp-content/uploads/file/Spanish_Civil_Code_(C%C3%B3digo_Civil)%5B1%5D.pdf).
8. Закон України «Про захист прав споживачів» від 12 травня 1991 року № 1023. - [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.nau.ua/doc/?uid=1085.24.0>.
9. Рішення Апеляційного суду Полтавської області від 23 листопада 2011 року, справа № 22ц-3904/11. - [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/21285486>.
10. Ухвала Апеляційного суду Закарпатської області від 27 вересня 2012 року, справа № 712/2-5391/2011. - [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/26305403>.

11. Ухвала Апеляційного суду Миколаївської області від 10 жовтня 2012 року, справа № 1490/4193/12. - [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/27823305>.

12. Гражданский кодекс Республики Молдова. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://lex.justice.md/index.php?action=view&view=doc&lang=2&id=32505>.

13. UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (2012). - [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.uncitral.org/pdf/english/clout/CISG-digest-2012-e.pdf>.

У статті досліджується можливість зменшення суми, що виплачується постраждалій договорній стороні, якщо вона надзвичайно перевищує витрати, понесені в результаті невиконання зобов'язання згідно з міжнародними уніфікованими документами та національним правом окремих держав. Крім того, аналізуються вимоги міжнародних актів та внутрішнього права щодо вжиття заходів для зменшення шкоди договорною стороною, права якої порушені невиконанням або неналежним виконанням договірних обов'язків іншою стороною.

Ключові слова: добросовісність, Принципи УНІДРУА, Принципи Європейського договірнього права, Проект Спільних Точок Зору

В статье исследуется возможность уменьшения суммы, выплачиваемой пострадавшей договорной стороне, если она чрезмерно превышает затраты, понесенные в результате неисполнения обязательства согласно международным унифицированным документам и национальному праву отдельных государств. Кроме того, анализируются требования международных актов и внутреннего права касательно принятия мер для уменьшения вреда договорной стороной, права которой нарушены неисполнением или ненадлежащим исполнением договорных обязательств другой стороной.

Ключевые слова: добросовестность, Принципы УНИДРУА, Принципы Европейского договорного права, Проект Общих Точек Зрения

The article deals with the possibility of reduction of the amount of payment to the aggrieved party, if it is grossly excessive in relation to the loss resulting from the non-performance, under the international unified documents and national law of some countries. The requirements of international acts and internal law for the taking steps for reduction of harm by the aggrieved party are also subject of research in the article.

Key words: good faith, Principles UNIDROIT, Principles of European Contract Law, Draft Common Frame of Reference

**Artem Ripenko**

PhD in Law
Odessa city council

Urban and land planning legislative reform

Problematic issues in this research article represents just a part of a «legal confusion» of today's Ukraine. In many aspects such legal confusion is a legacy of the Soviet Union. In particular, there still exist numerous Soviet regulations effective in the areas of construction, land planning and land use, as well as governmental standard forms which need revision. The so called «Soviet mentality» when the territory belonged exceptionally to the state and even the land parcels under private buildings were not privately owned, still has not been completely overcome. In such circumstances, land and urban planning disregarded private interests, while public interests, in turn, were actually identified as the interests of state. No matter how strict planning restrictions used to be those days (sometimes reaching the level of expropriation of property) nobody raised the issue of damages. However, a lot of positive features of those days urban and land planning (e.g. developed system of regional planning, reservation of suburban areas for urban development, etc.), have not been inherited by the independent Ukraine.

Construction industry provides the population with residential, industrial and public buildings, orphanages, schools, hospitals and other buildings and structures designated to satisfy various needs. Planning areas and granting land plots for development should be always conducted before the construction stage. Therefore, improving legislation in the aforementioned areas represents a task of considerable social importance.

Thus, our primary task is to research into possible ways of minimizing budget expenditures without affecting control functions of state and municipal authorities and increasing budget revenues as a result of construction activity.

With due account of the the abovementioned major purpose of the report we have to identify the specific ways of improving legislation in order to decrease expenditures of state and local budgets and to increase their revenues from the construction activities while maintaining appropriate control over the activities of urban and land development. At the initial stage it will not require significant resources. For input procedure of the proposed amendments will require from 1 to 2 years.

Of course the very fact of introducing amendments to the effective legislation won't resolve all existing problems. It is necessary to improve the system of state authorities in land and urban planning, as well as to constantly raise the professional level of specialists

dealing with enforcement of respective laws and regulations, the level of legal, land use and urban culture and so on. This, however, is beyond the scope of this article. Moreover, the ongoing introduction of sporadic changes to the legislation in itself may result in political and economic instability incompatible with the principle of «predictability of law». Nevertheless, such unpopular measures might have a positive effect in a transitional economy.

In any case, any legislative transformations should be cautious, deliberate, premeditated and developed with due account of possibility of their implementation within the relatively long term period. According to our expectations amendments proposed in this article meet the above requirements. Is it already possible to achieve at least something by changing the laws? According to our opinion, it is. We believe that the following measures should be taken first hand:

- revision of urban and land planning legislation regulating spatial planning for the purpose of (i) combining land and urban planning of territories in unified planning documentation instead of planning the same areas in separate urban and land planning documentation; (ii) unifying results of works already conducted in different systems of coordinates in order to connect them to integrated contemporary system of coordinates acceptable for European countries;
- exclusion of the provisions which require to develop the documentation of uncertain nature (plans for land and economic management) and the documentation, which can be viewed as both “urban” and “land planning” (land-planning documentation in the structure of the general plans of settlements, detailed plans of territories and zoning plans) due to the absence of any essential advantage while terms and expenditures for development of such documentation are considerable;
- taking measures to merge central executive authorities (bodies of the State Agency for Land Resources of Ukraine («Derzhzemahentstvo») and the Ministry of Regional Development and Construction of Ukraine («Minrehionbud»); merging executive bodies with common budget financing on regional and local levels; formation of unified «land and urban planning offices» at the level of executive bodies of local councils; merging of state and other enterprises and institutions, including research institutions operating in the area of urban and land planning;
- considering partial merge of powers on forecasting, programming and planning of use of land, natural objects and resources by the state agencies engaged in the above mentioned activities (e.g., the State Water Resources Agency («Derzhvodahentstvo»), the State Forest Resources Agency («Derzhlisahentstvo»), etc.);
- development of unified bylaws necessary to implement the above mentioned changes;

- optimizing the system for improvement of professional level and qualification of urbanists and land surveyors, increasing the level of legal and urban-planning citizens' culture;
- legislative regulation of the procedures for urban planning, development and beautification of territories located outside settlements, clear definition of procedure for approval by the "state authorities" of the relevant communities the issues of the «areas of common interests» development; legislative implementation of the approach under which the «suburban zones» are considered primarily as reserve areas for the relevant cities development with maximum possible compliance with environmental protection requirements aiming to reach the optimal balance between economic and environmental interests;
- implementation of the compensation mechanism for damages to real property owners caused by the approval of planning documents. This mechanism should be aimed to restrain municipal and state authorities from implementation of unreasonable planning decisions. This results in more economical, substantiated, efficient and rational use of territorial resources;
- ensuring institutional and organizational integration of urban planning and land cadastre systems;
- unification of licensing system in urban and land planning areas;
- ensuring review of land legislation regulating sale of lands on a competitive basis, in particular, to grant more autonomy to territorial communities in determination of means of transferring rights to municipal lands for the purposes of involving investments (including foreign ones) to construction industry. In our opinion, it is worth resolving this matter in the context of improvement of national legislation on public-private partnership;
- optimization of the local (municipal) legislation, the legislation regulating public-private partnership and concessions as well as other legislation in order to make the respective legal mechanisms more convenient for local authorities and investors. In particular, it seems appropriate (i) to grant local authorities wider powers for independent choice of partners-investors, at the same time leaving such relations transparent though not too over-regulated on the national level; (ii) to simplify the mechanism of formalization of title documents to the plots of land and construction permission documents, to be carried out by the «own powers» of local (municipal) authorities; (iii) to ensure availability of convenient and efficient mechanisms for fast cooperation between local (municipal) authorities and state authorities (State Architectural and Construction Inspectorate, Environment Protection Authorities, Cultural Heritage, etc.) for formalization of the respective documents;

- implementation into effective legislation of the transparent mechanisms for acquisition by the local communities of shares in ownership to buildings and structures built on the municipal land and its subsequent management. It seems appropriate to consider possibility of involving on a contract basis professional managers for more effective management of municipal real estate. Apart from this, it is possible to create the legislative basis for the local communities' involvement of professional developers to ensure private lands acquisition and such lands development in the local community interests. Such measures will allow to turn local communities into full-fledged business partners and market participants, thus increasing local budgets revenues through the relevant entity.

CONCLUSIONS:

In our opinion, the proposed amendments and suggestions will, in particular, allow to immediately reduce budget expenditures and to create conditions for budget income increase at all levels on the account of new facilities construction and commercially effective use of existing municipal property. We also expect the improvement of the overall investment climate.

У статті подані деякі пропозиції щодо удосконалення законодавства у галузі містобудівного та землевпорядного планування територій. Такі зміни покликані, у тому числі, сприяти економії бюджетних витрат у вказаних галузях та покращити загальний інвестиційний клімат.

Ключові слова: земельна ділянка, містобудівне планування, землевпорядне планування, місцевий бюджет, законодавство

В статье предоставлены некоторые предложения по усовершенствованию законодательства в сфере градостроительного и землеустроительного планирования территорий. Такие изменения призваны, в том числе, содействовать экономии бюджетных расходов в указанных отраслях и улучшить инвестиционный климат в целом.

Ключевые слова: земельный участок, градостроительное планирование, землеустроительное планирование, местный бюджет, законодательство

This research article represents some proposals for legislation improvement in the field of urban planning and land management areas. Such changes may contribute the budget savings in these branches and improve the investment climate.

Keywords: land plot, urban planning, land planning, local budget, legislation

*Комзюк Леонід Трохимович*

кандидат юридичних наук,
доцент кафедри інтелектуальної власності
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,

**Правові проблеми створення суспільного мовлення в
Україні в контексті соціалізації авторського права і
суміжних прав**

Постановка проблеми. Сучасне українське законодавство про ЗМІ і практика його застосування не повністю відповідають міжнародним стандартам і стримують формування інформаційного суспільства. Виходячи із законодавчо закріпленого курсу на європейську інтеграцію України, вивчення і узагальнення досвіду держав Європи з метою створення ефективного загальнодержавного механізму адаптації українського медіа-законодавства до європейських стандартів відноситься до пріоритетних завдань загальнодержавного значення. У цьому контексті особливу цінність для нас має німецький досвід, що обумовлено, передусім, належністю Німеччини до тих країн, де теорія і практика медіа-права взагалі і функціонування публічно-правового мовлення зокрема знаходяться на найвищому світовому рівні. Не дивлячись на те, що українськими науковцями російський досвід правової політики в інформаційній сфері оцінюється, здебільшого, не дуже високо, проте саме в процесі становлення суспільного мовлення Росія вже випереджає Україну. Так, онлайн-мовлення Суспільного телебачення Росії (далі - СТР) розпочалось ще в січні 2013 р., а старт цифрового ефірного мовлення відбувся в травні 2013 р. [1]. Враховуючи схожість багатьох (а особливо - фінансово-економічних) проблем постсоціалістичної трансформації медіа-сфери і значну спорідненість правових систем наших держав, важливість вивчення і врахування як позитивного, так і негативного досвіду створення СТР є очевидною. Тому активізація вивчення німецького і російського досвіду правового регулювання суспільного мовлення (далі – СМ) є одним з пріоритетних завдань вітчизняної юридичної науки, що й актуалізує тему цього дослідження.

Стан наукової розробки проблеми. Вивченню проблем медіа-права спеціально присвячені наукові і публіцистичні праці українських учених О.Большакової, О.Жилінкової, Д.Котляра, Н.Петрової, І.Розкладає, Т.Сушко, В. Цимбалюка, А.Шевченка, Т. Шевченка [2], В. Якубенка та ін. Проте, в Україні досі немає спеціальних монографічних або дисертаційних досліджень вітчизняного і зарубіжного, зокрема німецького і російського, досвіду створення і розвитку СМ.

Метою цієї статті є висвітлення актуальних правових проблем створення СМ України в контексті соціалізації авторського права і суміжних прав та врахування зарубіжного, зокрема німецького і російського, досвіду в умовах формування інформаційного суспільства.

Розробляючи проблематику правового регулювання СМ, автор спирався на наукові досягнення вказаних вище вітчизняних і таких зарубіжних, передусім німецьких і російських, дослідників інформаційного права (особливо медіа-права), як: М. Кльопфер [3], Д.Ловцов [4], В.Лопатін [5], Т.Мендель (автор Типового закону про громадське мовлення) [6], А.Ріхтер [7], І.Розсолов [8], М.Федотов [2], Ф.Фехнер [9], Г.Шпіндлер [10] та ін. Широко використовувалися автором матеріали Інтернету, особливо спеціалізованих сайтів, що висвітлюють проблеми СМ [11].

Активна розробка правових основ СМ України розпочалась після приєднання нашої країни до Ради Європи в 1995 р. Вже в 1997 р. був прийнятий чинний до цього часу дуже лаконічний (всього десять коротких статей!) рамковий Закон України «Про систему Суспільного телебачення і радіомовлення України». Ст. 2 цього Закону передбачає, що "Суспільне телерадіомовлення створюється на підставі рішення Верховної Ради України в порядку, визначеному Верховною Радою України", яка також "затверджує статут Суспільного телерадіомовлення, чисельність і склад Громадської ради, частину складу Кваліфікаційної ради і програмну концепцію Суспільного телерадіомовлення" [12]. Проте, відтоді ніяких реальних кроків щодо реалізації цього закону не зроблено. Надалі замість прийняття на його основі і відповідно до нього, як передбачалося, ряду законодавчих і підзаконних актів, в основному, робилися не дуже успішні спроби розробки абсолютно нових законопроектів, що стали заручниками політичної боротьби і зміни правлячих еліт після "Помаранчевої революції" 2004 р. Відзначимо серед них високий рівень розробленого і внесеного до парламенту ще в 2010 р. народним депутатом А.Шевченком та ін. проекту закону про внесення змін до вказаного закону і виклад його в новій редакції, однією з переваг якого було досить послідовне втілення принципу незалежності СМ.

У національній програмі співпраці України з НАТО на 2012 рік, затвердженій Указом Президента України, однією з середньострокових цілей було передбачено "створення суспільного телебачення і радіомовлення України" (зазначимо, що проблематика СМ дещо виходить, на наш погляд, за рамки діяльності цієї організації) [13].

Найкращі перспективи для прийняття в парламенті сьомого скликання (сформованому на виборах 2012 р.) виявились (незважаючи на гостре політичне протистояння) у законопроекті, розробленого упродовж останніх декількох років

робочими групами, сформованими Держтелерадіо України з урахуванням відповідної концепції Гуманітарної громадської ради при Президентові України [14], і схваленого 17 жовтня 2012 р. Кабінетом Міністрів України [15]. 3 липня 2013 р. цей проект був прийнятий в першому читанні Верховною Радою України [16], отримавши неоднозначну оцінку медіа-експертів [17]. Його допрацьований варіант 6 лютого 2014 р. був включений до порядку денного четвертої сесії сьомого скликання [18], а 17 квітня 2014 р. він був прийнятий парламентом у повторному другому читанні як закон (медіа-експерти схилиються до того, що він буде найближчим часом підписаний Президентом України і набере чинності. У зв'язку з цим втратить чинність згаданий Закон України «Про систему Суспільного телебачення і радіомовлення України») [19].

Структурно Закон України «Про Суспільне телебачення і радіомовлення України» (далі – Закон), складається з короткої преамбули, чотирьох розділів (загальні положення, органи управління Національної суспільної телерадіокомпанії України, забезпечення діяльності Національної суспільної телерадіокомпанії України, прикінцеві та перехідні положення), поділених на двадцять статей.

Відповідно до ст. 1 Суспільне телебачення і радіомовлення України створюється «на базі Національної телекомпанії України, Національної радіокомпанії України, Державної телерадіокомпанії «Всесвітня служба «Українське телебачення і радіомовлення»»; Державної телерадіокомпанії «Культура», обласних державних телерадіокомпаній, Державної телерадіокомпанії «Крим», Київської державної телерадіокомпанії, Севастопольської державної телерадіокомпанії; Української студії телевізійних фільмів «Укртелефільм»» Кабінетом Міністрів України в організаційно-правовій формі юридичної особи публічного права «Національна суспільна телерадіокомпанія України» (далі – НСТУ) «з метою задоволення інформаційних потреб суспільства, залучення громадян до обговорення і вирішення найважливіших соціально-політичних питань, сприяння формуванню громадянського суспільства».

Кабінет Міністрів України затверджує Статут НСТУ і за поданням Наглядової ради НСТУ вносить в нього зміни (ст. 6).

Відповідно до ст. 3 діяльність НСТУ здійснюється на принципах:

- 1) всебічного, об'єктивного і збалансованого інформування про суспільно значущі події в Україні та за кордоном;
- 2) дотримання норм суспільної моралі, традицій і культури Українського народу, поширення сімейних цінностей та зміцнення ролі традиційної сім'ї у розбудові українського суспільства;
- 3) пріоритету суспільних інтересів над комерційними та політичними;

- 4) чіткого відокремлення фактів від коментарів та оцінок;
- 5) вільного вираження поглядів, думок і переконань;
- 6) незалежності управління та поточної діяльності від органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб, політичних партій, підприємств, установ, організацій, фізичних осіб;
- 7) участі громадськості в управлінні та формуванні програмної політики;
- 8) відсутності дискримінації за будь-якою ознакою;
- 9) прозорості та відкритості діяльності.

При цьому забороняється втручання державних органів і органів місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб, а також недержавних організацій в діяльність НОТУ з метою встановлення цензури, попереднього контролю і незаконного впливу на зміст інформації, поширюваної Суспільним телебаченням і радіомовленням України.

Ст. 4 досить повно встановлює основні завдання НСТУ: 1) об'єктивне, повне, своєчасне і неупереджене інформування про суспільно значущі події в Україні та за кордоном;

- 2) сприяння консолідації українського суспільства;
- 3) розвиток і зміцнення статусу української мови та культури, сприяння розвитку мов і культур національних меншин;
- 4) сприяння якнайповнішому задоволенню інформаційних, культурних та освітніх потреб населення України, у тому числі шляхом створення та поширення економічних, історично-документальних, культурно-мистецьких, навчально-пізнавальних, розважальних, спортивних програм, програм для дітей та молоді, людей з обмеженими фізичними можливостями, національних меншин, інших соціальних груп;

5) оперативне інформування населення про надзвичайні ситуації, що становлять загрозу життю чи здоров'ю людей;

6) надання громадянам України затребуваних інформаційних продуктів, відсутніх на комерційному ринку;

7) сприяння зміцненню міжнародного авторитету України.

Відповідно до ст. 5 структурними підрозділами НСТУ є Суспільне телебачення (що здійснює мовлення на двох загальнонаціональних телеканалах: суспільно-політичному і культурно-освітньому) і Суспільне радіо (що здійснює мовлення не менш ніж на трьох загальнонаціональних радіоканалах: суспільно-політичному, культурно-освітньому, молодіжному та інших).

Органами управління НСТУ є Наглядова рада, правління і ревізійна комісія (статті 7-13).

Викликає критику експертів порядок формування наглядової ради НСТУ (ст. 8), що робить його надмірно залежною від влади (делегування по одному членові ради від депутатських фракцій і груп Верховної Ради України поточного скликання (в даний час у парламенті сформовано 5 депутатських фракцій і 2 групи) і обрання шляхом рейтингового голосування ще 9 представників на конференціях всеукраїнських громадських об'єднань (що здійснюють діяльність в сферах освіти; науки; фізичного виховання і спорту; журналістики; правозахисній сфері; захисту інтересів дітей і молоді; у творчій сфері; місцевого самоврядування; сфері захисту прав осіб з особливими потребами). Оскільки ці конференції проводитимуться під егідою і в порядку, встановленому Національною радою з телебачення і радіомовлення, яка, у свою чергу, цілком залежить від влади і нині складається значною мірою з лобістів домінуючих фінансово-промислових (так званих олігархічних) груп) [20], у результаті, під знаком питання прогнозовано виявиться достатність якісного рівня персонального складу Наглядової ради НСТУ, сформованої у такий спосіб, і її незалежність, що, може зумовити неефективність роботи НСТУ.

Відповідно до ст. 14 фінансування НСТУ здійснюється за рахунок коштів Державного бюджету України впродовж чотирьох років з дня набуття чинності Закону. Розмір бюджетного фінансування НСТУ визначається законом України про Державний бюджет України на відповідний рік. Водночас перед голосуванням за законопроект в цілому депутати «з голосу» на пропозицію М.Томенка внесли зміни до його тексту і вирішили «не забирати повністю рекламу, ... обмеживши її в обсязі 5 відсотків фактичного мовлення протягом кожної астрономічної години. Це в три рази менше, ніж на комерційних каналах» [21]. НСТУ також може фінансуватися за рахунок продажу власної теле - і радіопродукції, плати за користування авторськими і суміжними правами, з державного і місцевих бюджетів, добровільних і добродійних внесків, пожертвувань фізичних і юридичних осіб, окрім анонімних, інших надходжень.

При цьому держава повинна забезпечити належне фінансування НСТУ, передбачаючи на ці цілі окремим рядком в Державному бюджеті України не менше 0,2 відсотка витрат Державного бюджету України (за даними М.Томенка, «це десь 650-670 млн грн.» [22]). Трансляція реклами з інформацією про спонсора – виробника алкогольних напоїв і пива, напоїв, що виготовляються на його основі та програм телепродаж на каналах НСТУ забороняється, крім трансляції реклами і повідомлень про спонсорів на виконання деяких міжнародних зобов'язань. Соціальна реклама в програмах НСТУ допускається, за умови відсутності вказівки в ній на певного суб'єкта і товар.

Передбачена в початковій редакції законопроекту як джерело фінансування абонентська плата (що за кордоном є основним джерелом фінансування СМ) викликала гострі суперечки в парламенті і з тексту законопроекту для другого читання була виключена. На наш погляд, це рішення може бути прийнятним варіантом тільки на нинішній перехідний період, що характеризується фінансовою кризою і різким зниженням життєвого рівня населення. Надалі, після нормалізації фінансової і суспільно-політичної ситуації, слід повернутися до цього питання з урахуванням зарубіжного досвіду.

Негативним моментом у процесі прийняття законопроекту було ігнорування депутатами слухних, на наш погляд, зауважень Головного юридичного управління Апарату Верховної Ради України. Найсуттєвіше з них те, що «реалізація норм цього Закону ставиться в залежність від прийняття у майбутньому відповідних законопроектів та підзаконних нормативно-правових актів». Крім того, «з огляду на пропоновану проектом реорганізацію державних телерадіоорганізацій, у тому числі національних, законопроект відповідно до частини восьмої статті 90 Регламенту Верховної Ради України потребує одночасного внесення змін до інших законів України, що регулюють їх повноваження. Такі зміни мають викладатися в розділі "Перехідні положення" законопроекту або в одночасно внесеному його ініціатором окремому законопроекті». Зазначені вище неузгодженості свідчать про «відсутність системної єдності пропонованих норм між собою та із законами України, про неповноту правового регулювання суспільних відносин у сфері діяльності суспільного телебачення і радіомовлення, що не відповідає визначенню України як правової держави...». Тому Головним юридичним управлінням було зроблено узагальнюючий висновок про необхідність доопрацювання законопроекту [23].

Недоліками законопроекту, що відносяться до юридичної техніки, є його надмірна лапідарність і по суті рамковий характер, що з неминучістю призводить до необхідності ухвалення окремих законів або підзаконних актів про найважливіші аспекти діяльності СМ, зокрема, про порядок його фінансування. На наш погляд, законопроект виграв би від розгорнутого визначення в першому розділі основних понять, що використовуються в ньому.

Вважаємо, що як в більшості попередніх законопроектів про СМ України, так і в прийнятому Законі не повною мірою дотримані усі неодмінні умови його відповідності європейським стандартам, зокрема: створення і діяльність на таких основних принципах, як незалежність, універсальність, різноманітність і дистинктивність, гармонійне поєднання трьох основних функцій - інформування, освіти і розваг. Для досягнення європейських стандартів СМ Україні доцільно виходити, в першу чергу, з правової бази Ради Європи [24] (її розгорнутий розгляд

має стати предметом окремого дослідження) і передового досвіду провідних європейських країн.

Так, у Німеччині проблемам СМ (широко вживається легальне визначення «публічно-правове мовлення») присвячено шість спеціальних федеральних державних договорів. Використання такої оригінальної правової форми як державні договори замість федеральних законів обумовлено Основним законом ФРН як союзної держави (федерації), що відносить питання регулювання ЗМІ до компетенції земель, правовим інструментом спільного регулювання яких і є вказані договори. Ці державні договори витримали вже велику кількість редакцій, останні з яких пов'язані зі змінами, внесеними у зв'язку з прийняттям П'ятнадцятого державного договору про мовлення, що змінює державні договори про мовлення (Fünftehnter Staatsvertrag zur Änderung rundfunkrechtlicher Staatsverträge), яка набула чинності 1 січня 2012 р., окрім деяких положень про запровадження мовного внеску (Rundfunkbeitrag) замість існуючих зараз мовних зборів (Rundfunkgebühren), які набули чинності з 1 січня 2013 р. (дивись текст вказаного П'ятнадцятого державного договору про мовлення на сайті прем'єр-міністра землі Рейнланд-Пфальц [25]. На їх основі ухвалені спеціальні закони в кожній із земель, що охоплюють усі основні аспекти функціонування системи СМ. Більше того, регулювання створення і діяльності СМ на рівні закону є елементом європейських стандартів, винятки з яких в цьому випадку в розвинених європейських країнах нам не відомі.

Розробляючи механізм фінансування СМ України, слід звернути пильну увагу на нове законодавство ФРН. Воно передбачає єдиний щомісячний внесок, який виплачується з 1 січня 2013 року кожним приватним домогосподарством або компанією у розмірі 17,89 євро незалежно від наявності приймаючих пристроїв, проте при цьому передбачені пільги для соціально уразливих верств населення (детальніше дивись на сайті Центральної установи по стягуванню зборів (GEZ, Gebühreneinzugszentrale) [26] і на спеціальному інформаційному сайті, створеному організаціями СМ Німеччини ARD (Arbeitsgemeinschaft der öffentlich - rechtlichen Rundfunkanstalten der Bundesrepublik Deutschland, Робоче співтовариство публічно-правових установ мовлення Федеративної республіки Німеччини) і ZDF (Zweites Deutsches Fernsehen, Друге німецьке телебачення) [27]).

Цінною "родзинкою" німецького підходу до правового регулювання СМ є дуже активна роль в цьому процесі Конституційного Суду ФРН, проте вона може бути використана не раніше, ніж в українському суспільстві утвердиться така ж висока повага до рішень органу конституційного контролю, як це має місце в Німеччині.

З нашої точки зору, заслуговує всілякої уваги в Україні такий схвалений на засіданні Ради з розвитку громадянського суспільства і прав людини при

Президентів РФ вид джерел фінансування СТР як соціальна реклама [28], держзамовлення на розміщення якої воно могло б отримувати від держави на позаконкурсній основі. Така реклама не викликає несприйняття у глядачів.

Досвід СМ Німеччини також показує, що помірне використання навіть комерційної реклами у вечірній час цілком допустимо. У українських умовах нехтувати такою рекламою для СМ було б тим більше нереалістично і недоцільно з фінансово-економічної точки зору. Втім, з цього правила може, все ж, бути виняток, запропонований колишнім президентом Національної телекомпанії України (далі - НТКУ) Є.Бенкендорфом, який вважає, що як головне джерело фінансування створюваного СМ України доцільно було б ввести відрахування з рекламних прибутків усіх комерційних мовників: «У 2012 році об'єм телевізійного рекламного ринку оцінюється експертами в 3-3,5 мільярда грн. 10% від цієї суми, які телеканали можуть передавати до фонду новоутвореного телеканалу - головна гарантія постійного фінансування і створення якісного суспільного мовника в Україні. Якщо хочете - називайте це соціальною відповідальністю комерційних телеканалів» [29]. Це можна розглядати також як компенсацію за відхід СМ з привабливого ринку комерційної реклами.

Пропозиція Є. Бенкендорфа є творчим запозиченням положень проекту концепції створення СМ в Російській Федерації, схваленої на засіданні Ради при Президентів РФ з розвитку громадянського суспільства і прав людини, в якій вони розроблені детальніше. Так, передбачається, що «базою розрахунку обов'язкових відрахувань (неподаткових платежів) є прибутки, отримані впродовж кварталу від надання послуг з реклами, що робляться телеканалами. Прибутки визначаються у встановленому в Російській Федерації порядку ведення бухгалтерського обліку. Ставку обов'язкового відрахування (неподаткового платежу) телеканалів передбачається встановити в законі розмірі від 3 до 5 відсотків, залежно від передбачуваного об'єму прямого бюджетного фінансування. У разі юридичних ускладнень з введенням відповідних обов'язкових відрахувань, вони можуть бути замінені введенням податку на телевізійну рекламу за аналогією з транспортним податком». Дуже корисно було б запозичувати також закладену в концепції і реалізовану в Статуті автономної некомерційної організації «Суспільне телебачення Росії» (затвердженому Урядом РФ) ідею створення для СТР цільового капіталу (ендаументу), що поповнюється за рахунок внесків юридичних і фізичних осіб і покликаний «забезпечити незалежність від разових пожертвувань та інших добровільних надходжень, а також фінансову стабільність за допомогою отримання гарантованого доходу» [30].

За наявності багатьох досягнень в процесі створення СТР одним з недоліків правового регулювання (якого слід уникати при використанні російського досвіду) є, на наш погляд, склад його джерел, точніше - відсутність досі в їх основі спеціального закону (законів), без прийняття якого неможливо правомірно вирішити, передусім, питання його фінансування (слід звернути увагу на розуміння науковою громадськістю цієї проблеми, що проявляється в існуванні ряду цікавих законопроектів про СМ, розроблених Ю.Вдовіним [31], М. Федотовим [32] та ін.).

Втім, реально задіяти заплановані джерела надходжень до бюджету СТР Росії досі не вдалося, внаслідок чого воно, як відзначається російськими медіа-експертами і політиками, знаходиться в стані перманентної фінансової кризи [33]. Тому лунають навіть пропозиції про його ліквідацію [34]. Крім того, не вдалося забезпечити і незалежність СТР Росії від тиску влади, що яскраво проявляється, зокрема, в його активній участі в антиукраїнській пропаганді у зв'язку з окупацією Росією Криму і дестабілізацією російським спецслужбами ситуації на Сході і Півдні України.

Важливими у теоретичному і практичному плані є питання інтелектуальної власності в діяльності СМ. Коротко зупинимось лише на деяких аспектах соціалізації авторського права та суміжних прав.

Зокрема, з нашої точки зору, значним фінансовим ресурсом для розвитку СМ могли б стати кошти, заощаджені на безоплатному використанні так званих «осиротілих творів». Для цього до законодавства України потрібно, зокрема, імплементувати положення Директиви 2012/28/ЄС Європейського парламенту і Ради від 25 жовтня 2012 р. «Про деякі дозволені способи використання творів-сиріт [35] (детальніше дивись статтю автора, спеціально присвячену цій темі [36]).

Також варто було б розглянути можливість внесення до Закону України «Про авторське право і суміжні права» [37] відповідних змін, щодо розширення можливості вільного використання об'єктів авторського права і суміжних прав без виплати винагороди чи обмеження розміру винагороди мінімальними ставками, передбаченими, зокрема, постановами Кабінету Міністрів України від 18.01.2003 №72 [38], від 18.01.2003 № 71 [39] та ін. для забезпечення виконання надзвичайно соціально важливих основних функцій СМ. Це, на нашу думку, сприяло б соціалізації виключних майнових авторських та суміжних прав в контексті здійснення однієї з основних засад авторського права – принципу балансу інтересів суб'єктів авторського і суміжних прав та суспільства в цілому.

Великий науковий і практичний інтерес становить діяльність інститутів громадянського суспільства зі створення в Україні громадських, не пов'язаних з вітчизняною публічною адміністрацією, організацій телемовлення (новітні Інтернет-проекти Hromadske.tv [40], GromTV, «Спільнобачення», Espresso.tv [41]) і

радіомовлення (Інтернет-проект «Громадське радіо») [42]. Поки що не зрозуміло, чи будуть вони життєздатні без отримання іноземних грантів (від Європейського фонду підтримки демократії (European Endowment for Democracy) [43], Міжнародного фонду "Відродження", посольств США і Нідерландів в Україні та ін. [44], які, по-перше, не можуть бути постійним і основним джерелом їх фінансування, а по-друге, ставлять обґрунтовані питання щодо залежності цих СМ від зарубіжних спонсорів, відповідності їх діяльності загальновизнаним міжнародним принципам, зокрема, в контексті інформаційної безпеки.

Висновки. Підводячи підсумки дослідження, вважаємо за можливе і доцільне зробити наступні висновки.

1. Прийняття Закону про СМ (навіть попри його недосконалість, зокрема, по суті, рамковий характер,) стало значною подією в житті суспільства.

2. Негативним моментом у процесі прийняття законопроекту було ігнорування депутатами слухних, на наш погляд, зауважень Головного юридичного управління Апарату Верховної Ради України про «відсутність системної єдності пропонованих норм між собою та із законами України, про неповноту правового регулювання суспільних відносин у сфері діяльності суспільного телебачення і радіомовлення...».

3. На жаль, нині в Україні, на наш погляд, не існує усієї сукупності передумов для створення повноцінного і конкурентоспроможного суспільного телерадіомовлення, незалежного від надмірного державного, політичного і ринкового тиску. Окрім несприятливих економічних чинників, на осягну перспективу становлення СМ в Україні буде детерміноване, передусім, правовою політикою в медіа-сфері (похідною від загальної політичної ситуації в країні, зокрема, від співвідношення демократичних і авторитарних тенденцій), а конкретне нормопроєктування неминуче відображатиме її кон'юнктуру.

4. Оскільки прийнятий Закон вже потребує внесення змін, варто поєднати їх з комплексним вдосконаленням чинного медіа-законодавства. Не виключено, що може знадобитися навіть деякий перехідний період (зокрема, для створення необхідних економічних передумов) і навіть поетапне введення положень Закону в дію.

5. Доцільно, на нашу думку, запозичити, з відповідною модифікацією, деякі німецькі, російські (а також польські і британські (що останнім часом піддаються критиці у зв'язку із звинуваченнями в необ'єктивності і ліберальній упередженості новинних програм ВВС, що помітно знизило її репутацію у світі) підходи до правового регулювання джерел фінансування, управління, програмного наповнення та редакційних стандартів СМ.

6. Формуючи керівні органи СМ, необхідно забезпечити суспільну репрезентативність їх складу, виключивши наявність лобістів олігархічних медіа-груп й осіб, які не мають належної професійної кваліфікації та репутації.

7. У контексті здійснення однієї з основних засад авторського права – принципу балансу інтересів суб'єктів авторського і суміжних прав та суспільства в цілому, для забезпечити виконання основних функцій СМ потрібно, на нашу думку, внести зміни до авторського законодавства щодо розширення можливості вільного використання СМ об'єктів авторського і суміжних прав без виплати винагороди чи щодо виплати винагороди за мінімальними ставками. З цією ж метою до законодавства України потрібно також імплементувати положення Директиви 2012/28/ЄС.

8. Політико-правові аспекти створення СМ в Україні потребують подальшого дослідження із залученням зарубіжного досвіду. Найбільш важливими і перспективними в цьому контексті вважаємо питання про джерела його фінансування (що особливо актуалізувалися в умовах преддефолтного стану економіки України), тенденцій розвитку в умовах формування глобального інформаційного суспільства, особливо інформаційної діяльності новітніх громадських (можливо, досить перспективних) проектів Інтернет-мовлення.

Використані джерела:

1. О ТЕЛЕКАНАЛЕ. Общественное телевидение России (ОТР) — новый российский федеральный телеканал. – Режим доступа: <http://www.otr-online.ru/o-telekanale>. – Дата доступа: 25.04.2014.
2. Європейські стандарти у галузі суспільного мовлення / За ред. Т.С. Шевченка., О.А. Сушко. – К. : Тютюкін, 2010. – 264 с.
3. Kloepper M. Informationsrecht / M.Kloepper. – München : C.H.Beck, 2002. – 733 s.
4. Ловцов Д.М. Теория информационного права: базисные аспекты / Д.М. Ловцов // Государство и право. – 2011. – № 11. – С. 33-41.
5. Бачило И.Л., Лопатин В.Н., Федотов М.А. Информационное право: Учебник / И.Л.Бачило, В.Н.Лопатин, М.А.Федотов. – М. : Изд-во «Юридический центр Пресс», 2001. – 789 с.
6. Типовой закон об общественном вещании [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.article19.org/data/files/medialibrary/1794/12-04-26-MODEL-broadcasting-RU.pdf>. – Дата доступа: 25.04.2014.
7. Рихтер А.Г. Правовые основы журналистики: Учебник. 2-е изд., испр. и доп. / А.Г. Рихтер. – М. : Изд-во ВК, 2009. – 456 с.
8. Рассолов И.М. Информационное право: Учебник для магистров / И.М. Рассолов. – М. : Изд-во Юрайт, 2012. – 443 с.

9. Fechner F. Medienrecht : Lehrbuch des gesamten Medienrechts unter besonderer Berücksichtigung von Presse, Rundfunk und Multimedia / F.Fechner. 13., überarb. und erg. Aufl. – Tübingen : Mohr Siebeck, 2012. – XXXIII, 463 s.; Fechner F. Medienrecht. Vorschriftensammlung (mit Einleitung) / F.Fechner, J.Mayer (hrsg.). 8. Aufl. – Heidelberg : C.F.Müller, 2012. – XVIII, 900 s.

10. Spindler G. Recht der elektronischen Medien : Kommentar / G.Spindler. 2. Aufl. – München : C.H. Beck, 2011. – 1860 s. (автор хотів би висловити глибоку вдячність професорові Герхарду Шпіндлеру за сприяння стажуванню на кафедрі медіа-права Університету Георга-Августа в Гетингені (ФРН), яку він очолює, і надані матеріали про німецьке та європейське інформаційне право, використані в цій статті).

11. PUBLIC BROADCASTING: WHY? HOW? [Електронний ресурс]. – Режим доступу:

http://portal.unesco.org/pv_obj_cache/pv_obj_id_48FD7EA99910B4D7D53CE7DC2CA874270E310100/filename/pb_why_how.pdf. – Дата доступу: 25.04.2014; Як улаштоване суспільне телебачення Німеччини [Електронний ресурс]. Режим доступу: <http://stv.mediasapiens.ua/material/2051>. – Дата доступу: 25.04.2014.

12. Закон України «Про систему Суспільного телебачення і радіомовлення України» від 18 липня 1997 року № 485/97-ВР [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/485/97-%D0%B2%D1%80>. – Дата доступу: 25.04.2014.

13. Про затвердження Річної національної програми співробітництва Україна - НАТО на 2012 рік: Указ Президента України від 19 квітня 2012 № 273/2012 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/273/2012>. – Дата доступу: 25.04.2014.

14. Концепція створення і діяльності Національної громадської телерадіокомпанії України: Затверджено на засіданні Громадської гуманітарної ради при Президентові України від 30 серпня 2010 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://comin.kmu.gov.ua/control/uk/publish/article?art_id=86675&cat_id=33892. – Дата доступу: 25.04.2014.

15. Проект Закону України «Про Суспільне телебачення і радіомовлення України» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://comin.kmu.gov.ua/control/uk/index>. – Дата доступу: 25.04.2014.

16. Проект Закону України про Суспільне телебачення і радіомовлення України № 1076 від 12.12.2012 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?id=&pf3516=1076&skl=8. – Дата доступу: 25.04.2014.

17. Верховна Рада прийняла за основу урядовий законопроект «Про суспільне телебачення і радіомовлення України» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://stv.mediasapiens.ua/material/20131>. – Дата доступу: 25.04.2014.

18. Про порядок денний четвертої сесії Верховної Ради України сьомого скликання: Постанова Верховної Ради України від 6.02.2014 р. № 739-VII [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/739-vii#n8>. – Дата доступу: 25.04.2014.

19. Закон України «Про Суспільне телебачення і радіомовлення України» (текст законопроекту до повторного другого читання 09.10.2013 р.) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?id=&pf3516=1076&skl=8. – Дата доступу: 25.04.2014.

20. Большакова О. В урядовому законопроекті відсутні реальні гарантії незалежності суспільного мовника / О.Большакова [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://stv.mediasapiens.ua/material/21378>. – Дата доступу: 25.04.2014.

21. Стенограма пленарного засідання. ЗАСІДАННЯ ТРИДЦЯТЬ ПЕРШЕ. Сесійний зал Верховної Ради України. 17 квітня 2014 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://iportal.rada.gov.ua/meeting/stenogr/show/5248.html>. – Дата доступу: 25.04.2014.

22. Остапа С. Закон про СМ: парламент зробив неможливе у нинішніх умовах / С.Остапа [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://stv.mediasapiens.ua/material/29903>. – Дата доступу: 25.04.2014.

23. Зауваження Головного юридичного управління [Апарату Верховної Ради України] до проекту Закону України «Про Суспільне телебачення і радіомовлення України» (реєстраційний № 1076) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?id=&pf3516=1076&skl=8. – Дата доступу: 25.04.2014.

24. См., наприклад: RESOLUTION No 1 «THE FUTURE OF PUBLIC SERVICE BROADCASTING» 4th European Ministerial Conference on Mass Media Policy. Prague (Czech Republic), 7-8 December 1994 // The media in a democratic society: Resolutions and Political Declaration. – Prague, 1994. – P. 1-5; Council of Europe: Recommendation CM Rec(2007)3 of the Committee of Ministers to member states on the remit of public service media in the information society, adopted on 31 January 2007 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jspid=1089759>. – Дата доступу: 25.04.2014.

25. Fünftehnter Staatsvertrag zur Änderung rundfunkrechtlicher Staatsverträge (Fünftehnter Rundfunkänderungsstaatsvertrag) [Електронний ресурс]. – Режим доступу:

<http://www.rlp.de/ministerpraesident/staatskanzlei/medien/medienrecht>. – Дата доступу: 25.04.2014.

26. Режим доступу: <http://www.gez.de>. – Дата доступу: 25.04.2014.

27. Режим доступу: <http://www.rundfunkbeitrag.de>. – Дата доступу: 25.04.2014.

28. Владимир Путин провёл заседание Совета при Президенте по развитию гражданского общества и правам человека. 12 ноября 2012 года [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://kremlin.ru/news/16791>. – Дата доступу: 25.04.2014.

29. Єгор Бенкендорф пропонує фінансувати суспільне мовлення за рахунок комерційних телеканалів [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://stv.mediasapiens.ua>. – Дата доступу: 25.04.2014.

30. О создании общественного вещания в Российской Федерации (проект концепции). Одобрен на заседании Совета при Президенте Российской Федерации по развитию гражданского общества и правам человека 29.02.2012 г. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.president-sovet.ru/structure/group_16/materials/proekt-conc.php. – Дата доступу: 14.04.2014.

31. Режим доступу: http://www.president-sovet.ru/structure/group_16/materials/vdovin.php. – Дата доступу: 25.04.2014.

32. Режим доступу: http://www.president-sovet.ru/chairman/materials/the_federal_law_on_public_television_and_radio_the_project.php. – Дата доступу: 25.04.2014.

33. Государство снижает расходы на СМИ [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://izvestia.ru/news/564366>. – Дата доступу: 25.04.2014.

34. Владимир Познер «хоронит» Общественное телевидение: нет ни денег, ни гражданского общества [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://gazeta-sr.ru/rossiya/vladimir-pozner-horonit-obshhestvennoe-televidenie-net-ni-deneg-ni-grazhdanskogo-obshhestva.html>. – Дата доступу: 25.04.2014.

35. Directive 2012/28/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 on certain permitted uses of orphan works [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:299:0005:0012:EN:PDF>. – Дата доступу: 25.04.2014.

36. Комзюк Л.Т. Директива 2012/28/ЕС в контексте осуществления Цифровой повестки дня для Европы / Л.Т. Комзюк // Право интеллектуальной собственности (Москва). – 2014. – № 1 (33). – С. 14-18.

37. Про авторське право і суміжні права: Закон України від 23.12.1993 № 3792-XII [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/3792-12>. – Дата доступу: 25.04.2014.

38. Про затвердження мінімальних ставок винагороди (роялті) за використання об'єктів авторського права і суміжних прав: Постанова Кабінету Міністрів України від 18.01.2003 № 72 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/72-2003-%D0%BF>. – Дата доступу: 25.04.2014.

39. Про затвердження розміру, порядку та умов виплати винагороди (роялті) за комерційне використання опублікованих з комерційною метою фонограм, відеограм, їх примірників та зафіксованих у них виконань: Постанова Кабінету Міністрів України від 18.01.2003 № 71 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/71-2003-%D0%BF>. – Дата доступу: 25.04.2014.

40. Режим доступу: <http://hromadske.tv>. – Дата доступу: 25.04.2014.

41. Режим доступу: <http://espresso.tv>. – Дата доступу: 25.04.2014.

42. Режим доступу: <http://hromadskeradio.org>. – Дата доступу: 25.04.2014.

43. «Громадське радіо» оприлюднило фінансовий звіт за 2013 рік [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://stv.mediasapiens.ua/material/27506>. – Дата доступу: 25.04.2014.

44. Громадське. Фінансовий звіт [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://hromadske.tv/episode/131>. – Дата доступу: 25.04.2014.

У статті розглядаються деякі правові аспекти створення суспільного телерадіомовлення в Україні в контексті соціалізації авторського права і суміжних прав та врахування зарубіжного, зокрема німецького і російського, досвіду. Автор обґрунтовує шляхи досягнення європейських стандартів суспільного мовлення в Україні.

Ключові слова: суспільне мовлення, суспільне телебачення, європейські стандарти суспільного телерадіомовлення, авторське право і суміжні права

В статье рассматриваются некоторые правовые аспекты создания общественного телерадиовещания в Украине в контексте социализации авторского права и смежных прав и учёта зарубежного, в частности немецкого и российского, опыта. Автор обосновывает пути достижения европейских стандартов общественного вещания в Украине.

Ключевые слова: общественное вещание, общественное телевидение, европейские стандарты общественного телерадиовещания_ авторское право и смежные права

In the article are considered some legal aspects of the creation of public broadcasting in Ukraine in the context of copyright and related rights socialization and foreign,

especially German and Russian, experience consideration. The author substantiate the ways to achieve of European standards of public broadcasting in Ukraine

Key words: *public service broadcasting, public television, European standards of public broadcasting, copyright and related cights.*

**Задоя Костянтин Петрович**

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

**Процесуальні особливості реалізації кримінального закону,
що скасовує злочинність діяння, за Кримінальним
процесуальним кодексом 2012 року**

Частина 1 ст. 5 Кримінального кодексу України (далі — КК) визначає скасування злочинності діяння як одну із підстав зворотної дії закону України про кримінальну відповідальність в часі. При цьому у правовій системі України даний орієнтир не має однозначного розуміння. Наприклад, неоднозначно розглядається юридична природа доповнення кримінального закону новими видами звільнення від кримінальної відповідальності — окремі науковці вважають, що в даному випадку можна говорити про скасування злочинності діяння, а інші — заперечують такий підхід. Окрім того, по-різному може тлумачитись рішення законодавця про виключення з Особливої частини КК положення (положень) спеціального (-их) щодо іншого положення Кодексу — в одних випадках це може не свідчити про скасування злочинності того чи іншого діяння (зокрема, того, яке в поєднанні з відповідними обставинами, “охоплювалось” й спеціальним, й загальним положеннями), а в інших випадках — ні.

У даній же публікації ми проаналізуємо процесуальні особливості застосування на законі України про кримінальну відповідальність (кримінального закону), що скасовує злочинність діяння, на різних етапах (стадіях) кримінального провадження.

Зауважимо, що в теорії кримінального процесу етапність (стадійність) кримінального провадження відповідно до положень Кримінального процесуального кодексу України 2012 року (далі — КПК) розуміється неоднаково. У нашому дослідженні ми будемо спиратись на підхід, що передбачає виділення таких стадій: 1) внесення відомостей про вчинене кримінальне правопорушення до Єдиного реєстру досудових розслідувань ; 2) досудове розслідування; 3) підготовче судові засідання; 4) судовий розгляд і ухвалення судового рішення за його результатами; 5) апеляційне провадження; 6) касаційне провадження; 7) перегляд судових рішень Верховним Судом України; 8) перегляд судових рішень за нововиявленими обставинами; 9) виконання судових рішень [1, с. 26].

На перших етапах кримінального провадження (включаючи стадію судового розгляду і ухвалення судового рішення) реалізація правових наслідків кримінального

закону, що скасовує злочинність діяння, не викликає особливих процесуальних труднощів — відповідно до ч. 3 ст. 284 та п. 2) ч. 3 ст. 314 КПК слідчий, прокурор або суд може закрити кримінальне провадження на підставі п. 4) ч. 1 ст. 284 КПК.

Зауважимо, що, по-перше, в останньому положенні кримінального процесуального закону йде мова не про “закон, яким скасовано злочинність діяння”, а про “закон, яким скасована кримінальна відповідальність за діяння, вчинене особою”. Таким чином, формулювання п. 4) ч. 1 ст. 284 КПК за своїм змістом ближче до ч. 1 ст. 58 Конституції України, яка говорить про “закон, що скасовує відповідальність особи”, аніж до відповідного “фрагменту” ч. 1 ст. 5 КК. Тим не менш, незважаючи на певну техніко-юридичну неузгодженість п. 4) ч. 1 ст. 284 КПК та ч. 1 ст. 5 КК, вищенаведені формулювання все ж слід розглядати як тотожні за змістом. У протилежному випадку, щонайменше, важко пояснити, яка з інших підстав зворотної дії кримінального закону в часі, передбачених ч. 1 ст. 5 КК, може зумовлювати закриття кримінального провадження.

По-друге, необхідно звернути увагу, що п. 4) ч. 1 ст. 284 КПК є новелою чинного кримінального процесуального закону. У період чинності Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року (далі — КПК 1960 року) кримінальна справа у випадках набранням чинності законом, який скасовує злочинність діяння, закривалась за відсутністю складу злочину (п. 2) ч. 1 ст. 6 даного Кодексу). При цьому ч. 3 ст. 6 КПК 1960 року не виключала й того, що процесуальна реалізація наслідків закону, що скасовує злочинність діяння, могла відбуватись шляхом постановлення виправдувального вироку. Системне тлумачення п.п. 2, 4 ч. 1 ст. 284 та ч. 1 ст. 373 КПК на сьогодні подібну можливість виключає. Такі законодавчі новели видаються цілком логічними, оскільки у випадку із набранням чинності законом, який скасовує злочинність діяння, має місце особлива кримінально-правова ситуація, коли після виникнення юридичного факту законодавець “анулює” його нормативну модель і тим самим позбавляє відповідні життєві обставини “негативного” кримінально-правового значення. Говорити про відсутність у таких ситуаціях складу злочину (кримінального правопорушення), принаймні, некоректно.

Складнішою виглядає процесуальна реалізація закону, що скасовує злочинність діяння, на інших етапах кримінального провадження.

Стадії апеляційного та касаційного оскарження. У випадку, якщо судом першої інстанції помилково не було застосовано закон про кримінальну відповідальність, що скасовує злочинність діяння, суди апеляційної та касаційної інстанції на підставі ст.ст. 409, 413, 417, 438, 440 КПК мають необхідні процесуальні повноваження для скасування рішення суду першої інстанції та закриття кримінального провадження.

Однак де-факто нормативно неврегульованими є випадки, коли кримінальний закон, що скасовує злочинність діяння, набирає чинності після проголошення обвинувального вироку суду першої інстанції (рішення суду апеляційної інстанції). У такому випадку: а) суд апеляційної чи касаційної інстанції не може звільнити засудженого від покарання на підставі ч. 2 ст. 74 КК, оскільки відповідно до ст. 537 КПК таке питання розв'язується на іншій стадії кримінального провадження — стадії виконання судового рішення; б) очевидно, немає підстав говорити про незаконність чи необґрунтованість вироку суду першої інстанції (рішення суду апеляційної інстанції) у розумінні п. 4) ч. 2 ст. 396 та п. 4) ч. 2 ст. 427 КПК, які передбачають вимоги до змісту апеляційної (касаційної) скарги; в) ч. 2 ст. 404, ч. 2 ст. 433 КПК допускають можливість виходу суду апеляційної (касаційної) інстанції за межі вимог апеляційної (касаційної) скарги.

Таким чином, має місце “патова” ситуація, коли кримінальний процесуальний закон, з одного боку, не дає можливості суб'єкту апеляційного (касаційного) оскарження посилатись на набрання чинності законом, що скасовує злочинність діяння, як на підставу для перегляду обвинувального вироку суду першої інстанції (рішення суду апеляційної інстанції), а з іншого боку — положення КПК, що дозволяють суду апеляційної (касаційної) інстанції вийти за межі скарги суб'єкта оскарження судового рішення, щонайменше, не виключають можливості скасування рішення суду нижчої інстанції та закриття кримінального провадження у зв'язку із вищенаведеною обставиною.

Варто наголосити, що вітчизняна правозастосовча практика традиційно вирішує описану проблему “на користь засудженого”, тобто суди апеляційної та касаційної інстанцій, здійснюючи перегляд рішень судів нижчих інстанцій застосовують кримінальні закони, що скасовують злочинність діяння, які набрали чинності після проголошення оскаржуваного рішення.

Так, переглядаючи вирок Яготинського районного суду Київської області від 30.12.2013 року, яким засудженого було визнано винним у вчиненні злочинів, юридичні склади яких передбачено ч. 1 ст. 365; ч. 1 ст. 366 КК, Апеляційний суд Київської області в ухвалі від 03.04.2014 року застосував Закон України (далі — ЗУ) “Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо імплементації до національного законодавства положень статті 19 Конвенції ООН проти корупції” від 21.02.2014 року № 746-VII (набрав чинності 28.02.2014 року), скасував вирок суду першої інстанції за обвинуваченням у вчиненні перевищення влади або службових повноважень (ч. 1 ст. 365 КК) та закриття у цій частині кримінальне провадження. При цьому суб'єкт апеляційного оскарження в

апеляційній скарзі не посилався на набрання чинності вказаним законом як на показник його незаконності чи необґрунтованості [2].

Схожим чином діяв й Апеляційний суд Херсонської області, який ухвалою від 11.03.2014 року скасував вирок Голопристанського районного суду Херсонської області від 12.07.2013 року в частині обвинувачення засудження за ч. 1 ст. 365-1 КК та закрити кримінальне провадження у зв'язку з набранням чинності вищевказаним ЗУ від 21.02.2014 року № 746-VII. Суб'єкт апеляційного оскарження у своїй скарзі так само не посилався на набрання чинності цим законом як на підставу для перегляду вироку суду першої інстанції [3].

Варта уваги також й ухвала Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 07.06.2012 року, якою було скасовано вирок Апеляційного суду Закарпатської області від 07.09.2011 року по обвинуваченню засудженого у вчиненні злочину, юридичний склад якого було передбачено ч. 1 ст. 201 КК (у редакції, що була чинною на момент вчинення діяння — 08.12.2010 року), та закрито кримінальне провадження у зв'язку із набранням чинності ЗУ “Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо гуманізації відповідальності за правопорушення у сфері господарської діяльності” від 15.11.2011 року № 4025-VI (набрав чинності 18.01.2012 року). При цьому у касаційній скарзі суб'єкт оскарження прямо посилався на набрання чинності цим ЗУ від 15.11.2011 року № 4025-VI, що скасовував злочинність вчиненого діяння, як на підставу для перегляду судового рішення апеляційної інстанції [4].

На нашу думку, оптимальним способом усунення невизначеності у питанні про можливість застосування судом апеляційної (касаційної) інстанції кримінального закону, що скасовує злочинність діяння та набрав чинності після проголошення рішення суду нижчої інстанції, було б внесенням змін до кримінального процесуального закону.

Зважаючи на певну подібність останнього до кримінального процесуального закону Російської Федерації, видається цілком слушними пропозиції російського процесуалістів щодо запровадження особливого процесуального механізму реалізації кримінального закону, який має зворотну дію в часі (у тому числі, закону, який скасовує злочинність діяння) та набрав чинності після проголошення обвинувального вироку. Так, О.Д. Прошляковим було запропоновано доповнення кримінального провадження новою стадією, яка передбачала б перегляд вироків, що вже набрали законної сили [5, с. 152-155]; а А.В. Пушкарьовим — стадією, яка б дозволяла перегляд вироків, які ще не набрали законної сили [6, с. 117-118]. Нормативна реалізація цих наукових ідей дозволила б більш системно урегулювати процесуальну

реалізацію зворотної дії кримінального закону в часі (у тому числі, закону, що скасовує злочинність діяння).

De lege lata у випадках, коли кримінальний закон, що скасовує злочинність діяння, набуває чинності після проголошення судового рішення суду першої (апеляційної) інстанції, слід говорити про такий процесуальний порядок його реалізації:

а) суб'єкти кримінального провадження не можуть оскаржувати судові рішення суду першої (апеляційної) інстанції з мотивів набрання чинності вказаним законом, оскільки дана обставина не ставить під сумнів законність та обґрунтованість відповідного рішення;

б) тим не менш, у випадках, якщо відповідне рішення оскаржується з інших мотивів, суд апеляційної (касаційної) інстанції може вийти за межі вимог апеляційної (касаційної) скарги, застосовувати кримінальний закон, що скасовує злочинність діяння, переглянути рішення суду нижчої інстанції та закрити кримінальне провадження на підставі п. 4) ч. 1 ст. 284 КПК.

Окремої уваги заслуговують випадки, коли стосовно особи судом першої (апеляційної) інстанції було постановлено виправдувальний вирок суду, а згодом набрав чинності закон, який скасовує злочинність діяння. На наш погляд, у даному разі слід виходити з наступного:

а) загальне правило — якщо відносно особи був постановлений виправдувальний вирок з підстав, передбачених ч. 1 ст. 373 КПК (окрім випадків, коли не було доведено, що кримінальне правопорушення було вчинене обвинуваченим), він не повинен переглядатись наступною інстанцією у разі подальшого набрання чинності кримінальним законом, що скасовує злочинність діяння, оскільки зазначене судові рішення з кримінально-правової точки зору свідчить, що “злочинності діяння” як такої і не було;

б) додаткове правило — у випадку постановлення виправдувального вироку на підставі п. 2) першого речення ч. 1 ст. 373 КПК, його перегляд очевидно, не повинен здійснюватись з інших причин — це погіршуватиме становище особи з точки зору положень ЗУ “Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями органів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, органів досудового розслідування, прокуратури і суду” від 01.12.1994 № 266/94-ВР;

в) правило-виняток — якщо суд апеляційної (касаційної) інстанції вбачає підстави для визнання виправдувального вироку незаконним чи (та) необґрунтованим і після його постановлення набуває чинності кримінальний закон, який скасовує злочинність діяння, виправдувальний вирок може бути скасовано, а

провадження у справі закрито на підставі п. 4) ч. 1 ст. 284 КПК (див., наприклад, ухвалу Апеляційного суду Дніпропетровської області від 18.03.2014 року [7]).

Стадія перегляду судових рішень Верховним Судом України. Зважаючи на зміст ст.ст. 445 та 454 КПК, при оскарженні судових рішень до Верховного Суду України останні не можуть переглядатись з мотивів набрання чинності після їх проголошення кримінальним законом, який скасовує злочинність діяння. Роль Верховного Суду України в процесуальному порядку реалізації законів, що скасовують злочинність діяння, де-факто обмежується лише контролем за одноманітністю їх застосування судом касаційної інстанції.

Стадія перегляду судових рішень за нововиявленими обставинами. Однією з новел КПК є пряма вказівка на те, що перегляд судових рішень за нововиявленими обставинами у разі прийняття нових законів, якими скасовані закони, що діяли на час здійснення провадження, не допускається (ч. 4 ст. 459 Кодексу). Незважаючи на певну некоректність даного нормативного орієнтиру, він все ж досить однозначно вказує на те, що набрання чинності законом, яким скасовано злочинність діяння, не розглядається законодавцем як новоявлена обставина.

Тим не менш, положення глави 34 КПК залишають відкритим питання про те, чи може суд, який переглядає справу за нововиявленими обставинами, застосувати кримінальний закон, що скасовує злочинність діяння, якщо останній набрав чинності після проголошення судового рішення, що переглядається?

Зважаючи на те, що відповідно до ч. 1 ст. 467 КПК такий суд користується повноваженнями суду відповідної інстанції, та враховуючи сказане нами вище, відповідь на поставлене запитання повинна бути позитивною. У протилежному випадку на суд, що переглядає справу, фактично покладається обов'язок застосовувати лише ті положення матеріального кримінального закону, що були “релевантними” на момент проголошення рішення, що ревізується. Сумнівно, що така правозастовоча фікція узгоджується з принципом верховенства права та відповідає законним інтересам засудженого.

Стадія виконання судових рішень. Положення ст.ст. 537 та 539 КПК містять конкретні орієнтири щодо реалізації кримінального закону, який скасовує злочинність діяння, у випадках, якщо судові рішення (обвинувальний вирок суду) було звернуто до виконання. Разом із тим слід констатувати й певну обмеженість даних нормативних орієнтирів.

По-перше, вони не враховують того, що кримінальний закон, який скасовує злочинність діяння, може набрати чинності після проголошення обвинувального вироку суду, але до моменту звернення його до виконання. Як наслідок, законодавець фактично “змушує” правозастосовчі органи звертати вирок до

виконання і лише згодом вирішувати питання про кримінально-правові наслідки закону, який скасовує злочинність діяння. Таку нормативну ситуацію, м'яко кажучи, важко назвати справедливою.

По-друге, як ми відзначали вище, суд касаційної інстанції може, переглядаючи судові рішення судів нижчих інстанцій, застосувати кримінальний закон, що скасовує злочинність діяння та набрав чинності після проголошення таких рішень. Як наслідок, у ситуації, коли (а) обвинувальний вирок щодо особи звернути до виконання, (б) після його проголошення набрав чинності закон, який скасовує злочинність діяння і (в) не вичерпана можливість оскарження вироку в касаційному порядку, особа може скористатись можливістю реалізації наслідків такого закону як на стадії виконання вироку, так і на стадії касаційного оскарження. При цьому друга можливість видається більш сприятливою для засудженого, оскільки означатиме скасування постановленого обвинувального вироку (а отже, й “анулювання” державного осуду особи як “елементу” її кримінальної відповідальності) та закриття кримінального провадження. Положення ст.ст. 537 та 539 КПК, у свою чергу, скасування обвинувального вироку суду не передбачають. Таким чином, на наш погляд, у випадку, якщо суду, що розглядає клопотання про звільнення особи від покарання на підставі ч. 2 ст. 74 КК, відомо про подану особою касаційну скаргу, він повинен відкласти розгляд клопотання до моменту завершення процедури касаційного оскарження, навіть якщо це означатиме порушення строків, передбачених ч. 3 ст. 539 КПК. Відповідно, якщо судом касаційної інстанції буде застосовано кримінальний закон, що скасовує злочинність діяння, та закрито кримінальне провадження, суд, який розглядає клопотання про звільнення особи від покарання на підставі ч. 2 ст. 74 КК, повинен відмовити в його задоволенні.

Загалом же, юридична “двозначність” наведеної ситуації є ще одним аргументом на користь запровадження на нормативному рівні особливого процесуального порядку реалізації кримінального закону, що має зворотну дію в часі (у тому числі, кримінального закону, що скасовує злочинність діяння).

Використані джерела:

1. Кримінальний процесуальний кодекс України . Науково - практичний коментар / [В.Г. Гончаренко, В.Т. Нор, М.Є. Шумило та ін.]; за заг . ред . В . Г . Гончаренка , В . Т . Нора , М . Є . Шумила . – К .: Юстініан , 2012. – 1224 с.
2. Ухвала Апеляційного суду Київської області від 3 квітня 2014 року [Електронний ресурс]. - Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/38087959>. - Назва з екрана.

3. Ухвала Апеляційного суду Херсонської області від 11 березня 2014 року [Електронний ресурс]. - Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/37548517>. - Назва з екрана.
4. Ухвала Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 7 червня 2014 року [Електронний ресурс]. - Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/25235839>. - Назва з екрана.
5. Прошляков А.Д. Взаимосвязь материального и процессуального уголовного права / Прошляков А.Д. - Екатеринбург: Изд-во Гуманит. ун-та, 1997. - 208 с.
6. Пушкарев А.В. Применение норм уголовно-процессуального права при обратной силе уголовного закона / Пушкарев А.В. - М.: Юрлитинформ, 2010. - 168 с.
7. Ухвала Апеляційного суду Дніпропетровської області від 18 березня 2014 року [Електронний ресурс]. - Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/38033404>. - Назва з екрана.

У статті аналізуються положення нового Кримінального процесуального кодексу України щодо застосування кримінального закону, який скасовує злочинність діяння. Автор звертає увагу на недоліки цих положень, аналізує практику їх застосування.

Ключові слова: закон, що скасовує злочинність діяння; зворотна дія закону в часі; кримінальне провадження; вирок.

В статье анализируются положения нового Уголовного процессуального кодекса Украины относительно применения уголовного закона, устранивающего преступность деяния. Автор обращает внимание на недостатки этих положений, анализирует практику их применения.

Ключевые слова: закон, устранивающий преступность деяния; обратное действие закона во времени; уголовное производство; приговор.

The article analyzes the provisions of the new Criminal Procedure Code of Ukraine about the application of the law on criminal liability, which repeals the criminality. The author draws attention to the shortcomings of these provisions, examines the practice of their application.

Keywords: law on criminal liability, which repeals the criminality; retroactivity of the law; criminal proceedings; sentence.

**Виноградова Анна Ігорівна**

кандидат юридичних наук,
асистент кафедри правосуддя
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

**Початок досудового розслідування порушень законодавства
про захист рослин**

Постановка проблеми. Важливою умовою успішного розслідування порушень законодавства про захист рослин є своєчасність виявлення ознак кримінального правопорушення та початку досудового розслідування.

Швидке, повне та неупереджене розслідування злочинів, установлення осіб, які їх вчинили, залежить, насамперед, від безпомилкових дій слідчого, прокурора на початковому етапі розслідування, у зв'язку із чим у криміналістичній літературі неодноразово зазначалося велике практичне значення дослідження та розробки проблематики саме початкового етапу розслідування різних видів злочинів.

Аналіз стану досліджень. Дослідженню різних аспектів початкового етапу розслідування злочинів приділяли увагу такі вчені-криміналісти, як Г.А. Абдумаджидов, В.М. Биков, С.П. Богатирьов, В.Л. Бурнацький, В.І. Галаган, І.Ф. Герасимов, І.А. Зінченко, Є.П. Іщенко, Ю.Ф. Карєлов, В.П. Колонюк, В.І. Куклін, В.І. Лунгу, І.Х. Турсунов, О.Г. Філіппов, В.І. Шаблін та інші.

Метою статті є висвітлення проблемних питань пов'язаних з початком досудового розслідування порушень законодавства про захист рослин.

Виклад основного матеріалу. У частині 1 статті 214 Кримінального процесуального кодексу України[1](далі – КПК України) закріплено, що слідчий, прокурор невідкладно, але не пізніше 24 годин після подання заяви, повідомлення про вчинене кримінальне правопорушення або після самостійного виявлення ним з будь-якого джерела обставин, що можуть свідчити про вчинення кримінального правопорушення, зобов'язаний внести відповіді відомості до Єдиного реєстру досудових розслідувань (далі – ЄРДР) та розпочати розслідування [2].

Критерієм оцінки необхідності внесення відповідних відомостей до Єдиного реєстру є наявність у заяві, повідомленні про вчинене правопорушення ознак злочину, зокрема, що вказують про час, місце, спосіб учинення злочину, завдану шкоду, осіб, які причетні до нього, та інших.

Щодо матеріалів самостійного виявлення обставин, що можуть свідчити про вчинення кримінального правопорушення, то після внесення відповідної інформації

до ЄРДР, відомості, що містяться в цих матеріалах, оцінюються слідчим за наступними критеріями:

- джерело інформації, його походження, зв'язок з подією, яка вивчається, надійність, можливі дефекти відображення ним об'єктивної дійсності (хворобливий стан особи, дефекти сприйняття і т. ін.);
- зміст інформації, її повнота, точність, які саме обставини події і наскільки повно висвітлюються в матеріалах;
- яким чином, за допомогою яких методів було виявлене джерело інформації, надійність цих методів, правомірність використання;
- чи не суперечить інформація в наданих матеріалах одна одній.

Важливе значення для розслідування на першочерговому етапі має встановлення слідчим за участю спеціаліста виду об'єктів забруднення, їх особливостей, наявності забруднюючих речовин на поверхні ґрунту, води, трави, дні водойму; їх кольору; запаху; розмірних характеристик; прозорості, температури води; виду, розміру, кольору рослин; ознак змін природного забарвлення та інших обставин. Слідчий має підрахувати кількість загинув рослин або загальну площу їх виявлення, взяти їх проби, якщо це можливо, та зафіксувати зазначені ознаки в протоколі огляду місця події.

Будь-яка оцінка є єдністю суб'єктивного та об'єктивного моментів у пізнанні дійсності. Вона виявляється ставленням суб'єкта, що пізнає, до дійсності. Оцінка одночасно суб'єктивна (виконується суб'єктом, залежить від нього, від мети його діяльності, потреб) та об'єктивна (заснована на об'єктивному знанні явищ, предметів, що вивчаються), тобто вона виконується за внутрішнім переконанням, що засноване на всебічному, повному та об'єктивному розгляді всіх обставин у їх сукупності [3, с. 89].

Оцінці властива ціннісна орієнтація, яка передбачає правильне використання в пізнанні об'єктивних цінностей і тих критеріїв, на які людина орієнтується, даючи оцінку. Ціннісна орієнтація при цьому визначається низкою чинників, серед яких найважливіше значення мають:

- а) знання кримінального і кримінально-процесуального законів;
- б) уміння визначити конкретні задачі розслідування;
- в) професійний і життєвий досвід [4, с. 181-182].

У ході оцінки первинних матеріалів кримінального провадження у слідчого відбувається формування знання щодо фактичних обставин події. Зміст цього знання одержує своє вираження у висновках і рішеннях, які формуються у слідчого за допомогою глибокого і всебічного вивчення зібраних матеріалів. Крім того, необхідно мати на увазі, що одні й ті ж відомості можуть оцінюватися різними

слідчими по-різному. Це залежить від змісту ціннісної орієнтації слідчого, запасу знань, наявності професійного досвіду, вміння правильно застосувати їх в ході оцінки досягнутого знання.

Знання фактичних обставин події оцінюються І. М. Лузгіним щодо їх відповідності дійсності як помилкові, імовірні та достовірні. Конкретизація оцінки імовірного знання показує ставлення до нього людини і практично полегшує розв'язання пізнавальних задач. Проте, треба мати на увазі, що, яка б імовірність не називалася, вона сама по собі від цього не зміниться, не перейде в іншу категорію оцінки – у помилкове або істинне знання.

Імовірність означає недостатньо обґрунтоване знання; достовірність, навпаки, цілком обґрунтоване знання, що виключає будь-які сумніви в його правильності, відповідності дійсності [4, с. 181-189]. Як імовірне знання оцінюється таке знання фактичних обставин події, яке сформувалося у слідчого на основі вивчення деякої сукупності відомостей, припускає різне пояснення явищ і потребує додаткової перевірки.

Імовірне знання обумовлюється відсутністю даних для достовірної оцінки досліджуваного положення. Знання оцінюється як імовірне щодо деяких обставин: причини події, способу вчинення злочину, мотиву і т. ін. Підставою для достовірної думки про ці обставини могло б слугувати їх безпосереднє сприйняття, але у слідчого немає можливості безпосередньо сприймати такі обставини, тому він вимушений встановлювати та досліджувати їх за допомогою відомостей, одержаних із різних джерел. Доки оцінка всієї сукупності одержаних відомостей остаточно не переконає слідчого в дійсній природі явищ, що вивчаються, їх походженні й зв'язках, думки про них оцінюються як імовірні [5, с. 236].

Достовірність сприймається як точне, відповідне дійсності знання, що містить істинне пояснення події та виключає інші пояснення.

Під час отримання первинної інформації, що містить ознаки злочину, та внесення її до ЄРДР, слідчий звичайно має в своєму розпорядженні неповні та неточні відомості. Дані про подію в цей період розслідування, що ґрунтуються на таких відомостях, повинні бути оцінені як імовірні (не достовірні), оскільки до проведення відповідного розслідування не можна передбачити, чи є вони істинними або помилковими.

Рекомендації щодо оцінки первинної інформації, що містить ознаки злочину, повинні знаходити своє відображення у методиках розслідування злочинів. Під час внесення такої інформації до ЄРДР можна лише ймовірно оцінювати доказове значення одержаної інформації, оскільки вона ще не перевірена й не підтверджена процесуально, а тому не має статусу доказу.

На початку досудового розслідування порушень законодавства про захист рослин, у випадках, коли потрібна перевірка відомостей, що містяться в заяві (повідомленні) про злочин, для одержання додаткових даних (відомостей) про наявність чи відсутність ознак злочину, про обставини вчинення діяння, про особу (осіб), причетну до його вчинення, про очевидців події тощо проводяться допити відповідно до вимог ст. 224 КПК України.

Поширеною процесуальною дією на початку розслідування злочинів цього виду є тимчасовий доступ до документів, що проводиться в порядку ст. ст. 159-166 КПК України. Тимчасовий доступ до документів проводиться для перевірки інформації, що міститься в заявах або повідомленнях про злочин, і відповідно до ч. 1 ст. 159 КПК України полягає у наданні стороні кримінального провадження особою, у володінні якої знаходяться ці документи, можливості ознайомитися з ними, зробити їх копії та, у разі прийняття відповідного рішення слідчим суддею, судом вилучити їх (здійснити їх виїмку).

Відповідні документи, що мають значення при розслідуванні порушень законодавства про захист рослин, можуть бути отримані від державних органів, підприємств, установ, організацій, приватних осіб тощо.

Аналіз змісту правової регламентації тимчасового доступу до документів дозволяє говорити про нього як про самостійну процесуальну дію, спрямовану на ознайомлення та (або) отримання документів, необхідних для кримінального провадження. Необхідність проведення цієї дії може виникнути під час допиту, в ході слідчого огляду, під час підготовки до проведення експертизи.

Серед інших завдань, які необхідно виконати, як правило, одразу після реєстрації інформації, що містить ознаки злочину, в ЄРДР, можна виділити: отримання консультацій у компетентних осіб, установлення місцеперебування певних осіб і документів чи інших слідів злочинної діяльності тощо. Зазначимо, слідчі (розшукові) дії для вирішення завдань такого характеру можуть проводитися як слідчим безпосередньо, так і за його дорученням оперативними підрозділами органів внутрішніх справ, органів безпеки, органів, що здійснюють контроль за додержанням податкового і митного законодавства, органів Державної пенітенціарної служби України, органів Державної прикордонної служби України здійснюють слідчі (розшукові) дії та негласні слідчі (розшукові) дії в кримінальному провадженні за письмовим дорученням слідчого, прокурора.

Вибір конкретних засобів перевірки і тактика їх застосування залежать, насамперед, від слідчої ситуації, способу та джерела отримання інформації про вчинення злочину.

По-перше, правильний вибір тактичних прийомів під час проведення слідчої перевірки дасть змогу отримати повну і правдиву первинну інформацію. По-друге, наприклад, у разі проведення допиту, як однієї з найрозповсюдженіших слідчих (розшукових) дій, встановлення психологічного контакту слідчого з допитуваним, правильний вибір тактичних прийомів, уміле використання наявних даних відіграють часто вирішальну роль у виявленні ознак злочину. Це засвідчує необхідність застосування власне тактичних криміналістичних засобів отримання інформації. До них, зокрема, відносять:

тактичний прийом; тактичну комбінацію; тактичну операцію; тактичну (криміналістичну) рекомендацію; тактичне рішення. Ці тактичні засоби, не будучи процесуальними, все ж зумовлені досягненнями науки, узагальненнями матеріалів криміналістичної практики, сприяють ефективнішому та з меншою витратою сил і засобів виконанню процесуальних дій.

Зазначимо, що приводами до початку досудового розслідування щодо порушення законодавства про захист рослин можуть бути заяви або повідомлення підприємств, установ, організацій, посадових осіб, представників влади, громадськості або окремих громадян. Так, наприклад, прокуратурою Лисянського району Черкаської області за фактом загибелі посівів цукрового буряка було порушено кримінальну справу за заявою директора ТОВ СВА «Порадівське» Олійника В.В. та жителя с. Порадівка Костенко О.Г. У Постанові про порушення кримінальної справи зазначається, що 16-17 червня 2006 р. невідомі особи на території ТОВ СВА «Порадівка» с. Боярка, Лисянського району Черкаської області, здійснювали заходи по обробітку сільськогосподарських культур засобами захисту рослин за допомогою авіації. В результаті проведення даних заходів знищено посіви цукрового буряка на полі № 1 площею 30 га, що належить ТОВ СВА «Порадівське», чим Товариству спричинено тяжких наслідків [6].

Висновок. Підсумовуючи викладене, необхідно підкреслити, що належна оцінка первинної інформації, що містить ознаки злочину, якісне проведення першочергових слідчих (розшукових) дій, направлених на її перевірку, тісна взаємодія між контролюючими органами, оперативними підрозділами та слідчим є важливими умовами успіху в боротьбі зі злочинами, пов'язаними з порушеннями законодавства про захист рослин.

Використані джерела:

1. Кримінальний процесуальний кодекс України, Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям Кримінального

процесуального кодексу України»: чинне законодавство з 19 листопада 2012 року. – К.: Паливода А. В., 2012. – 382 с.

2. Про єдиний державний реєстр досудових розслідувань: Наказ Генеральної прокуратури України № 69 від 17.08.2012 р.: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.nau.ua/doc/?uid=1041.50396.0>

3. Книженко С.О. Криміналістична характеристика та основні положення розслідування екологічних злочинів: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 / С.О. Книженко. – Х., 2005. – 207 с.

4. Лузгин И.М. Методологические проблемы расследования / И.М. Лузгин. – М.: Юрид. лит., 1973. – 216 с.

5. Тищенко В.В. Корыстно-насильственные преступления. Криминалистический анализ : монография / В. В. Тищенко. – Одесса : Юрид. лит., 2002. – 360 с.

6. Справа № 1/22-2006. Архів Лисянського районного суду Черкаської області. – 2006.

Стаття присвячена висвітленню проблемних питань пов'язаних зпочатком досудового розслідування порушень законодавства про захист рослин.

Ключові слова: досудове розслідування; захист рослин; злочин; оцінка; першочерговий етап

Статья посвящена освещению проблемных вопросов, связанных с началом досудебного расследования нарушений законодательства о защите растений.

Ключевые слова: досудебное расследование, защита растений; преступление, оценка; первоочередной этап

Article is devoted to highlighting the problematic issues associated with the start of the pre-trial investigation of violations of legislation on plant protection.

Keywords: pre-trial investigation, protection of plants crime, evaluation, primary stage

Панкевич Олег Зіновійович

кандидат юридичних наук,
доцент кафедри адміністративно-правових дисциплін
Львівського державного університету внутрішніх справ

Лібералізм і комунітаризм: до питання про дві парадигми сучасної політико-правової філософії

Постановка проблеми. На самому початку статті вважаємо за необхідне задекларувати (як фундаментальну гіпотезу дослідження), що, на нашу думку, однією із найголовніших, визначальних дихотомій для сучасної західної політичної (політико-правової) філософії є дихотомія «лібералізм – комунітаризм».

Видається, що аналіз цих двох понять саме як політико-правових категорій має великий, ще нерозкритий до сьогоднішнього дня у вітчизняній науковій літературі, евристичний потенціал. Це стосується, зокрема, можливих меж їхнього застосування при аналізі правоінтерпретаційних підходів, використовуваних під час розгляду національними й міжнародними судовими установами конкретних юридичних справ із захисту конституційних прав людини.

Стан дослідження проблеми. Лібералізм як широкомасштабний та багатовимірний феномен та комунітаризм, який, за словами професора О.М. Сичивиці, «являє собою течію, що набирає силу (під тиском не тільки науково-теоретичних пошуків, але й самої історії), у суспільствознавчій думці Заходу» [1, с. 253], становлять предмет зацікавлення представників багатьох гуманітарних наук – філософів, політологів, правознавців, соціологів тощо. Різним аспектам цих явищ присвятили свої праці, зокрема такі вітчизняні та зарубіжні вчені, як В. Бабкін, Ю. Габермас, К. Гаджиєв, М. Гуренко, Р. Дворкін, Д. Кекес, В. Кимліка, А. Колодій, Е. Макінтайр, Р. Нозік, Д. Ролз, М. Сендел, Г. Сорока, М. Чорний, В. Шинкарук та ін. Серед українських монографічних видань слід відзначити ґрунтовні дослідження філософів О. Сичивиці [1], В. Заблоцького [2] та політолога Н. Гедікової [3].

Однак, нині доводиться констатувати факт відсутності у вітчизняній науковій літературі спеціальних досліджень, присвячених проблемам лібералізму, а тим більше – комунітаризму, як особливих напрямків політико-правової філософії і водночас її парадигмального підґрунтя. Відтак **метою статті** є спроба аналізу цих феноменів саме у такій іпостасі.

Виклад основних положень. *Лібералізм: складнощі визначення поняття.* «Обговорення лібералізму мало б розпочинатися з визначення, яке встановлює набір необхідних та достатніх ознак, властивих будь-яким версіям лібералізму», – зазначає

Д. Кекес. І продовжує далі: «та оскільки такого набору ознак не існує, то поняття лібералізму стає невловимим» [4, с. 111]. На нашу думку, складнощі при формулюванні цього визначення, які дійсно існують, пов'язані, насамперед, із такими взаємопов'язаними обставинами.

По-перше, це – багатовимірність лібералізму, яка «знаходить свій прояв у тому, що він водночас репрезентований такими формами: 1) образ і стиль мислення, емоційно-ментальна настанова, світовідношення, аттїтюд; 2) форма філософського світогляду; 3) різновид соціальної теорії; 4) форма політичної ідеології (доктрини); 5) сукупність соціальних практик (інновацій, експериментів, емансипацій); 6) соціально-політичний рух» [5, с. 13–14]. Надалі, у межах цієї публікації, нас цікавитиме лібералізм саме як форма філософського, а, точніше, філософсько-правового, світогляду.

По-друге, змінюваність, еволюційність лібералізму. За словами австрійського філософа Л. фон Мізеса, «сьогодні уже не достатньо формувати своє уявлення про лібералізм, вивчаючи праці його видатних засновників. Лібералізм не є завершеною доктриною або сталою догмою. Навпаки, він є застосуванням наукових теорій до суспільного життя людини» [6, с. 3]. Іншими словами, ліберальні ідеї постійно розвиваються, модифікуються і втілюються у нових формах.

По-третє, лібералізм за тривалий період свого існування та «переможної ходи» перетворився на «супертеорію», «мегадискурс», «метаідеологію». «Метаідеологічність лібералізму полягає в тому, що він ... утворює світоглядне підґрунтя для різноманітних форм і стилів мислення, плідно впливає на філософію та її проблематику, на сам спосіб постановки й вирішення різноманітних «вічних» питань. <...> Лібералізм складав осердя емансипаторської метаідеології розвитку, яка утворила основу сім'ї первинних ідеологій і складає основу головних ідеологічних течій до сьогодні (зокрема, лібералізму в його сучасному розумінні, консерватизму, лібертаризму, соціалізму, анархізму, фемінізму, націоналізму, «зеленої» політики тощо)», – наголошує вітчизняний філософ В.П. Заблоцький [5, с. 10].

І тут слід погодитися із тим, що «переможна хода лібералізму далеко не означає тріумф його стандартизуючої універсальності. Автономія індивіда, особиста свобода та плюралізм ідей (стверджувані лібералізмом) відіграли вирішальну роль у процесі зростаючого урізноманітнення самого лібералізму» [7, с. IX], з огляду на що лібералізм нині «не є монолітною традицією» [8, с. 79]. Інакше кажучи, чітке, однозначне та повне визначення поняття лібералізму вельми складно (якщо взагалі

можливо) дати¹ вже хоча б з огляду на те, що сьогодні доводиться говорити не про один-єдиний лібералізм, а радше, за висловом М. Фрідена, про родину лібералізмів [10].

На думку російського науковця Б.Г. Капустіна, «філософські підвалини «членів ліберальної родини» завжди були відмінні аж до непеєднуваності. Історично найважливішими серед них є: 1) вчення про «природні права» людини та «суспільний договір» як фундамент легітимного політичного устрою (Дж. Локк); 2) «кантівська парадигма» моральної автономії ноуменального «я» і такі, що впливають з неї, концепції «правової держави»; 3) ідеї «шотландської просвіти» (Д. Юм, А. Сміт, А. Фергюсон) щодо спонтанної еволюції соціальних інститутів; 4) утилітаризм (І. Бентам, Д. Рікардо, Дж. С. Мілль); 5) «історичний лібералізм», пов'язаний із гегелівською філософією...» [11, с. 393].

Відмінність світоглядних підвалин спричинює те, що «велика родина» лібералізму охоплює доволі значну кількість його різновидів, чисельність, назви і класифікації яких часто відрізняються у працях різних дослідників. Серед згаданих різновидів виокремлюють, зокрема, такі.

Класичний лібералізм та неолібералізм («новий», «сучасний лібералізм»). На нашу думку, критерії розрізнення цих видів лібералізму можна розглядати, принаймні, з двох позицій. З суто формальної точки зору таким критерієм можуть виступати певні конвенційно визнані хронологічні рамки основних етапів розвитку ліберальної філософії, а із змістовної – особливості ціннісно-ідеологічних парадигм, на яких, власне, й ґрунтується відповідний напрямок лібералізму.

Як наголошує О.М. Сичивиця, «ключем до адекватного осмислення сутності, внутрішніх протиріч, перспектив і навіть деяких таємниць ліберального руху в суспільно-політичному житті й у сфері інтелектуальних суспільствознавчих пошуків є *класичний* лібералізм, формування котрого пов'язане насамперед із іменами Дж. Локка (1632-1704), Ш. Монтеск'є (1689-1755), А. Сміта (1732-1790), І. Канта (1724-1804), І. Бентама (1748-1832) та Г. Гегеля (1770-1831)» [1, с. 52].

Апологети класичного лібералізму із визнання індивідуальної свободи виводили вимогу невтручання держави в приватне життя громадян, відтворену у відомій формулі «держава – нічний сторож». Така держава повинна і може забезпечити *лише* громадянські та політичні права (права людини «першого покоління»).

Кінець ХІХ ст. знаменує собою появу так званого «сучасного лібералізму». Специфіку останнього (в межах тривалого існування якого, своєю чергою,

¹ Адже не можемо ж ми всерйоз задовільнитися, наприклад, таким украй розпливчастим формулюванням: «лібералізм – це все, що його визнали достеменно ліберальним поважні дослідники, які прихильно ставляться до ліберальних прагнень у всіх їхніх проявах» [9, с. 67].

виокремлюються якісно відмінні етапи [див. 2, с. 19–29, 156]) зазвичай вбачають у яскраво вираженій соціальній складовій, у зміні позиції щодо ролі держави в забезпеченні й захисті прав громадян і, насамперед, у розширенні, доповненні каталогу таких прав соціальними, економічними та культурними (правами «другого покоління»). Згідно з позицією Б. Вишеславцева, «криза свободи у світі приводить до пошуку нових засобів її порятунку та розвитку, до усвідомлення недостатності старого класичного лібералізму з його «laissez faire», до виникнення неолібералізму, який затверджує та шукає не тільки свободу від насилля, але й свободи від нужди» [цит. за: 3, с. 50].

Щоправда, низка вчених цілком обґрунтовано розглядає сучасний лібералізм ширше, ніж тільки як «соціальний лібералізм» (або «лібералізм загального добробуту (welfare liberalism)» [12, с. 43]. Наприклад, В.П. Заблоцький віддає перевагу термінопоняттю «глибокий лібералізм», який, на думку науковця, «переосмислює зміст і межі соціальності, уособлює звернення ліберальної теорії до питань біоетики, генетичної суб'єктивності, біополітики й сексуальної політики, зростаючого гіперконтролю тощо. На порядку денному постають питання про кібер- і технолібералізм, біо- і гено-лібералізм, про Інтернет як «гіпер-лібералізм» [5, с. 29].

Наведена класифікація викликає, на наш погляд, деякі зауваження щодо визначення хронологічних меж існування та назв розглядуваних видів лібералізму. Йдеться, насамперед, про відсутність у науковій літературі (як вітчизняній, так і зарубіжній) єдиної, узгодженої та загальновизнаної точки зору щодо часових рамок виникнення лібералізму. Більше того, наприклад, О.М. Сичивиця небажання низки дослідників ставити саме питання про конкретний початок лібералізму в європейській цивілізації вважає «цілком правильною і розумною позицією, особливо з урахуванням ... думки Ф. Енгельса про відсутність в природі fast and hard lines – жорстких і цілком певних розмежувальних ліній» [1, с. 67]. Зрештою, й щодо хронологічних меж між «класичним» і «сучасним» лібералізмами дослідники воліють висловлюватися обережно, говорячи про кінець XIX ст. радше, тільки як про «перехідний етап до нової моделі лібералізму» [3, с. 27], або як про початок «трансформацій, які в цілому готують появу «сучасного лібералізму» [2, с. 21]. До того ж, сама назва «сучасний» видається не надто коректною, адже, зокрема, «сучасності» зразка XIX ст. і XXI ст. – феномени різнопорядкового ґатунку, з відмінними соціальними контекстами й парадигмальними основами.

Економічний та «етичний» (політичний) лібералізм. Видається можливим стверджувати, що критерієм такої класифікації є різні підходи до розуміння зв'язку свободи і приватної власності та їхнього місця в ієрархії цінностей особи й суспільства.

Перший різновид характеризується формулою Л. фон Мізеса: «якщо стисло, в одному слові, виразити програму лібералізму, вона б звучала як *власність*, тобто приватна власність на засоби виробництва... Усі інші вимоги лібералізму походять від цієї основної вимоги» [6, с. 6].

«Етичний» лібералізм стверджує, що зв'язок свободи і приватної власності неоднозначний і не є незмінним у різних історичних контекстах. За словами Б. Кроче, свобода «повинна мати сміливість прийняти засоби соціального прогресу, котрі ... є різнорідними та суперечливими», розглядаючи принцип *laissez faire* лише як «один із можливих типів економічного порядку» [цит. за: 11, с. 393–394]. Гадаємо, що «економізм» більш характерний для періоду класичного лібералізму, у той час як «етичність» є рисою неолібералізму.

Радикальний та консервативний лібералізм. Залежно від того, які засоби реалізації ідеалів лібералізму вважаються прийнятними, виділяють **радикальний та консервативний** лібералізм [1, с. 63]. Згідно з О.М. Сичивицею, «радикальний лібералізм (іноді його називають *лівим* або *ліворадикальним*) характеризується зовні привабливою ортодоксальністю, «чистотою» своїх принципів і послідовністю дій, але водночас йому притаманна схильність до ігнорування деяких цілком конкретних, хоча й далеко не другорядних чинників функціонування та розвитку суспільства. Найяскравішим ... прикладом останнього є так звана **лібералізація цін** на пострадянському просторі... **Консервативний лібералізм**, котрий, на думку С. Матвєєва, почав формуватися в Росії як реакція на невдачі радикал-реформаторства, позначений дуже помітною (з точки зору лібералізму) неортодоксальністю. Він відрізняється від радикального лібералізму головним чином тим, які методи і шляхи реалізації ліберальних ідей слід розглядати як припустимі, зокрема вважаючи можливим «перетворити авторитаризм на знаряддя та засіб поглиблення лібералізму» [див. 1, с. 63–64].

Лібертаризм. У науковій літературі превалює позиція, згідно з якою лібертаризм – це не окремий ідеологічний напрямок, а особлива, радикальна течія в «лібералістичній родині»¹. Наприклад, за визначенням О.М. Сичивиці, «лібертаризм – це той самий лібералізм, але найпослідовніший, цільний, очищений від різного

¹ Проте, існує й інша позиція, згідно з якою, «лібертаризм слід вивести за межі ліберальної родини не тому, що він чужий справжньому лібералізму, хоч яким цей лібералізм може бути, а тому, що можна довести: їхня морфологічна близькість надто мала і утвердження незаперечності лібертаризму відходить від еволюційного шляху, на який ступив лібералізм» [10, с. 110]. Тієї ж точки зору дотримується й Н.П. Гедікова, яка наголошує: «лібертаризм не є різновидом, чи одним із напрямів лібералізму... <...> Це самостійна суспільно-політична течія, сформована на основі світоглядних установок, яка представляє собою політико-правову доктрину, оскільки ставить права людини вище за все, а також містить у собі низку положень з реорганізації суспільства, які передбачають проведення даної процедури у відповідності із законодавчо оформленими нормами поведінки, політичними повноваженнями і обов'язками, визначеними для всіх суб'єктів і інститутів суспільства» [3, с. 174].

роду хитань і протиріч, а його прибічники суть «більшовики» ліберального руху» [1, с. 257].

На думку Д. Боаза, «лібертаризм можна розглядати як політичну філософію, що послідовно втілює ідеї класичного лібералізму, розглядаючи ліберальні аргументи і доходячи висновку, що слід жорсткіше обмежити роль уряду та захищати індивідуальну свободу кожного повніше, ніж це робить класичний лібералізм» [13, с. 41].

Видається, що поняття лібертаризму як складової «родини лібералізмів» тут необхідно «розвести» із іншим поширеним розумінням цього терміно-поняття як «вчення, заснованого на ідеях розрізнення права і закону» (основоположником якого вважають російського вченого В.С. Нерсисянца) [14, с. 484], що обґрунтовує «розуміння права як загальної форми і рівної норми (міри) свободи індивідів» [15, с. 321]. З позицій лібертарного праворозуміння, яке, за словами В.С. Нерсисянца, є «саме строго юридичним підходом (і взагалі мінімальною вимогою будь-якого власне юридичного підходу)» [15, с. 34], право – це «вираження сенсу і принципу правової свободи індивідів і, отже, вихідної основи і відмінної особливості будь-якого права, тобто це лише необхідний мінімум права, те, без чого немає і не може бути права взагалі, у тому числі й правового закону» [15, с. 34].

Агенціальний та віртуарний лібералізми. Виходячи з різних уявлень щодо антропологічних основ лібералізму в сучасній політичній філософії, виокремлюють такі два його основні види¹. *Перший* – «агенціальний» лібералізм (згідно з термінологією, запропонованою Р. Флетменом). З огляду на розуміння людини як основного й активного «агента» – носія і джерела свободи, розуму та дії, агенціальний лібералізм вважає за неможливе створювати структури й інституції, які нав'язували б самодостатньому агенту якісь «обов'язкові» цінності й моральні норми. Прихильниками агенціального тлумачення лібералізму є такі відомі представники сучасного лібералізму, як Р. Арон, І. Берлін, Х.Л. Харт, С. Хемпшир, Ж.-Ф. Ліотар та В. Кимліка [5, с. 21–22]. Важливо, що Р. Флетмен вбачає необхідність зміцнення агенціального лібералізму в напрямку посилення значення волі у дії агентів (так званий «вольовий (willful) лібералізм»). Коментуючи цю тезу, В.П. Заблоцький зазначає, що «більш-менш життєздатною формою» останнього «виявився *лібертаріанізм*» (курсив наш. – О.П.) [2, с. 231–232].

¹ В.П. Заблоцький виокремлює ще й третій вид – так званий «заснований на правах» лібералізм, який «виходить з визнання за людиною базових і невід'ємних прав, що вважаються певним моральним і правовим абсолютом» [5, с. 21–22]. Однак критерії такого виділення у працях шановного філософа [2, с. 234; 4] виглядають доволі неясними («розмитими»), такими, що не дають можливості чітко розмежувати цей вид від інших. Методологічні складнощі такого гатунку є, гадаємо, об'єктивними, а можливо, й нездоланними, з огляду на те, що, на нашу думку, *всі* види лібералізму, по суті, «засновані на правах людини»!

Другий різновид ліберальної антропології обстоює принципово іншу точку зору, а саме – визнання того, що існує певний комплекс цінностей, на яких повинне ґрунтуватися ліберальне суспільство, відповідне виховання і соціалізація. Ці уявлення утворюють (за Флетменом) «віртуарний лібералізм» (від англ. «virtues» – чесноти, моральні цінності). З такої точки зору суспільство не може керуватися принципами невтручання... Віртуарний лібералізм виходить з необхідності створення і впровадження (через суспільні структури й інституції. – О.П.) певної ціннісно-моральної моделі людини, на яку треба орієнтуватися при вихованні. Прихильники такого розуміння лібералізму – Д. Ролз, Р. Дворкін, Ю. Габермас, Д. Раз, С. Македо, Т. Сканлон та ін. [5, с. 22]. Отже, «якщо свобода агенціативного лібералізму ... припускає плюралізм індивідуальних свобод і змагання особистих воľ, – суспільна цілісність в цьому розумінні виростає з спонтанної і непередбачуваної взаємності людської комунікації... Більш скептична і реалістична віртуарна концепція заперечує можливість покладання на «агентів» як джерело і гарантів вільного і стабільного суспільства. Ця остання точка зору передбачає пошук певних ціннісно-етичних універсалій, які трансформують суспільство у напрямку більшої його досконалості, відповідності «зразкам», «принципам» [2, с. 234]. Слід погодитися із В.П. Заблоцьким, який наголошує, що ці розбіжності «не є другорядними дрібницями – вони без перебільшення торкаються основ ліберального світогляду, самого його осердя. Йдеться про глибинне коріння ліберального порядку: чи вбачати його в самодостатній суб'єктності окремих агентів – чи у певних загальних установах, ціннісних універсаліях, «спільному словнику» (за Р. Рорті)» [2, с. 229]. З огляду на сказане, гадаємо, є підстави стверджувати, що в той час, як «крайньою» формою прояву агенціального лібералізму є лібертаризм, віртуарний лібералізм тісно «змикається» з іншою провідною течією політико-правової думки сьогодення – комунітаризмом.

Комунітаризм як течія етико-правової думки. Серед найбільш відомих комунітаристських критиків лібералізму зазвичай згадують Ч. Тейлора, М. Сендела, Е. Макінтайра, А. Етціоні та М. Уолцера. Робимо наголос на словосполученні «критиків лібералізму», оскільки комунітаризм як течія етико-правової думки, що виникає у 80-х роках ХХ ст., формувалася і розвивається до наших днів, власне, як *критична реакція*, передусім, на «індивідуалістичні надмірності» лібералізму. Іншими словами, «комунітаристи презентують свою позицію як відповідь на ліберальні ідеї – отже, певним чином відштовхуючись від останніх, беручи їх за відправну точку своїх роздумів» [16, с. 56], «гідне завдання, яке ставлять перед нами комунітаристські критики, полягає не в тому, щоб замінити ліберальну справедливість, а в тому, щоб удосконалити її» [17, с. 361].

Підставним видається висловлена у вітчизняній літературі думка про те, що «головна помилка і біда лібералізму полягає в тому, що він не надає потрібного значення суспільному контексту, в котрому розгортається життєдіяльність людського індивіда, немов би відриває особистість від суспільства, робить ставку на саморегуляцію взаємодій вільних «соціальних атомів», явно недооцінюючи роль і значення у всіх цих процесах історично конкретного ґрунту. Саме цю серйозну слабкість лібералізму чуйно вловив комунітаризм...<...> Отже, сутність комунітаризму полягає в тому, що він особливе, первинне значення надає не автономії і суверенітету індивіда, а тій видатній ролі, котру в його життєдіяльності відіграє соціум і конкретно-історичний суспільний контекст. Інакше кажучи, пальма першості віддається тут не соціальному «атому» ..., а соціальному цілому, яке є необхідною передумовою і запорукою досягнень кожної людини, її самореалізації та самоствердження» [1, с. 253–254].

Видається можливим стверджувати, що дихотомія індивідуального та соціального є *серцевиною*, основою для вірного розуміння дихотомії «лібералізм – комунітаризм». На думку Е.С. Мирзаханяна, «вихідні онтологічні характеристики (лібералізму та комунітаризму. – О.П.) передбачають розбіжності щодо самої природи соціального життя, котрі реалізуються в полярності індивідуалізму та холізму. Лібералізм базується на платформі методологічного індивідуалізму, виходить із примату особистості та індивідуальних прав. Комунітаризм ... передбачає протилежні настанови, відштовхуючись від соціального цілого й об'єктивно необхідних йому благ» [18, с. 10].

Наголосимо, що базовою, головною соціально-етичною цінністю комунітаризму є так зване *спільне благо*. І в цьому контексті можна погодитися з одним із провідних теоретиків сучасного комунітаризму Ф. Селзніком, на думку якого, «термін «комунітарний» може вживатися для означення будь-якої доктрини, яка високо цінує спільне благо або ідеали спільного блага й обмежує прагнення до індивідуальної незалежності та самореалізації» [цит. за: 19, с. 29].

У зв'язку із розглядом основної соціально-етичної цінності комунітаризму російський філософ права С. Моїсеєв звертає увагу на ще один важливий – методологічний – аспект: «Оскільки те, що є благо, на думку комунітаристів, вирішує кожна спільнота, про яке універсальне благо, крім благ спільнот, можна говорити? Відповідно, імплікацією методології комунітаризму є культурний релятивізм (уявлення про те, що правильне і неправильне для даного суспільства чи культури визначається думкою цього суспільства чи культури)» [20, с. 121]. Таке твердження видається занадто категоричним (адже серед провідних комунітаристів не так уже й багато «непримирених» опонентів уявлень про «універсальні права людини» та

«загальнолюдські цінності»), з чим трохи далі по тексту своєї публікації погоджується і сам С. Моїсєєв [20, с. 127–128].

Гадаємо, слушною є думка теоретиків комунітаризму, які відзначають суперечливість сучасних реалій: «З одного боку підвищується значущість окремої особистості, стверджуються її права, цінність та можливості. В той же час, з іншого боку, виникає тенденція до гіпертрофії індивідуальної автономії, до втрати соціальної відповідальності, що загрожує стабільності та інтегрованості суспільства. Якщо раніше центральною проблемою особистості був опір тиску з боку держави, чим і займається ліберальна теорія, то зараз, на думку комунітаристів, суспільство дедалі частіше потребує захисту від волевиявлення занадто автономних індивідуальностей» [21].

Американський політолог Аллен Бьюкенен у статті «Оцінка комунітарної критики лібералізму» «цілком обґрунтовано поділяє комунітаризм на *радикальний* та *поміrkований*. Перший зовсім відкидає цінність і значимість для людського індивіда його громадянських та політичних прав, прагне замінити апеляцію до них телеологічними міркуваннями про блага спільнот чи групові права. Поміrkовані комунітарії, навпаки, визнають важливість індивідуальних прав і свобод людини, проте при цьому не погоджуються з тим пріоритетним статусом, котрий приписує їм лібералізм» [див. 20, с. 255].

Ліберальний комунітаризм. Як не банально це звучить, але істина у більшості філософських дискусій знаходиться все-таки «посередині». Видається, що усвідомлення в останні роки поміrkованими комунітаріями та лібералами слушності цієї старої, як світ, тези спричинило пошук такої бажаної «золотої середини» шляхом синтезу, конвергенції, взаємодоповнення та взаємозбагачення обох філософських напрямів. Новий концептуальний філософський «модифікований гібрид» у сучасній науковій літературі позначається різними найменуваннями – «неокомунітаризм» або «чутливий комунітаризм» (А. Етціоні), «мультикультуралізм» [22, с. 3], «ліберал-комунітаризм» [18, с. 10] тощо. Головною ідеєю «комунітаристських лібералів» («communitarian liberals») або ж ліберальних комунітаристів (liberal communitarians)» [12, с. 41] є, за слушним зауваженням С. Моїсєєва, «необхідність компромісу, знаходження балансу між автономією та індивідуальними правами, з одного боку, та загальним (спільним) благом – з іншого. Будучи конкуруючими моральними принципами, і те, й інше є ключовою цінністю і нормативною підставою суспільства, і жоден з цих елементів не повинен домінувати над іншим» [20, с. 126].

Деякі висновки. Спроба знайти «золоту середину», подолати шляхом синтезу концептуальні обмеженості лібералізму і комунітаризму породила течію так званого ліберального комунітаризму, що можна вважати своєрідним відображенням сучасних

інтегративних, синтезуючих тенденцій у розвитку західної філософії в цілому. З іншого боку, на нашу думку, про такий синтез, конвергенцію нині можна говорити радше як про ідею, можливу мету, аніж про доконаний факт: адже поки-що не вистачає достатньої, так би мовити, «критичної маси» вагомих, незаперечних прикладів-доказів реально діючої концепції ліберал-комунітаризму. Відтак декларувати втрату якісної специфіки як одним, так й іншим з розглянутих напрямів політико-правової філософії видається дещо передчасним.

На завершення зазначимо, що хоча *серцевиною*, основою для вірного розуміння дихотомії «лібералізм – комунітаризм» (яка, гадаємо, нині залишається центральною для сучасної європейської та американської політико-правової філософії) є питання про співвідношення індивідуального та колективного, аналіз означеної дихотомії вимагає звернення до низки інших, пов'язаних із розглядуваною протилежностей. Зокрема, йдеться про взаємодію філософії культурного універсалізму і партикуляризму, політичної моральності традиціоналізму і модерніті, етики цінностей та етики обов'язку, що визначає перспективи подальших досліджень розглядуваної проблематики.

Використані джерела:

1. Сичивица О.М. Ліберал-рестрикционизм и архитектура гармонического мира [Текст] : Историософ.-политолог. трактат / О.М. Сичивица. – Львов : Каменяр, 2013. – 1220 с.
2. Заблоцький В.П. Лібералізм: ідея, ідеал, ідеологія : [Монографія] / В.П. Заблоцький. – Донецьк : Янтра, 2001. – 367 с.
3. Гедікова Н.П. Ідейні та політико-правові засади лібералізму : світовий досвід та українська практика (політологічний аспект) : [Монографія] / Н.П. Гедікова. – Одеса : Оптіум, 2009. – 330 с.
4. Кекес Д. Засадничі цінності лібералізму / Джон Кекес // Лібералізм: антологія / [упоряд. О. Проценко, В. Лісовий]. – К. : Простір, Смолоскип, 2009. – С. 111–133.
5. Заблоцький В.П. Сучасний лібералізм: соціально-філософський аналіз: автореф. дис. ... доктора філос. наук: 09.00.03 / В.П. Заблоцький. – К., 2002. – 35 с.
6. Мізес Л. Лібералізм у класичній традиції / Людвіг фон Мізес // Лібералізм: антологія / [упоряд. О. Проценко, В. Лісовий]. – К. : Простір, Смолоскип, 2009. – С. 3–19.
7. Від упорядників // Лібералізм: антологія / [упоряд. О. Проценко, В. Лісовий]. – К. : Простір, Смолоскип, 2009. – С. IX–X.

8. Волдрон Д. Теоретичні засади лібералізму / Джеремі Волдрон // Лібералізм : антологія / [упоряд. О. Проценко, В. Лісовий]. – К. : Простір, Смолоскип, 2009. – С. 68–87.
9. Меннінг Д. Символічна форма лібералізму / Девід Меннінг // Лібералізм : антологія / [упоряд. О. Проценко, В. Лісовий]. – К. : Простір, Смолоскип, 2009. – С. 53–67.
10. Фріден М. Родина лібералізмів: морфологічний аналіз / Майкл Фріден // Лібералізм : антологія / [упоряд. О. Проценко, В. Лісовий]. – К. : Простір, Смолоскип, 2009. – С. 88–110.
11. Либерализм // Новая философская энциклопедия: В 4 т. / Ин-т философии РАН, Нац. общ.-научн. фонд; Научно-ред. совет: В.С. Степин, А.А. Гусейнов, Г.Ю. Семигин, А.П. Огурцов. – М. : Мысль, 2010. – Т. II. – 2010. – С. 393–394.
12. Зелцник Ф. Основи комунітаристського лібералізму / Філіп Зелцник // Лібералізм : антологія / [упоряд. О. Проценко, В. Лісовий]. – К. : Простір, Смолоскип, 2009. – С. 41–52.
13. Боаз Д. Ключові поняття лібертаризму / Девід Боаз // Лібералізм: антологія / [упоряд. О. Проценко, В. Лісовий]. – К. : Простір, Смолоскип, 2009. – С. 35–42.
14. Бабкін В.Д. Лібертаризм / В.Д. Бабкін // Юридична енциклопедія : в 6 т. / [гол. ред. Ю. С. Шемшученко та ін.]. – К. : Укр. енцикл., Т. 3 : К–М. – 2001. – С. 484.
15. Нерсисянц В.С. Философия права : Учебник для вузов / В.С. Нерсисянц. – М. : НОРМА, 2003. – 652 с.
16. Слободянюк Л. Індивідуалізм: минуле та сучасність / Л. Слободянюк // Наук. записки Тернопільського нац. пед. ун-ту ім. В. Гнатюка. Сер.: Філософія. – 2005. – № 13. – С. 54–58.
17. Гутман Е. Комунітаристська критика лібералізму / Емі Гутман // Лібералізм: антологія / [упоряд. О. Проценко, В. Лісовий]. – К. : Простір, Смолоскип, 2009. – С. 350–361.
18. Мирзаханян Э.С. Дискуссия о проблеме рационального обоснования социальной справедливости в западной философии второй половины 20-го – начала 21-го века: автореф. дис. ... канд. филос. наук: спец. 09.00.03 / Э.С. Мирзаханян. – Тверь, 2008. – 18 с.
19. Красноголов Ю.О. Теоретичні засади та політичні стратегії комунітаризму крізь призму комунітарної критики лібералізму / Ю.О. Красноголов // Наукові записки Києво-Могилянської Академії. – Політичні науки. – 2008. – Т. 82. – С. 28–34.
20. Моїсєєв С. Сучасна теорія прав людини: ліберальні та комунітаристські підходи / С. Моїсєєв // Філософія права і загальна теорія права. – 2013. – № 1. – С. 118–134.

21. Шевченко З.В. Соціальний баланс в контексті поєднання індивідуалістичної та колективістської складової: соціально-філософський аналіз / З.В. Шевченко // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://shpargalka.net.ua/4stati/socialnij-balans-v-konteksti.html>

22. Волкова Т.П. Теория мультикультуризма как синтез философских концепций либерализма и коммунитаризма: автореф. дис. ... канд. филос. наук: спец. 09.00.03 / Т.П. Волкова. – Мурманск, 2006. – 18 с.

У статті розглядається дихотомія «лібералізм – комунітаризм», яка, на думку автора, є центральною дихотомією для сучасної європейської та американської політико-правової філософії. Аналізуються різні види лібералізму та комунітаризму. Звертається увага на перспективність спроби подолати шляхом синтезу концептуальні обмеженості цих двох потужних філософських напрямів, що знайшло своє відображення у появі течії ліберального комунітаризму. З іншого боку, наголошується, що декларувати втрату якісної специфіки як ліберальною, так і комунітарною парадигмою політико-правової філософії видається передчасним.

Ключові слова: лібералізм, класичний лібералізм, сучасний лібералізм, агенціальний лібералізм, віртуарний лібералізм, лібертаризм, комунітаризм, радикальний комунітаризм, поміркований комунітаризм, ліберальний комунітаризм

В статье рассматривается дихотомия «либерализм – коммунитаризм», которая, по мнению автора, является центральной дихотомией для современной европейской и американской политико-правовой философии. Анализируются разные виды либерализма и коммунитаризма. Обращается внимание на перспективность попытки преодолеть путем синтеза концептуальные ограниченности этих двух мощных философских направлений, что нашло свое отображение в появлении течения либерального коммунитаризма. С другой стороны, подчеркивается, что декларировать потерю качественной специфики как либеральной, так и коммунитарной парадигмой политико-правовой философии представляется преждевременным.

Ключевые слова: либерализм, классический либерализм, современный либерализм, агенциальный либерализм, виртуарный либерализм, либертаризм, коммунитаризм, радикальный коммунитаризм, умеренный коммунитаризм, либеральный коммунитаризм

The article considers the dichotomy of “liberalism – communitarianism”, which, in author’s opinion, is the central dichotomy for modern European and American political

and legal philosophy. There are analyzed various types of liberalism and communitarianism. Attention is paid to the prospects of trying to overcome the conceptual limitations of these two powerful philosophical trends by synthesis, which is reflected in the appearance of current liberal communitarianism. On the other hand, it is pointed out that declaring the loss of specific quality by both liberal and communitarian paradigm of political and legal philosophy seems to be premature.

Key words: *liberalism, classical liberalism, modern liberalism, agential liberalism, virtuary liberalism, libertarianism, communitarianism, radical communitarianism, moderate communitarianism, liberal communitarianism*

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*